

**WYROK**  
z dnia 5 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **T-Mobile Polska S.A, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **T-Mobile Polska S.A, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **T-Mobile Polska S.A, ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Warszawa-Praga.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

2

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na „Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”, które to postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - PKP Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca - T-Mobile Polska S.A. [Odwołujący] w odwołaniu podniósł zarzut wobec a. czynności unieważnienia postępowania; b. zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego i niepoinformowaniu o dokonanych wyborze; oraz c. zaniechania podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania. Wskazując na powyższe wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 tej

ustawy, a także art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 703 § 2 i art. 5 ustawy - Kodeks cywilny w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy z uwagi na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pomimo jej zgodności z warunkami Postępowania i obowiązku wynikającego w tym zakresie z wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r., oraz zaniechanie prowadzenia jakichkolwiek czynności w Postępowaniu wskutek czego upłynęły przewidziane w dokumentacji postępowania niektóre wskazane terminy realizacji umowy (Etap 1-4), niepowiadomienie uczestników przetargu o jego wyniku, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawca podniósł także naruszenie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Wniósł także o dołączenie do niniejszego postępowania odwoławczego akt postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 686/15 i przeprowadzenie dowodu z pism i dokumentów w nim przedłożonych na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, a w szczególności na okoliczność, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie występowały ani nadal nie występują przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania. Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ był jedynym wykonawcą, który złożył w

3

przedmiotowym Postępowaniu ofertę. Ze względu na to, że wartość oferty nie przewyższała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, po pozytywnym wyniku badania oferty wykonawcy Zamawiający powinien udzielić mu zamówienia. Pismem z dnia 27 marca 2015 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy. W dniu 3 kwietnia 2015 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec powyższej czynności unieważnienia Postępowania. Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 686/15) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, czego skutkiem powinien być wybór oferty Odwołującego jako jedynej złożonej, ważnej, spełniającej wszystkie warunki i wymagania określone w Postępowaniu. Oznacza to, że już raz, gdy Zamawiający bezskutecznie próbował unieważnić Postępowanie, Krajowa Izba Odwoławcza przyznała, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania (str. 10 wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15) i merytorycznie rozpatrzyła odwołanie. Niniejsze odwołanie dotyczy tego samego Postępowania, w którym ponownie Zamawiający podjął czynności wbrew przepisom Ustawy oraz zaniechał czynności, do których podjęcia był zobowiązany. Naruszenie przez Zamawiającego ustawy poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z wykonania zamówienia, a więc spowoduje to uszczerbek w majątku Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił także, że (...) T-Mobile Polska S.A. jest następcą prawnym spółki T-Mobile Poland Sp. o.o., która z kolei była następcą prawnym spółki GTS Poland sp. o.o., która złożyła ofertę w niniejszym Postępowaniu. Z dniem 1 kwietnia 2015 r. T-Mobile Poland Sp. z o.o. przejęła (Spółka Przejmująca) wydziałoną, na podstawie art. 529 § 1 pkt 4 Kodeksu spółek handlowych (dalej: „Ksh”), część przedsiębiorstwa spółki GTS Poland Sp. o.o. (Spółka Dzielona), stając się jej następcą prawnym na zasadzie sukcesji uniwersalnej częściowej w zakresie działalności objętej Postępowaniem i złożoną ofertą. Spółka T-Mobile Poland Sp. z o.o. weszła zatem we wszelkie prawa i obowiązki spółki GTS Poland Sp. o.o. w tym zakresie (Spółka Dzielona), w związku z czym przysługiwał jej status Wykonawcy w niniejszym Postępowaniu”. Dowód: odpis pełny T-Mobile Poland Sp. z o.o. z dnia 1 kwietnia 2015 r. pismo do KIO z dnia 7 kwietnia 2015 r., wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15. Dalej

4

wykonawca podał, że (...) Z dniem 1 czerwca 2015 r. w trybie art. 492 § 1 pkt 1 Ksh

nastąpiło połączenie spółki przejmowanej T- Mobile Poland Sp. z o.o. ze spółką przejmującą T- Mobile Polska S.A., a powyższa zmiana została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym, co potwierdza załączony odpis pełny z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego spółki T- Mobile Polska S.A. oraz spółki T- Mobile Poland Sp. z o.o. z dnia 1 czerwca 2015 r. W związku z powyższym z dniem 1 czerwca 2015 r. z mocy art. 494 § 1 Ksh doszło do sukcesji uniwersalnej wszelkich praw i obowiązków T- Mobile Poland sp. z o.o., które w całości przejęła z mocy prawa spółka przejmująca, tj. T- Mobile Polska S.A. Tym samym T- Mobile Polska S.A. (Odwołujący) przejęła wszelkie prawa i obowiązki T- Mobile Poland sp. z o.o. związane z udziałem w przedmiotowym Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest uprawniona do występowania jako Wykonawca w tym Postępowaniu ze wszelkimi tego skutkami prawnymi, w tym prawem do kwestionowania czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu". Odwołujący podkreślił, że są jedynie powyższe okoliczności podnoszone informacyjnie i z daleko idącej ostrożności, ponieważ sam Zamawiający nie ma wątpliwości, że Odwołujący jest wykonawcą w przedmiotowym Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności dlatego, że do Odwołującego kierowana jest korespondencja w Postępowaniu), a co za tym idzie, że posiada status strony niniejszego postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu podał, jak poniżej:

1. Informacje wstępne

1.1. Pismem z dnia 13 października 2015 r., Zamawiający unieważnił Postępowanie, wskazując jako podstawy unieważnienia dwie przesłanki: art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy tj. obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, za którą Zamawiający uważa brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez wykonawcę w terminie wskazanym przez Zamawiającego, oraz art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego nie leży w interesie publicznym, czego Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć.

5

1.2. Zamawiający równolegle, oprócz niniejszego Postępowania, prowadził postępowanie na Dostawę, instalację i uruchomienie urządzeń SDIP i CCTV w ramach Projektu POLiS 7.1-106 (dalej: „Dostawa SDIP i CCTV”), Zamawiający unieważnił postępowanie na Dostawę SDIP i CCTV z powodu przekroczenia przez ceny ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający podjął następnie kroki w celu ponownego przeprowadzenia postępowania na Dostawę SDIP i CCTV.

1.3. Zamawiający wskazał na powiązanie przedmiotowego Postępowania z Dostawą SDIP i CCTV, dla którego niniejsze Postępowanie miało zapewnić medium transmisyjne. Unieważnienie Postępowania Zamawiający motywuje w szczególności informacjami uzyskanymi od wykonawców, którzy wzięli udział w dialogu technicznym dotyczącym Dostawy SDIP i CCTV, które wskazują na konieczność zmiany przyjętych wymagań w zakresie okresu realizacji projektu jak i jego cech logicznych i technicznych. Zamawiający jedynie lakonicznie stwierdził, że powyższe przekłada się na konieczność zmiany w przedmiotowym Postępowaniu parametrów łączności oraz lokalizacji, lecz nie podał żadnych szczegółów, o jakie parametry chodzi i jakie zmiany ma na myśli ani nie sprecyzował, w jakim zakresie zmiany mają dotyczyć lokalizacji.

1.4. Zamawiający wskazał natomiast, że nie rezygnuje z zamówienia na świadczenie usług transmisji danych, której dotyczy Postępowanie, lecz jego realizacja odwlecz się w czasie, tj. w nieznanym jeszcze zakresie i zakresie realizowana będzie najwcześniej w roku 2017 a w pełnym zakresie nie wcześniej niż w 2019 roku.

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2015 r. (KIO 686/15)

2.1. Czynność unieważnienia niniejszego Postępowania z powołaniem się wyłącznie na przesłanki zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy była już przedmiotem

rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 686/15 dotyczącym czynności z dnia 27 marca 2015 r.

2.2. W zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania z dnia 27 marca 2015 r. Zamawiający jako podstawę także wskazał art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że dalsze prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżałoby w interesie publicznym, czego zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć.

2.3. Odwołujący (wówczas T-Mobile Poland Sp. z o.o.) wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia Postępowania z dnia 27 marca 2015 r. KIO wyrokiem z dnia

6

---

21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania. Zamawiający nie zaskarżył powyższego wyroku do Sądu Okręgowego i w dniu 11 maja 2015 r. unieważnił unieważnienie Postępowania zgodnie z nakazem zawartym w ww. wyroku. Nie dokonał jednak wyboru oferty najkorzystniejszej, co - zgodnie z Ustawą - powinno być konsekwencją unieważnienia Postępowania, ani nie podjął żadnej innej czynności, w szczególności nie unieważnił Postępowania. Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie zmienił się stan faktyczny sprawy, a Zamawiający poza unieważnieniem czynności unieważnienia Postępowania, do dnia zawiadomienia o kolejnym unieważnieniu Postępowania z dnia 13 października 2015 r. nie podjął żadnych czynności w Postępowaniu.

2.4. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że aby zastosowanie znalazł art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy zaistnieć musi zmiana okoliczności (nie tylko możliwość zaistnienia takiej zmiany) na tyle znacząca, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

2.5. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający, jako profesjonalny organizator wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powinien zdawać sobie sprawę z możliwości wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, zatem Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że nie sposób było przewidzieć, że postępowanie zostanie unieważnione ze względu na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższy kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co zdaniem Zamawiającego przekładało się na konieczność unieważnienia przedmiotowego Postępowania.

2.6. W dalszej części uzasadnienia KIO stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał, że odstąpił w ogóle od realizacji przedmiotowego zadania, wręcz przeciwnie - wskazywał, że ubiega się o dofinansowanie projektu SDIP, co oznacza, że realizacja tego zadania nadal leży w interesie publicznym. Tym samym w interesie publicznym jest również dostawa transmisji danych do przedmiotowego systemu,

2.7. Powyższa okoliczność nie tylko nie straciła na ważności, lecz jej aktualność potwierdził Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania z dnia 13 października 2015 r., podkreślając, że nadal zamierza zrealizować Dostawę SDIP i CCTV i w tym celu przeprowadził dialog techniczny. Oznacza to, że od ww. wyroku KIO oraz czynności unieważnienia Postępowania z dnia 11 maja 2015 r. zgodnie z

7

---

wyrokiem KIO Zamawiający wręcz podjął kroki w celu realizacji Dostawy SDIP/CCTV i, jeżeli na etapie ubiegania się przez Zamawiającego o dofinansowanie Dostawy SDIP/CCTV istniał interes publiczny w dostawie transmisji danych do tego systemu, to tym bardziej interes ten istnieje na bardziej zaawansowanym etapie przygotowań do postępowania, jakim jest przeprowadzenie dialogu technicznego prowadzonego w celu pozyskania informacji niezbędnych do rozpoczęcia planowanego postępowania na Dostawę SDIP/CCTV.

3. Unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy

3.1. Zamawiający w uzasadnieniu do unieważnienia Postępowania z dnia 13 października 2015 r. wskazuje na dwie podstawy prawne uprawniające go do unieważnienia Postępowania. Pierwszą z nich jest art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy pozwalający na unieważnienie w sytuacji, gdy wystąpiła (i) istotna zmiana

okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, (ii) zmiany nie można było przewidzieć. Ten sam argument Zamawiający powoływał już w pierwszym, nieskutecznym, unieważnieniu Postępowania. Jak wskazano powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza uznała ten argument za bezzasadny, gdyż, po pierwsze nie nastąpiła zmiana okoliczności na tyle znacząca, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, a po drugie, nie była ona niemożliwa do przewidzenia. Aby możliwe było unieważnienie postępowania obie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie.

3.2. Ocena dokonana przez Izbę jest w dalszym ciągu aktualna, ponieważ okoliczności niniejszej sprawy pozostały niezmienione - upłynęło jedynie kilka miesięcy, w czasie których Zamawiający zaniechał wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo wezwań Odwołującego, którego oferta była jedyną ofertą w niniejszym Postępowaniu, Odwołujący nie został wykluczony ani jego oferta nie została odrzucona.

3.3. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. nie ma wątpliwości, że wykonanie usług objętych zakresem niniejszego Postępowania leży w interesie publicznym, gdyż stanowią one warunek funkcjonowania Informacji Centralnego Systemu Dynamicznej Pasażerskiej, mającego zapewnić jednolity, wysoki standard informacji pasażerskiej i poprawić obsługę podróży.

3.4. Nie zaszły również żadne okoliczności, które przemawiałyby za tym, że interes publiczny w realizacji zamówienia przestał istnieć. Nie wystąpiły żadne zmiany, które

8

---

spowodowałyby, iż wdrożenie tego rodzaju systemu przestało być społecznie użyteczne. Przeciwnie, realizacja przedmiotowego zamówienia jest konieczna z uwagi na nieprawidłowości występujące obecnie w systemie informowania pasażerów. Tę okoliczność potwierdzają nałożone na Zamawiającego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego kary: pierwsza w wysokości 452.080,00 zł za naruszenie zakazu stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym i druga w wysokości 1.022.425,80 zł za niewykonanie decyzji Prezesa UTK dotyczącej nieprawidłowego działania Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, co było podnoszone już w toku pierwszego postępowania odwoławczego.

3.5. Zamawiający w licznych wystąpieniach prasowych przyznaje, iż w dalszym ciągu ma zamiar realizować projekt dynamicznej informacji pasażerskiej. Zamawiający przeprowadził już dialog techniczny z potencjalnymi wykonawcami Dostawy SDIP i CCTV, co oznacza, iż Zamawiający będzie potrzebował usług świadczenia transmisji danych sieci WAN i - jak wynika z uzasadnienia unieważnienia - planuje ponowne przeprowadzenie postępowania w tym zakresie. Zamawiający stwierdza, iż konieczna jest zmiana przyjętych wymagań, a nie całkowita rezygnacja z przedmiotowego zamówienia, co oznacza iż nie zachodzi przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy stanowiąca o tym, iż prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

3.6. Zmiana okoliczności, na którą powołuje się Zamawiający - unieważnienie postępowania na realizację Dostawy SDIP i CCTV - była już znana w trakcie rozpatrywania poprzedniego odwołania Wykonawcy wobec unieważnienia Postępowania, wobec czego okoliczność ta została już jednoznacznie oceniona przez Krajową Izbę jako do Odwoławczą nieuprawniającą Zamawiającego unieważnienia Postępowania.

3.7. Nie stanowi takiej przesłanki również nowa okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, tj. podnoszona przez Zamawiającego konieczność zmiany przyjętych wymagań dotyczących okresu i cech logicznych i technicznych Dostawy SDIP i CCTV, wynikająca jakoby z informacji uzyskanych od wykonawców w trakcie prowadzenia dialogu technicznego poprzedzającego ponowne wszczęcie Postępowania. Oczywiście jest bowiem, że skoro Zamawiający prowadzi dialog techniczny, uczestniczące w nim podmioty proponują różne rozwiązania, z których nie wszystkie mogą być zgodne z warunkami niniejszego Postępowania. To

9

Zamawiający decyduje jednak o warunkach prowadzenia dialogu technicznego i zakresie informacji, które udostępnia jego uczestnikom. Ma zatem bezpośredni wpływ na posiadaną przez nich wiedzę odnośnie warunków realizacji przedmiotu zamówienia, co równocześnie determinuje proponowane rozwiązania. Ponadto to Zamawiający ostatecznie decyduje o wymaganiach realizacji przedmiotu zamówienia i wybranym rozwiązaniu, dostosowując je do wiążących go warunków faktycznych i prawnych. Tymczasem Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu, ani jakie zmienione cechy usług transmisji danych tj. parametrów łączy miałyby nie być dostępne w niniejszym Postępowaniu, ani że faktycznie istnieje obiektywna niemożliwość ich osiągnięcia, co warunkuje powodzenie całego projektu. Twierdzenia Zamawiającego są ogólnikowe i gołosłowne. Nie pozwalają na polemikę, gdyż pozbawione są jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego. Ponadto w dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazuje na konieczność dostosowania parametrów usług transmisji do zmienionych potrzeb, w tym także dat realizacji, a zmienione potrzeby Zamawiającego z pewnością nie są ani okolicznością niemożliwą do przewidzenia ani od niego niezależną. Z kolei konieczność zmiany dat realizacji usług transmisji wynika tylko i wyłącznie z tego, że Zamawiający unieważnił pierwsze postępowanie na Dostawy SDIP i CCTV, co nie stanowi okoliczności niemożliwej do przewidzenia, na co wyraźnie i jednoznacznie wskazała KIO w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 686/15: Zamawiający - jako profesjonalny organizator wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego - powinien zdawać sobie sprawę z możliwości wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Znajomość wartości zamówienia przez wykonawców oraz uprzednie przeprowadzenie dialogu technicznego nie jest przesłanką wyłączającą ewentualność złożenia ofert z cenami przekraczającymi kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podobnie podnoszona przez Zamawiającego enigmatycznie konieczność zmiany lokalizacji nie została w żaden sposób uzasadniona. Zamawiający nie wskazał też, że dotyczy to wszystkich czy przeważającej liczby lokalizacji, ani że nie jest technicznie i obiektywnie możliwe wykonanie zamówienia na Dostawy SDIP i CCTV bez uwzględnienia powyższych zmian, ani że zmiany te, o ile będą potrzebne, nie mogą zostać uwzględnione z poszanowaniem obecnego Postępowania. Sama zmiana koncepcji realizacji zamówienia i - w konsekwencji - koncepcji przeprowadzenia postępowania nie uzasadniania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy,

10

gdyż jest to okoliczność całkowicie zależna od Zamawiającego. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie, powołanym przez KIO w sprawie dotyczącej pierwszej próby unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego Postępowania, nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a interesem Zamawiającego. KIO we wskazanym wyroku zauważyła także, że: Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Interes publiczny musi być przy tym na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. Należy bowiem przypomnieć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest przyrzeczeniem publicznym zawarcia umowy i jedynie wyjątkowe okoliczności interpretowane ściśle mogą uzasadniać odstąpienie od tego celu.

4. Unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy

4.1. Zamawiający jako podstawę unieważnienia Postępowania wskazał także przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy obligujące Zamawiającego do unieważnienia postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4.2. Zamawiający jako wadę Postępowania wskazuje okoliczność, że zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie wskazanym w umowie nie jest możliwe zarówno przez Wykonawcę, jak i przez każdy inny podmiot działający na rynku. W tym miejscu wskazać należy, że Postępowanie przedłużało się tylko i wyłącznie na skutek okoliczności związanych z Zamawiającym, tj. bądź jego beczynnością w procedurze

wyboru oferty najkorzystniejszej (zarówno po upływie terminu składania ofert, który upłynął w dniu 2 grudnia 2015 r., jak i po niekorzystnym dla Zamawiającego wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r.), bądź innymi czynnościami podejmowanymi w Postępowaniu, które następnie uznane zostały na sprzeczne z Ustawą, tj. unieważnieniem Postępowania w dniu 27 marca 2015 r. Przypomnieć należy, że oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w przedmiotowym Postępowaniu i nie została odrzucona, Odwołujący nie został też wykluczony z przedmiotowego postępowania, zatem nie istniały żadne obiektywne okoliczności uzasadniające bezczynność Zamawiającego w dokonaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie istniały ku temu przeszkody po 2 grudnia 2014 r., kiedy

11

upłynął termin składania ofert oraz po 18 grudnia 2014 r., kiedy Zamawiający wykonał ostatnią czynność w toku badania i oceny oferty. Co więcej Wykonawca (wówczas GTS Poland Sp. z o.o.) wnosił pisma do Zamawiającego ponagające do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. dowód: pismo z dnia 2 lutego 2015 r.; pismo z dnia 9 marca 2015 r. Tym bardziej nie istniały takie przeszkody po dniu 21 kwietnia 2015 r., w którym KIO ogłosiła wyrok nakazujący unieważnienie bezprawnie dokonanego unieważnienia Postępowania. Tymczasem Zamawiający do dnia 11 maja 2015 r. nie podjął żadnej czynności w postępowaniu. W dniu 11 maja 2015 r. unieważnił unieważnienie postępowania, do czego zobowiązywał go wyrok KIO, którego nie zaskarżył, z czego należy wnosić, iż akceptował zapadłe rozstrzygnięcie. Nie dokonał jednak wyboru oferty najkorzystniejszej, ani nie podjął żadnej innej czynności w Postępowaniu. Należy więc wskazać, że wówczas Zamawiający nie dostrzegał istnienia przesłanek uzasadniających konieczność unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, zatem nie istniała nieusuwalna wada Postępowania, która uniemożliwiała zawarcie ważnej Umowy. Termin realizacji pierwszego etapu umowy upływał w dniu 30 czerwca 2015 r., co oznacza, że po wydaniu wyroku KIO Zamawiający miał jeszcze czas na to, aby zawrzeć z Wykonawcą umowę przed upływem terminu realizacji pierwszego etapu. Co więcej Odwołujący podnosił swoją gotowość do zawarcia umowy w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 686/15 oraz przedłużając termin związania ofertą i ważność wadium. Skierował także do Zamawiającego w dniu 10 lipca 2015 r. pismo, w którym wzywał Zamawiającego do wykonania ciążącego na nim obowiązku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. dowód: pismo z 10 lipca 2015 r.

4.3. Zamawiający nie podjął jednak żadnych czynności po unieważnieniu czynności unieważnienia Postępowania, zwlekając z upływem wszystkich wskazanych w umowie terminów przewidzianych dla odbiorów łącz (ostatni etap budowy infrastruktury dla świadczonych usług miał być zrealizowany do dnia 30 września 2015 r.) i w dniu 13 października 2015 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu Postępowania, powołując się na brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez Odwołującego w terminie wskazanym w umowie, w szczególności na nie zawarcie umowy przed dniem 30 czerwca 2015 r. na skutek przedłużającej się procedury udzielenia zamówienia. Zamawiający podniósł, że powyższe było spowodowane okolicznością unieważnienia postępowania na Dostawę SDIP i CCTV,

12

dla której to niniejsze Postępowanie miało zapewnić medium transmisyjne, jak też koniecznością dostosowania założeń i opisu przedmiotu zamówienia na SDIP i CCTW do sytuacji rynkowej (w tym celu wszczęto dialog techniczny). Jak było to wykazane powyżej, niezawarcie umowy przed upływem wskazanego terminu było wywołane wyłącznie świadomą bezczynnością Zamawiającego, który jedynie pozornie wykonał wyrok KIO, poprzestając na czynności unieważnienia Postępowania bez będącego jej konsekwencją wyboru oferty najkorzystniejszej i nie podejmując przez kolejne 5 miesięcy żadnej czynności w Postępowaniu. Działanie takie stanowi obejście przepisów Ustawy, które nie przewidują bezterminowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani też zakończenia postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia. Okoliczności

przywoływane przez Zamawiającego nie stanowią żadnej wady w Postępowaniu, gdyż do tego Postępowania w ogóle się nie odnoszą. Prowadzenie dialogu technicznego i ustalenia tego dialogu pozostają bez wpływu na zaistnienie wady w obecnym Postępowaniu. Nie mogą też stanowić przyczyny czy uzasadnienia dla istnienia takiej wady. Tym bardziej zaistnienie wady nie może uzasadniać świadoma bezczynność Zamawiającego i będący wynikiem tej bezczynności częściowy upływ terminów na realizację zamówienia (budowa łączy - Etap 1-4). Postępowanie na Dostawę SDIP i CCTV unieważnione zostało w dniu 17 marca 2015 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, a wyrok KIO potwierdzający zgodność tej czynności z tym przepisem został ogłoszony w dniu 10 kwietnia 2015 r. (KIO 622/15). Unieważnienie tego postępowania zostało zatem definitywnie potwierdzone w dniu 10 kwietnia 2015 r. i w żadnym zakresie nie stało na przeszkodzie wyborowi oferty i zawarciu umowy w niniejszym Postępowaniu, co najmniej od 21 kwietnia 2015 r.

4.4. Wszelkie okoliczności faktyczne, które zostały przez Zamawiającego wskazane jako uzasadniające unieważnienie Postępowania, zostały spowodowane świadomym działaniem Zamawiającego, a więc nie mogą zostać uznane za okoliczności niemożliwe do przewidzenia.

4.5. Podjęta przez Zamawiającego w dniu 13 października 2015 r. czynność unieważnienia Postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy stanowi działanie stojące w sprzeczności z przepisami Ustawy, która enumeratywnie wylicza okoliczności skutkujące unieważnieniem Postępowania. Katalog zobowiązujących do unieważnienia postępowania przesłanek jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco.

13

4.6. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy przez wybór najkorzystniejszej oferty, a samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi rodzaj przyrzeczenia zawarcia umowy (tak też stwierdziła KIO: celem każdego prawidłowo przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i która została wybrana, jako oferta najkorzystniejsza).

4.7. Unieważnienie postępowania może być zatem dokonywane jedynie w wyjątkowych okolicznościach, przy spełnieniu określonych przesłanek. Prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w taki sposób, aby zmierzało do jego unieważnienia (bezczynność i oczekiwanie z wyborem oferty na upływ niektórych terminów wykonania umowy) stanowi obejście przepisów Ustawy. Jeżeli czynność Zamawiającego zostałaby uznana za prawidłową, to przepisy dotyczące unieważnienia utraciłyby sens, gdyż Zamawiający zawsze, gdy nie odpowiadałby mu wykonawca, lub gdyby zmienił koncepcję, mógłby zwlekać z wyborem oferty do upływu któregośkolwiek terminu realizacji umowy i następnie unieważnić postępowanie. Takie zachowanie przeczyłoby istocie zamówień publicznych, które z jednej strony mają zagwarantować jak najlepsze rozdysponowanie środków publicznych w celu realizacji interesu publicznego, a z drugiej strony postępowanie musi być prowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców powinien mieć możliwość uzyskania zamówienia w przypadku złożenia przez niego najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu oferty.

4.8. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreśla, że w przedmiotowej sytuacji nie występuje wskazywana przez Zamawiającego wada postępowania uzasadniająca jego unieważnienie. Art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w przypadku, gdy jest ono obciążone wadą niemożliwą do usunięcia i która to wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sprawie upływ terminu realizacji umowy jest okolicznością wypełniającą ww. przesłanki.

4.9. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wykładni przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy stwierdzając, że z treści tego przepisu wynika, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone

14



---

jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawę do unieważnienia postępowania stanowi więc wada skutkująca - wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy P.z.p. - koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeśli do zawarcia takiej umowy by doszło. Wada ta musi być przy tym nieusuwalna. Zgodnie z powyższym wyrokiem oraz treścią przepisów, wada musi być nieusuwalna. W przedmiotowym Postępowaniu wadą jest upływ terminu, możliwego do zmiany, a co za tym idzie - wada ta nie jest nieusuwalna.

4.10. Zgodnie z art. 144 ust. 1 Ustawy, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. A contrario, możliwe jest dokonanie nieistotnych zmian zawartej umowy.

4.11. Kwestię nieistotności zmiany terminu realizacji umowy rozstrzygała Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając, że: Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, poparte orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (m.in. wyrok C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur), zgodnie z którym zmiana terminu realizacji zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które mogłyby zmienić krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeżeli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia. W przedmiotowym Postępowaniu Odwołujący jako jedyny złożył ofertę, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 8 października 2014 r., natomiast termin realizacji pierwszego etapu umowy wyznaczony został na dzień 30 czerwca 2015 r., co oznacza, że jeżeli inny wykonawcy chciałby złożyć ofertę to termin realizacji nie stanowił rzeczywistej bariery. Ponadto, termin wykonania umowy nie stanowił kryterium oceny ofert, więc nawet, jeżeli oferty złożyłoby co najmniej dwóch wykonawców, to zmiana terminu wykonania zamówienia nadal nie miałaby wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Należy także zauważyć, że zakładany przez Zamawiającego harmonogram realizacji Dostawy SDIP i CCTW nie był możliwy do dochowania, gdyż przewidywał on rozpoczęcie realizacji umowy od 1 stycznia 2015 r., kiedy to trwało jeszcze przedmiotowe postępowanie. Oczywiście była zatem konieczność zmiany tego harmonogramu, co Zamawiający uznawał za dopuszczalne, prowadząc dalej

15

---

postępowanie, które ostatecznie zostało unieważnione tylko w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy, a nie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Skoro Zamawiający wiąże terminy realizacji Dostawy CSIP i CCTW ze świadczeniem usług w ramach obecnego Postępowania, to i harmonogram realizacji umowy zawartej na usługę transmisji danych musiałby ulec modyfikacji.

4.12. Krajowa Izba Odwoławcza kilkakrotnie rozstrzygała kwestię, czy upływ terminu realizacji umowy (w tym przypadku tylko częściowy) przed zawarciem umowy stanowi przesłankę unieważnienia postępowania, wypracowując w tej kwestii jednolite stanowisko, w którym stwierdza, że zmiana terminu umowy nie jest zmianą istotną (jeżeli nie zmienia kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i jeżeli nie modyfikuje równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia) i nie może stanowić przesłanki do unieważnienia postępowania.

4.13. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r. Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp zamawiający jest obowiązany do unieważnienia postępowania w razie stwierdzenia, że obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadliwość musi dotyczyć samego postępowania i wywierać wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki nieważności umowy zawiera art. 146 ust 1 i 6 Pzp. Izba stwierdza, że żadna z przesłanek zawartych w przywołanych przepisach nie wystąpiła. W szczególności zamawiający miał możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zmiany

terminu jej wykonania zarówno przed, jak i po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że w badanym postępowaniu termin wykonania zamówienia nie miał znaczenia istotnego w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp. Niezbieżnie świadczy o tym wszczęcie przez zamawiającego kolejnego postępowania bezpośrednio po dokonanych unieważnieniu, brak związku terminu wykonania zamówienia z wysokością wynagrodzenia wykonawcy oraz nieujęcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert. Zatem zmiana umowy w tym zakresie nie podlega zakazowi zawartemu w art. 144 ust. 1 Pzp. Tym bardziej zatem byłoby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak aby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierała realny termin jej wykonania (arg. a maiori ad minus). Pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku

16

---

podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych.

4.14. W wyroku z dnia 23 czerwca 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: Pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów, w których stwierdzono, że sam upływ terminu realizacji zamówienia nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie umowy, a tym samym nie mógł stanowić przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 P.z.p. (...) Należy zgodzić się z zamawiającym, że upływ terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne o takim charakterze. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania, jako data realizacji świadczenia już upłynął.<sup>3</sup>

4.15. Niezależnie od powyższego, argumentacja Zamawiającego jest błędna, ponieważ sam Zamawiający w § 18 pkt 1.3.3. i 1.3.4. wzoru umowy zamieścił postanowienia regulujące dopuszczalność zmian terminów realizacji Umowy: Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem podawanych warunków ich wprowadzenia: (1.3.) Pozostałe zmiany: (1.3.3.) konieczność przedłużenia terminu realizacji Umowy lub jej etapów w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania Umowy o okres trwania tych okoliczności. (1.3.4.) konieczność zawieszenia wykonywania Umowy na okres wynikający z takiego opóźnienia w przypadku opóźnienia realizacji Umowy lub postępowania przetargowego dotyczącego Informacji Pasażerskiej i Centralnego Systemu Dynamicznej monitoringu wizyjnego, przy czym zawieszenie możliwe jest na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy w okresie poprzedzającym produkcyjne użytkowanie łączu.

4.16. Powyższe wskazuje, że Zamawiający, przeprowadzając dwa postępowania ze sobą powiązane, wziął pod uwagę, że mogą wystąpić nieprzewidziane okoliczności zmuszające strony do przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Zatem

(a wyroku dokonać wyboru Zamawiający mógł wręcz powinien) po KIO

17

---

najkorzystniejszej oferty i zawrzeć z Odwołującym umowę, a następnie, z uwagi na zmiany w zamówieniu na Dostawę SDIP i CCTV przedłużyć termin realizacji przedmiotowej umowy.

4.17. Bezzasadna jest także argumentacja o niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 K.c. z uwagi na upływ niektórych z wyznaczonych w umowie terminów realizacyjnych. Przepis art. 387 § 1 KC reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez te strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Konieczne jest wystąpienie tzw. obiektywnej niemożności świadczenia,

a więc że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyroku SN: z dnia 22 kwietnia 2010 r., V CSK 379/09; z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08; z dnia 8 maja 2002 r., III KKN 1015/99) (tak w wyroku SN z 29 listopada 2013 r. I CSK 124/13). Taka obiektywna niemożliwość świadczenia w niniejszej sprawie nie zachodzi. Odwołujący podkreśla, że nawet zawarcie umowy w okolicznościach uniemożliwiających jej wykonanie w terminie, nie oznacza wcale nieważności umowy, a co najwyżej ewentualną odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. W tym jednak przypadku o odpowiedzialności takiej trudno mówić, skoro niemożliwość zrealizowania umowy w terminie nią przewidzianym została spowodowana wyłącznie działaniem Zamawiającego.

#### 5. Niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty

5.1. Abstrahując od okoliczności, iż Umowa - a konkretnie terminy realizacji poszczególnych etapów - może zostać zmieniona, sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jest powoływanie się na tę okoliczność przez Zamawiającego, gdyż to sam Zamawiający doprowadził do takiej sytuacji. Zamawiający począwszy od marca 2015 roku podejmował działania mające na celu unieważnienie postępowania: w dniu 27 marca 2015 r. Zamawiający unieważnił postępowanie po raz pierwszy; w dniu 11 maja 2015 r. Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia na skutek wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r. nakazującego unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania; od dnia 11 maja 2015 r. do dnia 13 października Zamawiający nie podjął żadnych działań i nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, prowadząc równocześnie przygotowania do postępowania na SDIP i CCTW (dialog techniczny); w dniu 13 października 2015 r. Zamawiający ponownie unieważnił Postępowanie.

18

5.2. Zamawiający nie skorzystał z przysługujących mu środków prawnych i nie zaskarżył wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2015 r., wobec czego należy uznać, iż w pełni zgodził się z jego treścią.

5.3. Zgodnie z art. 2 pkt 7a Ustawy celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Z art. 91 ust. 1 Ustawy natomiast wynika, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór najkorzystniejszej oferty nie jest zatem uprawnieniem, lecz obowiązkiem zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma się co do zasady zakończyć wyborem wykonawcy i zawarciem z nim umowy. Pomimo braku zaistnienia takich przesłanek (w tym unieważnienia - o braku przesłanek do dokonania pierwszego unieważnienia orzekła KIO w dniu 21 kwietnia 2015 r.) Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo wezwania przez Odwołującego do dokonania tej czynności.

5.4. Ustawa nie przewiduje żadnych instrumentów pozwalających wykonawcy przymusić zamawiającego do wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający skorzystał z tej luki i przez kilka miesięcy nie podejmował żadnych działań.

5.5. Zachowanie Zamawiającego jest sprzeczne z prawem, a także z zasadami współżycia społecznego. Art. 5 Kodeksu cywilnego stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający nie może więc - ze szkodą dla Wykonawcy, którego oferta powinna zostać, zgodnie z przepisami prawa, uznana za najkorzystniejszą - unieważniać po raz drugi Postępowania powołując się na niemożliwość świadczenia którą sam spowodował.

#### 6. Niepowiadomienie niezwłoczne uczestników przetargu o jego wyniku

6.1. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy jest on zobowiązany do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zaniechanie dokonania takiego wyboru stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy. Z art. 91 ust. 1 Ustawy nie wynika, w jakim terminie powinna zostać wybrana najkorzystniejsza oferta, wobec czego należy odwołać się do przepisów ogólnych dotyczących przetargu stosowanych per

niezwłocznie powiadomić na piśmie uczestników przetargu o jego wyniku, bądź o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru. Wynika z tego wprost, iż wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić również niezwłocznie.

6.2. Interpretacja terminu „niezwłocznie” zależy oczywiście od konkretnego przypadku, jednak konsekwentnie uznaje się, iż oznacza on wprawdzie nie „natychmiast”, ale z pewnością „bez nieuzasadnionego odwlekania”. Musi to być zatem termin realny, uwzględniający okoliczności miejsca, czasu i rozmiaru świadczenia. Przy ocenie, co w konkretnym stanie faktycznym oznacza „niezwłocznie” uwzględnia się przepisy art. 354 § 1 i 355 k.c., które wymagają od stron stosunku zobowiązaniowego wykonania zobowiązania nie tylko zgodnie z jego treścią, lecz również w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego oraz ustalonym zwyczajom, a także do dochowania należytej staranności w stosunkach danego rodzaju.

6.3. Z kolei zgodnie z art. 92 ust. 1 Ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający jest zobowiązany do powiadomienia o dokonanych wyborze. Tym samym zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi także o naruszeniu art. 92 ust. 1 Ustawy poprzez brak powiadomienia o wyniku postępowania i dokonanych wyborze oferty najkorzystniejszej.

7. Brak prawidłowego uzasadnienia faktycznego dla unieważnienia Postępowania Art. 93 ust. 3 pkt 2 Ustawy nakłada na Zamawiającego w przypadku unieważnienia postępowania obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności i przekazanie go wykonawcom, którzy złożyli oferty wraz z powiadomieniem o unieważnieniu. Zamawiający naruszył wskazany przepis poprzez brak należytego, wyczerpującego i jednoznacznego uzasadnienia unieważnienia Postępowania dla wskazanych przez siebie podstaw prawnych, w szczególności art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy. Zamawiający wskazał podstawy unieważnienia, nie odnosząc się jednak do poszczególnych przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Ustawy, czym naruszył art. 93 ust. 3 pkt 2 Ustawy poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia Postępowania. Z przedstawionych przez niego lakonicznych wyjaśnień nie sposób wywieść uzasadnienia do zastosowania jako podstawy unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 6 Ustawy. Także uzasadnienie unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy nie odnosi się do poszczególnych przesłanek uzasadniających zastosowanie tego przepisu.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** podał, że prowadził równoległe dwa postępowanie w sprawie udzielenia zamówień sektorowych, Pierwsze z nich, na: „Zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń SDIP CCTV (kontrakt 1, 2, 3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POHŚ 7.1-106” (dalej: „Postępowanie CSDIP”), oraz drugie na „Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego” (dalej: „Postępowanie WAN”). Prowadzone równoległe postępowania były ze sobą połączone funkcjonalnie, gdyż celem postępowania WAN było zapewnienie transmisji danych na potrzeby urządzeń CSDIP CCTV zakupionych oraz zamontowanych w ramach postępowania CSDIP. W dniu 13 marca 2015 r. Zamawiający unieważnił Postępowanie CSDIP na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z tym, że oferty z najniższymi cenami dla każdej części zamówienia przewyższały kwoty, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie każdej części zamówienia. Unieważnienie postępowania CSDIP zostało usankcjonowane przez Krajowa Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt. KIO 659/15. W dniu 13 października 2015 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu T-Mobile Poland Sp. z o.o. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania WAN. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe

Postępowanie prowadzone było w celu zapewnienia transmisji danych na potrzeby postępowania CSDIP, zaś ze względu na brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez Wykonawcę w terminie wskazanym przez Zamawiającego w umowie, jak też z uwagi na zaistnienie okoliczności powodujących, że uzyskanie świadczenia polegającego na wykonywaniu usługi przesyłu danych w określonym umową okresie nie leży w interesie publicznym, czego Zamawiający nie mógł przewidzieć, że zaistniały okoliczności powodujące konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Na powyższą czynność T - Mobile Poland S.A. złożył odwołanie.

21

---

Nie zgadzając się z zarzutami odwołania i wnosząc o oddalenie odwołania w całości, Zamawiający stwierdził, co następuje:

I. odnośnie zarzutu unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp:

Zgodnie z cytowanym przepisem Zamawiający nie tyle może, co zobowiązany jest unieważnić postępowanie w sytuacji wystąpienia łącznie obu wskazanych przesłanek, tj.: istotnej zmiany wystąpienia okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz nie możliwości przewidzenia, że zmiana taka nastąpi. W zaistniałej sytuacji obie ze wskazanych przesłanek zostały wypełnione. Co do wystąpienia okoliczności, która powoduje, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, w piśmiennictwie podkreśla się, że „istotną okolicznością jest obiektywna sytuacja zamawiającego upoważniająca do podjęcia decyzji, co do prowadzenia samego postępowania. W przypadku unieważniania postępowania jest to sytuacja warunkująca celowość prowadzenia rozpoczętego już postępowania czy też wykonania zamówienia. Powołując się na doktrynę oraz orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych i Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15 oraz odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, w szczególności stwierdził, że zakup usługi WAN, która nie byłaby faktycznie realizowana i nie przekładałaby się w żaden sposób na realizację usług dotyczących zapewnienia pasażerom informacji o przyjazdach i odjazdach pociągów (System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej) nie służy interesowi publicznemu. Oznacza to, iż czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania WAN leżała w interesie powszechnym, to jest interesie wszystkich podmiotów korzystających - pośrednio lub bezpośrednio - z usług zarządcy infrastrukturą kolejową. Zamawiający podkreślił, że lokalizacje, do których dostarczane miały być dane w ramach sieci WAN (dworce, stacje, perony, przystanki pasażerskie) są bezpośrednio związane z lokalizacjami wskazanymi w postępowaniu CSDIP. Oznacza to, iż udzielenie zamówienia publicznego i realizacja samej usługi WAN bez urządzeń, które z tej sieci mają korzystać lub w zmienionych lokalizacjach jest bezprzedmiotowe i nie tylko sprzeczne z interesem Zamawiającego, ale także z interesem publicznym. Podkreślił także, że badając zasadność unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego należy mieć na uwadze cel postępowania w sprawie

22

---

udzielenia zamówienia publicznego oraz, że istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie. Wypełnieniem wskazanej normy są zatem zdarzenia, które prowadzą do stwierdzenia, że dalsza realizacja postępowania lub samego zamówienia narusza interes publiczny. W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, celem tym była dostawa transmisji danych do urządzeń zamontowanych w lokalizacjach wskazanych w postępowaniu CSDIP. Świadczenie przez Wykonawcę usługi transmisji danych sieci WAN bez posiadania urządzeń, do których dane te mają być przesyłane, jest

bezcelowe i mija się z zasadami logiki oraz racjonalnym udzielaniem przez Zamawiającego zamówienia. Tym samym nie sposób uznać by w interesie publicznym było realizowanie takiego zakupu usługi transmisji danych. Zamawiający stwierdził ponadto, podnoszona przez Odwołującego argumentacja do zarzutów jak również interpretacja wyroku KIO z 21.04.2015 r. oraz decyzji prezesa UTK jest skutkiem błędnych wniosków. Przywołane w tekście uzasadnienia odwołania T-Mobile kary pieniężne nałożone przez Prezesa UTK decyzją DPP~WNPP-52-6/KC/I3(4) dotyczyły naruszenia zakazu stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym polegających na: 1. Nieprawidłowym realizowaniu obowiązku udzielania pasażerom informacji o ruchu pociągów na stacjach kolejowych Warszawa Wschodnia, Warszawa Zachodnia, Warszawa Stadion oraz Kraków Główny, co jest niezgodne z pkt 4.2.12.1 Załącznika I do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 454/2011 z dnia 5 maja 2011 roku w sprawie technicznej specyfikacji inter operacyjności odnoszącej się do podsystemu „Aplikacje telemetryczne dla przewozów pasażerskich” transeuropejskiego systemu kolei (Dz. Urz. UE L nr 123 z 10.05.2011); 2. Przekazywaniu informacji głosowych niespójnych z informacjami zamieszczonymi na wyświetlaczach na stacjach kolejowych Warszawa Wschodnia, Warszawa Zachodnia, co jest niezgodne z art. 21 ust. 1 Rozporządzenia (WE) Nr 1371/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego praw i obowiązków pasażerów w ruchu kolejowym (Dz. Urz. UE L nr 315 z 03.12.2007 r.), w związku z pkt 4.1.2.11.1 Załącznika do Decyzji Komisji z dnia 21 grudnia 2007 r. dotyczącej technicznej specyfikacji Inter operacyjności w zakresie aspektu „Osoby o ograniczonej

23

możliwości poruszania się” transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnych i transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości (Dz. Urz. UE L nr 64 z 07.03.2008r. z późn. zm.). Zamawiający wyjaśnił, że na stacjach Warszawa Wschodnia, Warszawa Zachodnia, Kraków Główny oraz przystanku osobowym Warszawa Stadion (ale też na setkach innych dworców i przystanków kolejowych) funkcjonują autonomiczne systemy dynamicznej informacji pasażerskiej (SDIP) umożliwiające wyświetlanie informacji o kursowaniu pociągów i wygłaszanie automatycznych zapowiedzi głosowych na peronach i w przejściach podziemnych. Zebrany w toku postępowania UTK materiał dowodowy ujawnił wady, błędy i usterki w funkcjonowaniu wskazanych Systemów Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (SDIP), bowiem wiele wygłaszanych na wymienionych w Decyzji obiektów komunikatów megafonowych oraz informacji wyświetlanych na tablicach nie było zbieżnych ze stanem faktycznym, a informacje wygłaszane przez megafony nie były spójne z informacjami widniejącymi na tablicach. Co istotne, z decyzji Prezesa UTK w żaden sposób nie wynika obowiązek jaki miałby ciążyć na PLK w zakresie wdrożenia CSDIP, lecz jedynie sankcja administracyjna za źle działające systemy lokalne w lokalizacjach, w których takowe były przez PLK wdrażane. Nadto, wskazane Decyzje nakładające na PLK kary administracyjne przez Prezesa UTK dotyczyły zdarzeń jakie miały miejsce na etapie wdrożenia usług związanych z systemem dynamicznej informacji pasażerskiej na skontrolowanych stacjach. Ww. nieprawidłowości zostały usunięte, ponieważ system informacji dla podróżnych w tych lokalizacjach zostały naprawione, udoskonalone i funkcjonują poprawnie. Innymi słowy kary administracyjne dotyczą stanu z przeszłości, który został usunięty. Reasumując stwierdził, że nieprawidłowości wymienione w Decyzji Prezesa UTK nie są i nie były przedmiotem Postępowania CSDIP. W chwili obecnej PLK podejmuje działania prawne zmierzające do uchylecia ww. decyzji -toczą się sprawy sądowe w tym zakresie. Finalnie w przypadku, gdy zakończą się one niepowodzeniem PKL będzie zmuszona zapłacić nałożone kary. Powyższe nie oznacza tak zmiany w prezentowaniu tych informacji podróżnym, jak też ich zakresu. Tym samym brak CSDIP nie oddziałuje negatywnie na interes publiczny, nie powoduje też niewykonywania przez PLK któregoś ze swoich obowiązków statutowych w tym w szczególności wobec podróżnych, którzy w tym przypadku utożsamiani są z interesem publicznym. Postępowanie CSDIP miało zakończyć się udzieleniem zamówienia, które miało być finansowane ze środków funduszy europejskich w

24

---

perspektywie 2007 - 2013, z okresem wydatkowania do końca 2015r. I to to postępowanie i zrealizowane w jego wyniku umowy na CSDIP warunkowało konieczność posiadania medium transmisyjnego, celem „zasilenia” urządzeń wchodzących w skład CSDIP, na co wskazuje już choćby nazwa przedmiotowego postępowania - „Usługa transmisji danych sieci WAN na potrzeby CSDIP oraz monitoringu wizyjnego”. Przyjmując założenia dla takiego medium uwzględniono równolegle trwające prace analityczne i perspektywę zbudowania dla potrzeb wszystkich wykorzystywanych przez PLK systemów (nie tylko CSDIP) jednego spójnego systemu transmisyjnego opartego na własnej sieci światłowodowej. Zważywszy na możliwy termin zbudowania takiej sieci będącej rozwiązaniem docelowym i kompletnym zaspokajającym obecne i przyszłe potrzeby PLK, dla zapewnienia rozwiązania przejściowego zasilenia urządzeń CSDIP i monitoringu wizyjnego, przyjęto założenie uzyskania takiego medium {możliwości transmisji danych} w postaci sieci WAN na zasadzie usługi świadczonej terminowo, na sprzęcie i infrastrukturze Wykonawcy (bez nabycia któregośkolwiek z jej elementów przez Zamawiającego). Umożliwiono przy tym dla optymalizacji kosztów pozyskania takiej usługi wykorzystanie technologii radiowej. Powyższe założenia przeniesiono do wzoru umowy. Odpowiednio w § 16 ust. 1 i 2 wskazano sztywną datę realizacji usługi zastrzegając, że umowa zostaje zawarta na okres od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2018 roku. Co było wynikiem przyjęcia wskazanej konstrukcji, iż WAN stanowi rozwiązanie pomostowe do czasu pozyskania (zbudowania przez Zamawiającego) innego docelowego medium transmisyjnego dla potrzeb m.in. CSDIP - co ma być zrealizowane w ramach projektu dotyczącego „Budowy infrastruktury systemu ERTMS/GSM -R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS” (dalej jako: „GSM- R”). Dlatego też, w tym tymczasowym rozwiązaniu (WAN) Zamawiający nie był zainteresowany pozyskaniem na własność sieci (infrastruktury) służącej jej stworzeniu. Podkreślił, że unieważnione postępowanie nie miało zapewnić zbudowania sieci transmisji danych i jej przejęcia po okresie świadczenia usługi WAN i wykorzystywania jej w przyszłości przez Zamawiającego, a jedynie zapewnić uzyskanie usługi przesyłu danych przez pewien ściśle określony okres czasu i dla ściśle określonych i wyspecyfikowanych potrzeb, jakimi było „zasilenie w dane” systemu CSDIP i obsługa urządzeń CCTV. Sieć do przesyłu wszelkich danych dla szerokiej gamy systemów wykorzystywanych przez PLK miała i ma być zapewniona w sposób wszechstronny i całościowy w

25

---

ramach innej umowy i innego projektu (GSM- R). Stąd wskazana powyżej konstrukcja dopuszczająca zastosowanie technologii radiowej (ust. 5 § 5), jako możliwie najtańszej i najmniej kapitałochłonnej oraz najszybszej w realizacji, oraz określony w § 5 ust. 1 umowy wymóg świadczenia transmisji w oparciu o Infrastrukturę Wykonawcy własną lub wydzierżawioną (sieć szkieletowa, łączy dostępne) oraz zbieżne z tym postanowienia § 5 ust. 7 określające nakaz niezwłocznego komisijnego przekazania udostępnionej przez Wykonawcę Infrastruktury Wykonawcy w stanie nie gorszym, niż wskazywałaby na to ich normalna eksploatacja po wygaśnięciu lub rozwiązaniu Umowy (ust. 7 pkt 10). Przy takich założeniach także Harmonogram realizacji uruchomienia poszczególnych łączy określony w § 8 ust. 3 umowy zawierał daty sztywne: Etap 1 - obejmujący minimum 62 lokalizacje -termin zgłoszenia gotowości do odbioru do dnia 30.06.2015 r.; obejmujący co najmniej łączy w serwerowni w Sosnowcu i Warszawie oraz Centrach Monitoringu (w Załączniku nr 1 w tabeli „Nazwa stacji lub przystanku” oznaczonych jako: IOK, IOKP lub Komenda Regionalna); Etap 2 - obejmujący minimum 250 lokalizacji - termin zgłoszenia gotowości do odbioru do dnia 31.07.2015 r.; Etap 3 - obejmujący minimum 250 lokalizacji - termin zgłoszenia gotowości do odbioru do dnia 31.08.2015 r.; oraz Etap 4 - obejmujący pozostałe lokalizacje tj. maksymalnie 263 lokalizacje - termin zgłoszenia do dnia 30-09.2015 r. Tym samym każda z w dat obiektywnie nie jest już możliwa do dotrzymania. Podobnie jak okres realizacji samej usługi przesyłu danych określony sztywno od dnia 1.10.2015r. do 31.12.2018 r. Fiasko realizacji CSDIP w założonym pierwotnie terminie z

wykorzystaniem środków z perspektywy 2007-2013 powoduje brak obiektywnej potrzeby posiadania medium transmisyjnego przewidzianego dla tego projektu przez cały zakładany w projekcie WAN okres. Bowiem w najwcześniejszym możliwym terminie uruchomienia CSDIP medium to zapewni przewidziana do tego celu, jako rozwiązanie docelowe, infrastruktura GSM- R, co potwierdza wszczęcie już z dniem 21.09.2015r. postępowania przetargowego dotyczącego wdrożenia GSM- R pn. „Budowa infrastruktury Systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPWERTMS”, poprzez ogłoszenie o zamówieniu w Dz. U. UE. Dowód: Ogłoszenie o wszczęciu postępowania pn. „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM- R na liniach kolejowych PKP Polskie Unie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”. Powyższy projekt składa się z dwóch części, z których obie zawierają w sobie sieć transmisyjna, którą zakłada się wykorzystywać na wszystkie

26

potrzeby biznesowe PLK w zakresie transmisji danych, tj. potrzeby systemów informatycznych Spółki, w przyszłości na potrzeby Regionalnych Centrów Sterowania Ruchem Kolejowym, Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i na potrzeby systemów telekomunikacyjnych w szczególności systemu GSM-R. Przedmiotem zamówienia części 2 postępowania przetargowego jest teletransmisyjna sieć szkieletowa, która będzie wdrażana na ok. 3000 km linii kolejowych w technologiach DWDM oraz IP-MPLS. Przepustowość tej sieci pozwoli wykorzystać ją również na potrzeby SDIP - gdzie potrzebne są duże przepustowości łączy transmisyjnych w celu transmitowania sygnałów wizyjnych z kamer. Planuje się zakończenie budowy tej sieci na początku Q3 2018, tj. ok 24 miesiące od dnia podpisania umowy z Wykonawcą. Przedmiotem zamówienia części 1 zamówienia jest m. in. teletransmisyjna sieć dostępową. Do transmisji danych w tej sieci będzie wykorzystywana m.in. technologia IP-MPLS, która pozwoli na realizację transmisji danych również na potrzeby Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Wdrożenie tej sieci będzie się odbywać sukcesywnie od połowy roku 2016, a planuje się je zakończyć w roku 2021. Zamawiający podał także, że nie zaskarżył orzeczenia z dnia 21.04.2015 r. do Sądu Okręgowego, bowiem przyjął, iż zgodnie z treścią orzeczenia Izby, które zakwestionowało brak istnienia interesu publicznego w uzyskaniu transmisji danych (WAN) oceni raz jeszcze potrzebę posiadania usługi transmisji danych (sieć WAN) w kształtujących się realiach i zachodzących zmianach stanu faktycznego, w tym szczególnie dotyczących i warunkujących uzyskanie CSDIP, bez którego przypomnijmy, posiadanie zaplanowanej dla niego transmisji danych (WAN) byłoby niepotrzebne. W tym celu m.in. Zamawiający wszczął procedurę Dialogu Technicznego z 21 wykonawcami oferującymi dostawę komponentów CSDIP, w celu pozyskania informacji na temat możliwych wariantów realizacji projektu CSDIP, związanych z tym ryzyk, cech oferowanych rozwiązań, kosztów zakupu i utrzymania oraz związanych z nimi terminów realizacji. W procedurze tej zakończono pierwszy etap dialogu, a planowany jest kolejny. Wpływ na to mają także inne czynniki, w tym priorytety zakupowe przyjęte dla nowej perspektywy budżetowania środków POiŚ. Powyższe powoduje, że tak w dniu wydania zaskarżonego odwołaniem rozstrzygnięcia, jak też obecnie Zamawiający nie wszczął i nie prowadzi postępowania, którego przedmiotem byłaby dosuwa i instalacja urządzeń Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (CSDIP). Podał, że z uzyskanych w trakcie I tury Dialogu Technicznego danych

27

wynika, że nie jest możliwym wykonanie zamówienia w okresie zakładanym przez Zamawiającego w unieważnionym postępowaniu oraz z wykorzystaniem usługi WAN na warunkach oraz zakresie przewidzianym w dokumentacji WAN. Z uzyskanych od uczestników Dialogu informacji wynika m.in., że w ramach umowy WAN na potrzeby CSDIP wymagane jest, aby jeden wykonawca był odpowiedzialny za całkowity proces zarządzania i monitoring jakości transmisji ruchu w sieci. Umowa WAN zakłada konkretne przepustowości łączy oraz parametry Quality of Service (QoS) dla każdej z lokalizacji. Przepustowość i inne parametry łączy określające poziom jakości świadczonej usługi zostały dobrane pod wymagania wynikające z zadania „Projekt,



dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POLiŚ 7.1-106", W sytuacji planowanego nowego uruchomienia projektu dostawy i instalacji elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego poszerzonego o dodatkowe usługi m.in. usługę sieci WiFi z dostępem do Internetu a także systemu przywoławczo - alarmowego, muszą ulec zmianie parametry każdego z łączy doprowadzonego do obiektu. Umowa na usługę transmisji danych sieci WAN przewiduje wzrost przepustowości, ale maksymalnie tylko o 10% wartości kontraktu co będzie niewystarczającą wartością. Uruchomienie kolejnych usług i zwiększenie ilości przesyłanych danych będzie miało wpływ na pracę łącza dostępowego. Istotnym problemem będzie nadmierna utylizacja pasma i zapychanie łącza skutkujące brakiem dostępności usług oraz zamiast optymalnej obsługi mechanizmów QoS otrzymamy przekroczenie parametrów SLA takich jak opóźnienia pakietów, straty pakietów czy zmienność pakietów. Nadmierna utylizacja łącza spowoduje brak dostępności usług wymaganych przez Zamawiającego. Dostęp do Internetu musi być realizowany z odpowiednim poziomem bezpieczeństwa w zakresie ochrony przed działaniem złośliwego oprogramowania oraz ataków hackerskich. Niestety umowa nie przewiduje usługi dostępu do Internetu przez co również nie reguluje kwestii bezpieczeństwa w oferowaniu tej usługi skutkiem czego znacznie podnosi ryzyko kompromitacji usług oraz niestabilności działania systemu dynamicznej informacji pasażerskiej. Tak więc realizacja umowy WAN w przesuniętym okresie, niezależnie od braku takiej potrzeby z uwagi na uzyskanie takiej możliwości za pomocą infrastruktury realizowanej w ramach GSM-R, nie zabezpieczyłaby celów biznesowych Zamawiającego. Podkreślił, że zamówienie na

28

dostawę CSDIP miało być finansowane z funduszy unijnych. Unieważnienie spowodowało również utratę współfinansowania projektu z instrumentów finansowych I perspektywy. W związku z tym, że otrzymanie dotacji wiązało się z koniecznością zakończenia i rozliczenia projektu do końca 2015 r. z przyczyn oczywistych wiadome jest, że Zamawiający nie otrzyma środków na realizację tego zamówienia. Zamawiający nie posiada środków, aby zrealizować je „z własnej kieszeni”. Zamawiający wskazał, że projekt został zgłoszony do współfinansowania z perspektywy 2014 - 2020 i wpisany został na listę projektów podstawowych CEF i POLiŚ finansowanych z Funduszu Spójności objętych KPK, pod numerem 65 stanowiącą Załącznik 1 „Krajowego Programu Kolejowego do 2023 roku, Infrastruktura kolejowa zarządzana przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” ustanowionego uchwałą Rady Ministrów nr 162/2015 z dnia 15 września 2015 r. Niemniej jednak nie oznacza to automatycznego zakwalifikowania projektu na listę indykatywną POLiŚ oraz zapewnienia współfinansowania projektu ze środków perspektywy unijnej. Aby finansowanie było zapewnione musi być złożony wniosek o dofinansowanie (WoD) i po jego pozytywnym rozpatrzeniu, podpisana umowa o dofinansowanie. WoD nie został jeszcze złożony i nie ma podpisanej umowy na dofinansowanie. W związku z powyższym z formalnego punktu widzenia projekt SDIP nie istnieje. Ponowne wszczęcie postępowania na SDIR stoi pod znakiem zapytania i nie można określić terminu jego realizacji. Tym niemniej - o czym w dalszej części pisma - nawet najbardziej optymistyczny scenariusz czasowy wskazuje wyraźnie na brak potrzeb transmisji danych WAN, z powodu pozyskania w tym czasie dla potrzeb przyszłego CSDIP medium transmisyjnego opartego na wskazanym rozwiązaniu docelowym jaki ma być sieć światłowodowa. W ocenie Zamawiającego powyższa sytuacja powoduje, że zachodzi okoliczność, że realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym. Wskazać należy, iż Zamawiający jest dysponentem środków publicznych, które jest zobowiązany wydatkować w sposób celowy oraz oszczędny. W przypadku uznania przez izbę, że wniesione odwołanie winno zostać uwzględnione Zamawiający będzie zmuszony wydać środki publiczne na zakup usługi, która nie jest mu - jak i ogółowi społeczeństwa - potrzebna. Wskazać należy, że zaistniałe okoliczności mają charakter zewnętrzny, na których Zamawiający nie miał de facto wpływu. Reasumując wszystkie zaprezentowane powyżej argumenty Zamawiający stwierdził, że zaniechanie unieważnienia

zamówienia publicznego prowadziłyby do sytuacji, że Zamawiający otrzymałby usługę, z której nie będzie korzystał. Tym samym usługa WAN nie służąc zaspokajaniu żadnej z potrzeb PLK, a dalej z potrzeb jej klientów, jakimi w tym przypadku mieli być podróżni, nie prowadziłyby do zaspokajania potrzeb publicznych a wręcz przeciwnie. Tym samym uzyskanie kanału do transmisji (jakim jest WAN), bez faktycznej możliwości korzystania z tej transmisji nie leży w interesie publicznym. Tym samym, nienależnie od braku ku temu podstaw prawnych (o czym dalej), pozbawione racjonalności było by poszukiwanie możliwości restytucji realizacji WAN w zmienionym, późniejszym terminie, gdy medium to obiektywnie nie będzie potrzebne i nie było by wykorzystywane dla zaspokajania jakiejkolwiek z potrzeb publicznych. Pomijając niedopasowanie techniczne i lokalizacyjne wynikające ze zmienionych potrzeb, WAN zapewniałby dodatkowe niewykorzystywane zasilenie (możliwość transmisji), za które należało wydatkować nie małe środki ze stratą dla interesu publicznego (środki te nie zostałyby, bowiem wydatkowane na inne zaspokajające takie potrzeby cele). Odnośnie przewidywalności zmiany okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania, Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, że jako podmiot profesjonalny powinien przewidzieć konieczność unieważnienia postępowania CSDIP. Podkreślił, że każdorazowo stara się przygotować oraz przeprowadzić sprawnie i skutecznie postępowanie w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie Pzp niemożność przewidzenia, jako przesłanka dla określonego zachowania występuje, jako: przesłanka trybów niekonkurencyjnych - negocjacje bez ogłoszenia - art. 62 ust. 1 pkt. 4, - wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt. 3, i 5 (zamówienia dodatkowe), art. 93 ust. 1 pkt. 6 Pzp jako przesłanka unieważnienia postępowania oraz art. 145 ust. 1 Pzp nakazująca odstąpienie od umowy w sytuacji niemożności przewidzenia okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Na gruncie prawa cywilnego, w szczególności przepisów art. 357 k.c. (klauzula rebus sic stantibus) oraz art. 632 § 2 k.c. (tzw. mała klauzula rebus sic stantibus) okoliczności, których nie można było przewidzieć to takie zdarzenia, których strony, działając rozsądnie i profesjonalnie nie zakładały i nie planowały. Zdarzenia te mogą mieć charakter losowy, społeczno-gospodarczy czy prawno - polityczny. Zdaniem Zamawiającego, analiza dorobku orzeczniczego oraz piśmiennictwa wskazanych instytucji, prowadzi do wniosku o tym, że o nieprzewidywalności zdarzeń nie decyduje ich wskazanie i umieszczenie w przepisie prawa, ale prawdopodobieństwo ich wystąpienia w konkretnej sytuacji faktycznej. Ta

30

zaś nie jest kształtowana przepisem prawa (możliwość rozwiązania umowy, zapłaty kar umownych czy sankcji za niewykonanie obowiązków kontraktowych jest stałym elementem nawiązywanych stosunków prawnych i wynika bądź to z przepisu prawa stanowionego bądź to regulacji umownej), tym niemniej dotyczy uprawnień stron na wypadek zdarzenia a nie okoliczności ich przewidzenia, czy wręcz zaplanowania. Sytuacji, której nie można było przewidzieć nie można utożsamiać ze zdarzeniami, których wystąpienie strony uznały za nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi które strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie nie zakładały i nie planowały. Tak więc, przesłanka ta odnosi się do sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. „Nieprzewidywalność danych okoliczności” powinna być zatem zawsze oceniana indywidualnie - w konkretnym stanie prawnym i faktycznym. Wskazał również na dokument przyjęty 17 listopada 2006 r. przez Komitet Europejski Rady Ministrów, uaktualniony 18 listopada 2010 r., z którego wynika, że z zaistnieniem okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć, mamy do czynienia w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, a ocena nieprzewidywalności wystąpienia danego zdarzenia musi być oceniana w sposób obiektywny i w każdej sytuacji odrębnie. Dokument ten wskazuje ponadto, że o nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić wtedy, gdy skala danego zjawiska w konkretnym przypadku przekracza standardowy zakres. Inaczej

mówiąc, o nieprzewidywalności danego zjawiska może decydować jego ponadnaturalny (ponad przewidywalny) wymiar lub charakter (opinia rzecznika w sprawie podał, że prowadzenie przez generalnego C-525/03). Dalej wielu Pzp i Zamawiającego postępowań znajomość regulacji nakazującej unieważnienie postępowania o zamówienie publiczny w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę jaka zamierza ona przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie powoduje automatycznie, że okoliczność ta była przewidywalna. Szczególnie jeżeli uwzględni się, doświadczenia Zamawiającego wskazujące na sporadyczność takich unieważnień i kroki jakie podjął celem zminimalizowania ryzyk nieskuteczności postępowania na dostawę CSDIP (postępowanie zostało poprzedzone dialogiem technicznym w wyniku którego dokonano oszacowania wartości projektu jak też dokonano podziału na części całości przedmiotu zamówienia). Podkreślił, że ustawodawca nie przesądził charakteru okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania na

31

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz, że pojęcie przewidywalności dotyczy zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów. Nawiązując do orzecznictwa KIO oraz przesłanki z przepisu art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, nakazującego unieważnienie z powodu zaproponowania cen postępowania kwotę, przewyższających którą przeznaczyć na zamawiający zamierza sfinansowanie zamówienia stwierdził, że opisanego w tej przesłance zdarzenia nie można w normalnym toku przewidzieć tym bardziej, że przeczy temu doświadczenie Zamawiającego i podjęte przez niego czynności dla zminimalizowania takich ewentualnych skutków. Jeszcze bardziej nie do przywiedzenia jest skala w jakiej cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. determinując możliwość uchylecia tej przesłanki poprzez zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty najkorzystniejsze oferty.

II. odnośnie zarzutu unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp:

Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnosząc powyższy przepis do stanu faktycznego sprawy wskazał, że zgodnie z brzmieniem § 16 wzoru umowy, umowa ta miał wejść w życie z dniem jej zawarcia, ze sztywnym okresem obowiązywania do dnia 31 grudnia 2018. Przy czym, na co wskazuje przepis § 8 wzoru umowy, Wykonawca zobowiązany byłby, w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy, przygotować i przedstawić do akceptacji Zamawiającego lub innego upoważnionego przez Zamawiającego podmiotu, projekt techniczny sieci WAN, zawierający Harmonogram prac instalacyjnych i Harmonogram odbiorów technicznych, który to musiałby uwzględniać dochowanie dat sztywnych poszczególnych Etapów, pod rygorem kar umownych za ich niedochowanie [vice: § 15 ust. 2 - 4 wzoru umowy). Tym samym w sposób obiektywny, wobec upływu wskazanych terminów wykonanie zobowiązania w sposób określony w ofercie i w zgodzie z regulacją art. 140 ust. 1 ustawy Pzp nie jest już możliwe. Dla swej realności wymagałoby bowiem zmiany wskazanych terminów, co naruszałoby

32

regulację, tak art. 140 ust. 1, jak też art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Zwrócił uwagę na uchylony ust. 2 art. 140 Pzp, dopuszczający w szczególnie uzasadnionych przypadkach zmianę sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy na skutek okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, lub w sytuacji gdy zmiany takie były by korzystne dla zamawiającego, a wykonawca wyraził na nią zgodę został uchylony z dniem 24 października 2008 r. przez art. 1 pkt 39 noweli z dnia 4 września 2008 r. Zgodnie

zatem z obowiązującą regulacją z art. 140 ust 1 i 3 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy dla swej ważności musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, gdyż w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SWIZ podlega unieważnieniu. Podkreślił, że cytowany przepis wyraża zasadę, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie, a świadczenie, określone w zawartej umowie, które ma spełnić wykonawca, musi być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że oferta Odwołującego dotyczyła realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem terminów realizacji poszczególnych etapów wskazanych powyżej. Brak zestawienia łączy uniemożliwia zaś dalszą realizację umowy. Zakres umowy (określenie przedmiotu zamówienia) w przypadku umów dla świadczeń ciągłych kształtowany zaś jest nie tylko poprzez wymiar rzeczowy świadczenia (przepustowość łączy określająca ilość możliwych do przesłania danych) ale także czasookres w jakim ta przepustowość ma być dostępna, ta zaś miała być dostępna odpowiednio: dla pierwszych 62 lokalizacji do dnia 30.06.2015 r.; dla kolejnych 250 lokalizacji do dnia 31.07.2015 r., dla kolejnych 250 lokalizacji do dnia 31.08.2015 r., i dla ostatnich 263 lokalizacji do dnia 30.09.2015 r. Skoro zatem regulacja art. 140 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się z wymogiem złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konsekwentnie, zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odpowiadać złożonej ofercie. Brak możliwości skorelowania dat świadczenia określonych w SWZ i ofercie z datami ewentualnej faktycznej realizacji usługi WAN bez zmiany umowy, która - o czym niżej - prowadzącej do naruszenia regulacji Pzp, prowadzi do sytuacji zaistnienia przywołanej przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, obligującej

33

Zamawiającego do unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie pod legającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (Zamawiający nie ma możliwości konwalidowania wady wpływu dat kontraktowych). Zakres świadczenia dotyczącego budowy poszczególnych łączy, wyznaczony poza wskazane daty poszczególnych etapów, określone sztywno w SWZ, prowadziłby do spełnienia normy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odnosząc się do argumentacji związanej z możliwością zmiany terminów realizacji z uwagi na postanowienia projektu umowy Zamawiający stwierdził w szczególności, że w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 13 października 2015 r. wskazał, że jedną z okoliczności uzasadniających unieważnienie przedmiotowego postępowania jest okoliczność, że wykonanie przez Odwołującego świadczeń w terminach wskazanym w Umowie jest niemożliwe bez konieczności aneksowania umowy. Zgodnie z § 16 wzoru umowy, umowa ta miał wejść w życie z dniem jej zawarcia, ze sztywnym okresem obowiązywania do dnia 31 grudnia 2018. Umowa nie dopuszcza możliwości wydłużania terminu jej obowiązywania czy zmiany terminów realizacji poszczególnych etapów z uwagi na ewentualną potrzebę dostosowania do terminów realizacji nowego ewentualnego postępowania na CSDIP i zawartej w jego wyniku umowy (pomijając celowość posiadania dla takiego systemu usługi WAISI - na co zwracano uwagę powyżej) (vide: § 18 wzoru umowy). Stosownie do brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Z powyższego przepisu wynika, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały w znaczący sposób ograniczone w swobodzie dokonywania zmian umowy mających istotny charakter (tzw. aneksowania). Z kolei zmiany nieistotne mogą być wprowadzane do umowy w sposób dowolny. Doktryna i orzecznictwo dostarczają wytyczne, pozwalające na

odróżnienie zmiany istotnej od nieistotnej. W aktualnym stanie prawnym nie wiec katalogu zmian istotnych, ponieważ ocena, z jakiego rodzaju zmianą mamy do czynienia (nieistotną, tj. dopuszczalną albo istotną, tj. co do zasady niedopuszczalną

34

z zastrzeżeniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) zawsze będzie oceną konkretnego przypadku. W świetle tego przepisu można wymienić dwa wyjątki od tej zasady. Po pierwsze, zakaz, o którym jest mowa w przepisie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie takiej zmiany postanowień umowy o zamówienie publiczne, która jednocześnie stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Należy więc stwierdzić, iż dopuszczalne są takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby postanowień najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta przedmiotowa umowa. Po drugie, dopuszczalna jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli są spełnione łącznie dwie następujące przesłanki wymienione w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp in fine, tj. zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przesłanka 1) oraz określił warunki takiej zmiany (przesłanka 2). Odnosząc powyższą regulację do § 18 stwierdził, że pierwsza z jego przesłanek z pkt 1.3.3 pozwala na zmianę terminów tylko w odniesieniu do okoliczności, które nie byłyby znane w dacie zawarcia umowy. Podobnie druga z przesłanek przewidzianych dla zmian terminu/okresu wykonywania świadczenia wskazana w § 18 ust. 1.3.4 nie znalazłaby zastosowania, gdyż jako taka dotyczyłaby jedynie okresu przedprodukcyjnego użytkowania łączy, a nadto obejmuje okres jedynie 6 miesięcy, który byłby niewystarczający dla restytucji terminów umownych dla umowy WAN, których domaga się Odwołujący w świetle przedawnionego powyżej stanu faktycznego. Zatem możliwość zmiany umowy mogłaby nastąpić jedynie wówczas, gdyby zmiana terminów realizacji nosiła znamiona zmiany nieistotnej. Oceniając zaś za ten aspekt, za treścią przytoczonego przez Odwołującego w odwołaniu wyrok ETS w sprawie C-454/06, w którym Trybunał wskazał, że nieistotna zmiana umowy to taka zmiana, która nie wpływa na krąg potencjalnych podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia na usługę WAN w tej konkretnej sytuacji nie sposób za taką uznać. O czym najlepiej świadczą wyartykułowane Zamawiającemu przyczyny, dla których inni wykonawcy zaniechali złożenia ofert w postępowaniu WAN. Z uzyskanych odpowiedzi ewidentnie wynika, że przyczyną tą było określenie przez Zamawiającego zbyt krótkich terminów realizacji poszczególnych etapów. Podkreślił, że jego zdaniem, termin jest funkcją ceny, im dłuższy termin, tym większe prawdopodobieństwo otrzymania oferty z ceną niższą.

35

Co więcej, im dłuższy dopuszczalny termin realizacji zamówienia, tym większej ilości wykonawców którzy zechcą złożyć oferty można się spodziewać. Zatem zmiana terminu wykonania ma charakter istotny. Gdyby nowy, postulowany przez Odwołującego termin podany był w ogłoszeniu o zamówieniu i znany od początku wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom, być może inny podmiot uzyskałby zamówienie. Stwierdził również, że celem weryfikacji czy w niniejszym stanie faktycznym istnieje możliwość dokonania zmiany umowy, tj. czy wydłużenie terminu obowiązywania umowy w świetle powyżej przytoczonego orzecznictwa oraz doktryny można zakwalifikować jako zmianę nieistotną, zwrócił się do wykonawców aktywnych na etapie postępowania w sprawie zamówienia publicznego o wskazanie przyczyn zaniechania złożenia przez nich ofert. Z udzielonych informacji wynika, że określenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji umowy wpłynęło na podjęcie przez nich decyzji o rezygnacji z udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należy uznać, że wydłużenie terminu obowiązywania umowy na etapie postępowania wpłynęłoby na krąg podmiotów zainteresowanych jego uzyskaniem. Prowadzi to do wniosku, że wprowadzenie zmiany do umowy w zakresie wskazywanym przez Odwołującego będzie stanowiło istotną zmianę umowy, która jest niedopuszczalna na gruncie Pzp. W związku z powyżej opisaną sytuacją zmiana

terminu realizacji zamówienia jest zmianą istotną. Zamawiający nie przewidział tego rodzaju zmiany w umowie. W związku z czym dokonanie tego rodzaju zmiany prowadzić będzie do jej nieważności w świetle przepisu art. 144 ust. 2 ustawy Pzp, jak też naruszać jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp, tj. zasadę równego traktowania Wykonawców. Reasumując stwierdził, że w związku z treścią art. 140 Pzp nie ma możliwości zmiany umowy w stosunku do oferty w zakresie zmian terminu realizacji poszczególnych etapów, jak też przedłużenia terminu realizacji umowy - umowa zawarta przez Zamawiającego z wybranym przez siebie Wykonawcą nie może wskazywać innego terminu wykonania zamówienia niż określony przez wykonawców w ofercie. Ponadto z uwagi na upływ terminu wykonania poszczególnych etapów w przypadku zawarcia umowy w kształcie określonym w ofercie, istnieje prawdopodobieństwo zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. Jego zdaniem, przepis art. 387 k.c. wiąże z taką czynnością sankcję nieważności bezwzględnej wynikającej z mocy prawa. Niemożliwość świadczenia istniejąca w czasie zawierania umowy powoduje, że zawarta umowa nie wywołuje skutków prawnych

36

odpowiadających treści zgodnie złożonych oświadczeń woli (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 stycznia 2005 roku sygn. akt: IACa 1313/04 LEX 147135). Zatem, jeżeli mamy do czynienia z sytuacją, w której realny termin wykonania umowy wynikający z przyczyn technicznych i technologicznych jest dłuższy od przewidzianego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, podpisanie umowy wiąże się z ryzykiem sankcji wyrażonej w cytowanym przepisie (wyrok Zespołu Arbitrów z 30.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/-2043/04). Reasumując stwierdził, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp).

- III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 70 [3] § 2 i art. 5 kodeksu cywilnego, z uwagi na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pomimo jej zgodności z warunkami Postępowania i obowiązku wynikającego w tym zakresie z wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r., zaniechanie prowadzenia jakichkolwiek czynności w Postępowaniu wskutek czego upłynęły przewidziane w dokumentacji Postępowania niektóre wskazane terminy realizacji Umowy (etap 1-4), niepowiadomienie uczestników przetargu o jego wyniku, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej

Wskutek zmiany okoliczności faktycznych zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego jest bezcelowe i będzie prowadzić do sytuacji przeznaczenia środków publicznych na zakup usługi, która zarówno Zamawiającemu, jak i ogółowi społeczeństwa, tj. osobom korzystającym z usług PLK, będzie zbędna. Ponadto Zamawiający, jak wskazywał w odpowiedzi, nie zakładał, że wystąpią okoliczności stanowiące przesłankę unieważnienia postępowania.

- IV. Odnośnie zaniechania podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp  
Ustawodawca nie nałożył na Zamawiającego obowiązku sporządzenia zawiadomienia o unieważnienia postępowania w określony sposób. Zawiadomienie winno zawierać minimum uzasadnienie faktyczne oraz prawne. W niniejszym stanie

37

faktycznym zawiadomienie przesłane do Odwołującego takowe uzasadnienie zawiera.

W podsumowaniu argumentacji z odpowiedzi podał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem:

1. WAN nie miał służyć zaspokajaniu jakichkolwiek potrzeb Zamawiającego, ale

ściśle określonej potrzeby zasilania CSDIP, która się zdezaktualizowała w wyniku fiaska projektu CSDIP.

2. WAN miał być nadto jedynie rozwiązaniem czasowym, a nie docelowym medium transmisyjnym dla potrzeb CSDIP, i miał zostać począwszy od 2019 roku zastąpiony przez rozwiązanie docelowe tj. szerokopasmową, światłowodową sieć szkieletową realizowaną w ramach ogłoszonego już projektu GSM-R.
3. Bez CSDIP potrzeby podróżnych (utożsamiane z interesem publicznym) na informację pasażerską są zaspokajane bez szkody dla ich interesu (patrz informacja funkcjonująca obecnie na dworcach bez zrealizowanego CSDIP). Tym samym CSDIP nie wykreował żadnej potrzeby publicznej. A jego brak nie powoduje żadnego uszczerbku dla interesu publicznego.
4. Nie ma żadnego postępowania przetargowego, które dotyczyłoby aktualnie CSDIP. Nie ma tym samym żadnych wiążących terminów w których taki system miałaby powstać. Tym samym nie ma żadnego ekonomicznego ale też publicznego zapotrzebowania na WAN. Tym samym WAN w skutek nie zrealizowania CSDIP w zakładanym w unieważniamy postępowaniu czasie nie jest obiektywnie potrzebny.
5. WAN nie będzie potrzebny nawet w najbardziej optymistycznym scenariuszu czasowym realizacji nowego CSDIP wobec obiektywnych uwarunkowań związanych z najkrótszym możliwym czasem realizacji takiego systemu oraz stanem zaawansowania i harmonogramem wdrożenia rozwiązania docelowego dla tak poprzedniego jak też nowego CSDIP, tj. światłowodowej sieci szkieletowej realizowanej w ramach projektu GSM-R!
6. Powyższe przekłada się na zaistnienie opisanych w unieważnieniu przesłanek powodujących konieczność unieważnienia postępowania:
  - a. Brak interesu publicznego w uzyskaniu usługi WAN;
  - b. Niemożność przewidzenia okoliczności że projekt CSDIP w pierwotnie planowanym wymiarze, czasie i zakresie się powiedzie (po to się zawiera

38

---

umowy by ich dotrzymywać, po to się wszczyna postępowanie by je zrealizować i nie przewiduje się fiaska takiego projektu);

- c. Realizacja umowy WAN w zaoferowanych w ofercie terminach nie jest możliwa. Zatem wymagałaby zmiany. Zmiany te nie zostały przewidziane tym samym ich wprowadzenie dla swej dopuszczalności musiałyby nosić cech zmian nieistotnych. Skoro tak nie jest wprowadzeni zmian prowadziłyby do nieważności umowy w zakresie dotkniętym zmianą.

### **Rozpoznając odwołanie Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy Zamawiający w dniu 11 października 2014 r. [ogłoszenie o zamówieniu w Dz. Urz. UE 2014/S 196-347242] wszczął postępowanie na „Zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń SDIP CCTV (kontrakt 1, 2, 3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POHŚ 7.1-106", (Postępowanie CSDIP), a w dniu 8 października 2014 r. [ogłoszenie o zamówieniu w Dz. Urz. UE 2014/S 193-341656] – postępowanie – którego dotyczy odwołanie - na „Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego" (Postępowanie WAN). Zamawiający w przypadku postępowania WAN wymagał, zgodnie ze specyfikacją oraz projektem umowy, aby wykonawca był gotowy do transmisji danych w pełnej funkcjonalności we wszystkich wskazanych lokalizacjach najpóźniej w okresie od 1 października 2015 r. do 31 grudnia 2018 r.. W projekcie umowy wskazał także terminy pośrednie dla poszczególnych etapów: etap 1 - do 30.06.2015 r., etap 2 – do 31.07.2015 r., etap 3 – do 31.08.2015 r. i etap 4 – do 30.09.2015 r. Z kolei w § 18 projektu umowy w jego punkcie 1.3.4. stanowiącym o zawieszeniu umowy na okres wynikający z opóźnienia w realizacji umowy lub

postępowania przetargowego wprost nawiązał do przetargu dotyczącego Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego na rzecz których miała być realizowana usługa WAN, które to przetarg został wszczęty w dniu 11.10.2015 r. W Postępowaniu CSDIP wskazano, że realizacja tego

39

zamówienia [zaprojektowanie, dostawa i montaż urządzeń SDIP i CCTV w ramach Projektu] ma nastąpić do dnia 30 listopada 2015 r. Przedmiot tego zamówienia miał być sfinansowany ze środków unijnych w perspektywie 2007 – 2013, z okresem wydatkowania do końca 2015 r. Postępowanie CSDIP decyzją z dnia 17 marca 2015 r. zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem oferta z najniższą ceną dla każdej części przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia danej części. Skuteczność tej czynności została potwierdzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.04.2015 sygn. akt: KIO 622/15. W Postępowaniu WAN, którego dotyczy odwołanie, ofertę złożył tylko wnoszący odwołanie wykonawca – T- Mobile Polska S.A. [następca prawy spółki T- Mobile Poland sp. z o.o.]. Decyzją z dnia 27 marca 2015 r. Zamawiający unieważnił to postępowanie na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, w uzasadnieniu której wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone było w celu zapewnienia transmisji danych na potrzeby postępowania na „Zaprojektowanie, dostawę i montaż urządzeń SDIP CCTV (kontrakt 1,2,3 i 4) w ramach Projektu: Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych POLiŚ”, które zostało unieważnione w dniu 17 marca 2015 roku ze względu na to, że oferta z najniższą ceną dla każdej części zamówienia przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie każdej części zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tych kwot. Zdaniem Zamawiającego powyższe okoliczności uzasadniały unieważnienie postępowania na podstawie wskazanego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, ze względu na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Ta decyzja została w odwołaniu z dnia 3 kwietnia 2015 r. zaskarżona przez Odwołującego T- Mobile do Prezesa KIO. W tym odwołaniu wykonawca kwestionując zasadność decyzji o unieważnieniu Postępowania WAN wniósł o nakazanie unieważnienia tej decyzji oraz nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Rozpoznający odwołanie skład orzekający Izby w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. sygn. akt: KIO 686/15 uznał odwołanie za uzasadnione, jednakże nakazał Zamawiającemu wyłącznie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu tego wyroku w szczególności podano, że (...) W ocenie Izby zamawiający nie

40

udowodnił, że realizacja zadania nie leży w interesie publicznym. Przedmiotem zamówienia jest zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Usługi te dotyczą przedmiotu działalności zamawiającego, tj. usług przewozu pasażerskiego. Zakres i charakter świadczonych usług przemawiają za uznaniem ich za realizowane w interesie publicznym. Postępowanie na realizację Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej zostało przez zamawiającego unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie wykazał, że odstąpił w ogóle od realizacji przedmiotowego zadania, wręcz przeciwnie – wskazywał, że ubiega się o dofinansowanie projektu SDIP, co oznacza, że realizacja tego zadania nadal leży w interesie publicznym. Tym samym w interesie publicznym jest również dostawa transmisji danych do przedmiotowego systemu. Zamawiający wskazywał, że w przypadku pozyskania środków na wdrożenie projektu którego częścią będzie SDIP oraz WAN, zmianie ulegnie lokalizacja wszystkich bądź przeważającej części lokalizacji, w których montowane będą urządzenia SDIP, a co za tym idzie – do



których dostarczana będzie transmisja danych WAN. Twierdzenia zamawiającego nie zostały jednak poparte żadnymi dowodami uzasadniającymi prezentowane stanowisko". Zamawiający w wykonaniu wyroku decyzją z dnia 11 maja 2015 r. unieważnił czynność unieważnienia Postępowania WAN, przesłał takie zawiadomienie do Odwołującego, oraz zamieścił na jego stronie internetowej. Następnie w piśmie z dnia 13 października 2015 r. zawiadomił Odwołującego, podobnie taką informację zamieścił na stronie internetowej, o unieważnieniu Postępowania WAN na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. W tym zawiadomieniu zawarł także uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji.

Wykonawca w odwołaniu zaskarżył decyzję z dnia 13 października 2015 r. o unieważnieniu Postępowania WAN [„Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego”] wskazując na unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp. Podniósł także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 92 ust.1 Pzp, a także art. 14 Pzp w zw. z art. 70 [1] § 2 i art. 5 kodeksu cywilnego z uwagi na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej pomimo

41

jej zgodności z warunkami Postępowania i obowiązku wynikającego w tym zakresie z wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r., i zaniechanie prowadzenia jakichkolwiek czynności w Postępowaniu wskutek czego upłynęły przewidziane w dokumentacji Postępowania niektóre wskazane terminy realizacji umowy, niepowiadomienie uczestników przetargu o jego wyniku, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wskazał ponadto na naruszenie art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie – jego zdaniem - podania jednoznacznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszeniem art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp Izba stwierdza, że ustawodawca nie nałożył na Zamawiającego obowiązku sporządzenia zawiadomienia o postępowaniu w określony sposób. To unieważnieniu zawiadomienie ma zawierać uzasadnienie faktyczne oraz prawne. W niniejszym stanie faktycznym w zawiadomieniu z dnia 13.10.2015 r. skierowanym do Odwołującego podano jednoznacznie, że Postępowanie WAN zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji Zamawiający w szczególności podał, że (...) postanowił unieważnić postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego” (ze względu na brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez Wykonawcę w terminie wskazanym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w umowie, jak też z uwagi na zaistnienie okoliczności powodujących, że uzyskanie świadczenia polegającego na wykonywaniu usługi przesyłu danych w określonym umową okresie nie leży w interesie publicznym, czego Zamawiający nie mógł przewidzieć”. Wskazał także na terminy wynikające z § 8 ust.3 umowy, która zostanie zawarta oraz, że (...) Na skutek przedłużającej się procedury udzielenia zamówienia publicznego, Zamawiający nie zawarł umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przed dniem 30.06.2015 r., to jest przed dniem wyznaczonym na realizację przez Wykonawcę pierwszego etapu umowy. Powyższe podyktowane było okolicznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne na „Dostawę instalacji i uruchomienie urządzeń SDIP i CCTV w ramach Projektu POLiŚ 7.1-106”, stanowiącego zasadniczą część Projektu, pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i

42

przystankach kolejowych", dla której to niniejsze postępowanie miało zapewnić medium transmisyjne, jak też koniecznością dostosowania założeń i opisu przedmiotu zamówienia na SDIP i CCTV do sytuacji rynkowej (w tym celu wszczęto procedurę dialogu technicznego). Informacje uzyskane od wykonawców, którzy wzięli

udział w dialogu technicznym w sposób jednoznaczny wskazują na konieczność zmiany przyjętych wymagań dotyczących tak okresu realizacji samego projektu, jak też jego cech logicznych i technicznych. Powyższe w sposób bezpośredni przekłada się także na potrzebę uzyskania usług transmisji danych sieci WAN na potrzeby Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej oraz monitoringu wizyjnego o cechach i w terminie innych niż przyjęty w prowadzonym postępowaniu przetargowym, w tym dotyczących parametrów łączy oraz ich lokalizacji. Zmiana założeń do Projektu SDIP/CCTV, powoduje konieczność istotnego zmodyfikowania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu poprzez dostosowanie parametrów usług transmisji danych sieci WAN do zmienionych potrzeb, w tym także dat realizacji. Świadczenie usług transmisji danych dla realizacji Projektu SDIP/CCTV w nieznanej jeszcze części i zakresie nastąpi najwcześniej w roku 2017, zaś w pełnym zakresie nie wcześniej niż w roku 2019. Zmiana wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia usług transmisji danych sieci WAN poprzez ich do z systemu dostosowanie wymagań wynikających potrzeb SDIP/CCTV zagwarantuje spójność obu systemów, w tym w szczególności spójność czasową ich dostarczania, a tym samym zapewni realizację celu publicznego jakim jest zapewnienie spójnej, jednolitej i nowoczesnej informacji pasażerskiej oraz ochrony obiektów użyteczności publicznej, jakimi dysponuje grupa PKP. Tym niemniej do dnia dzisiejszego nie zostało wszczęte postępowanie na zmieniony system SDIP/CCTV, co powoduje że nie ma - i nie będzie - w okresie w jakim miała być realizowana usługa dostarczania danych na podstawie umowy zawartej z wykonawcą w związku z prowadzonym Postępowaniem w obrocie systemu SDIP/CCTV". Reasumując stwierdził, że (...) wykonanie przez Wykonawcę świadczenia w terminie wskazanym w Umowie nie tylko jest obiektywnie niemożliwe, bez zmiany umowy, co w świetle pozyskanych oświadczeń innych zainteresowanych tym Postępowaniem wykonawców należało by uznać za naruszenie podstawowej zasady prawa zamówień publicznych - czyli zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 Ustawy". Wskazał także na art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego oraz na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2011 r. sygn. akt II CSK

43

217/10, w którym Sąd stwierdził, że „Świadczenie niemożliwe zgodnie z art. 387 § 1 k.c, to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę" (Lex nr 846590). Zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie wskazanym w umowie nie jest możliwe zarówno przez Wykonawcę, jak i przez każdy inny podmiot działający na rynku. Oznacza to, iż jest ono świadczeniem niemożliwym, a jako takie oznacza nieważność umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego". Podał także, że (...) przewidziany w § 18 umowy katalog zmian istotnych umowy nie dopuszcza zmiany terminu realizacji kolejnych etapów umowy w sytuacji, w której nastąpiło przedłużenie procedury udzielenia zamówienia publicznego. Zmiana terminu realizacji umowy należy do zmian istotnych umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 02.10.2013 r., KIO 2191/13, 2193/13; wyrok KIO z dnia 05.03.2013 r. KIO 376/13; uchwała KIO z dnia 21.12.2012 r. KIO/KD 97/12) w konsekwencji czego zawierając umowę, Zamawiający zobowiązany byłby do naruszenia art. 144 ust. 1 Ustawy poprzez wydłużenie terminu realizacji umowy". Wskazał także na konieczność unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ze względu na obarczenie umowy wadą powodującą jej nieważność z mocy prawa oraz, że wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie, w którym Zamawiający wymagał jego realizacji jest niemożliwe z przyczyn obiektywnych, oraz niemożliwa jest zmiana terminu realizacji umowy na skutek braku zastrzeżenia przez Zamawiającego możliwości dokonania przedmiotowej zmiany.

Także zarzut naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 70 [3] § 2 i art. 5 kodeksu cywilnego, oparty w istocie na zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby z dnia 21.04.2015 r. sygn. akt: KIO 686/15 nie jest zasadny. Izba stwierdza, że w wyroku tym Krajowa Izba nie nakazała wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej., a wyłącznie unieważnienie czynności unieważnienia podjętej w dniu 27.03.2015 r. Zgodnie z

nakazem tego wyroku Zamawiający w dniu 11.05.2015 r. unieważnił czynność z dnia 27.03.2015 r. unieważniającą Postępowanie WAN na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp i po dokonanych unieważnieniu nakazanej czynności dokonał - z udziałem wykonawców z którymi prowadził dialog techniczny - ponownej analizy okoliczności faktycznych, co do realności możliwości zlecenia wykonawcy T- Mobile świadczenia usługi WAN w sytuacji braku możliwości realizacji, w zakładanych

44

terminach zamówienia z unieważnionego Postępowania CSDIP, z którym to zamówieniem było integralnie związane zamówienie na usługę WAN. Ponowna ocena stanu faktycznego sprawy, z uwzględnieniem nowych okoliczności powstałych po dniu 21 kwietnia 2015 r. doprowadziła – jak wskazano w decyzji z dnia 13.10.2015 r. o unieważnieniu postępowania - do wniosku, że postępowanie na usługę WAN powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 oraz pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na brak obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia przez wykonawcę w terminie wskazanym w umowie, jak też z uwagi na zaistnienie okoliczności powodujących, że uzyskanie świadczenia polegającego na wykonywaniu usługi przesyłu danych w określonym umową okresie nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Izba zwraca uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 686/15, unieważniając decyzję Zamawiającego z dnia 27.03.2015 r. w jego uzasadnieniu odnosiła się do okoliczności ustalonych na rozprawie w dniu 21.04.2015 r., podkreślając m.in., że Zamawiający nie wykazał, że odstąpił w ogóle od realizacji przedmiotowego zadania, że ubiega się o dofinansowanie projektu SDIP, co oznacza, że realizacja tego zadania nadal leży w interesie publicznym oraz, że w przypadku pozyskania środków na wdrożenie projektu zmiana ulegnie lokalizacja wszystkich bądź przeważającej części lokalizacji, do których dostarczana będzie transmisja danych WAN. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zgodnie regulacją art. 190 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający w niniejszej sprawie zobowiązany był wskazywać stosowne dowody na poparcie okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, a z kolei Izba wydając wyrok musiała mieć na uwadze regulację z art. 191 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą wydając wyrok zobowiązana była brać za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, w tym przypadku na dzień 21 kwietnia 2015 r.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp i uznając niezasadność tego zarzutu Izba, w związku ze wskazaną regulacją przepisu art. 191 ust.2 ustawy Pzp, także miała na uwadze stan sprawy ustalony na dzień 3 listopada 2015 r. Zgodnie ze stanem faktycznym tej sprawy, zamówienie WAN z terminem realizacji do dnia 1 października 2015 r. niewątpliwie było integralnie związane z unieważnionym postępowaniem, dotyczącym Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego, którego celem było zbudowanie

45

dynamicznej informacji pasażerskiej zwiększającej wiedzę oraz bezpieczeństwo pasażerów korzystających z usług przewozowych, z terminem realizacji 30.11.2015 r. oraz, które to zamówienie miało być sfinansowane w założonym terminie z wykorzystaniem środków z perspektywy 2007 - 2013. Z okoliczności sprawy wynika także, że unieważnienie postępowania na dostawę CSDIP spowoduje finalnie utratę współfinansowania projektu z instrumentów finansowych i perspektywy 2007-2013, albowiem otrzymanie dotacji wiązało się z koniecznością zakończenia i rozliczenia projektu do końca 2015 r., co obiektywnie nie nastąpi, albowiem do dnia 3.11.2015 r. kolejne postępowanie na dostawę Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego nawet nie zostało wszczęte. Niewątpliwie również realizacja zamówienia udzielonego w wyniku rozstrzygnięcia Postępowania CSDIP w kształcie opisanym w dokumentacji postępowania z dnia 11.10.2014 r. warunkowała udzielenie zamówienia na usługę WAN w zakresie wynikającym z dokumentacji z dnia 8.10.2014 r. na co wskazuje chociażby nazwa przedmiotowego postępowania - „Usługa transmisji danych sieci WAN na potrzeby CSDIP oraz

monitoringu wizyjnego" i na cel prowadzonego Postępowanie WAN. Tym samym realizacja usługi WAN - uzyskanie kanału do transmisji (jakim jest WAN), bez faktycznej możliwości korzystania z tej transmisji w dacie 13 października 2015 r. [podobnie 3 listopada 2015 r.] nie leżała w interesie publicznym. Zawarcie umowy na realizację tej usługi – która z założenia była dedykowana dla realizacji ściśle określonego Projektu - nie prowadziłyby bowiem w konsekwencji do zaspokajania potrzeb publicznych związanych z przedmiotem działalności zamawiającego - usługą przewozu pasażerskiego. Tak, jak podał Zamawiający dla realizacji opisanego celu - z zamiarem sfinansowania przedsięwzięcia ze środków z perspektywy 2014 - 2020, o które podejmuje starania – zdecydował o innej formule jego realizacji [w oparciu o rozwiązanie docelowe – infrastrukturę GSM- R, której pierwsza część pozwoli na realizację transmisji danych także na potrzeby CSDIP], czego potwierdzeniem jest m.in. wszczęcie w dniu 21.09.201 r. przetargu na zadanie pn.: „Budowa infrastruktury Systemu ERTMS/GSM- R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPWERTMS”].

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w tym przypadku ma odpowiednie zastosowanie reguła z art. 192 ust.2 tej ustawy, zgodnie z którą nie podlega uwzględnieniu odwołanie, jeżeli

46

---

stwierdzone naruszenie m.in. nie miało wpływu na postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie Postępowania WAN zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp i tym samym rozstrzygnięcie w zakresie wskazanego zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

Izba zauważa jednocześnie, że wnioskowana przez wykonawcę zmiana terminów realizacji usługi WAN w oparciu o § 18 pkt 1.3. 3. oraz 1.3. 4. Projektu umowy na etapie zawierania umowy o zamówienie publiczne nie byłaby możliwa. Wskazane postanowienia przede wszystkim regulują dopuszczalność zmian terminów w trakcie realizacji umowy, a zatem po jej zawarciu. Ponadto pierwszy z jej punktów [1.3.3.] stanowi o możliwości zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w przypadku konieczności przedłużenia terminu realizacji Umowy lub jej etapów w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania Umowy o okres trwania tych okoliczności, drugi z kolei [1.3.4.] – o konieczności zawieszenia wykonywania Umowy na okres wynikający z takiego opóźnienia w przypadku opóźnienia realizacji Umowy lub postępowania dotyczącego Informacji przetargowego Centralnego Systemu Dynamicznej Pasażerskiej i monitoringu wizyjnego, przy czym zawieszenie możliwe jest na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy w okresie poprzedzającym produkcyjne użytkowanie łączny (1.3.4.). Zatem te postanowienia dotyczą także okoliczności, które nie są znane na etapie zawieranej umowy. W stanie faktycznym sprawy nie doszło nawet do wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem wbrew twierdzeniom wnoszącego odwołanie, Zamawiający nie mógłby dokonując wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, jednocześnie na tej podstawie zmienić w umowie terminy realizacji usługi WAN, które już wygasły, lub też przedłużyć termin realizacji przedmiotowej umowy w sytuacji, gdy terminy dla zamówienia CSDIP nie są możliwe obiektywnie do ustalenia. Ponadto terminy realizacji usługi WAN, to istotne postanowienia umowy, albowiem warunkowały one złożenie oferty przez innych wykonawców, co zostało potwierdzone m.in. ich oświadczeniami. Zmiana tych terminów potencjalnie mogła mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie, a tym samym taka zmiana powodowałaby modyfikację w tym postępowaniu równowagi na korzyść Odwołującego w sposób nieprzewidziany w

47

---

warunkach pierwotnego zamówienia. Uwzględnienie zatem żądania wykonawcy zmiany umowy po jej zawarciu prowadziłyby w konsekwencji do nieważności tej

zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, tak jak stanowi przepis art. 144 ust.2 ustawy Pzp, albowiem – jak podano - żadna ze wskazanych podstaw nie dotyczy okoliczności wymienionych § 18 pkt 1.3.3. i 1.3.4 wzoru umowy, i tym samym taka zmiana skutkowałaby naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 144 ust.1 ustawy Pzp w myśl którego ustawa Pzp zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, które to zmiany nie zostały przewidziane oraz określone w danym postępowaniu. Z kolei wprowadzenie takiej zmiany przed zawarciem umowy także było niedopuszczalne, albowiem to z kolei świadczyłoby o zmianie treści oferty. Także zdaniem Izby zawarcie podstawowej umowy z terminami, jak w tej sprawie, które wygasły, wskazywałoby – za stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 maja 2011 r. sygn. akt II CSK 217/10 - na świadczenie niemożliwe w myśl art. 387 § 1 kc - albowiem zarówno zobowiązany, jak i inny wykonawca nie mógłby zrealizować świadczenia według kryteriów obiektywnych – w terminach określonych tą umową. W konsekwencji w okolicznościach faktycznych takiej sprawy nie byłoby możliwe skorelowanie dat świadczenia określonych w SIWZ i w ofercie z datami ewentualnej faktycznej realizacji usługi WAN bez zmiany umowy. Szeroko rozumiana ich konwalidacja [uzdrowienie nieaktualnych terminów] powodowałaby nieważność takiej zmiany i w konsekwencji też nieważność umowy zasadniczej, albowiem mając na uwadze chociażby regulację z art. 58 § 3 kc, jeżeli nieważnością jest dotknięta część czynności prawnej, [w tym przypadku zmiana umowy], czynność pozostaje w mocy, co do pozostałych części, [a zatem zawarta umowa], jednakże tylko wówczas, gdy z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością umowa także zostałaby zawarta. Wskazywane okoliczności pośrednio świadczą, że zawarcie tej umowy mogłoby być wyłącznie związane ze nieuprawnioną zmianą dat realizacji WAN, co dla umowy zasadniczej w konsekwencji powodowałoby skutek nieważności. Tym samym w tym stanie faktycznym, można było powoływać się w podstawie unieważnienia na regulację z art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem w przedmiotowym postępowaniu za istotną wadę należało uznać upływ niemożliwych do zmiany terminów dla usługi WAN, których konwalidacja powodowałaby w konsekwencji unieważnienie umowy w sprawie tego zamówienia.

48

Wobec podnoszonego w odwołaniu także zarzutu związanego z nieuprawnioną zwłoką w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.04.2015 r., powodującą nieuzasadniony upływ terminu realizacji zamówienia WAN, Izba zwraca uwagę na art. 93 ust.4 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego odpowiedzialność, w sytuacji gdy unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. Zgodnie z regulacją tego przepisu, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Oczywiście o zasadności takiego roszczenia – z powództwa zainteresowanego wykonawcy - może orzekać w odrębnym postępowaniu sąd powszechny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

49