Sygn. akt KIO 3499/23

POSTANOWIENIE
z dnia 6 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Członkowie: Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu w dniu 6 grudnia 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2023 r. przez wykonawcę **GROUND TRANSPORTATION SYSTEMS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z sied Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁ AKCYJNA z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **GROUND TRANSPORTATION SYSTEMS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:
Członkowie:

Sygn. akt KIO 3499/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający – PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie – jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom) przewidzianego do realizacji w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027, (FEnIKS)", numer referencyjny: 9090/IREZA1/11699/03052/23/P.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. 2022, poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp" lub „ustawa".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 146-467839.

W dniu 23 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę GROUND TRANSPORTATION SYSTEMS POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALN z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

1) ukształtowania treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ") w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, tj. części SWZ obejmującej wymagania Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako „PFU"), w sposób niejednoznaczny i 2 niewyczerpujący, a w rezultacie uniemożliwiający prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty;
2) zaniechania wydłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na przygotowanie oferty w związku istnością zmian w treści specyfikacji warunków zamówienia dokonanych w dniu 13 listopada br.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. Art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 PZP poprzez zwarcie w PFU opisanych niżej wymagań, w rezultacie czego prawidłowe przygotowanie oferty jest niemożliwe bądź chociażby znacznie utrudnione:

1) [pkt 1 PFU; pkt 4 zawiadomienia o zmianie SWZ z 13 listopada 2023 r. (dalej jako „Zawiadomienie")] zapewnienia zgodności Planu utrzymania z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2023/1695 z dnia 10 sierpnia 2023 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej i uchylającym rozporządzenie (UE) 2016/919 (dalej jako „Rozporządzenie"), z czego wynika obowiązek wprowadzenia Wzorca 4 specyfikacji systemu ETCS, podczas gdy Agencja Kolejowa Unii Europejskiej (dalej również jako „Agencja") nie opublikowała dotychczas kompletnych specyfikacji dla tego Wzorca (w szczególności specyfikacji informacyjnych), a tym samym niemożliwe jest opracowanie Planu utrzymania dla urządzeń ETCS w pełni zgodnego z wymaganym Wzorcem 4, co w konsekwencji uniemożliwia prawidłowe wyliczenie kosztów utrzymania urządzeń w

okresie gwarancji, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wynosi aż 72 miesiące;
2) [pkt 3.3.2.2 PFU; pkt 7 Zawiadomienia] nakazanie opracowania dokumentu Zasady przygotowania danych dla systemu ERTMS/ETCS w oparciu m.in. o opinię technicznej Agencji Kolejowej Unii Europejskiej nr ERA/OPI/2020-2 ora opublikowane przez Agencję oceny kompatybilności wzorców (Baseline Compatibility Assessment), w sytuacji gdy obydwa te dokumenty odnoszą się do poprzednich wersji Wzorców 2 oraz 3. Ponieważ Agencja nie opublikowała jeszcze dokumentów uwzgledniających najnowszy, wymagany przez Zamawiającego Wzorzec 4, wobec powyższego nie jest obecnie możliwe opracowanie dokumentu Zasady przygotowania danych dla systemu ERTMS/ETCS dla Wzorca 4, a w konsekwencji nie jest możliwe poprawne oszacowanie kosztów realizacji tego zadania.
3) [pkt 3.3.2.2 PFU; pkt 8 Zawiadomienia] uwzględnienia w dokumencie określającym zasady przygotowania danych dla systemu ERTMS/ETCS opisu uwzględnionych w instalowanym systemie rozwiązań ograniczających skutki potencjalnych zagrożeń zidentyfikowanych w najnowszej wersji dokumentu ETCS Hazard Log Subset 113, podczas gdy:
a) z PFU nie wynika, co należy rozumieć przez „najnowszą wersję", a w szczególności czy chodzi o wersję obowiązującą na dzień składania ofert, dzień podpisania umowy czy też datę odbioru systemu;
b) w przypadku Wzorca 4 te scenariusze dotychczas nie zostały opracowane i opublikowane przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej.
4) [pkt 3.3.2.3 ppkt 2 PFU; pkt 10 Zawiadomienia] weryfikacji Scenariuszy Operacyjnych pod kątem zastosowania opisanych w nich rozwiązań i zaproponowania korekt i uzupełnień mając na względzie bezpieczny i niezakłócony ruch pociągów prowadzonych pod nadzorem systemu ETCS oraz fakt zastosowania funkcji w wersji systemu 1.1, podczas gdy z pkt 3.3.2.3 ppkt 1 PFU wynika, że Scenariusze Operacyjne powinny być zgodne z Wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0), co powoduje rozbieżność interpretacyjną co do rzeczywistych obowiązków wykonawców wykonawcy opracowania Scenariuszy Operacyjnych w zgodzie z obowiązującymi i oczekiwanymi przez Zamawiającego standardami;
5) [pkt 3.3.2.3 ppkt 3 PFU; pkt 11 Zawiadomienia] opracowanie propozycji zmian do „Instrukcji o prowadzeniu ruchu pociągów z wykorzystaniem systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 (Ir-1b)" wynikających z zastosowania wzorca 4 wydanie 1 dla ETCS (wersja systemu 1.1) oraz aktualizacja ww. instrukcji z uwzględnieniem sposób funkcjonowania systemu ETCS określony we Wzorcu 4 wydanie 1 dla ETCS (wersja systemu 1.1) oraz Scenariuszach, podczas gdy z pkt 3.3.2.3 ppkt 1 PFU wynika, że Scenariusze Operacyjne powinny być zgodne z Wzorcem 3 wydanie 2 (SRS 3.6.0), co powoduje rozbieżność interpretacyjną co do rzeczywistych obowiązków wykonawców odnośnie opracowania Scenariuszy Operacyjnych w zgodzie z obowiązującymi i oczekiwanymi przez Zamawiającego standardami;
6) zapewnienia przez wykonawcę:
a) [pkt 4.3.3.3 ppkt 2 tiret piąte PFU; pkt 13 Zawiadomienia] zgodności właściwości funkcjonalno-użytkowych systemu ERTMS/ETCS z Wykazem specyfikacji obowiązkowych, Tabela A 2 (wzorzec 4 wydanie 1 dla ETCS, wersja systemu 1.1) zamieszczonych w załączniku A do Technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej stanowiącej załącznik do Rozporządzenia (dalej jako „Tabela A 2");
b) [pkt 4.3.3.8 ppkt 1 lit. c) PFU; pkt 15 Zawiadomienia] możliwości monitorowania pociągów, w tym wprowadzania tymczasowych ograniczeń prędkości TSR zgodnie z wymogami zawartymi w Tabeli A 2;
c) [pkt 4.3.8 ppkt 1 lit. k) PFU; pkt 16 Zawiadomienia] obsługi przez Centrum Sterowania Radiowego interfejsu wymiany kluczy kryptograficznych zgodnie z wymogami określonymi w Tabeli A 2;
d) [pkt 4.3.11 lit. g) PFU; pkt 17 Zawiadomienia] dostawy komputera przenośnego wraz z oprogramowanie umożliwiającego generowanie tymczasowych ograniczeń prędkości o dowolnych jego parametrach (odległość, długość, prędkość) zgodnie z wymogami określonymi w Tabeli A 2;
e) [pkt 4.3.11 ppkt 1 lit. m) PFU; pkt 18 Zawiadomienia] uwzględnienia w systemie wszystkich kategorii pociągów zdefiniowanych w wykazie specyfikacji obowiązkowych w Tabeli A 2; –
podczas gdy Tabela A 2 zawiera listę specyfikacji obowiązkowych, jednak nie wynika z niej, które specyfikacje lub ich części odnoszą się do wymaganej (w rezultacie zmiany SWZ) wersji systemu 1.1, a ponadto czas niezbędny na analizę tej dokumentacji, w celu prawidłowego oszacowania zakresu wymaganych prac, uzasadnia wydłużenie terminu składania ofert (zob. zarzut II);
7) [pkt 4.3.11 lit. p) PFU; pkt 19 Zawiadomienia] przeprowadzenia analizy opinii technicznej Agencji Kolejowej Unii Europejskiej nr ERA/OPI/2020-2 z uwzględnieniem opublikowanych przez Agencję oceny kompatybilności wzorców (Baseline Compatibility Assessment, podczas gdy oba ww. dokumenty odnoszą się do poprzednich wersji Wzorców 2 oraz 3, zaś Agencja Kolejowa Unii Europejskiej nie opublikowała dotychczas dokumentów uwzgledniających najnowszy wymagany przez Zamawiającego Wzorzec 4, co uniemożliwia przeprowadzenia tej analizy.
8) [pkt 4.3.11 lit. q) PFU; pkt 20 Zawiadomienia] przeprowadzenia analizy najnowszej wersji dokumentu ETCS Hazard Log SUBSET-113, podczas gdy:
a) z PFU nie wynika, co należy rozumieć przez „najnowszą wersję", a w szczególności czy chodzi o wersję

obowiązującą na dzień składania ofert, dzień podpisania umowy czy też datę odbioru systemu;
b) w przypadku Wzorca 4 te scenariusze dotychczas nie zostały opracowane i opublikowane przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej.
9) [pkt 4.3.11 lit. s) PFU; pkt 21 Zawiadomienia] opracowania definicji kontroli kompatybilności z uwzględnieniem zagrożeń dla kompatybilności zidentyfikowanej w najnowszej wersji dokumentu ETCS Hazard Log SUBSET-113, ERA/OPI/2020-2, oraz opublikowanej przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej oceny kompatybilności wzorców (Baseline Compatibility Assessment), podczas gdy:
a) z PFU nie wynika, co należy rozumieć przez „najnowszą wersję", a w szczególności czy chodzi o wersję obowiązującą na dzień składania ofert, dzień podpisania umowy czy też datę odbioru systemu;
b) dokument ERA/OPI/2020-2 odnosi się do poprzednich Wzorców 2 i 3, a nie do wymaganego obecnie Wzorca 4;
c) w przypadku Wzorca 4 te scenariusze dotychczas nie zostały opracowane i opublikowane przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej.
10) [pkt 4.3.11 ppkt. ii) PFU; pkt 22 Zawiadomienia] zapewnienia możliwości implementacji „w przyszłości" w urządzeniach systemu ETCS funkcji objętych Wzorcem 4 w wersji sytemu 2.0, 2.1, 2.2 lub 2.3, podczas gdy:
a) zgodnie z motywem 10 preambuły Rozporządzenia jedynie wersja 2.2 systemu jest w pełni wstecznie kompatybilna;
b) część specyfikacji elementów Wzorca 4 takich jak FRMCS oraz ATO są na bardzo wczesnym etapie rozwoju;
c) systemy te nie są dostępne do zastosowań komercyjnych, bowiem znajdują się dopiero w fazie planowania lub wczesnych testów i nie jest możliwe zagwarantowanie ich implementacji do obecnie instalowanego sprzętu;
d) Zamawiający nie zdefiniował okresu, w którym implementacja miałaby zostać dokonana; – a w rezultacie w świetle tak zmienionego postanowienia PFU zakres zobowiązania wykonawcy jest dalece nieprecyzyjny, jak i nieograniczony czasowo.
II. Art. 137 ust. 6 w zw. z art. 131 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zmiany terminu składania ofert (upływającego w dniu 12 grudnia br.) o czas niezbędny na przygotowanie oferty w związku istnością zmian w treści specyfikacji warunków zamówienia, podczas gdy czas niezbędny na przygotowanie oferty, w tym w szczególności na analizę dokumentacji niezbędnej do prawidłowego oszacowania zakresu prac wymaganych zgodnie ze zmianami dokonanymi na podstawie pkt 13, 15 - 18 Zawiadomienia, uzasadniał wydłużenie tego terminu co najmniej do dnia [31.01.2024].

W dniu 6 grudnia 2023 roku na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że wyraża zgodę na zmianę terminu składania ofert do dnia 15 stycznia 2024 roku.

W dniu 6 grudnia 2023 roku na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że cofa w całości odwołanie wniesione w niniejszej sprawie.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Na skutek cofnięcie odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1) ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 20 000 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:
Członkowie: