

**Sygn. akt: KIO 1282/17**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 13 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Emil Kawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 13 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Electronic Control Systems S.A., ul. Krakowska 84, 32-083 Balice; Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** oraz **Huawei Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Kapsch CarrierCom Spółka z o.o.; ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa, Kapsch CarrierCom AG, Lehrbachgasse 11, 1120 Wiedeń, Austria; Kapsch CarrierCom France S.A.S., 1 Rue Jean Pierre Timbaud, 78180 Mognity Le Bretonneux, Francja** oraz **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia; Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; HFC Systems Spółka z o.o., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań** oraz **Dimension Data Polska Spółka z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Longside Investments Spółka z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** oraz **Alcatel-Lucent Polska Spółka z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **FONBUD S.A. – Spółka z komandytowa, ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław; ATENDE S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa; ICRAFT Co. Ltd., ul. Doosan Bldg, 105-7 Nonhyeon-dong, 726, Eonju-ro, Gangnam-gu, 135-010 Seul, Korea Południowa** oraz **TOB YKPKOM, ul. Prospekt Powitroflotskyj 72, 03151 Kijów, Ukraina** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** oraz **Alma S.A., ul. Hodowlana 5, 61-680 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Budowa infrastruktury systemu RTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”.

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Electronic Control Systems S.A., ul. Krakowska 84, 32-083 Balice; Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** oraz **Huawei Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa** kwotę **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych i zero groszy), stanowiącą 90% uiszczzonego przez Odwołującego wpisu.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 1282/17**

**UZASADNIENIE**

**postanowienia z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1282/17**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa infrastruktury systemu RTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”.

Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.09.2015 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2015/S 187 - 340003.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu, tj. przed wejściem w życie nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu **14.06.2017 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.06.2017 r.** w zakresie części 2.

W ramach wniesionego odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Naruszenie art. 14 PZP oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 139 PZP oraz art. 5 KC oraz art. 353\ Kodeksu cywilnego poprzez zawarcie w SIWZ (tom II tj. Warunki Umowy) w SubKLAUZULI 21.3 Warunków Umowy cz. II (tj. Prawa Własności Intelektualnej do

Oprogramowania Własnego Wykonawcy) zastrzeżenia, zgodnie z którym „Zamawiający uprawniony jest do przeniesienia licencji na osobę trzecią, jak też do udzielania sublicencji i upoważniania innych osób do korzystania z oprogramowania w zakresie przysługującej mu licencji. Wykonawca wyraża zgodę na wykonywanie przez Zamawiającego zmian, adaptacji, przeróbek i modyfikacji oprogramowania w całości lub w części, korzystanie z nich dla celów związanych z prowadzoną działalnością lub funkcjonowaniem Zamawiającego oraz na rozporządzanie nimi, a to rozporządzenie będzie następowało łącznie z rozporządzeniem udzieloną przez Wykonawcę licencją”, a także „Zamawiający uprawniony jest do przeniesienia licencji na osobę trzecią, jak też do udzielania sublicencji i upoważniania innych osób do korzystania z oprogramowania w zakresie przysługującej mu licencji, a w konsekwencji dokonanie zastrzeżenia w taki sposób, że wymagania Zamawiającego czynią z jego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, gdyż istotą licencji jest wyłącznie korzystanie z niej przez licencjobiorcę na potrzeby udzielenia licencji;

2. Naruszenie art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 i w zw. z art. 41 pkt 10 PZP poprzez wyznaczenie w SIWZ tom I IDW w ust. 16 zbyt krótkiego terminu do składania ofert, który nie uwzględnia wielkości zadania oraz złożoności zamówienia udzielanego w ramach Postępowania, w tym czasu na sporządzenie ofert, a w konsekwencji uniemożliwienie złożenia należytej skalkulowanej oraz rzetelnej oferty przez wykonawców.

3. Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP, a także naruszenie art. 387 Kodeksu cywilnego, 3531 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 14 ustawy PZP poprzez zawarcie w SIWZ (tom I tj. Instrukcja dla Wykonawców, dalej jako „IDW”) pkt. 11.3 IDW zastrzeżenia, zgodnie z którym „Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony formularz Rozbicia Ceny Ofertowej dalej „RCO” dla części I i II zamówienia. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje RCO. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym RCO obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebny do zrealizowania przedmiotu Zamówienia, opisanych w OPZ, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także nieprzewidziane koszty spowodowane koniecznością dostosowania wykonywania robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. Podane ceny muszą być zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO”, a w konsekwencji dokonanie zastrzeżenia w sposób przekraczający dopuszczalny zakres wymagań stawianych wykonawcy w ramach Opisu Przedmiotu

Zamówienia stanowiący przekroczenie granic swobody kontraktowania i nałożenie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do zrealizowania w tym zakresie;

4. Naruszenie art. 7 ust 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 PZP poprzez zawarcie w SIWZ (tom I tj. IDW) pkt. 18.8.2.1 IDW zastrzeżenia, zgodnie z którym „Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: Termin realizacji zostanie dokonana wg założenia 1 punkt -1% i tak:

Skrócenie realizacji zamówienia o 0 miesięcy = 0 punktów

Skrócenie realizacji zamówienia o 3 miesiące = 1 punkt

Skrócenie realizacji zamówienia o 6 miesięcy = 3 punkty

Skrócenie realizacji zamówienia o 9 miesięcy = 6 punktów

Skrócenie realizacji zamówienia o 12 miesięcy - 10 punktów”,

a tym samym ustalenie jako kryterium oceny ofert skrócenia realizacji zamówienia z pominięciem okoliczności, iż każdy z wykonawców kalkulując skrócenie realizacji zamówienia bierze pod uwagę przysługujące wyłącznie jemu okoliczności, zaś Postępowanie obejmuje swoim zakresem dwie części zamówienia (tj. cz. I Wdrożenie Sieci GSM-R (Infrastruktury GSM-R) oraz cz. II Wdrożenie Sieci Szkieletowej Transmisyjnej), do których to części niniejszego Postępowania składane będą odrębne oferty sporządzane przez różnych wykonawców, którzy nie mają świadomości co do deklarowanego skrócenia realizacji zamówienia przez pozostałych wykonawców, zaś wykonanie niektórych elementów części I zamówienia wymaga odpowiedniej koordynacji z harmonogramem realizacji zadania w ramach cz. II zamówienia, a w konsekwencji niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także działanie niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w SIWZ (tom III tj. OPZ) pkt 4 ust. 1 zastrzeżenia, zgodnie z którym „Wszystkie dostarczane przez Wykonawców Urządzenia i Systemy muszą być fabrycznie nowe (wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dostawą), wolne od jakichkolwiek wad fizycznych i prawnych, roszczeń osób trzecich oraz muszą posiadać wszelkie wymagane przez prawo zaświadczenia i certyfikaty/homologacje dopuszczające do eksploatacji w Polsce, które zostaną przekazane przez Wykonawców Zamawiającemu przed podpisaniem Protokołu Odbioru Końcowego danego Etapu”, a tym samym nieuwzględnienia ewentualnych opóźnień wykonawcy realizującego cz. I zamówienia wobec wykonawcy realizującego cz. II zamówienia, a w konsekwencji niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także działanie niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

6. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 139 PZP w zw. z art. 3531 KC poprzez nie zastrzeżenie w treści SIWZ w pkt. 8.7 cz. II SIWZ tj. Warunków Umowy

maksymalnej wysokości kar umownych a także poprzez nieograniczenie górnej granicy odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy, a w konsekwencji niezachowanie równowagi kontraktowej pomiędzy stronami umowy o wykonanie zamówienia publicznego udzielonego w ramach niniejszego Postępowania;

7. Naruszenia art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w treści SIWZ pkt 7.2.3.6 ust. 1 oraz 7.2.3.6 ust. 2 cz. NI SIWZ tj. OPZ zastrzeżenia, zgodnie z którym „Wymagane jest aby dostarczony System Transmisyjny umożliwił wsparcie dla mechanizmu automatyzacji zarządzania serwisami i połączeniami optycznymi z wykorzystaniem GMPLS (Generalized Multi-Protocol Label Switching). W szczególności mechanizm GMPLS musi wspierać następujące funkcjonalności: obliczanie najlepszej ścieżki zawierającej parametry warstwy optycznej w celu optymalizacji wydajności sieci, dynamiczne, na żądanie zestawianie/konfigurowanie serwisów, bezpośrednio wsparcie współpracy z platformami innych dostawców poprzez interfejs UNI (User -Network Interface), zautomatyzowaną funkcję inwentaryzacji elementów sieci, automatyczne odtworzenie ścieżki dla re-routingu usług bez konieczności interwencji użytkownika”, a zatem niedopuszczenia posługiwania się równoważnym mechanizmem ASON, który to spełnia obiektywną potrzebę Zamawiającego, a w konsekwencji niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, faworyzowanie wykonawców posługujących się systemem GMPLS, a także działanie niezgodne z zasadami proporcjonalności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedstawiając powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany postanowień SIWZ, w sposób szczegółowo opisany i wykazany poniżej w uzasadnieniu odwołania w zakresie poszczególnego z zarzutów;
- 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według faktury przedstawionej na rozprawie, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego ten ostatni poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 26.06.2017 r.

Izba ustaliła ponadto, iż w ustawowym terminie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania przystąpienia skutecznie zgłosili następujący wykonawcy:  
po stronie Odwołującego

1. Konsorcjum Kapsch CarrierCom Spółka z o.o.; ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa, Kapsch CarrierCom AG, Lehrbachgasse 11, 1120 Wiedeń, Austria; Kapsch CarrierCom France S.A.S., 1 Rue Jean Pierre Timbaud, 78180 Mognity Le Bretonneux, Francja oraz PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa;

2. Konsorcjum Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia; Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; HFC Systems Spółka z o.o., ul. Klaudyny Potockiej 25, 60-211 Poznań oraz Dimension Data Polska Spółka z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa;

3. Konsorcjum Longside Investments Spółka z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa oraz Alcatel-Lucent Polska Spółka z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa;

4. WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice;

5. Konsorcjum FONBUD S.A. – Spółka z komandytowa, ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław; ATENDE S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa; ICRAFT Co. Ltd., ul. Doosan Bldg, 105-7 Nonhyeon-dong, 726, Eonju-ro, Gangnam-gu, 135-010 Seul. Korea Południowa oraz TOB YKPKOM, ul. Prospekt Powitroflotskyj 72, 03151 Kijów, Ukraina.

po stronie Zamawiającego:

1. Konsorcjum Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa oraz Alma S.A., ul. Hodowlana 5, 61-680 Poznań zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron postępowania odwoławczego stwierdziła, iż postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Powyższe jest wynikiem faktu, że Odwołujący na posiedzeniu w dniu 13 lipca 2017 r. złożył oświadczenie woli o cofnięciu odwołania wskazując, iż ustalenia poczynione z Zamawiającym pozwalają na uznanie, że brak jest podstaw sporu w zakresie ujętym w odwołaniu w odniesieniu do treści SIWZ oraz projektu umowy. Jednocześnie Zamawiający oraz Odwołujący wyrazili wolę wprowadzenia do protokołu posiedzenia z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawach rozpoznawanych łącznie KIO 1281/17, KIO 1282/17, KIO 1283/17, KIO 1284/17, KIO 1285/17 oraz KIO 1295/17 wyjaśnień Zamawiającego dotyczących treści ww. dokumentów.



Izba wskazuje, iż Odwołujący jest gospodarzem postępowania odwoławczego i złożenie przez niego oświadczenia o cofnięciu odwołania odnosi daleko idące skutki w postaci obowiązku zniesienia tegoż postępowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza zobligowana jest na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp do umorzenia postępowania odwoławczego i wydania w tym przedmiocie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż w przypadku cofnięcia odwołania przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy odwołującemu zwraca się 90% wpisu na mocy przepisu art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawa zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych i zero groszy) z wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący**

.....

.....

.....