

POSTANOWIENIE
z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 19 listopada 2018 r. w Warszawie wniosku Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** - z dnia 14 listopada 2018 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Świadczenie usługi transmisji danych sieci WAN*” (nr postępowania: 6060/ILG 8/14374/01862/18/P), w związku z odwołaniem wniesionym przez **TK TELEKOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w dniu 13 listopada 2018 r.

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie zwrócił się z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał jak niżej (*pogrubienia i podkreślenia tekstu wnioskodawcy*).

W dniu 29 marca 2018 r. ogłosił i prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi transmisji danych sieci WAN” (nr postępowania: 6060/ILG 8/14374/01862/18/P). Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej upublicznił w dniu 13 września 2018 r., informując wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, czym zakończył proces badania i oceny ofert w postępowaniu.

W dniu 21 września 2018 r. wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Orange Polska S.A. Wyrokiem z dnia 9 października 2018 r. (sygn. akt KIO 1900/18), Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie TK TELEKOM sp. z o.o., tym samym Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Zamawiający), jak i ówczesnego przystępującego - Orange Polska S.A. W związku z przedmiotowym wyrokiem Zamawiający nie dokonywał dalszych czynności w postępowaniu, które mogłyby stanowić nową okoliczność i podstawę do wniesienia odwołania.

Tym niemniej, w dniu 12 października 2018 r. wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. **wniósł w postępowaniu odwołanie.** W przedmiotowej sprawie nie doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia, ponieważ wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. nie usunął braków formalnych odwołania (brak dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego) - Prezes KIO wydał w tej sprawie stosowne postanowienie z dnia 24 października 2018 r. (sygn. akt KIO 2104/18) **nakazujące zwrot wniesionego odwołania.**

W dniu 22 października 2018 r. wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. **wniósł kolejne tożsame co do treści odwołanie, jak odwołanie z dnia 12 października 2018 r.** W przedmiotowej sprawie również nie doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia, ponieważ wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. nie usunął braków formalnych odwołania (brak dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego) - Prezes KIO wydał w tej sprawie stosowne postanowienie z dnia 5 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2160/18) **nakazujące zwrot wniesionego odwołania.**

Nie zważając na powyższe, w dniu 29 października 2018 r. wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. **wniósł kolejne (trzecie) tożsame w treści odwołanie jak odwołania z dnia 12 października 2018 r. i 22 października 2018 r.** Również w przedmiotowej sprawie nie doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia, ponieważ wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. nie usunął braków formalnych odwołania (brak dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego) - Prezes KIO wydał w tej sprawie stosowne postanowienie

z dnia 9 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2235/18) **nakazujące zwrot wniesionego odwołania.**

Nie zważając na powyższe, w dniu 5 listopada 2018 r. wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. **wniósł kolejne odwołanie (czwarte), tożsame do trzech poprzednich zwróconych ww. postanowieniami KIO.** W sprawie czwartego odwołania istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że również i to odwołanie zostanie zwrócone z powodów formalnych - wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. nie załączył do treści odwołania dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego. Izba w przedmiotowej sprawie nie wydała, na dzień składania niniejszego wniosku, postanowienia o zwrocie odwołania. Zamawiający złożył w tej sprawie odrębny wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, tym niemniej istnieje ryzyko wcześniejszego wydania postanowienia o zwrocie odwołania, co będzie miało wpływ na wydanie postanowienia o umorzeniu sprawy w tego wniosku.

W dniu 13 listopada 2018 r. wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. wniósł **piąte już, identyczne odwołanie** z dnia 13 listopada 2018 r., które na obecną chwilę również nie zawiera dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego. **Przedmiotowy wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy dotyczy ww. odwołania tj. z dnia 13 listopada 2018 r.**

W ocenie Zamawiającego przedmiotowe działania wykonawcy TK TELEKOM sp. z o.o. świadczą, że jedynym celem ww. wykonawcy jest utrudnienie/unieemożliwienie Zamawiającemu zgodnego z prawem zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu oraz wpływa na istotne wydłużanie się terminu zawarcia umowy. Na marginesie należy zauważyć, że dotychczasowa obowiązująca jeszcze umowa zawarta w przedmiocie świadczenia usługi transmisji danych sieci WAN, jest zawarta właśnie z wykonawcą TK TELEKOM sp. z o.o. W konsekwencji przedłużanie możliwości zawarcia umowy w wyniku przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania, wpływa na bezpośrednią korzyść TK TELEKOM sp. z o.o. ze względu na konieczność przedłużania przez Zamawiającego obecnej umowy z wolnej ręki z TK TELEKOM sp. z o.o. o wartość 750 000 tys. zł miesięcznie.

W chwili obecnej usługi transmisji danych świadczone są przez TK Telekom Sp. z o.o. (Grupa Netia) na podstawie umowy nr 60/025/0053/17/Z/O z dnia 29.12.2017 r. zawartej w trybie z wolnej ręki. TK Telekom Sp. z o.o. przez wiele lat był jedynym operatorem telekomunikacyjnym będącym w stanie świadczyć usługi transmisyjne dla PKP PLK, a co za tym idzie monopolistą i podmiotem dyktującym ceny usług w tym zakresie.

Działalność biznesowa Spółki PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w znacznym stopniu uzależniona jest od sprawnej i efektywnej łączności pomiędzy jednostkami organizacyjnymi

jak również w obszarze zarządzania ruchem kolejowym dla zapewnienia transmisji danych na posterunki ruchu. Konieczność zapewnienia ciągłości usług transmisji danych ma strategiczne znaczenie dla działalności biznesowej i operacyjnej PKP PLK.

Zgodnie z warunkami zawartymi w obowiązującej umowie pozyskujemy usługi transmisji danych dla:

- 281 lokalizacji w technologii VPN MPLS (2 x CPD, 6 x IRE, 26 x IZ, 247 x ISE lub inne)
- 1859 lokalizacji sieci IP Selektor (posterunki ruchu)
- 37 łączy bezpośrednich punkt-punkt.

Łączny abonament za usługi transmisji danych waha się średnio na poziomie 750 000,00 zł miesięcznie.

W związku z przedłużającym się postępowaniem związanym z wyborem nowego wykonawcy usług transmisji danych w trybie konkurencyjnym, zajdzie konieczność zawarcia aneksu do obecnej umowy na czas niezbędny do uruchomienia usług transmisyjnych przez nowego wykonawcę.

Zgodnie z ofertą nowego wykonawcy złożoną w toku postępowania, abonament za usługi transmisji danych będzie wynosił średnio 410 000,00 zł, przy założeniu dwukrotnego wzrostu przepustowości łączy transmisyjnych.

Opóźnianie podpisania umowy z nowym wykonawcą naraża spółkę PKP PLK na straty w wysokości 340 tys. zł miesięcznie oraz odsunie w czasie planowane zwiększenie przepustowości łączy, co bezpośrednio wpłynie na utrudnienia w pracy operacyjnej Spółki, co w istocie przekłada się również na interes publiczny.

W ocenie Zamawiającego przedmiotowe działanie nie jest zgodne z *ratio legis* ustawodawcy, które legło u podstaw wprowadzenia regulacji związanych ze stosowaniem środków ochrony prawnej i należałoby je oceniać jako nadużycie prawa przez wykonawcę TK TELEKOM sp. z o.o., które jako takie nie powinno korzystać z ochrony.

Wyżej opisany stan faktyczny jest istotny, tym niemniej **podstawą niniejszego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp i uzasadnieniem merytorycznym ze strony Zamawiającego jest zaistnienie okoliczności, o których mowa w przepisie, tj., że nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu.**

Rozpatrując przedmiotowy wniosek, należałoby wziąć pod uwagę, że warunki techniczne zawarte w obecnie obowiązującej umowie nie zaspakajają potrzeb spółki PKP PLK, w szczególności w obszarze łączy na posterunki ruchu tzw. usługa Selektor IP.

Ustawowy obowiązek nałożony na PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jako zarządcy

infrastruktury kolejowej obliguje Spółkę do udostępniania publicznie informacji o rozkładzie jazdy pociągów oraz o jego rzeczywistej realizacji (zmiany, opóźnienia).

Informacja publiczna realizowana jest za pomocą Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (na dworcach i peronach) oraz Portalu Pasażera w sieci Internet. Dane zasilające te systemy informacji pasażerskiej wprowadzane są bezpośrednio przez dyżurnych ruchu na posterunkach i przekazywane za pomocą łączy sieci Selektor IP. Obecne warunki techniczne świadczenia tej usługi, tj. przepustowość do 512kbps oraz czas usuwania awarii wynoszący do 120 godzin znacznie utrudniają, a w niektórych przypadkach uniemożliwiają dochowania przez PKP PLK obowiązku przekazania informacji publicznej w zakresie realizacji rozkładu jazdy. Nowa umowa zakłada podniesienie przepustowości do poziomu 1 Mbps oraz skrócenie czasu usuwania awarii do 12 lub 24 godzin w zależności od kategorii posterunku. Podniesienie efektywności i niezawodności systemów informacji pasażerskiej leży zarówno w interesie publicznym jak i w interesie PKP PLK, która za brak realizacji ustawowego obowiązku może być narażona na kary nakładane przez Urząd Transportu Kolejowego. Na podstawie publicznie dostępnych informacji (źródło: <https://utk.gov.pl/pl/aktualnosci/4400.Kara-dla-PKP-PLK-za-nieprawidlowe-dzialanie-Systemu-Dynamicznej-Informacji-Pasaz.html>.) można ustalić, konsekwencje i wpływ braku możliwości prawidłowej realizacji zadań przez Zamawiającego, co jednocześnie wpływa na ocenę interesu publicznego w przedmiotowej sprawie, tj.:

„Prezes Urzędu Transportu Kolejowego decyzją z dnia 17 kwietnia 2014 r. nałożył na PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. karę pieniężną za niewykonanie decyzji z dnia 19 czerwca 2013 r. w zakresie błędnego przekazywania przez zarządcę infrastruktury informacji wizualnych i głosowych za pomocą Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (SDIP). Kara jest konsekwencją niewykonania decyzji Prezesa UTK z dnia 19 czerwca 2013 r. w zakresie stwierdzonych nieprawidłowości w działaniu SDIP. W ramach postępowania administracyjnego pracownicy UTK przeprowadzili w styczniu br. dwutygodniową kontrolę, podczas której stwierdzili błędne funkcjonowanie Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Stwierdzono wówczas ponad 200 uchybień. W toku przeprowadzonego postępowania wykryto m.in. następujące nieprawidłowości:

- pociągi nie były zapowiadane, zarówno głosowo jak i wizualnie, bądź tylko były zapowiadane w jeden ze wskazanych sposobów,*
- informacje głosowe były niespójne z informacjami wizualnymi,*
- zapowiadane były inne od rzeczywistych relacje pociągów (dotyczy: stacji docelowej, numer pociągu, stacji pośrednich, nazwy pociągu),*
- nie były podawane opóźnienia pociągów lub opóźnienie pojawiało się po planowanym czasie odjazdu pociągu,*
- wskazania krawędzi peronowych były błędne lub brak było takich wskazań, co*

uniemożliwiało lub utrudniało pasażerom znajdującym się w innej części dworca dotarcie na peron,

- wskazania na tablicach nie znikwały po odjeździe pociągu,
- wyświetlacze wskazywały pociągi, które nie pojawiały się przy peronie.

Nałożona na PKP PLK SA kara pieniężna wynosi 1 022 425,80 zł. Ma ona charakter dyscyplinujący i uwzględnia konieczność ochrony interesu społecznego.

Prezes Urzędu Transportu Kolejowego, wydając decyzję w powyższej sprawie, kierował się przede wszystkim interesem pasażerów, których zbiorowe prawa zostały w tym przypadku naruszone w sposób rażący.”

(źródło: <https://www.utk.gov.pl/pl/aktualnosci/14442.Mozliwe-kary-za-brak-informacji-o-korekcie-rozkladu-jazdy.html>):

„06.09.2018

Prezes Urzędu Transportu Kolejowego wszczął wobec PKP Polskich Linii Kolejowych postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia kary za złe informowanie pasażerów o korekcie rozkładu jazdy. Zarządca infrastruktury nie podał do publicznej wiadomości zmiany rozkładu jazdy na zasadach określonych w przepisach ustawy o transporcie kolejowym. Zarządca infrastruktury zobowiązany jest do podania do publicznej wiadomości rozkładu jazdy pociągów pasażerskich (oraz jego zmiany) m.in. w formie ogłoszenia na swojej stronie internetowej nie później niż w terminie 21 dni przed dniem jego wejścia w życie. Jak ustalił Prezes UTK, PKP PLK nie wywiązały się w pełni z tego obowiązku jeśli chodzi o korektę rozkładu jazdy na okres 2 września - 20 października 2018 r. Sprawa dotyczy braku publikacji zmian rozkładu jazdy pociągów pasażerskich odjeżdżających ze stacji: Pilawa, Garwolin, Kraśnik, Wilkołaz oraz Pułankowice.

- Obowiązujące przepisy jednoznacznie wskazują w jakich terminach zarządcy infrastruktury powinni opublikować rozkład jazdy oraz jego zmiany. Nie ulega wątpliwości, że rozkład jazdy jest kluczową informacją dla pasażerów, od której rozpoczyna się planowanie podróży. Dlatego naruszenia w tym obszarze mogą w szczególności w sposób zagrażać interesom pasażerów - mówi Ignacy Góra, Prezes Urzędu Transportu Kolejowego.

Postępowanie jest na wstępnym etapie. Przy ustalaniu wielkości kary Prezes UTK musi wziąć pod uwagę zakres naruszenia przepisów, dotychczasową działalność karanego podmiotu oraz jego możliwości finansowe. Zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym kara za naruszenie interesów podróżnych może sięgać do 2% rocznego przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym. Najwyższa kara nałożona została przez Prezesa UTK w 2014 roku i wyniosła ponad 1,02 mln zł.”

Z tych powodów w przekonaniu Zamawiającego zachodzi przesłanka do wyrażenia zgody, ponieważ nie zawarcie przedmiotowej umowy w opisanych okolicznościach

faktycznych mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, interesu społecznego, w tym interesu związanego z bezpieczeństwem podróżnych, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co, do których wykonawca TK TELEKOM sp. z o.o. podnosi środki ochrony prawnej, które mogą być czynnościami pozornymi, obliczonymi jedynie na utrudnienie możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy. W obecnym stanie faktycznym konieczne jest niezwłoczne zawarcie umowy i przystąpienie do realizacji świadczenia usług.

Mając na względzie, że Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania powyższego przepisu koniecznym jest zatem, co najmniej uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez Zamawiającego we wniosku okoliczności.

W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96) za interes publiczny, w tym przypadku, należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie wykonywania zadań

publicznych przez PKP PLK. W szczególności znaczenie ma podniesienie efektywności i niezawodności systemów informacji pasażerskiej, w tym podniesienie poziomu przepustowości i skrócenie czasu usuwania awarii powstałych w realizacji rozkładów jazdy. Znaczenie ma również realne zagrożenie nałożeniem kar pieniężnych w razie błędnego przekazywania przez zarządcę infrastruktury informacji wizualnych i głosowych za pomocą Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (SDIP). Powyższe przemawia za uwzględnieniem wniosku.

Reasumując Izba uznała, że wskazywane we wniosku negatywne skutki przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz interesu Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy Pzp na postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....