

Sygn. akt: KIO 1295/17

**POSTANOWIENIE
z dnia 21 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 21 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. przez 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**

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 **NOKIA Solutions and Networks Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-1 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** oraz **SPC-3 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa** oraz **Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ZUE S.A., ul. Czaplńskiego 3, 30-048 Kraków** oraz **Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., ul. Asnyka 32, 40-696 Katowice** 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 **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** kwotę **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych i zero groszy), stanowiącą 90% uiszczonego 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 1295/17

UZASADNIENIE

postanowienia z dnia 21 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1295/17

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 formie pisemnej przez 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.

W ramach wniesionego odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I. naruszenie art. 6 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 PZP w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich re

dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231, dalej - „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”) w zw. z art. 139 PZP, polegające na nieuprawnionej faktycznej zmianie pierwotnej kwalifikacji postępowania jako postępowania na dostawy na postępowanie na roboty budowlane,

II. naruszenie art. 38 ust. 4b PZP poprzez określenie w treści SIWZ - w pkt 2.2. ppkt 1.1. Instrukcji dla Wykonawców (dalej - „IDW”) przedmiotu zamówienia dla Części 1 Postępowania w sposób odmienny, aniżeli w pkt II. 1.5 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 26,09.2015 r. pod numerem 2015/S/ 187-340003,

III. naruszenie art. 7 PZP w zw. z art. 134 ust. 3 pkt 2 PZP poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia terminu składania ofert, który nie uwzględnia specyfiki, zakresu, stopnia skomplikowania i skali przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach **Części 1** postępowania, a w konsekwencji nie zapewnia czasu niezbędnego do przygotowania, skalkulowania i złożenia rzetelnej i prawidłowej oferty, uniemożliwiając zachowanie uczciwej konkurencji,

IV. naruszenie art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm., dalej - „KC”) w zw. art. 14 ust. 1 PZP i w zw. z art. 139 ust. 1 PZP poprzez wyznaczenie nierealnego, nazbyt krótkiego terminu wykonania zamówienia udzielanego w ramach Postępowania oraz nierealnych, nazbyt krótkich terminów wykonania poszczególnych Etapów realizacji zamówienia oraz osiągnięcia Kamieni Milowych,

V. art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 31 ust. 2,3,4 PZP w zw. z art. 7 PZP oraz przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego poprzez opisanie przedmiotu umowy na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w dokumencie „opis przedmiotu zamówienia”, podczas gdy przepis art. 31 ust. 2 PZP obliguje do jego opisanie za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego,

VI. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 PZP, poprzez zawarcie w treści SIWZ, w tym w szczególności lecz nie wyłącznie w Tomie III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, postanowień niejednoznacznych, nieprecyzyjnych, niepozwalających na ustalenie zakresu oraz treści umownych zobowiązań wykonawcy a w konsekwencji na prawidłowe skalkulowanie oferty, co w rezultacie skutkuje również naruszeniem zasady uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz złożeniem w Postępowaniu nieporównywalnych ofert,

VII. naruszenie art. 7 PZP oraz art. 29 ust 1 PZP poprzez niesformułowanie wymogu w zakresie dostarczenia rozwiązania technologicznego (urządzenia i oprogramowanie), dla którego przeprowadzono i zakończono z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT), co powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji przejawiające się w dopuszczeniu - jako niesprzecznych z treścią SIWZ - ofert zakładających zastosowanie uprzednio nie poddanej testom IOT technologii i oprogramowania, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy oferującemu rozwiązanie technologiczne testów takich nie posiadające, co w konsekwencji skutkować będzie niewykonaniem zamówienia, gdyż potwierdzona testami IOT zgodność przedmiotu świadczenia wykonawcy określonego w ofercie jest warunkiem koniecznym wykonania zamówienia udzielanego w ramach Postępowania

VIII. naruszenie art. 7 PZP oraz art. 29 ust. 1 PZP poprzez założenie realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wdrożenie nowego NSS i dokonanie jego - bliżej nieskonkretyzowanej w treści OPZ - integracji, to jest w sposób skutkujący koniecznością recertyfikowania posiadanego przez Zamawiającego podsystemu strukturalnego „Sterowanie” a następnie ponowne uzyskanie zezwolenia Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na dopuszczenie do eksploatacji, podczas gdy właściwości techniczne posiadanego przez Zamawiającego podsystemu strukturalnego NSS, względy celowości i racjonalności w dokonywaniu wydatków finansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz aspekty czasowe przemawiają za przyjęcie formuły rozbudowy już posiadanego przez Zamawiającego podsystemu NSS, co pozwoli uniknąć poniesienia kosztów ponownego zakupu już posiadanego przez Zamawiającego podsystemu, jak również konieczności ponownej pełnej i długotrwałej oceny interoperacyjności podsystemu oraz zgodności wchodzących w jego skład składników interoperacyjności w świetle obowiązujących TSI oraz ponownego uzyskiwania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji, zamiast jedynie procedowania zmiany lub modernizacji dokonanej w podsystemie,

IX. naruszenie art. 3531 KC w zw. z art. 387 § 1 KC art. 14 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 KC, jak również art. 29 ust. 1 PZP, poprzez nałożenie na wykonawcę w treści Tomu II SIWZ - Warunki Umowy obowiązków, które cechuje niemożliwość świadczenia, a polegających na:

1. nałożeniu na wykonawcę obowiązku przeprowadzania w okresie Gwarancji corocznych testów całej sieci, pomimo że przeprowadzenie testów na tak długim i niejednorodnym

odcinku sieci, w czasie kiedy na danej linii kolejowej nie jest prowadzony ruch komercyjny jest obiektywnie niemożliwe, a niemożliwość ta ma charakter bezwzględny i nieusuwalny,

2. pierwotnej niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony w Warunkach Umowy z uwagi na nazbyt małą ilość kanałów z pasma radiowego, co już a priori uniemożliwia osiągnięcie parametrów jakościowych przedmiotu zamówienia wymaganych przez Zamawiającego - w tym również wymaganych zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie właściwymi przepisami prawa Unii Europejskiej, regulującymi zasady bezpieczeństwa w ruchu kolejowym,;

X. naruszenie art. 353(1) KC w zw. art. 14 PZP i w zw. z art. 139 ust. 1 PZP poprzez ukształtowanie Warunków Umowy, w sposób sprzeczny z prawem polegający na naruszeniu:

1. art. 353(1) KC w związku z art. 14 PZP i art. 2 pkt 2 PZP, poprzez ukształtowanie wzoru umowy załączonego do SIWZ w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawy,

2. art. 353(1) KC w związku z art. 14 PZP, art. 119 KC oraz art. 98 § 1 KPC , poprzez ukształtowanie Subklauzuli 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu (w ramach wzoru umowy załączonego do SIWZ) w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa,

3. art. 148 ust. 1 pkt 3 i 4 PZP oraz art. 29 ust. 1 PZP, poprzez postanowienia pkt 19.3 Części I SIWZ (IDW) określające otwarty katalog wymagań odnoszących się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji,

4. art. 353(1) KC i art. 47 ust. 1 Prawa Budowlanego, w związku z art. 14 PZP, poprzez ukształtowanie Subklauzuli 2.1 [Prawo dostępu do terenu budowy] Warunków Szczególnych Kontraktu (w ramach wzoru umowy załączonego do SIWZ) w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa,

XI. naruszenie art. 151 ust. 3 PZP poprzez ustalenie w pkt 19.12 Tomu I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców, terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie 30% jego wartości po upływie „wszystkich okresów gwarancji dla Robót”.

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:

1. 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 zgłaszające przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

2. Konsorcjum NOKIA Solutions and Networks Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-1 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa oraz SPC-3 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa zgłaszające przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

4. Konsorcjum Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa oraz Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia zgłaszające przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego;

5. Konsorcjum ZUE S.A., ul. Czaplńskiego 3, 30-048 Kraków oraz Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., ul. Asnyka 32, 40-696 Katowice zgłaszające 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, iż Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 13.07.2017 r. złożył oświadczenie woli, że cofa w części odwołanie w następującym zakresie:

- zarzut numer VIII –dotyczący integracji NSS;
- zarzut numer IX.1 - dotyczący testów w okresie gwarancji;
- zarzut numer X.3 - dotyczący gwarancji należytego wykonania kontraktu.

Następnie na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 21.07.2017 r. Odwołujący złożył oświadczenie woli, że cofa w części odwołanie w następującym zakresie:

- zarzut IV w zakresie terminu wykonania pozostawiając zarzut w zakresie terminów realizacji etapów oraz kamieni milowych.

Następnie na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 21.07.2017 r. Zamawiający złożył następujące oświadczenie woli:

W wyniku konsensusu Zamawiający postanowi uwzględnić zarzut dotyczące terminów składania ofert, przedłużając ten termin do dnia 18.09.2017 r.

Postanowi również uwzględnić częściowo zarzut IV przez odpowiednie wydłużenie terminów realizacji kamieni milowych o 3 miesiące w stosunku do kamieni określonych w punkcie 2.2.2. podpunkt 2 oraz podpunkt 3 (w stosunku do określonych dat dziennych).

Odwołujący następnie na etapie posiedzenia z udziałem Stron mającego miejsce w dniu 21.07.2017 r. złożył oświadczenie woli wskazując, iż cofa odwołanie w całości.

Obecny na posiedzeniu Przystępujący po stronie Zamawiającego (Konsorcjum Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa oraz Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia) potwierdził, że zgłoszone przystąpienie nie dotyczy uwzględnionych zarzutów.

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 (w brzmieniu niezmienionej w wyniku nowelizacji przepisów dotyczących kosztów), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych i zero groszy) z wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

.....

.....

.....