

WYROK
z dnia 5 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. ul. Asynka 32, 40-696 Katowice, Rail-Mil Computers Sp. z o.o., ul. Kosmatki 82, 03-982 Warszawa, adres do korespondencji: Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie terminu składania ofert i wyznaczenie go na dzień 31 stycznia 2017 roku.

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. ul. Asynka 32, 40-696 Katowice, Rail-Mil Computers Sp. z o.o., ul. Kosmatki 82, 03-982 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050 - 175,850” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2015 pod poz. 2015/S 241-436552.

W dniu 19 grudnia 2016 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Siemens sp. z o.o., Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. oraz Rail-Mil Computers sp. z o.o.- wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, a polegających w szczególności na zaniechaniu wyznaczenia niezbędnego, dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach po dokonaniu przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP w zakresie:

1. art. 38 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie wyznaczenia dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo dokonania istotnej zmiany treści SIWZ, ewentualnie
2. art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 38 ust. 6 PZP w przypadku gdy Zamawiający nie przesunie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach i złożenie ofert nastąpi przed rozstrzygnięciem na niniejszego odwołania i jego uwzględnieniem, ponieważ naruszenie art. 38 ust. 6 PZP będzie niewątpliwie mieć wpływ na wynik postępowania w ten sposób, że podmioty mogące zrealizować niniejsze zamówienie, na skutek zaniechać Zamawiającego nie będą w stanie złożyć oferty, a zatem w dniu składania ofert krąg potencjalnych wykonawców będzie inny niż gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami PZP.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie: wyznaczenia przez Zamawiającego dodatkowego, niezbędnego czasu do dokonania zmian w ofertach, wynikających ze zmiany treści SIWZ tj. wyznaczeniu terminu składania ofert na dzień 31.01.2017 r., ewentualnie unieważnienia postępowania w przypadku gdy Zamawiający nie przesunie terminu składania ofert do czasu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego, ponieważ w ocenie Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania postępowanie będzie obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, jako podmiot, ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału i został zaproszony do składania ofert, legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej. Ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego polegających na niewyznaczeniu dodatkowego terminu, niezbędnego do wprowadzenia zmian w ofertach, będących wynikiem modyfikacji SIWZ, może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert, pomimo dokonanej w dniu 8 grudnia 2016 roku modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), nieprowadzącej do zmiany treści oferty ogłoszenia. Przywołany przepis art. 38 ust. 6 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu przedłużyć termin składania ofert, w sytuacji, jeżeli jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Każdorazowo, dokonując modyfikacji treści siwz, nieprowadzącej do zmiany treści oferty, Zamawiający ma zatem obowiązek ocenić zakres i wpływ dokonanych zmian na sporządzenie ofert i podjąć decyzję o ewentualnym przedłużeniu terminu składania ofert.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, w ocenie Izby obszerność i istotność dokonanych w dniu 8 grudnia modyfikacji siwz oraz udzielonych tego dnia odpowiedzi na pytania wykonawców powodują, że niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Zamawiający tego dnia dokonał Rozbicia Ceny Ofertowej dla Sekcji Pilawa- Dęblin, co spowodowało zmianę sposobu dotychczasowej wyceny. Przypomnieć należy, że przed modyfikacją z dnia 8 grudnia 2016r. Zamawiający wymagał wyceny oferty w oparciu o ilości sztuk komponentów oraz urządzeń sterowania ruchem kolejowym, które były ujęte w przekazanych wykonawcom Programach Funkcjonalno - Użytkowych (PFU) oraz projektach. Zmianą dokonaną w odpowiedziach na pytania 1121, 1151 z dnia 8 grudnia 2016r. Zamawiający wprowadził obowiązek podania ceny ryczałtowej, której ryzyko niewłaściwej wyceny ze swej istotny obciąża wykonawcę. Już sama ta okoliczność pozwala uznać, że modyfikacja związana ze zmianą sposobu kalkulacji ceny oferty wywiera istotny wpływ na treść sporządzanych ofert. Tymczasem Zamawiający, dokonując modyfikacji treści swiz w dniu 8 grudnia nie uwzględnił dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach.

Takie działanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że w innych dokonywanych w toku tego postępowania modyfikacjach siwz np. nr 6,7,9 czy 10, których zakres był porównywalny z modyfikacją z dnia 8 grudnia, Zamawiający za każdym razem dokonywał zmiany terminu składania ofert.

Nie można jednocześnie podzielić stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że argumentacja Odwołującego jest w znacznej mierze nieaktualna z uwagi na przedłużenie termin składania ofert kolejno w dniach 16 i 22 grudnia, tj. już po wniesieniu odwołania. Przepis art. 38 ust. 6 ustawy Pzp i wynikający z niego obowiązek rozważenia przez Zamawiającego czy zachodzą okoliczności do przedłużenia terminu składania ofert winien być przedmiotem analizy przy każdorazowym dokonywaniu modyfikacji siwz. Stąd nie można uznać, jak zdaje się twierdzić Zamawiający, że skoro dokonał przedłużenia terminu składania ofert w dniach 16 i 22 stycznia, to tym samym czas na wprowadzenie zmian do ofert, wynikających z modyfikacji z dnia 8 grudnia wynosi ponad 4 tygodnie. Przedłużenie terminu składania ofert kolejno w dniach 16 i 22 grudnia jest adekwatne do modyfikacji treści siwz dokonanych przez Zamawiającego w tych dniach. Przywołane przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej odnoszą się do swobody Zamawiającego w określeniu terminu składania ofert, który jest przedłużany na skutek dokonanych modyfikacji siwz i nie znajdują one zastosowania w rozpatrywanym stanie faktycznym.

Niezasadnym jest także argumentacja co do braku wskazania przez Odwołującego właściwej podstawy prawnej zaskarżenia którą zdaniem Zamawiającego winien być przepis art. 12a ustawy Pzp. Przepis ten ma zastosowanie jedynie w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy dokonana dnia 8 grudnia 2016 r modyfikacja nie wiązała się ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu.

Na marginesie, nie bez znaczenia dla oceny sprawy jest okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że na skutek dokonanej zmiany Zamawiający stworzył możliwość zaproponowania innego rozwiązania, niż dotychczas wskazane w dokumentacji projektowej, co z kolei wymaga - jak wskazał Odwołujący - przeprojektowania niektórych elementów i wiąże się z określonym czasem na rzetelne skalkulowanie i przygotowanie konkurencyjnej oferty. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego pozwalają na uznanie, że wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert na 10 stycznia utrudnia mu złożenie oferty na konkurencyjnych warunkach, proponującej alternatywne rozwiązania, które dla Zamawiającego mogą okazać się korzystne. W efekcie przedłużenie terminu składania ofert może wpłynąć na zwiększenie konkurencji w tym i tak dość ograniczonym rynku zamówień dotyczących prac na liniach kolejowych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: