

POSTANOWIENIE

z dnia 22 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **22 sierpnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **19 lipca 2018 r.**

przez wykonawcę: **Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Słonice-Szczecin Dąbie (LCS Stargard)* (nr postępowania 9090/IRZR3/02577/03066/18/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy)

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7

Sygn. akt KIO 1421/18

dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Słonice-Szczecin Dąbie (LCS Stargard)* (nr postępowania 9090/IRZR3/02577/03066/18/P). Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 czerwca 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_106 pod poz. 242565. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 lipca 2018 r. Odwołujący Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Siemens”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności Zamawiającego polegających na ustaleniu harmonogramu prac i zamknięć torowych, terminu realizacji zamówienia w sposób niezgodny z ustawą pzp oraz od zaniechania dostosowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} do tak określonych terminów, a także od nieuzasadnionego obarczenia wykonawcy obowiązkiem odszkodowawczym z tytułu utraty dofinansowania w ramach środków pochodzących z Unii Europejskiej w sytuacji, gdy taki skutek mogą spowodować zdarzenia w istocie niezależne od wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 139 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 387 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego – przez nieuwzględnienie wszystkich okoliczności i wymagań mających wpływ na rzetelne sporządzenie oferty, zobowiązanie wykonawcy do świadczenia niemożliwego, przekroczenie granic swobody umów i przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za konsekwencje niewykonania zamówienia w niemożliwym do dotrzymania terminie.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146. ust. 6 – w przypadku, gdy złożenie ofert nastąpi przed rozstrzygnięciem tego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a Zamawiający nie zmieni SIWZ i nie określi realnego harmonogramu zamknięć torowych oraz terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia objętego tym postępowaniem w sposób uwzględniający wszystkie okoliczności mające wpływ na realizację zamówienia powołane w uzasadnieniu odwołania, gdyż przewidzenie nierealnego harmonogramu

oraz terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji zamówienia spowoduje, że podmioty, które są w stanie zrealizować niniejsze zamówienie, z uwagi na ryzyka związane z określeniem nierealnych i niemożliwych do spełnienia warunków realizacji zamówienia, a także z uwagi na przewidzianą odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niedotrzymania terminów realizacji zamówienia i utraty dofinansowania przez Zamawiającego, nie będą w stanie złożyć rzetelnej oferty, co powoduje, że w dniu składania ofert krąg wykonawców będzie inny, niż gdyby Zamawiający sporządził SIWZ i prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy pzp, co niewątpliwie przełoży się na wynik postępowania. Powyższe spowoduje, że postępowanie będzie obciążone nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Opracowania i opublikowania rewizji załącznika 31 do programu funkcjonalno-użytkowego, tj. nowego harmonogramu prac montażowych i zamknięć torowych, sporządzonego w oparciu o:
 - określenie realnej daty rozpoczęcia prac, z uwzględnieniem: (i) daty uzyskania decyzji o lokalizacji linii kolejowej, (ii) czasu potrzebnego na uzyskanie pozwoleń na budowę na prace, które będą prowadzone przez innych wykonawców (wykonawców prac torowych), które muszą być przeprowadzone z wyprzedzeniem w stosunku do prac objętych zamówieniem którego dotyczy odwołanie, (iii) czasu potrzebnego do przeprowadzenia postępowań o zamówienie tych wspomnianych wyżej prac innych wykonawców oraz (iv) daty sporządzenia i opublikowania przez Zamawiającego projektów budowlanych, zgodnych z obowiązującymi aktualnie standardami Zamawiającego przywołanymi w treści uzasadnienia,
 - określenie realnej daty zakończenia prac, z uwzględnieniem: (i) realnej daty rozpoczęcia prac, o której mowa powyżej, (ii) dodatkowego czasu przypadającego po zakończeniu prac montażowych i uruchomieniowych (tj. prac torowych, zabudowy urządzeń SRK, przeprowadzeniu odbiorów eksploatacyjnych), potrzebnego do przeprowadzenia certyfikacji weryfikacji WE oraz do uzyskania zezwolenia Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu sterowanie ruchem kolejowym.
2. Dostosowania początkowej i końcowej daty zamówienia określonej w treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt 11.2.7).
3. Skreślenia zapisów, które przenoszą na wykonawcę ryzyko wysoce prawdopodobnej szkody, w postaci utraty przez Zamawiającego dofinansowania zadania objętego zamówieniem, tj.: zapisu pozbawiającego wykonawcę prawa do wydłużenia terminu realizacji w razie zmiany harmonogramu zamknięć torowych, czyli ostatniego zdania

subklauzuli 8.3 Warunków Umowy – Warunków Szczególnych (obecne brzmienie: „Powyższe zmiany nie stanowią podstawy do roszczeń finansowych oraz terminu realizacji zadania objętego umową”), oraz ostatniego akapitu subklauzuli 8.7. Warunków Umowy – Warunków Szczególnych (obecne brzmienie: „Zapłata kary umownej nie pozbawia Zamawiającego prawa dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej, w tym wynikającego z utraty dofinansowania w ramach środków pochodzących z Unii Europejskiej w przypadku, gdy utrata tego dofinansowania nastąpiła z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”).

{ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków Odwołującego}

4. Unieważnienia postępowania lub wydłużenia terminu realizacji umowy o co najmniej rok, tj. co najmniej do 31 grudnia 2021.

Ponadto w uzasadnieniu podano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

21 sierpnia 2018 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że wycofuje powyższe odwołanie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy w tej sprawie.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), nakazując zwrot 90% procent uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: