

POSTANOWIENIE

z dnia 24 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **24 stycznia 2017 r.** w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **9 stycznia 2017 r.**

przez wykonawcę: **B.T. (Z.) Polska sp. z o.o. z siedzibą w K.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol (z wyłączeniem Węzła Warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na linii Łowicz - Łuków* (nr postępowania 6060/ICZ5/25920/10640/16/P)

prowadzonym przez zamawiającego: **P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawcy: **S. sp. z o.o. z siedzibą w W.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Znosi wzajemnie koszty postępowania oraz nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz B.T. (Z.) Polska sp. z o.o. z siedzibą w K. kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w W..**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS Poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol (z wyłączeniem Węzła Warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS Poziom 1 na linii Łowicz - Łuków* (nr postępowania 6060/ICZ5/25920/10640/16/P). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 grudnia 2016 r. nr 2016/S_251-463268. Zamawiający zamieścił również ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.plk-sa.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.}. Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 stycznia 2017 r. Odwołujący – B.T. (Z.) Polska sp. z o.o. z siedzibą w K. {dalej również: „Bombardier”} – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art. 29 ust 1 pzp w zw. z art. 14 w zw. z art. 654 Kodeksu cywilnego {„kc”} – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny, polegający na odwołaniu się w kilkudziesięciu miejscach umowy do pojęcia „Odcinka”, przy jednoczesnym braku jego określenia zgodnie z Subkl. 1.1.5.6 w załączniku do oferty jako Odcinek, co przy zmianie brzmienia treści Subkl. 10.2 W.Sz. powoduje konieczność przyjęcia wykładni najbardziej niekorzystnej dla wykonawcy, że przy tak wielkim zadaniu Zamawiający w ogóle nie dopuszcza jakiegokolwiek możliwości częściowego odbioru robót, co jest sprzeczne z intencją wyrażoną w art. 654 kc i powoduje, że dla zadania trwającego co najmniej 64 miesiące i obejmującego swoim zakresem 700 km linii kolejowej przewidziany zostanie tylko jeden odbiór końcowy całości prac.
2. Art. 29 ust 1 pzp w zw. z art. 14 pzp w zw. z art. 387 kc – przez opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób nieprecyzyjny, przejawiający się w tym, że nie wiadomo jakie Materiały i Urządzenia wykonawca ma dostarczyć w ciągu 1 miesiąca (Subkl. 14.5 pkt 2), a jakie Materiały i Urządzenia wykonawca ma dostarczyć w ciągu 2 miesięcy (na podstawie Subkl. 14.5 pkt 1); jak również przez sformułowanie niemożliwego do spełnienia obowiązku polegającego na: (i) obowiązku dostarczenia na Plac Budowy 60% wszystkich Urządzeń i Materiałów w ciągu 2 miesięcy od daty zaakceptowania przez Zamawiającego branżowego Projektu Budowlanego, podczas gdy podstawą do zdefiniowania Materiałów i Urządzeń niezbędnych do realizacji zadania jest Projekt Wykonawczy, który – zgodnie ze sztuką i doświadczeniem życiowym – z pewnością nie będzie sporządzony w ciągu dwóch miesięcy od daty zaakceptowania branżowego Projektu Budowlanego, co czyni wymóg Zamawiającego niemożliwym do spełnienia, oraz (ii) obowiązku dostarczenia na Plac Budowy 60% wszystkich Urządzeń w ciągu 2 miesięcy od daty zaakceptowania przez Zamawiającego branżowego Projektu Budowlanego, podczas gdy technologicznie przez żadnego z wykonawców nie jest możliwe wyprodukowanie 60% Urządzeń dla zadania tej wielkości w ciągu 2 miesięcy od daty podpisania umowy, co również czyni wymóg Zamawiającego niemożliwym do spełnienia.

3. Art. 14 w zw. z art. 353¹ kc oraz 483 kc – przez nałożenie na wykonawcę kar umownych, których wysokość jest nieadekwatna do celu i ew. szkody, jaką Zamawiający może ponieść w związku ze zdarzeniami będącymi podstawą do ich naliczenia, oraz które naruszają zasady współżycia społecznego.
4. Art. 9a – przez wyznaczenie terminu do składania ofert, który nie uwzględnia wielkości zadania oraz złożoności zamówienia oraz czasu niezbędnego na sporządzenie ofert, co powoduje brak możliwości złożenia należycie skalkulowanej oraz rzetelnej oferty przez Wykonawców.

5.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian ogłoszenia lub specyfikacji {lista żądań}:

1. Zdefiniowania Odcinków w załączniku do oferty zgodnie z Subkl. 1.1.5.6.
2. Przywrócenia możliwości Przejęcia części Robót w trybie Subkl. 10.2 W.Sz. innych niż Odcinki.
3. Zmiany Subkl. 14.5 W.Sz. polegającą na wskazaniu, że 30% Materiałów i Urządzeń niezbędnych do wykonania Robót objętych Projektem Budowlanym zostanie dostarczone na Plac Budowy albo inny teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera w ciągu 8 miesięcy od daty zaakceptowania przez Zamawiającego

Sygn. akt KIO 74/17

branżowych projektów budowlanych i wykonawczych.

4. Zmiany wysokości kary umownej przewidzianej w Subkl. 8.7 lit (f) do 30.000,00 zł za każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości.
5. Zmiany wysokości kary umownej przewidzianej w Subkl. 8.7 lit (t) do 0,001% ceny całkowitej brutto za każde:
 - 4 (cztery) godziny zwłoki w przystąpieniu przez Wykonawcę do usuwania Awarii;
 - 1 (jeden) dzień zwłoki w przystąpieniu przez Wykonawcę do usuwania Usterki;
 - 14 (czternaście) dni zwłoki w przystąpieniu przez Wykonawcę do usuwania Wady; począwszy od określonego w Umowie terminu usunięcia odpowiednio Awarii, Usterki i Wady.
6. Zmiany terminu składania ofert określonej w pkt 17.1 IDW z „8 luty 2017” na „31 maj 2017”.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podanie dodatkowych okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

Pismem z 11 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 10 stycznia 2017 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

13 stycznia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez S. sp. z o.o. z siedzibą w W. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

24 stycznia 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, informując o zarzutach, które uznał w całości lub częściowo, w tym o wprowadzonych zmianach specyfikacji, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania, a także podając uzasadnienie dla tego stanowiska w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

Po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący wycofał wszystkie pozostałe zarzuty.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a Odwołujący wycofał wszystkie pozostałe zarzuty.

Wobec powyższego Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem jego Stron i Przystępującego do tego postępowania po stronie Odwołującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że na mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: