

Sygn. akt: KIO 1305/18

POSTANOWIENIE
z dnia 23 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 23 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania z dnia 2 lipca 2018 r., wniesionego przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwoty **20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych)**, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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) 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:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektów „Rewitalizacja linii kolejowej nr 57 na odcinku Kuźnica Białostocka - Geniusze (S)” i „Rewitalizacja linii kolejowej nr 923 na odcinku Bufałowo Wschód - Bufałowo (S)” oraz „Prace na linii kolejowej nr 6 na odcinku Białystok - Sokółka - Kuźnica Białostocka (granica państwa)” i „Prace inwestycyjne na przejściu granicznym Kuźnica Białostocka”. Zadanie 1: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla realizacji projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 57 na odcinku Kuźnica Białostocka - Geniusze (S)” i „Rewitalizacja linii kolejowej nr 923 na odcinku Bufałowo wschód - Bufałowo (S)”. Zadanie 2: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla realizacji projektu pn. „prace na linii kolejowej nr 6 na odcinku Białystok - Sokółka - Kuźnica (granica państwa)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 czerwca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 116-264466. Tego samego dnia Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

W dniu 2 lipca 2018 r. wykonawca STRABAG Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 387 § 1 k.c. poprzez wskazanie przez Zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji części zamówienia tj.
 - a) wykonania w zakresie Zadania 2 w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - zaakceptowanych Robót/Materiałów o wartości nie mniejszej niż 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (etapu 4, zadanie 1) oraz
 - b) wykonania w zakresie Zadania 1 w terminie 13 miesięcy od Daty Rozpoczęcia robót budowlanych na odcinku granica państwa - Kuźnica Białostocka wraz ze

stacją Kuźnica Białostocka (etap 2 Zadanie 1) w sytuacji, gdy dopiero w ciągu 30 dni od Daty Rozpoczęcia Zamawiający poinformuje, kto dostarcza materiały do wykonania tych robót;

2. a w konsekwencji naruszenie art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 387 § 1 k.c., poprzez wskazanie przez Zamawiającego niemożliwych do dotrzymania terminów realizacji zamówienia, tj.

a) wykonania w terminie 15 miesięcy od daty Rozpoczęcia Robót Robót/Materiałów o wartości nie mniejszej niż 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i przeniesienia na wykonawcę ryzyka niedotrzymania terminu poprzez zastrzeżenie obowiązku zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót w tym terminie, przy jednoczesnym zastrzeżeniu uprawnienia Zamawiającego do wykonania prawa opcji, które wpływało będzie na wartość robót wykonawcy lub zatwierdzonych przez niego materiałów składających się na przerób,

b) wykonania w terminie 13 miesięcy od Daty Rozpoczęcia robót budowlanych na odcinku granica państwa - Kuźnica Białostocka wraz ze stacją Kuźnica Białostocka i przeniesienie na wykonawcę ryzyka niedotrzymania tego terminu poprzez obowiązek zapłaty kary umownej w sytuacji, gdy w dopiero w terminie 30 dni od Daty Rozpoczęcia Zamawiający poinformuje, czy dostarczy on materiały na wykonanie tych robót, a w obecnej sytuacji rynkowej wykonawca nie ma możliwości pozyskania koniecznych na wykonanie tych prac w terminie, umożliwiającym zakup materiału i zakończenie robót w ciągu 12 miesięcy;

3. art. 7 ust. 1 Pzp, 29 ust. 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zastrzeżeniem prawa opcji, w sposób który powoduje, że w chwili złożenia oferty zakres zamówienia nie jest jednoznaczny a termin realizacji zamówienia w zakresie Etapu 4 Zadania 2 i Etapu 2 Zadanie 1 Zamówienia jest zbyt krótki.

Mając na względzie powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosil o:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ, dotyczących wartości przerobu koniecznego do wykonania w ramach Etapu 4 Zadania 2 przez obniżenie tego przerobu do 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej albo wyłączenie zwartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, stanowiącej podstawę obliczenia przerobu w etapie 4 wartości Zadania 1 i wartości zamówienia opcjonalnego na

Zadania 1 i Zadania 2 a przez to powiązanie wartości przerobu jaki osiągnąć ma wykonawca tj. 30% na realizacji robót zadania 2 z wartością tych robót;

2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ, dotyczących wykonania w terminie 13 miesięcy od Daty Rozpoczęcia robót budowlanych na odcinku granica państwa - Kuźnica Białostocka wraz ze stacją Kuźnica Białostocka przez ich usunięcie lub dodanie „w przypadku gdy Materiały na wykonanie tych robót dostarcza Zamawiający” lub wydłużenie terminu na wykonanie robót na tym odcinku do 18 miesięcy,

ewentualnie

3. usunięcie prawa opcji i powierzenie wykonawcy dostawy materiałów objętych prawem opcji oraz powiązanie przerobu wymaganego dla Etapu 4 zadania 2 tylko z wartością zadania 2 w sposób opisany w pkt 1, przy pozostawieniu pozostałych zapisów SIWZ bez zmian.

W dniu 6 lipca 2018 r. do Izby, wpłynęło pismo, stanowiące odpowiedź na odwołanie, w którym Zamawiający poinformował, że „nie wyraża zgody na dokonanie sugerowanej przez Odwołującego modyfikacji SIWZ, polegającej na usunięciu prawa opcji. Zamawiający równoległe prowadzi postępowanie pn. „Zakup i dostawa szyn i podkładów niezbędnych do realizacji projektów pn. "Rewitalizacja linii kolejowej nr 57 na odcinku Kuźnica Białostocka - Gieniusze (S), Rewitalizacja linii kolejowej nr 923 na odcinku Bufałowo Wschód - Bufałowo (S)” oraz "Prace na linii kolejowej nr 6 na odcinku Białystok Sokółka - Kuźnica Białostocka (granica państwa)". Przedmiot zamówienia wchodzący w zakres ww. postępowania jest tożsamy z przedmiotem zamówienia opcjonalnego ustalonym przez Zamawiającego w postępowaniu, do którego Odwołujący wniósł odwołanie. Ponadto, we wskazanym postępowaniu na zakup i dostawę szyn nie zostały jeszcze złożone oferty, ponieważ aktualny termin składania i otwarcia ofert przypada na dzień 25.07.2018 r. Do momentu upływu terminu składania ofert Zamawiający nie jest stanie jednoznacznie stwierdzić, w jaki sposób to postępowanie na zakup materiałów się rozstrzygnie, a zwłaszcza mając na uwadze, jak słusznie zauważył sam Odwołujący, że w roku bieżącym jedynie w 3 z 13 do tej pory prowadzonych przez Zamawiającego postępowań na zakup szyn i podkładów zostały złożone jakiegokolwiek oferty. Dlatego też Zamawiający mając na względzie istniejące ryzyko negatywnego rozstrzygnięcia postępowania na zakup szyn i podkładów dla ww. projektów realizowanych na liniach kolejowych nr 57, 923 i 6, postanowił zabezpieczyć swoje interesy ustanawiając w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych (formuła „projektuj i buduj”) zamówienie opcjonalne.

W związku z żądaniem Odwołującego, dotyczącymi terminów określonych w Etapie 4 Zadania 2 i Etapie 2 Zadania 1, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, o których szczegółowo mowa w piśmie Zamawiającego z dnia 6.07.2018 r., stanowiącym załącznik do niniejszego pisma. W wyniku dokonanych zmian SIWZ Zamawiający pozostawił w Etapie 4 Zadania 2 aktualnie ustalony próg procentowy przerobu na poziomie 30%, którego wysokości Odwołujący nie kwestionuje, z tą różnicą, iż będzie on liczony wyłącznie od wartości Robót dla Zadania 2, a nie od wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Z kolei w Etapie 2 Zadania 1, Zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez wydłużenie terminu realizacji Etapu 2 Zadania 1 z 13 miesięcy do 18 miesięcy”.

Mając na uwadze dokonane zmiany treści SIWZ Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania, gdyż dotyczy ono nie istniejących już postanowień SIWZ. Do pisma Zamawiający załączył dokonaną w dniu 6 lipca 2018 r. modyfikację SIWZ.

W dniu 19 lipca 2018 r. do Izby ze strony Odwołującego wpłynęło pismo „Cofnięcie odwołania”, w którym wskazano m. in.: „ (...) w związku z modyfikacją SIWZ dokonaną przez Zamawiającego pismem z dn. 6 lipca 2018 r. (...) uwzględniającą w części zarzuty podniesione w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 1305/18 wnoszę jak niżej: 1. Cofam odwołanie w pozostałym zakresie, (...)”.

W uzasadnieniu pisma Odwołujący wskazywał, że „pismem z dnia 6 lipca 2018 r. w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, że dokonał modyfikacji SIWZ w ten sposób, że pozostawił w etapie 4 Zadanie 2 aktualnie ustalony próg procentowy przerobu na poziomie 30% z tą różnicą że będzie on liczony wyłącznie od wartości Robót dla Zadania 2 a nie od wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Z kolei w Etapie 2 Zadanie 1 Zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez wydłużenie terminu realizacji Etapu 2 Zadania 1 z 13 do 18 miesięcy. Jednocześnie Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania gdyż dotyczy ono nieistniejących zapisów SIWZ”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonaną modyfikacją SIWZ uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów, dotyczących niezgodnego z ustawą określenia terminu wykonania części zamówienia. W pozostałym zakresie, wobec wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania, Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie i wnosi o orzeczenie o kosztach postępowania.

W dniu 23 lipca 2018 r. w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający potwierdził, że uwzględnił zarzuty odwołania w części, tj. w zakresie terminów wykonania części zamówienia przez ich wydłużenie z 13 miesięcy do 18 miesięcy, co znalazło potwierdzenie w dokonanej w dniu 6 lipca 2018 r. modyfikacji specyfikacji.

Odwołujący natomiast podtrzymał oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania.

Wobec powyższego, stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a Pzp, należało postępowanie umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba wzięła pod uwagę fakt, że uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy. W tych okolicznościach – w świetle przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 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.2018 poz. 972) – Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: