

Sygn. akt: KIO 48/17

POSTANOWIENIE
z dnia 23 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **23 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 stycznia 2017 r.** przez **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy:

- A. **Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** - po stronie odwołującego,
- B. **PORR Polska Construction S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** - po stronie zamawiającego,
- C. **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** - po stronie odwołującego,

- wobec wycofania odwołania,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego - **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań** kwoty **18 000,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, poz. 831 i 996 oraz Dz. U. z 2016 r. poz.

1020 ze 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 48/17

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Prace na linii kolejowej E 30 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Opole Zachodnie”, ogłoszenie o zamówieniu numer: 2016/S 250-461482 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.12.2016), w dniu 5 stycznia 2017 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu. Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia - w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 28 grudnia 2016r.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 28 grudnia 2016 r., więc mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r. poz. 1020). Ustalona wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020 ze zm.), zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1, ust. 1a i ust. 1b Pzp, art. 22d ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w punkcie III. 1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 8.6.e IDW (SIWZ) w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione zawyżenie poziomu wymaganych zdolności uniemożliwiają ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co doprowadziło do skonstruowania ponadprzeciętnego warunku, a w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 31 § 2, 3 Pzp oraz przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym w szczególności na jej wycenę, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegające na niedoprecyzowaniu zakresu robót związanych z zobowiązaniem wykonawcy i przerzucenie na wykonawców ciężarów z tym

związanych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na obiekty inżynieryjne (między innymi brak kart technicznych obiektów), co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz do złożenia w przedmiotowym postępowaniu nieporównywalnych ofert;

3. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 91 ust. 1 i 2c, 2d Pzp, art. 36 ust. 1 pkt. 13) Pzp, art. 2 pkt. 5) Pzp poprzez określenie kryterium oceny oferty w punkcie III. 1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 p.pkt. 3) IDW (SIWZ) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) w sposób uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, co prowadzi do sytuacji w której wykonawcy będą mogli zaniżać wymagany czas zamknięć torowych w godzinach, oceniany w ramach kryterium „Dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych)”, przy jednoczesnym podnoszeniu ceny w ramach kryterium „cena całkowita brutto”, aby ich oferty były uznane za najkorzystniejsze, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji do złożenia w przedmiotowym postępowaniu ofert niekorzystnych dla zamawiającego (konieczność wydatkowania środków publicznych w nieuzasadnionej przedmiotem zamówienia, wyższej wysokości) i które będą z uwagi na zaniżony czas zamknięć torowych nierealne i/lub niewykonalne, jak i naruszenie ww. przepisu poprzez opisanie tego kryterium w nieprzejrzysty i niejednoznaczny sposób, a to dlatego że brakuje informacji w jaki sposób będzie zamawiający badał, czy w zaoferowanej przez wykonawcę liczbie godzin zamknięć torowych można wykonać zamówienie w zakresie i jakości opisanym w SIWZ (w PFU), uwzględniając dostępne dla wykonawców technologie wykonania prac;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 i 651 K.c. oraz art. 483 ust.1 K.c. w zw. z art. 484 K.c. w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 K.c. poprzez określenie kryterium oceny oferty w punkcie III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 IDW p.pkt. 3) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych), które powinno skutkować po stronie zamawiającego obowiązkiem wykreowania w § 5 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) nowej okoliczności pozwalającej dokonać istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz sanować kary umowne przewidziane w subklauzuli 8.7 lit. j) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

5. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 Pzp, art. 353¹ K.c., art. 647 i nast. K.c. zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 §1 Pzp, art. 7 ust 2, art. 23 ust. 1, art. 26 ust. 1 pkt. 3 ustawy o ochronie danych osobowych poprzez skonstruowanie w treści § 6 ust. 8 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) możliwości żądania od wykonawcy umów, na podstawie

których zatrudnione są osoby biorące udział w realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

6. naruszenie art. 483 ust.1 K.c. w zw. z art. 484 K.c. w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 471 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez skonstruowanie treści umowy w zakresie kary umownej w subklauzuli 8.7 litera j) oraz litera r) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodując tym samym rażąco nierównowagę stron, ustalając karę umowną z naruszeniem jej istoty, w szczególności umożliwiającym nałożenie kary umownej w ujęciu procentowym liczoną od zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, która uwzględnia ryczałtowe wysokości określone przez zamawiającego za komunikację zastępczą, które muszą być ujęte w ofercie wykonawcy, a nie stanowią realnej wartości umowy i zysku wykonawcy, a więc również kary umownej rażąco wygórowanej, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

7. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp., art. 5 w zw. z art. 353¹ oraz art. 647 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust 1 Pzp w zw. z § 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (dalej „rozporządzenie”) poprzez wprowadzenie do subklauzuli 14.3 w zw. z subklauzulą 14.4 (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), zobowiązania dostarczenia „rozbicia cen jednostkowych wskazanych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z ZPRS” w terminie 21 dni od zawarcia umowy, które to zobowiązanie jest niemożliwe do zrealizowania w tym terminie, a to z uwagi na fakt, że opracowanie i dostarczenie takich dokumentów możliwe stanie się po zatwierdzeniu Projektu Wykonawczego, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W kontekście powyższych zarzutów, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ.

1. W ramach zarzutów nr 1 nakazanie zamawiającemu modyfikacji zapisów i określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w punkcie III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 8.6.e IDW w sposób zgodny z Pzp, w szczególności w sposób proporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wyrażający minimalny poziom zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

2. W ramach zarzutów nr 2 nakazanie zamawiającemu dokonania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami Pzp, w tym poprzez doprecyzowanie zakresu prac w zakresie obiektów inżynierskich np. załączenie aktualnych i kompletnych kart obiektów.
3. W ramach zarzutów nr 3 nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji kryteriów oceny ofert w punkcie III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 IDW p.pkt. 3) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) poprzez określenie minimalnej wartości (ilości) godzin zamknięć torowych, jaką mogą wskazać wykonawcy w ofercie.
4. W ramach zarzutów nr 4 nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji § 5 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) poprzez wprowadzenie przesłanek pozwalających dokonać istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz sanować kary umowne przewidziane w subklauzuli 8.7 lit. j) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) w przypadku, w którym dojdzie do niezawinionego przez wykonawcę przekroczenia zadeklarowanej w ofercie sumy zamknięć torowych.
5. W ramach zarzutów nr 5 nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji § 6 ust. 8 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) poprzez wykreślenie możliwości żądania od wykonawcy umów na, podstawie których zatrudnione są osoby biorące udział w realizacji zamówienia.
6. W ramach zarzutów nr 6 nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów dotyczących kary umownej w subklauzuli 8.7 litera j) oraz litera r) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) poprzez możliwość nałożenia jej w wartości procentowej liczonej od wartości robót ujętych w ofercie.
7. W ramach zarzutów nr 7 nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji subklauzuli 14.3 w zw. z subklauzulą 14.4 (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), zgodnie z którymi zmianami, wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia „rozbicia cen jednostkowych wskazanych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z ZPRS" w terminie 21 dni od zatwierdzenia Projektu Wykonawczego.

W dniu 20 stycznia 2017 r. umocowany pełnomocnik odwołującego przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu odwołania wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego.

W tych okolicznościach, zachodziły przesłanki do uznania, że złożenie oświadczenia o wycofaniu odwołania nastąpiło ze skutkiem prawnym.

Skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W takiej sytuacji rozpatrzenie sprawy przez Izbę ogranicza się do zbadania przesłanek formalnych umorzenia postępowania, bez możliwości oceny motywów, którymi kierowały się strony podejmując tego rodzaju czynności w zainicjowanym postępowaniu odwoławczym.

W tym stanie rzeczy, Izba stosownie do postanowień art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych umorzyła postępowanie odwoławcze.

Cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem zachodziły podstawy do orzeczenia na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000,00 zł, jako 90% uiszczzonego wpisu od odwołania, zgodnie z treścią art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp.

O umorzeniu postępowania orzeczono postanowieniem w oparciu o art. 192 ust. 1, zdanie 2 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....