

POSTANOWIENIE
z dnia 16 października 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 16 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **B.T.Z.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **P.P.L.K. SA z siedzibą w W.**, w imieniu którego działa **P.P.L.K. SA C.R.I.**

przy udziale wykonawcy **T.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000zł 00 gr (słownie: osiemnasty tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **B.T.Z.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.****
- 3. zasądza od Odwołującego **B.T.Z.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.** na rzecz Zamawiającego - **P.P.L.K. SA z siedzibą w W.**, w imieniu którego działa **P.P.L.K. SA C.R.I.** kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**

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 zmianami), 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

W dniu 2 października 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. (...)) ze zm.) odwołanie złożył wykonawca **B.T.Z.P. Sp. z o.o. z siedzibą w K.** (dalej jako Odwołujący lub **B.**).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Opracowanie Dokumentacji Projektowej i wykonanie robót budowlanych dla Zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) W. - Z. w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T nr postępowania: (...)* prowadzi Zamawiający: **P.P.L.K. SA z siedzibą w W., w imieniu którego działa P.P.L.K. SA C.R.I.** Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...) w dniu 22.09.2017 r.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na sporządzeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako SIWZ), w zakresie ustalenia i opisanie kryterium oceny ofert oraz w zakresie opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzących do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący złożył odwołanie w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą, który może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji uzyskać zamówienie. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. Wskutek niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty w prawidłowo przygotowanym postępowaniu, zgodnie z przepisami i zasadami przewidzianymi w ustawie Pzp. Wskazywane naruszenia przepisów Pzp w ocenie Odwołującego uniemożliwiają uzyskanie zamówienia. Odwołujący posiada więc prawo do wniesienia odwołania i merytorycznego rozpoznania zarzutów w myśl art. 179 ust.1 Pzp. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę wskutek niezłożenia oferty prowadzącej w konsekwencji do braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskania zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzuca naruszenie:

- w zakresie dotyczącym nieprawidłowego ustalenia i opisanie kryterium oceny ofert:

1) art. 91 ust. 2 pkt 5) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 2d Pzp poprzez ustalenie i opisanie kryterium oceny ofert w pkt 20.7.2. lit. a) tomu I SIWZ - „Instrukcja dla Wykonawców” (dalej jako IDW), niezgodnie z zasadami określonymi w powołanych przepisach oraz zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

- W zakresie dotyczącym nieprawidłowego opisanego przedmiotu zamówienia:

2) art. 29 ust 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp, w zw. z art. 387 KC poprzez sformułowanie obowiązku niemożliwego do spełnienia polegającego na: (i) obowiązku dostarczenia na Plac Budowy albo inny teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera 60% ilości/liczby 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.

W związku z przedstawionymi zarzutami, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) zmianę kryterium oceny ofert w pkt 20.7.2. lit. a) tomu I SIWZ IDW w sposób eliminujący opisane w odwołaniu nieprawidłowości;

2) zmianę Subkl. 14.5 pk1 Tom II Warunki Umowy poprzez wskazanie, 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 branżowych projektów budowlanych i wykonawczych.

Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu przewidzianego w Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych.

W dniu 3 października 2017 roku Zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania przez zamieszczenie jego treści na stronie internetowej oraz wezwał wykonawców do przyłączenia się po postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **T.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W dniu 5 października 2017 roku Zamawiający dokonał zmiany SIWZ subklauzuli 14.5 pkt 1 wprowadzając postanowienie, że w terminie 8 miesięcy od zaakceptowania przez Zamawiającego branżowego Projektu Budowlanego Wykonawca zobowiązany jest do zakupu, dostarczenia na Plac Budowy albo inny teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera 60% ilości/liczby Urządzeń i Materiałów niezbędnych do wykonania Robót objętych zaakceptowanym Projektem Budowlanym (...).

Odwołujący uznał, że zmiana ta odpowiada zarzutowi 2. odwołania i jest możliwa do zaakceptowania, dlatego też Odwołujący cofnął powyższy zarzut.

Jednocześnie Odwołujący podtrzymał zarzut naruszeni art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp dotyczący kryteriów oceny ofert i wnosił o dokonanie zmiany pkt 20.7.2. lit. a) tomu I SIWZ-IDW w następujący sposób:

„Kierownik Robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS – waga 10%”

- w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 10 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót lub Inspektora Nadzoru na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Jeżeli Wykonawca wskaże na to stanowisko osobę posiadającą doświadczenie w realizacji:

- a) inwestycji, których przedmiotem były linie kolejowe o łącznej długości co najmniej 100 km otrzyma – 3 pkt
- b) inwestycji, których przedmiotem były linie kolejowe o łącznej długości co najmniej 200 km otrzyma – 6 pkt
- c) inwestycji, których przedmiotem były linie kolejowe o łącznej długości co najmniej 400 km otrzyma – 10 pkt.

W dniu 16 października 2017 roku Odwołujący po otwarciu posiedzenia przed Izba, złożył oświadczenie o cofnięciu jedyne go zarzutu odwołania w związku z dokonaną przez Zamawiającego w tym samym dniu zmianą SIWZ (zmiana IV). Jednocześnie Odwołujący wnosił o nieobciążanie go kosztami postępowania.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, iż sposób procedowania spowodowany był brakiem precyzyjności żądania Odwołującego odnoszącego się do kryteriów oceny ofert. Żądanie to zostało dookreślone dopiero w dniu 13 października 2017 roku i dlatego dopiero w dniu 16 października mogła nastąpić zmiana SIWZ, która nie jest jednak w pełni odpowiedzią na żądanie Odwołującego, dlatego też Zamawiający wnosił o przyznanie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczzonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 18 000,00 złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 zmianami). Jednocześnie, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o wysokości i sposobie pobierania wpisu, Izba zobowiązana jest zasądzić koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia (koszty zastępstwa procesowego), jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż jeden dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy, jeżeli strona przeciwna o takie koszty wnioskuje.

Przewodniczący: