

Sygn. akt: KIO 1841/17

POSTANOWIENIE
z dnia 19 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Aleksandra Patyk
Członkowie:	Katarzyna Odrzywolska Agata Mikołajczyk
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa oraz Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa:**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A., ul. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków oraz Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., ul. Asnyka 32, 40-696 Katowice;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Electronic Control Systems S.A., Thales Polska Sp. z o.o., Huawei Polska Sp. z o.o., ul. Krakowska 84, 32-083 Balice;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FONBUD S.A. – Spółka z komandytowa, ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław; ATENDE S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa; ICRAFT Co. Ltd., ul. Doosan Bldg, 105-7 Nonhyeon-dong, 726, Eonju-ro, Gangnam-gu, 135-010 Seul. Korea Południowa oraz TOB YKPKOM, ul. Prospekt Powitroflotskyj 72, 03151 Kijów, Ukraina,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa oraz Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** na rzecz zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu;
3. Zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa oraz Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** na rzecz zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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) 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn. „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowa S.A. w ramach NPW ERTMS” prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „zamawiający”] wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Thales Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, Thales Portugal S.A. z siedzibą w Paço de Arcos, Huawei Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Radmor S.A. z siedzibą w Gdyni [dalej „odwołujący”] złożyli odwołanie w zakresie części I postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], co z kolei prowadziło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udzielenie w dniu 25 sierpnia 2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 2539 (modyfikującej wcześniejszą odpowiedź na pytanie nr 586), zgodnie z którą *„Zamawiający zwraca uwagę, że przekazywana dokumentacja powykonawcza branży budowlanej dla obiektu OC1 z września 2012 roku zawiera aktualne informacje w zakresie budowy konstrukcji wzmacniającej strop, natomiast nieaktualna jest informacja odnośnie zajętości urządzeń w serwerowni (...)”* oraz *„W zakresie obiektu OC2 przedmiotowe ryzyko nie występuje. Dokumentacja dla obiektu OC2 zostanie udostępniona na etapie realizacji Przedmiotu Zamówienia”*, a w konsekwencji poprzez odmowę udostępnienia wymaganej przez wykonawcę dokumentacji dla obiektu OC2 oraz przedłożenie częściowo nieaktualnej dokumentacji w zakresie obiektu OC1 przed terminem na złożenie ofert, co uniemożliwiało odwołującemu, jak i wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, prawidłowe oszacowanie ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka oraz mogło powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu;
2. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei prowadziło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udzielenie w dniu 25 sierpnia 2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 2600, zgodnie z którą *„Standardy opracowania wniosku o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej*

i inwestycji celu publicznego" - przyjęte Decyzją Nr 39/2015 Członka Zarządu - dyrektora ds. utrzymania infrastruktury PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 12 czerwca 2015 r.", o których mowa w rozdziale 22.1 pkt 2 Tomu III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia [dalej „OPZ”], zostaną udostępnione wykonawcom dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji poprzez odmowę udostępnienia wymaganej przez wykonawcę dokumentacji przed terminem na złożenie ofert, co uniemożliwiało odwołującemu, jak i wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, prawidłowe oszacowanie ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka oraz mogło powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu;

3. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei prowadziło do naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny [dalej „KC”] poprzez udzielenie w dniu 25 sierpnia 2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 2381, zgodnie z którą *„Inżynier może żądać wszelkich informacji niezbędnych dla rozliczenia ostatecznego”*, która to odpowiedź była odpowiedzią niepełną, niejasną, a nawet dokonaną w sposób niedbały, formalnie tylko wypełniającą obowiązek zamawiającego z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a przy tym nie rozwiewała ona wątpliwości odwołującego co do zakresu obowiązków wymaganego od wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia w ramach Subklauzuli 14.11 Tomu II SIWZ - Warunki Umowy dla części I zamówienia [dalej „WU”] (które to obowiązki mogły wykraczać poza swobodę kontraktowania określoną w KC), przez co odwołujący, jak i wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie byli w stanie prawidłowo ocenić ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulować ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka, a także
4. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei prowadziło do naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, poprzez udzielenie w dniu 25 sierpnia 2017 r. odpowiedzi na pytanie nr 2359, zgodnie z którą *„Przez nieodpowiednio należy rozumieć m.in. niezgodnie z Kontraktem, w sposób niezgodny z zasadami BHP itp.”*, która to odpowiedź w dalszym ciągu nie rozwiewała wątpliwości odwołującego co do sposobu interpretacji Subklauzuli 6.9 WU, co wykraczało poza swobodę kontraktowania określoną w KC, a przez co odwołujący, jak i wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie byli w stanie prawidłowo ocenić ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulować ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka.

Przedstawiając powyższe zarzuty, odwołujący wnioskował o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 25 sierpnia 2017 r., w zakresie w/w pytań oraz dokonania ponownej odpowiedzi na te pytania wykonawców, w sposób szczegółowo opisany i wykazany w uzasadnieniu odwołania w zakresie poszczególnych zarzutów;
3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

W dniu 19 września 2017 r. na posiedzeniu odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238) ze zmianami wprowadzonymi rozporządzeniem zmieniającym Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2016 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 15 000,00 zł.

Izba także na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b) ww. rozporządzenia zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600,00 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, albowiem odwołujący cofnął odwołanie na posiedzeniu Izby. Zgodnie ze wskazanym przepisem w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który wyznaczony został termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....