Sygn. akt: KIO 1314/22

POSTANOWIENIE
z dnia 26 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa)

przy udziale:

A. wykonawcy Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 18a (02-676 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

B. wykonawcy TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Św. Michała 43 (61-119 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

C. wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1314/22

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Realizacja robót budowlanych dla Projektu "Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Giżycko

- Korsze wraz z elektryfikacją", znak sprawy: 9090/IRZR2/08397/02327/22/P, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2022 r., pod numerem 2022/S 087-237785.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 maja 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na niezgodnym z powołanymi niżej przepisami Pzp opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w dokumentacji przetargowej, tj. pkt 1.8. i 1.9 Specyfikacji

Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Wymagania ogólne (dalej: „STWiORB”) stanowiących integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) - w zakresie obciążenia wykonawców kosztami utrzymania zimowego odcinków dopuszczonych do ruchu oraz w zakresie obciążenia wykonawców kosztami usunięcia niewypałów i niewybuchów, pomimo niewskazania wymagań zamawiającego w zakresie utrzymania zimowego odcinków dopuszczonych do ruchu i nieokreślenia zakresu prac i kosztów dotyczących usunięcia niewypałów i niewybuchów..

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w pkt 1.8 i 1. 9 STWiORB DM 00.00.00 - w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający określenie zakresu prac i ustalenia kosztów prac w zakresie utrzymania zimowego odcinków dopuszczonych do ruchu oraz dotyczących usunięcia niewypałów i niewybuchów na etapie sporządzenia oferty, złożenie porównywalnych ofert, a w konsekwencji z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;

2) art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp i art. 103 ust. 1 Pzp przez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim:

a) obciąża Wykonawcę nieokreślonym ryzykiem oraz kosztami utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu (pkt 1.8 STWiORB),
b) przewiduje obowiązek wykonania zabezpieczenia terenu i poniesienia kosztów usuwania niewypałów /niewybuchów, pomimo nieokreślenia zakresu tych prac (pkt 1.9 STWiORB), i jednocześnie w sposób sprzeczny z treścią przyszłej Umowy;

3) art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie świadczenia wykonawcy związanego z koniecznością utrzymania zimowego odcinków linii kolejowej dopuszczonych do ruchu oraz w zakresie świadczenia wykonawcy związanego z koniecznością usunięcia niewybuchów i niewypałów, podczas gdy wskazane informacje powinny zostać opisane / przekazane, aby umożliwić Wykonawcy dokonanie wyceny składanej oferty w sposób rzetelny;
oraz w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-3 powyżej:

4) art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wobec niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalenia warunków Umowy w sposób niezgodny z przywołanymi wyżej przepisami i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych i rzetelnych ofert.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Tom III - pkt 1.8 „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki” Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, DM00.00.00 - Wymagania ogólne (str. 31)

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z tego punktu zdania o brzmieniu:

Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu ponosi Wykonawca ewentualnie:

nakazanie zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu tych prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Tom III - pkt 1.9 in fine (str. 32) „Niewypały i niewybuchy" Specyfikacji Technicznej

Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, DM00.00.00 - Wymagania ogólne

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z tego punktu w całości ostatniego zdania o treści: Koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów/niewybuchów ponosi Wykonawca. ewentualnie:

nakazanie zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu tych prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienia po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 26 maja 2022 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości, a co za tym idzie w dniu 23 maja 2022 r. zmodyfikował treść Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez:

a) Wykreślenie z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Tom III - pkt 1.8 „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki" Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zdania:

Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu ponosi Wykonawca

b) Wykreślenie z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Tom III - pkt 1.9 „Niewypały i niewybuchy" Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zdania:

Koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów/niewybuchów ponosi Wykonawca.

Mając na uwadze, że dokonane w Specyfikacji Warunków Zamówienia modyfikacje odpowiadają żądaniom odwołującego, zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp - W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania.

Tym samym Izba, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2

lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym koszty stron postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a także nakazała dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....