Sygn. akt: KIO 3640/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 24 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 24 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2024 r. przez wykonawcę**LWZ Sp. z o.o. z siedzibą w Żurawinach**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,Zakład Linii Kolejowych w Gdyni,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Poleko Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy**LWZ Sp. z o.o. z siedzibą w Żurawinach** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……....

Sygn. akt: KIO 3640/24

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,Zakład Linii Kolejowych w Gdyni– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Dostawa i zabudowa absorberów przyszynowych w ramach zadania pn. „Ograniczenie oddziaływania akustycznego na środowisko odcinków linii kolejowej E-65 Warszawa-Gdynia zlokalizowanych w granicach województwa pomorskiego oraz przywrócenia środowiska do stanu właściwego” na liniach kolejowych nr 9 od km 236,900 do km 328,120 oraz nr 202 od km 00,000 do km 26,000 ” (numer postępowania 0551/IZ11GM/15786/04203/24/P).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2024 roku pod numerem 574287-2024, numer wydania Dz.U. S: 186/2024.

W dniu 4 października 2024 r. wykonawca LWZ Sp. z o.o. z siedzibą w Żurawinach wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dotyczącym:

(1) postanowień z Rozdziału V ust. 1 SWZ, Rozdziału X ust. 2 pkt 3 lit. a) SWZ oraz rozdziale X ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ;

(2) treści załącznika nr 4 do SWZ;

(3) treści pkt 7 ppkt 7.1 tiret 6 OPZ;

(4) projektowanych postanowień umowy określonych w § 26 ust. 1 lit. a)-c).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) **art. 99 ust. 4 Pzp** poprzez opisanie w treści pkt 7 ppkt 7.1 tiret 6 OPZ sposobu realizacji zamówienia w sposób, który uniemożliwia zastosowanie technologii *coatingu*, która jest powszechnie stosowana przy realizacji tego typu zamówień;

(2) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 115 ust. 1 Pzp poprzez** sformułowanie warunku udziału w Postepowaniu poprzez wymaganie od wykonawcy posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 30.000.000,00 PLN w sytuacji, gdy kwota ta nie jest związana z przedmiotem zamówienia, jest zawyżona i stanowi nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia;

(3) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp poprzez** sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy niezbędne do prawidłowego wykonania

przedmiotu zamówienia, tj.: poprzez zobowiązane wykonawcy do legitymowania się doświadczeniem przy wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, której przedmiotem była zabudowa łącznie co najmniej 30 000 m toru absorberów szynowych, w sytuacji gdy jest to wymaganie obiektywnie nadmierne i ograniczające konkurencyjność, a wykazanie posiadania odpowiedniego poziomu zdolności może nastąpić w oparciu o zadanie, które dotyczyło wykonania 4 500 m toru absorberów szynowych;

(4) **art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp** poprzez określenie terminu zakończenia świadczenia usług datą kalendarzową do 31 sierpnia 2025 roku bez uzasadnionej przyczyny, co kreuje dodatkowe ryzyka po stronie wykonawcy w kalkulacjach ofertowych oraz skutkuje niepewnością co do sposobu wykonania zamówienia;

(5) **art. 353^1 k.c., jak i art. 483 k.c. w zw. z 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp** poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu", w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego;

a w konsekwencji powyższych:

(6) **art. 16 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu**:**

(1) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale V ust. 1 SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:**

Wykonawca zrealizuje Zamówienie zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ jednak nie dłużej niż do 31 sierpnia 2025 r.

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

Wykonawca zrealizuje Zamówienie zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ jednak nie dłużej niż w terminie 13 miesięcy od dnia podpisania umowy;

(2) **zmianę treści załącznika nr 4 do SWZ poprzez zmianę terminów na wykonanie poszczególnych etapów zamówienia, tj. poprzez wykreślenie terminu wykonania:**

a)*etapu I - do dnia 31.12.2024*
b)*etapu I - od dnia 01.01.2025 do dnia 31.03.2025*
c)*etapu I - od dnia o1.04.2025 do dnia 30.06.2025*
d) *etapu I - od dnia 01.07.2025 do dnia 31.08.2025;*
i zastąpienie ich następującymi terminami:

a)etapu I - 4 miesiące od daty podpisania umowy
b) etapu II - 11 miesięcy od daty podpisania umowy
c)etapu III - 12 miesięcy od daty podpisania umowy
d) etapu IV - 13 miesięcy od dnia podpisania umowy;

(2) **zmianę treści Projektowanych postanowień umowy określonych w § 26 ust. 1 lit. a)-c) o treści:**

1. Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy (kamienie milowe), które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

a) w terminie do dnia 30 listopada 2024 r. – dostarczenie lub zabudowa 30 % absorberów przyszynowych

b) w terminie do 30 czerwca 2025 r. – dostarczenie na plac budowy 100% absorberów przyszynowych

c) w terminie 31 sierpnia 2025 r. – zakończenie Umowy;

i zastąpienie jej postanowieniami o następującej treści:

1.Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy (kamienie milowe), które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

a) w terminie 4 miesiące od dnia podpisania umowy – dostarczenie lub zabudowa 30 % absorberów przyszynowych

b) w terminie do 11 miesięcy od dnia podpisania umowy – dostarczenie na plac budowy 100% absorberów przyszynowych

c) w terminie 13 miesięcy od dnia podpisania umowy – zakończenie Umowy;

(3) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale X ust. 2 pkt 3 lit. a) SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:**

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej: 30.000.000,00 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych);

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

a) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej: 9.000.000,00 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych);

(4) **zmianę treści warunku określonego w rozdziale X ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ poprzez wykreślenie następującej treści:**

a) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną robotę, której przedmiotem było zabudowa łącznie co najmniej 30 000 m toru absorberów szynowych;

i zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

a) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną robotę, której przedmiotem było zabudowa łącznie co najmniej 4 500 m toru absorberów szynowych.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę LWZ Sp. z o.o. z siedzibą w Żurawinach, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 października 2024 r. (pismo z dnia 14 października 2024 r.) uwzględnił w części zarzuty zawarte w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Poleko Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie.

Izba stwierdziła, że wykonawca Poleko Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Sopociezgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący Poleko Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Sopociepismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów zawartych w odwołaniu.

Przed otwarciem rozprawy, oświadczeniem złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2024 r. (pismo z dnia 23 października 2024 r.), Odwołujący cofnął odwołanie w całości wniesione w dniu 4 października 2024 r.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w sytuacji cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..