Sygn. akt: KIO 2833/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 28 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Track Tec Contruction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt 2833/24:

A. Izby Gospodarczej Transportu Lądowego z siedzibą w Warszawie;

B. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;

C. wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie;

D. wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;

C. wykonawcy Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A. z siedzibą w Radomiu;

E. wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Track Tec Contruction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 2833/24

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

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża – Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża – Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo – Łapy”, nr postępowania: 9090/IRZR2/13622/03386/24/P.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dnia 30 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ogłoszenia: 147/2024 458099-2024. W tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia, zwana dalej SWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami powyższych dokumentów zamówienia Odwołujący: Track Tec Contruction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w dniu 8 sierpnia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 433 pkt 3ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 Kc oraz art. 5 Kc przez wprost sprzeczne z Pzp oraz nieprzejrzyste i nieproporcjonalne ukształtowanie postanowień § 1 ust. 1 pkt 18, § 9 ust. 9 i 14 Tom II [Warunki Umowy] SWZ, polegające na sformułowaniu nieprawidłowej definicji Kosztów Ogólnych w wydłużonym terminie realizacji Umowy lub Etapu, ustaleniu limitu wysokości Kosztów Ogólnych na etapie oferty dla wydłużonego terminu realizacji Umowy lub Etapu, następujących z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy - co oznacza, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność (skutki finansowe) przewidywania projektowanych postanowień umowy, na podstawie których wykonawca ponosiłby odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, a ponadto przepisy Pzp zobowiązują zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

W związku z przedstawionym zarzutem, wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia § 1 ust. 1 pkt 18 Tom II [Warunki Umowy] SWZ przez dodanie dodatkowej definicji: pkt 18a Koszty Ogólne wydłużonego terminu realizacji o treści: „Koszty Ogólne

wydłużonego terminu realizacji - oznaczają koszty zdefiniowane w § 9 ust. 14 Umowy";

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia § 9 ust. 9 Tom II [Warunki Umowy] SWZ przez dodanie jak poniżej: „W przypadku zaistnienia okoliczności wymienionej w ust. 7 możliwa jest zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych Kosztów lub zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów obliczanych na podstawie § 12 w przypadku zmiany zakresu Robót, sposobu wykonania, Materiałów lub technologii wykonania Robót i konstrukcji obiektów budowlanych, jak również zmiany lokalizacji obiektów budowlanych i Urządzeń, uzasadnionych tymi okolicznościami. Wykonawcy będzie przysługiwało prawo do pokrycia dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych w wydłużonym czasie realizacji umowy."

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia § 9 ust. 14 Tom II [Warunki Umowy] SWZ przez wykreślenie jak poniżej: „Jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia między stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót przy zastrzeżeniu, że dodatkowe wynagrodzenie z ww. tytułu w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych ~~Kosztów Ogólnych wskazanych w pozycji „Koszty Ogólne, o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy" Rozbicia Ceny Ofertowej, odpowiednich dla Zakresu podstawowego lub Opcji w zależności, czy wydłużenie terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót dotyczy Zakresu podstawowego czy Zakresu podstawowego i uruchomionych Opcji czy wyłącznie uruchomionych Opcji.~~"

4) ewentualnie nakazanie dokonania adekwatnych zmian w projekcie umowy tak, by możliwe było dochodzenie przez wykonawcę rzeczywistych kosztów wydłużonej realizacji zamówienia, a nie kosztów limitowanych;

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wnosił nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji postępowania oraz przedłożonych w załączeniu do odwołania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 568 pkt.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp .

W dniu 23 sierpnia 2024 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek Odwołującego o rozważenie możliwości umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp ze względu na stwierdzenie, że zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania w przedmiotowej sprawie z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2024 r. zmiany SWZ nr 1, gdzie Zamawiający usunął pkt. 12.7 IDW oraz zmienił § 9 ust. 8 – czym uczynił zadość wymaganiom odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z uwagi na usunięcie z postępowania wadliwych postanowień IDW i umowy, odpadł przedmiot zaskarżenia, co oznacza, że ziściła się przesłanka umorzenia postępowania odwoławczego określona w art. 568 pkt. 2) Pzp.

Z powyższych względów Izba postanowiła rozpoznać przedmiotowe odwołanie, biorąc pod uwagę powyższe stanowisko Odwołującego z wniosku, podzielając w tym względzie argumentację Odwołującego i uznając, że tym samym niniejsze postępowanie odwoławcze stało się zbędne i bezprzedmiotowe.

W związku z powyższym należy wskazać, że dyspozycja przepisu art.568 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Według zapatrywania Izby – dalsze prowadzenie tego postępowania odwoławczego jest zbędne z powodu dokonanej przez Zamawiającego zmiany nr 1 SWZ w sposób odpowiadający żądaniu Odwołującego, co oznacza, że nie ma już sporu pomiędzy stronami.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 2 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 .

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, zgodnie z art.568 pkt 2 ustawy, koszty znosi się wzajemnie.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 2 w związku z art. 553 zd.2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……...