

POSTANOWENIE
z dnia 8 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 8 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis 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 2023 r., poz. 1605) 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa 18 lekkich manewrowych lokomotyw spalinowych”, numer referencyjny postępowania: 23/ WNP-018177/ TUT.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 156-498602.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami przedmiotowego ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ Odwołujący: H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w dniu 28 sierpnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej Pzp lub ustawą Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 13 Pzp oraz 59 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny, tj. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał wskazanym w opisie warunku doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert: „Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 4 (czterech) pojazdów trakcyjnych” - Rozdział VIII ust. 2 lit. d SWZ oraz sekcja III. 1. 3 Ogłoszenia o zamówieniu(pkt III.1 odwołania);

2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 S 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający określił zbyt krótki, nierealny termin realizacji zamówienia:

a. „Zamawiający wymaga dostawy wszystkich Pojazdów w terminie do 36 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu winna nastąpić nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Dostawa kolejnych Pojazdów nie będzie mogła zostać zrealizowana wcześniej niż po zakończeniu eksploatacji obserwowanej pierwszego Pojazdu, trwającej od dnia odbioru do dnia wykonania pierwszego przeglądu PI włącznie" - Rozdział VI SWZ;

b.„Zamawiający wymaga dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy. " - sekcja 11.2.4 Ogłoszenia o zamówieniu;

c.Okres obowiązywania umowy w miesiącach: 36 - sekcja 11.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu;

d.„Dostawa wszystkich Pojazdów objętych niniejszą Umową nastąpi w terminie do 36 miesięcy od podpisania Umowy przez Strony, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu musi nastąpić nie później niż w terminie 24miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nie może być zrealizowana wcześniej niż po zakończeniu eksploatacji obserwowanej pierwszego Pojazdu, trwającej do wykonania pierwszego przeglądu na pierwszym poziomie utrzymania PI włącznie, licząc od dnia odbioru końcowego. Postanowienia dotyczące eksploatacji obserwowanej wskazano w niniejszym paragrafie w ust. 5 oraz kolejnych" - 517 ust. I umowy. (pkt III.2 odwołania).

W związku z powyższymi zgłoszonymi zarzutami Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu i wzoru umowy poprzez:

1)zmianę Rozdziału VIII ust. 2 lit. d SWZ oraz sekcji III. 1.3 Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób „Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 6 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 4 (czterech) pojazdów trakcyjnych (...) " pozostała treść warunku określonego w dokumentach zamówienia pozostaje bez zmian;

2)modyfikację terminu realizacji zamówienia w następujący sposób:

a.modyfikację Rozdziału VI SWZ SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga dostawy wszystkich Pojazdów w terminie do 40 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu winna nastąpić nie później niż w terminie 26 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nie będzie mogła zostać zrealizowana wcześniej niż po zakończeniu eksploatacji obserwowanej pierwszego Pojazdu, trwającej od dnia odbioru do dnia wykonania pierwszego przeglądu PI włącznie";

b.modyfikację sekcji 11.2.4 ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób: „Zamawiający wymaga dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 26 miesięcy od dnia zawarcia umowy";

c.modyfikację sekcji 11.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, że okres obowiązywania umowy to 40 miesięcy;

d.modyfikację SI 7 ust. 1 umowy w następujący sposób:

„Dostawa wszystkich Pojazdów objętych niniejszą Umową nastąpi w terminie do 40 miesięcy od podpisania Umowy przez Strony, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu musi nastąpić nie później niż w terminie 26 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nie może być zrealizowana wcześniej niż po zakończeniu eksploatacji obserwowanej pierwszego Pojazdu, trwającej do wykonania pierwszego przeglądu na pierwszym poziomie utrzymania PI włącznie, licząc od dnia odbioru końcowego. Postanowienia dotyczące eksploatacji obserwowanej wskazano w niniejszym paragrafie w ust. 5 oraz kolejnych".

W dniu 6 września 2023 r. Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego stosownie do przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie w piśmie tym wnioskował o dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000 zł uiszczonej tytułem wpisu od odwołania przepisu w myśl przepisu art. 574 Pzp w zw. z 59 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 z dnia 30 grudnia 2020 r.

W swoim uzasadnieniu do przedmiotowego wniosku podał, że Zamawiający zmianami opublikowanymi na platformie postępowania w dniach 30 sierpnia 2023 r. oraz 4 września 2023 r. dokonał modyfikacji postanowień, których dotyczą zarzuty odwołania. Modyfikacje są udostępnione na platformie Zamawiającego pod adresem: <https://pkpintercity.eb2b.com.pl/open-previewauction.html/406116/dostawa-18-lekkich-manewrowych-lokomotyw-spalinowych> .

W związku z powyższym Odwołujący oświadczył, że całość zmian dokumentów zamówienia odnoszących

się zarówno do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu (pkt III. 1 petitum odwołania), jak i terminu (pkt III.2 petitum odwołania) jest satysfakcjonujący dla Odwołującego i czyni zadość jego żądaniom.

Wskazał, że w tym stanie faktycznym zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, a zgodnie z przywołanym przepisem, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyn zbędne lub niedopuszczalne.

Dodatkowo, Odwołujący motywował, że zmiana przez Zamawiającego treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego powoduje, że treść warunków zamówienia, wobec których Odwołujący wniósł odwołanie uległa zmianie i odpowiada Odwołującemu.

Biorąc pod uwagę fakt, że zakwestionowana treść SWZ ma inny kształt niż w dniu wnoszenia odwołania nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej oraz niezbędny do tego, aby Izba mogła merytorycznie rozpoznać odwołanie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że postępowanie staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (objęta odwołaniem treść SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp.

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 Pzp .

W dniu 6 września 2023 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek Odwołującego o umorzenie postępowania odwoławczego, którego motywy zostały szeroko przedstawione w cyt. wyżej uzasadnieniu do wniosku.

Jako istotne okoliczności w przedmiotowej sprawie Odwołujący podał dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji postanowień, których dotyczą zarzuty odwołania.

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że całokształt zmian dokumentów zamówienia odnoszących się zarówno do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu (pkt III. 1 petitum odwołania), jak i terminu (pkt III.2 petitum odwołania) jest satysfakcjonujący dla Odwołującego i czyni zadość jego żądaniom.

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 postępowania odwoławczego jest zbędne z powodu osiągnięcia przez Odwołującego celu dla którego został uruchomiony środek ochrony prawnej w postaci odwołania.

Skoro, co przyznał sam Odwołujący obecnie Zamawiający określił ramy prawne zasad prowadzonego przetargu w sposób satysfakcjonujący dla Odwołującego, to ewentualne stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w warunkach dokonanej przez niego korekty treści ogłoszenia i SWZ jest – w przekonaniu Izby – bezprzedmiotowe.

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 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:.....