

Sygn. akt: KIO 135/12

Sygn. akt: KIO 137/12

Sygn. akt: KIO 139/12

WYROK
z dnia 6 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2012 r. przez:

A. Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa - Sygn. akt KIO 135/12

B. ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków - Sygn. akt KIO 137/12,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Trakcja – Tiltra S.A. (lider konsorcjum), PKP ENERGETYKA S.A. oraz Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Złota 59/XVIII p., 00-120 Warszawa - Sygn. akt KIO 139/12

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale Wykonawców:

A. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 135/12, po stronie Odwołującego:

a) Astaldi S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym / Włochy,

b) FEROCO S.A., ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań,

c) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,

B. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 137/12, po stronie Odwołującego:

- a) Astaldi S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym / Włochy,
- b) FEROCO S.A., ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań,
- c) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,
- d) Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa,
- e) Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków,

C. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 139/12, po stronie Odwołującego:

- a) Astaldi S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym / Włochy,
- b) FEROCO S.A., ul. Wołczyńska 24, 60-003 Poznań,
- c) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "POL-AQUA" S.A., ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,
- d) Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa,
- e) Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa.

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 13 stycznia 2012 roku w zakresie poz. 1.1.3.10 Minimalna Wymagana Ilość Robót załącznika nr 2 do IDW oraz nakazuje nadanie pozycji 1.1.3.10 załącznika nr 2 do IDW brzmienia o treści:
„W odniesieniu do prac projektowych – wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 15, 5 miesiąca do Daty Rozpoczęcia prac projektowych wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń. W odniesieniu do pozostałych robót – wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 25, 5 miesiąca od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 50% zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych).”

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwoływających**: Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Trakcja – Tiltra S.A. (lider konsorcjum), PKP ENERGETYKA S.A. oraz Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o., z adresem lidera konsorcjum: ul. Złota 59/XVIII p., 00-120 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, na rzecz Odwoływającego - **Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o.**, ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.
 - 2.3. zasądza od Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, na rzecz Odwoływającego - **ZUE S.A.**, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, kwotę **23 567 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.
 - 2.4. zasądza od Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, na rzecz Odwoływającego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm w składzie: Trakcja – Tiltra S.A. (lider konsorcjum), PKP ENERGETYKA S.A. oraz Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o.**, z adresem lidera konsorcjum: ul. Złota 59/XVIII p., 00-120 Warszawa, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 135/12

Sygn. akt: KIO 137/12

Sygn. akt: KIO 139/12

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla modernizacji linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa - Białystok - granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2011 roku numer 2011/ S 183 - 299252.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

W dniu 23 stycznia 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione trzy odwołania przez wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 135/12),
2. ZUE S.A. (Sygn. akt KIO 137/12),
3. Konsorcjum firm: Trakcja – Tiltra S.A., PKP Energetyka S.A. oraz Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 139/12).

Odwołania dotyczą czynności zamawiającego z dnia 13 stycznia 2012 roku polegającej na modyfikacji treści IDW (instrukcji dla wykonawców), w tym załącznika nr 2 do IDW w zakresie dotyczącym poz. 1.1.3.10 Minimalna Wymagana Ilość Robót przez nadanie jej nowego brzmienia, w którym zamawiający wskazał, że:

„W odniesieniu do prac projektowych – wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, prac projektowych wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń. W odniesieniu do pozostałych robót - wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 50% zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych).

Dodatkowo odwołujący ZUE S.A. podniósł, że czynność udzielenia odpowiedzi na pytanie 195 w części jakiej warunkuje możliwość etapowania prac projektowych (wraz z uzyskaniem pozwoleń) od zakończenia ww prac w terminie 10 miesięcy od daty rozpoczęcia narusza przepisy ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podnieśli, że zamawiający wskazał zbyt krótki termin realizacji prac projektowych (10 miesięcy), który zdaniem odwołujących jest terminem nierealnym i niemożliwym do dotrzymania.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. wskazując na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podniósł, że niezbędnym do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest oznaczenie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Określenie 10 – miesięcznego terminu na wykonanie prac projektowych jest terminem niewykonalnym, nie tylko dla odwołującego, ale każdego z wykonawców zainteresowanego udziałem w postępowaniu. Termin nie uwzględnia specyfiki prac projektowych. Odwołujący wymienił zakres czynności i prac, jakie wykonawcy muszą wykonać w tym terminie i wskazał, że w jego ocenie realny termin na wykonanie prac projektowych winien wynieść 19 miesięcy od daty rozpoczęcia. W załączeniu do odwołania przedstawił szczegółowy harmonogram procedur administracyjnych dla E 75, z którego wynika okres niezbędny na wykonanie przedmiotowych zadań. Co więcej wprowadzenie kar umownych za opóźnienie w wysokości ustalonej przez zamawiającego rodzi po stronie wykonawcy ryzyko narażenia się na wysokie koszty, nawet w przypadku niezawinionego ze strony wykonawcy opóźnienia. Ma to niewątpliwie wpływ na cenę oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 14 ustawy pzp w zw. z art. 387 ust. 1 Kodeksu cywilnego, przez prowadzenie postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, a tym samym zmierzającego do unieważnienia umowy;
3. art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z określeniem zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia w zakresie prac projektowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany Załącznika nr 2 do SIWZ w poz. Minimalna Wymagana Ilość Robót - 1.1.3.10 przez nadanie mu nowego brzmienia: *„W odniesieniu do prac projektowych - wymagalna minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 19 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, prac projektowych*

wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń. W odniesieniu do pozostałych robót -wymagalna minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowania Robót o wartości nie mniejszej niż 50 % zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych".

2. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany Załącznika nr 2 do SIWZ w poz. Odszkodowanie umowne za opóźnienie w robotach - 8.7 - kolumna Dane poprzez nadanie mu nowego brzmienia: „W odniesieniu do realizacji całego zamówienia - 0,1 % całkowitej ceny brutto za każdy dzień, który upłynął między zakończeniem odnośnego Czasu na Ukończenie, a datą podaną w Świadectwie Przejęcia, z uwzględnieniem Subklauzuli 10.2 Umowy."

Odwołujący – ZUE S.A. wskazał na naruszenie:

1. art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 pzp przez określenie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania części projektowej, co doprowadziłoby do zawarcia umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe,
2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, że określony przez zamawiającego termin na wykonanie prac projektowych jest nierealny, niemożliwy i zachodzi tu niemożliwość pierwotna, obiektywna. Zamawiający wymaga w terminie 10 miesięcy wykonania prac projektowych (wskazanych w poz. 1, 2 wykazu cen) wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń, podczas gdy z wyliczeń odwołującego wynika, że czas niezbędny na wykonanie tych prac, zgodnie z obowiązującymi przepisami i realiami (przy założeniu niezwłocznego dokonywania przez organ administracyjny działań oraz założeniu niezbędnego czasu na realizację prac projektowych) winien wynosić 16 miesięcy. Na poparcie właściwego obliczenia niezbędnego czasu na wykonanie prac projektowych, odwołujący załączył do odwołania wykonaną w formie graficznej „krytyczną ścieżkę prac projektowych z poz. 1, 2 wykazu cen”. W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił kolejność wykonywanych prac oraz niezbędny czas na ich realizację i wywiódł, że czas niezbędny na wykonanie prac winien wynosić 16 miesięcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy postanowień siwz, dokonanie zmiany treści załącznika nr 2 do IDW przez nadanie w poz. 1.1. 3.10 wiersz Minimalna Wymagana Ilość Robót brzmienia:
„W odniesieniu do prac projektowych - wymagalna minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, prac projektowych wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń. W odniesieniu do pozostałych robót -wymagalna minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 26 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowania Robót o wartości nie mniejszej niż 50 % zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych)”.
2. nakazanie zamawiającemu zmianę odpowiedzi na pytanie 195 przez nadanie jej brzmienia, że zamawiający dopuszcza etapowość w projektowaniu i uzyskiwaniu niezbędnych pozwoleń i decyzji

alternatywnie odwołujący wniósł o:

1. przywrócenie brzmienia sprzed 13 stycznia 2012 roku i nadanie jej brzmienia „ Wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 8 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 3 % zaakceptowanej ceny netto” jak i związaną z tym zmianę polegającą na zastąpieniu obecnej treści załącznika nr 2 do IDW – wiersz odszkodowania umowne za opóźnienia w robotach 8.7 – kolumna Dane treścią „0,1% całkowitej ceny brutto za każdy dzień, który upłynął między zakończeniem odnośnego Czasu na Ukończenie, a datą podaną w Świadectwie Przejęcie, z uwzględnieniem subklauzuli 10.2 umowy” jak i powiązaną z tym zmianę odpowiedzi nr 195 przez nadanie jej następującego brzmienia „Zamawiający dopuszcza etapowość w projektowaniu i uzyskiwaniu niezbędnych pozwoleń i decyzji”
2. nadanie brzmienia „Zamawiający dopuszcza etapowość pod warunkiem, że opracowanie projektów budowlanych wraz z uzyskaniem wszystkich pozwoleń na budowę zostanie zakończone w ciągu 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia”.

Odwołujący – Konsorcjum firm: Trakcja Tiltra S.A., PKP Energetyka S.A., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o., wskazując na naruszenie art. 647¹ § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 140 ustawy pzp oraz w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, a także art. 474 k.c. w zw. z art. 140 ust. 1 oraz w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp, podniósł, że zmianą z dnia 13 stycznia 2012 roku zamawiający rozszerzył zakres zobowiązania wykonawców i zmienił sposób wykonywania zamówienia dotyczący terminu realizacji. Do zakresu wymaganej ilości robót wprowadził czynności administracyjne organów

administracji publicznej i obarczył wykonawców odpowiedzialnością za ewentualne przedłużenie się czasu wydawania pozwoleń przez odpowiednie organa administracji publicznej. Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu unieważnienie czynności zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w dniu 13 stycznia 2012 roku.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących zgłosili przystąpienia:

Astaldi S.p.A. (do odwołania o Sygn. akt KIO 135/12, KIO 137/12, KIO 139/12), Ferocco S.A. (do odwołania o Sygn. akt KIO 135/12, KIO 137/12, KIO 139/12), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL – AQUA S.A. (do odwołania o Sygn. akt KIO 135/12, KIO 137/12, KIO 139/12), Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (do odwołania o Sygn. akt KIO 137/12, KIO 139/12), Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A. (do odwołania o Sygn. akt KIO 137/12) oraz Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. (do odwołania o Sygn. akt KIO 139/12).

Pismem z dnia 1 lutego 2012 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania wniesionego przez konsorcjum: Trakcja Tiltra S.A., PKP energetyka S.A., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o., z uwagi na to, że zostało złożone przez podmiot nieuprawniony – w otrzymanej kopii odwołania brak jest kopii pełnomocnictwa udzielonego przez PKP Energetyka S.A. W odniesieniu do pozostałych odwołań wniósł o ich oddalenie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 ustawy pzp i wskazując, że dokonana modyfikacja z dnia 27 i 30 stycznia, zdejmując z wykonawcy ryzyko niewykonania Minimalnej Wymaganej Ilości Robót w przypadku, gdy ich niewykonanie spowodowane będzie z winy organów wydających pozwolenia. Zamawiający wyjaśnił, że zdaje sobie sprawę ze wymagane terminy realizacji są napięte, co wynika z konieczności wykonania zamówienia w okresie kwalifikowalności środków w ramach programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Zdaniem zamawiającego można dotrzymać wymaganych terminów, a zadaniu mogą podjąć dobrze zorganizowani wykonawcy, dysponujący odpowiednio dużym potencjałem projektowym (np. w formie współpracy z kilkoma biurami projektowymi).

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Modernizacji linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne) w zakresie: wykonania niezbędnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień, decyzji w tym decyzji o pozwoleniu na budowę oraz wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej E75 Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I – odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne)”.

W pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający podał, że okres realizacji zamówienia wynosi maksymalnie **36 miesięcy** od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych. Termin realizacji uzależniony jest od deklaracji zawartej w ofercie Wykonawcy.

W załączniku nr 2 do IDW, załącznik do oferty w poz. Minimalna Wymagana Ilość Robót, poz. 1.1.3.10 subklauzuli warunków ogólnych i szczególnych umowy, zamawiający wskazał, że *„Wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 8 miesięcy od daty Rozpoczęcia i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 3% zaakceptowanej ceny netto”*. „Minimalna Wymagana Ilość Robót” oznacza wartość Robót, jaką Wykonawca zobowiązany jest wykonać w ustalonym w Załączniku do oferty terminie.

W dniu 13 stycznia 2012 roku, zamawiający dokonał modyfikacji treści załącznika nr 2 do IDW w poz. 1.1.3.10 w ten sposób, że jego treść otrzymała brzmienie: *„W odniesieniu do prac projektowych – wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, prac projektowych wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń.*

W odniesieniu do pozostałych robót - wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 50% zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych).”

W dniu 27 stycznia 2012 roku, po wniesieniu odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający ponownie dokonał modyfikacji treści załącznika nr 2 do IDW poz. 1.1.3.10 i podał, że: *„W odniesieniu do prac projektowych – wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, prac projektowych wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich wymaganych pozwoleń - z zastrzeżeniem § 5 ust. 2 umowy. W odniesieniu do pozostałych robót - wymagana minimalna ilość robót stanowi wykonanie w terminie 20 miesięcy od Daty*

Rozpoczęcia i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 50% zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych) - z zastrzeżeniem § 5 ust. 2 umowy”.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że § 5 ust. 2 umowy otrzymuje brzmienie:

3. w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organów i podmiotów, których działalność wymaga wydanie jakiegokolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej umowy, w szczególności:

a. opóźnienie wydania przez w/w organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień certyfikatów itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów,

b. odmowa wydania przez w/w organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień certyfikatów itp. z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę,

- w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej w pkt 2, o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy zmianie ulegnie Czas na Ukończenie robót i/lub czas (termin) na wykonanie Minimalnej Wymaganej Ilości Robót, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/ okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z treścią i w sposób należyty”.

W dniu 30 stycznia 2012 roku zamawiający dokonał modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 195, stwierdzając, że „dopuszcza etapowość w projektowaniu i uzyskiwaniu niezbędnych pozwoleń i decyzji”.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania wniesionego przez konsorcjum Trakcja Tiltr S.A., PKP Energetyka S.A., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe Sp. z o.o., z uwagi na to, że zostało złożone przez podmiot nieuprawniony. Izba stwierdziła, że do przekazanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kopii odwołania zostały załączone stosowne pełnomocnictwa udzielone przez każdego z członków konsorcjum, w tym również udzielone przez PKP Energetyka S.A.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia żadnego z odwołań, a odwołujący, którzy kwestionują postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uniemożliwiające im udział w przedmiotowym postępowaniu, niewątpliwie legitymują się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym ich do wniesienia odwołania, bowiem wskazują na naruszenie przepisów, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba stwierdziła, że odwołujący i popierający ich stanowisko przystępujący do udziału w postępowaniu odwoławczym, wykazali, iż okres 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, wymagany jako termin na wykonanie Minimalnej Ilości Robót stanowiących wykonanie prac projektowych wskazanych w poz. 1, 2 Wykazu Cen wraz z uzyskaniem dla tych prac wszystkich niezbędnych pozwoleń, jest terminem nierealnym, niemożliwym do spełnienia przez wykonawców, zamierzających ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Analogicznie termin 20 miesięcy od daty Rozpoczęcia dotyczący pozostałych robót, w którym wymagana Minimalna Ilość Robót stanowi wykonanie i zaakceptowanie Robót o wartości nie mniej niż 50 % zaakceptowanej ceny netto (z uwzględnieniem prac projektowych) jest terminem niemożliwym do dotrzymania.

W trakcie rozprawy odwołujący w sposób skuteczny podważyli przedstawiony przez zamawiającego na rozprawie harmonogram robót p.n. „Obliczenie czasu niezbędnego do uzyskania pozwolenia na budowę”, wykazując liczne uchybienia w przygotowanym przez zamawiającego dokumencie polegające bądź na braku ujęcia pewnych kategorii prac, których wykonanie jest obligatoryjne w trakcie realizacji prac projektowych i jest wymagane postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. przygotowanie koncepcji technicznej, programowo – przestrzennej), bądź na podaniu zbyt krótkiego okresu czasu na realizację pewnych zadań, bez uwzględnienia terminów podanych przez samego zamawiającego na wykonanie przez niego czynności oceny, akceptacji, weryfikacji albo bez uwzględnienia terminów, wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa (np. w przypadku procedury uzyskania pozwolenia na budowę). Okoliczności te dowodzą, że wymagany przez zamawiającego 10 miesięczny termin na realizację prac projektowych został obliczony w sposób niewłaściwy i jest terminem zbyt krótkim, niemożliwym do dotrzymania i naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Na uznanie zasługuje podniesiona przez odwołującego ZUE S.A. okoliczność, że zamawiający w przedstawionym harmonogramie nie uwzględnił terminu na wykonanie Szczegółowej Koncepcji Technicznej, której przedstawienie jest konieczne w ciągu 28 dni od Daty Rozpoczęcia Robót, zgodnie z subklauzulą 8.1 umowy. Ponadto nie

uwzględniono terminu na zatwierdzenie tej koncepcji, który zgodnie z subklauzulą 5.2 wynosi 21 dni, od dnia przedstawienia dokumentów. Harmonogram przewidziany przez zamawiającego nie uwzględnia postawionego przez niego wymogu dokonania niezbędnych przeglądów i zatwierdzenia sporządzonych w toku prac projektowych dokumentów (5.3.1 Programu Funkcjonalno Użytkowego). Odwołujący wykazał również, że termin na uzyskanie prawomocnej decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej winien wynosić min. 5 miesięcy, biorąc pod uwagę, że: ustawowy termin na pozyskanie opinii właściwych organów, zgodnie z art. 90 ust. 4 ustawy o transporcie kolejowym, wynosi 30 dni, następnie termin 3 miesięcy na wydanie decyzji lokalizacyjnej, której termin na uprawomocnienie wynosi 30 dni. Tymczasem zamawiający w przedłożonym harmonogramie przewidział na te czynności jedynie 3 miesiące.

Odwołujący wykazali również, że minimalny ustawowy czas na uzyskanie prawomocnego pozwolenia na budowę, zgodnie z art. 35 § 3 k.p.a wynosi 3 miesiące (2 miesiące na wydanie decyzji + 30 dni na jej uprawomocnienie), a nie jak wskazał w harmonogramie zamawiający 2 miesiące.

Przedstawione przez odwołujących: Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. oraz ZUE S.A. harmonogramy wykonania prac projektowych wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych, w których odwołujący wskazali, że minimalny termin wykonania prac wynosi 15, 5 miesiąca (Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o.) bądź 16 miesięcy (ZUE S.A.) uwzględniają, w ocenie Izby, zakres niezbędnych do wykonania prac oraz czas potrzebny na wydanie stosowanych decyzji i pozwoleń. Wobec podania przez odwołujących różnych terminów na realizację prac projektowych zasadnym jest przyjęcie terminu wskazanego przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. jako terminu ustawowego, minimalnego na wykonanie niezbędnego zakresu prac i uzyskania pozwoleń wynoszącego 15, 5 miesiąca.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołujących i przystępujących, że zamawiający winien pozostawić zupełną dowolność w kolejności i metodologii prowadzenia prac przez wykonawców i w konsekwencji zrezygnować z terminów pośrednich określonych w poz. Minimalna Wymagana Ilość Robót. Zdaniem Izby zamawiający ma pełne prawo do monitorowania przebiegu postępu prac i zaawansowania prac. Określenie terminów pośrednich ma na celu z jednej strony zdyscyplinowanie wykonawców do systematycznego prowadzenia prac o dużym stopniu skomplikowania i złożoności, zaś z drugiej strony daje zamawiającemu możliwość reagowania na wszelkie opóźnienia w realizacji prac na bieżąco, w trakcie wykonywania zamówienia, tak aby terminowo osiągnąć efekt końcowy. Konkludując nie zasługuje na uznanie wniosek odwołujących i przystępujących o całkowite usunięcie terminów pośrednich. Za zasadne należy uznać

także wprowadzenie kar umownych za opóźnienia w wykonaniu prac projektowych, czy robót w trakcie realizacji zamówienia.

Terminowe wykonanie zamówienia jest dla zamawiającego niezwykle istotne, o czym świadczy fakt wprowadzenia terminu realizacji jako jednego z kryterium oceny ofert, ponadto jak wyjaśnił zamawiający zachodzi konieczność wykonania zamówienia z okresie kwalifikowalności środków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Podkreślenia wymaga okoliczność, że termin na wykonanie prac projektowych jest jedynie terminem pośrednim wykonania czynności, żaden z wykonawców nie kwestionował 36 - miesięcznego terminu końcowego, któremu zamawiający nadał rangę kryterium oceny ofert.

Izba wskazuje, że modyfikacja poz. 1.1.3.10 Załącznika nr 2 do IDW z dnia 27 stycznia 2012 roku, została dokonana po wniesieniu odwołań i jako czynność nowa w postępowaniu, nie może być objęta zakresem przedmiotowego odwołania. Niemniej jednak modyfikacja ta nie czyni zadość wymaganiom i oczekiwaniom odwołujących i przystępujących, stąd zarzuty i żądania wyrażone w odwołaniach są aktualne.

Wobec wycofania przez odwołującego ZUE S.A. zarzutu w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 195, z uwagi na to, że zamawiający dopuścił, zgodnie z wnioskiem odwołującego w dniu 30 stycznia 2012 roku etapowość w projektowaniu i uzyskiwaniu niezbędnych pozwoleń i decyzji, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania jako bezprzedmiotowy.

Wobec stwierdzenia, że wykazane naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 oraz art. art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy pzp, może mieć wpływ na wynik postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy pzp uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji, nakazując unieważnienie czynności modyfikacji z dnia 13 stycznia 2012 roku oraz nakazując nadanie poz. 1.1.3.10 Minimalna Wymagana Ilość Robót brzmienia o treści podanej w sentencji orzeczenia.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), Izba wydała orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: