

POSTANOWIENIE
z dnia 10 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania w dniu **10 lutego 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 stycznia 2022 roku przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego:**

1. **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach;**
2. **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;**
3. **TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu;**
4. **Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu na rzecz Odwołującego: Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. <<Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”>>. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2022 roku pod nr 2022/S 011025031.

W dniu 27 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył Wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 3” lub „Budimex”).

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp tj:

1) art. 436 pkt. 1) w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust.2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 387 KC w zw. z art. 25e ust. 4b. w zw. z art. 25e ust. 4b i art. 25k ust. 1 i 2 ustawy z dnia 28 marca 2003r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1984) w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez wyznaczenie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji Etapu nr 7 polegającego w szczególności na uzyskaniu niezbędnych zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji wydanych przez Urząd Transportu Kolejowego (UTK), który obejmuje de facto 3 miesiące (od 37 do 40 miesiąca od Daty Rozpoczęcia umowy z uwagi na okoliczność, że do wszczęcia procedur administracyjnych przed UTK opisanych w Etapie 7 niezbędne jest zakończenie wszystkich prac opisanych w Etapie 6), podczas gdy procedury administracyjne uregulowane w obowiązujących przepisach prawa (art. 25e ust. 4b. oraz art. 25k ust. 1 i 2 ustawy o transporcie kolejowym) statuuje 5 miesięczny termin na wydanie zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji przez UTK (tj. 1 miesiąc na wstępną weryfikację wniosku, a następnie 4 miesiące na wydanie decyzji administracyjnej).

W powyższym zakresie Budimex wnosił w szczególności o wydłużenie terminu Etapu 7 o 2 miesiące tj. z 40 do 42 miesięcy od Daty Rozpoczęcia umowy.

2) art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust.2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 65 KC w zw. z § 15 - 19 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454) poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co przejawia się w nieprawidłowym, w tym wewnętrznie sprzecznym opisie przedmiotu zamówienia polegającym na zamieszczeniu w PFU oraz w załączniku nr 4 do PFU stanowiącym projekt budowlany wewnętrznie sprzecznych informacji i wymagań Zamawiającego dotyczących zakresu wymaganych przez Zamawiającego prac na obiekcie budowlanym w postaci mostu z estakadą na rzeką Wartą w km 6,155 (6,146) linii kolejowej nr 395 oraz w zaniechaniu udostępnienia Wykonawcom kompletnej dokumentacji projektowej, a w szczególności nieudostępnienie decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o lokalizacji linii kolejowych, objętych przedmiotem zamówienia oraz poprzez zaniechanie udostępnienia ekspertyz techniczno-budowlanych powołanych przez Zamawiającego opisujących stan techniczny wymienionego obiektu budowlanego w postaci mostu z estakadą na rzeką Wartą oraz zawierających opis wariantu nr 1, którego realizację wybrał Zamawiający, a także poprzez zaniechanie wskazania parametrów niezbędnych do oszacowania zakresu prac na innych obiektach budowlanych, w szczególności na następujących obiektach wskazanych w następujących punktach projektu budowlanego:

- w proj. bud. Odcinek 1.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.1. Mosty i Wiadukty – pkt.: 3.1 Wiadukt w km 10,810 (10,802) linii nr 394, 3.2 Most w km 2,697 (2,695) linii nr 395, 3.3 Wiadukt w km 5,716 linii nr 395;
- w proj. bud. Odcinek 1.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.2. Przepusty – pkt.: 3.1 Przepust w km 12,065 (12,066) LK394, 3.2 Przepust w km 5,401 (5,400) LK395, 3.4 Przepust w km 1,507 (1,508) LK395;
- w proj. bud. Odcinek 1.3 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.1. Mosty i Wiadukty – pkt.: 3.1. Wiadukt w km 7,397 (7,402) linii nr 395, 3.2 Wiadukt w km 8,087 (8,179) linii nr 395;
- w proj. bud. Odcinek 1.3 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.2. Przepusty – pkt.: 3.1 Przepust w km 8,666 (8,672) linii nr 395, 3.2 Przepust w km 9,014 (9,020) linii nr 395, 3.3 Przepust w km 9,461 (9,481) linii nr 395, 3.3 Przepust w km 10,281 (10,286) linii nr 395, 3.5 Przepust w km 11,224 (11,229) linii nr 395;
- w proj. bud. Odcinek 1.4.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.1. Mosty i Wiadukty – pkt.: 3.1 Most w km 17,467 (17,467) linii nr 395, 3.2 Most w km 19,084 (19,082) linii nr 395;
- w proj. bud. Odcinek 1.4.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.2. Przepusty – pkt.: 2.1 Przepust w km 17,025 linii nr 395;

- w proj. bud. Odcinek 1.4.2 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.1. Mosty i Wiadukty – pkt.: 3.1. Wiadukt w km 13,271 (13,273) linii nr 395, 3.2 Wiadukt w km 15,394 (15,403) linii nr 395, 3.3 Wiadukt w km 15,803 (15,802) linii nr 395;
- w proj. bud. Odcinek 1.4.2 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.2. Przepusty – pkt.: 3.1 Przepust w km 14,036 (14,038) linii nr 395, 3.2 Przepust w km 14,477 (14,478) linii nr 395, 3.3 Przepust w km 15,502 (15,504) linii nr 395, 3.4 Przepust w km 1,040 (1,040) linii nr 803;
- w proj. bud. Odcinek 2.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.1. Mosty i Wiadukty LK352, 394 – pkt. 3.2 Wiadukt w km 10,254 (10,254) LK 394, 3.3 Most w km 10,504 (10,504) LK 394;
- w proj. bud. Odcinek 2.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.2. Przepusty LK 805, 823 – pkt.: 3.1 Przepust w km 0,550 (0,514) LK 805, 3.2 Wiadukt w km 0,651 (0,641) LK 805, 3.3 Wiadukt w km 0,888 (0,895) LK 805, 3.4 Wiadukt w km 4,282 (4,271) LK 823;
- w proj. bud. Odcinek 2.2.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.1. Mosty i Wiadukty – pkt. 3.1 Wiadukt w km 2,986 (2,990) LK 823, 3.2 Wiadukt w km 3,933 (3,956) LK 823;
- w proj. bud. Odcinek 2.2.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.3. Przepusty LK 824,352 – pkt. 3.1 Przepust w km 0,315 (0,315) LK824;
- w proj. bud. Odcinek 2.2.1 Część 2 Projekt architektoniczno-budowlany 4. Obiekty inżynierskie 4.4. Przepusty LK 823, 394 – pkt.: 3.1 Przepust w km 0,453 (0,453) LK823, 3.2 Przepust w km 0,603 (0,603) LK823, 3.3 Przepust w km 2,075 (2,075) LK823.

W zakresie zarzutu nr 2 Budimex wnosił w szczególności o udostępnienie przez Zamawiającego brakujących ekspertyz techniczno-budowlanych oraz decyzji o pozwoleniu na budowę a także decyzji o lokalizacji linii kolejowych, względnie także decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz wprowadzenie przez Zamawiającego kosztorysowego rozliczenia na wykonanie robót na wymienionym obiekcie budowlanym. W zakresie natomiast zaniechania przez Zamawiającego wskazania paramentów wymienionych obiektów budowlanych niezbędnych do określenia rzeczywistego zakresu prac, wnoszono o wprowadzenie przez Zamawiającego kosztorysowego rozliczenia na wykonanie robót remontowych na wskazanych obiektach budowlanych oraz przekazanie przez Zamawiającego brakujących ekspertyz budowlanych umożliwiających określenie zakresu robót Wykonawcy.

3) w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 20 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Budowlane w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 20 ust. 1 i 2 ustawy Prawo Budowlane

w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z § 15 - 19 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454) poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za zmianę lub uzyskanie nowych decyzji środowiskowej oraz odpowiedzialności za zmianę lub uzyskanie nowych decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej oraz przerzucenie ryzyka odmiennego stanu odwodnienia od dokumentacji projektowej Zamawiającego, uzależnionych od rozwiązań narzuconych w dokumentacji projektowej Zamawiającego, co w konsekwencji oznacza przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za projekt budowlany dostarczony przez Zamawiającego, którego Wykonawca nie jest autorem, co oznacza nałożenie na wykonawcę konieczności szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego i przejęcie ryzyka za istotną część dokumentacji projektowej nie pochodzącej od Wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy, a także poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, co przejawia się w przerzuceniu na Wykonawców nieograniczonych ryzyk, niemożliwych do oszacowania.

Odwołujący Budimex wnosil o wykreślenie powołanych postanowień przerzucających na Wykonawcę ryzyka dodatkowego odwodnienia, a także postanowień przerzucających na Wykonawcę ryzyka terminowego uzyskania nowych lub zmienionych decyzji środowiskowych lub lokalizacji linii kolejowej, tj. wykreślenie następujących postanowień PFU:

- 1.) pkt. 2.2.2.2.1 akapit ostatni (str. 37) PFU, tj. postanowienia: *„Stan rzeczywisty w/w infrastruktury może różnić się od wyżej opisanego m.in. z uwagi na postępującą degradację elementów odwodnienia, zamulenie, wegetację roślinności itp. Ryzyko wynikające z możliwości stwierdzenia odmiennego stanu/rodzaju odwodnienia od przedstawionego w dokumentacji pomocniczej, obciąża Wykonawcę.”*
- 2.) pkt. 3.3 akapit 5 PFU (str. 92), tj. wykreślenie postanowienia: *„Czas na uzyskanie nowych decyzji środowiskowych lub zmianę istniejących decyzji jest ryzykiem Wykonawcy i nie będzie stanowić uprawnienia do przedłużenia Czasu na Ukończenie.”*
- 3.) 3.3.2 akapit 1 zdanie ostatnie PFU (str. 94), tj. wykreślenie postanowienia: *„Czas na uzyskanie nowych decyzji lub zmianę istniejącej decyzji jest ryzykiem Wykonawcy i nie będzie stanowić uprawnienia do przedłużenia Czasu na Ukończenie.”*

Odwołujący Budimex zaznaczył, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego 3 w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ jest On wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz innych przepisów, w tym aktów wykonawczych do ustawy Pzp. Wypełnione zostały zatem warunki określone w art. 505 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało więc wniesione w ustawowym terminie, kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli następujący Wykonawcy:

1. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach;
2. PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;
3. TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu;
4. Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła wykonawców jako Przystępujących w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że częściowo zmodyfikował zapisy SWZ, co czyni zadość większości zarzutom odwołania.

Odwołujący, w dniu 9 lutego 2022 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 10 lutego 2022 roku złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce co najmniej na dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 18 000,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....