

Sygn. akt: KIO 795/20

POSTANOWIENIE
z dnia 24 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 24 kwietnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza** i **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa** stanowiącej 90% uiszczzonego od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzą wspólnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego w ramach zadania inwestycyjnego „*Promowanie zielonej mobilności na terenie gminy Dąbrowa Górnicza*” Etap I i Etap II oraz przebudową infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbrowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 w ciągu ul. Konopnickiej, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego oraz budowie przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym, w ramach projektu pn: „*Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III*”. Numer referencyjny: ZP.WID.271.4.14.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 kwietnia 2020 roku, pod numerem 2020/S 067-158474. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Dnia 3.04.2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 14.04.2020 r. wykonawca Skanska S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od treści SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 9a ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę wyznaczania terminów składania ofert z uwzględnieniem wszystkich elementów na które składają się złożoność postępowania, obecną sytuację epidemiczną w Polsce i na świecie oraz wymogi przeprowadzenia dodatkowych wizji i badań, a także terminy Świąt Państwowych przypadających w tym terminie.
2. art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 471, 472, 483 § 1 oraz art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w Projekcie Umowy kar umownych za opóźnienie przy jednoczesnym braku górnego limitu kar.
3. art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie

szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „Rozporządzenie”), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim Zamawiający:

- zaniechał zamieszczenia w SIWZ stosownych dokumentów, danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu planowanych prac i robót obejmujących roboty wyburzeniowe wraz z utylizacją odpadów azbestowych, składowania i wbudowania destruktu asfaltowego, braku wskazania czynników cenotwórczych kosztów komunikacji zastępczej PKP i KZK GOP, koszty wyłączenia torowisk z ruchu, szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a zatem skalkulowania wyceny oferty w zakresie wskazanych robót i przygotowanie porównywalnych ofert przez wykonawców;

- przeniósł na Wykonawcę obowiązek uzyskania akceptacji projektanta dla ewentualnych przeprojektowań oraz obowiązek uzyskania licencji związanych z projektowaniem. Oczekując zarazem, aby koszty te zostały w kalkulowanej cenie ofertowej mimo braku jednoznacznych i wyczerpujących danych kalkulacyjnych oraz braku postanowień umownych uprawniających do zmiany umowy w przypadku błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego;

- nie zawarł postanowień umownych uprawniających do zmiany umowy w zakresie kosztu i czasu w przypadku przebudowy lub naprawy kolidującej infrastruktury, niezidentyfikowanej na etapie oferowania.

4. art. 7 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc w zw z art 58 § 1 kc. i art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, w szczególności poprzez zaniechanie umieszczenia w SIWZ informacji koniecznych w zakresie zaniechał zamieszczenia w SIWZ stosownych dokumentów, danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu planowanych prac i robót obejmujących roboty wyburzeniowe wraz z utylizacją odpadów azbestowych, składowania i wbudowania destruktu asfaltowego, braku wskazania czynników cenotwórczych kosztów komunikacji zastępczej PKP i KZK GOP, koszty wyłączenia torowisk z ruchu, szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania oraz przeniesienie całości ryzyka

związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc.

- przeniósł na Wykonawcę obowiązek uzyskania akceptacji projektanta dla ewentualnych przeprojektowań oraz obowiązek uzyskania licencji związanych z projektowaniem. Oczekując zarazem aby koszty te zostały w kalkulowane cenę ofertową mimo braku jednoznacznych i wyczerpujących danych kalkulacyjnych oraz braku postanowień umownych uprawniających do zmiany umowy w przypadku błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego.

- w konsekwencji Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu tj. 60%.

- dodatkowo w umowie Zamawiający nie zawarł postanowień umownych umożliwiających zmianę wynagrodzenia lub terminu realizacji umowy w przypadku wystąpienia odmiennych warunków od tych, które wykonawca w kalkulował w ofertę, a które wynikają z udostępnionych Wykonawcom dokumentach m. in w odniesieniu do kolidującej infrastruktury, czy braków lub błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego Czynności Zamawiającego, należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w zatem w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kc.

- art. 144 ust. 1 w zw. z art. 36 ust.1 pkt. 16 ustawy Pzp oraz art. 14 ust. 1 ustawy Pzp zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i 651 k.c. zw. z art. 353¹ k.c. poprzez przeniesienie pełni ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, które powinno skutkować po stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania w Projekcie Umowy okoliczności uprawniających Wykonawcę do istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu umowy, a czego Zamawiający nie uczynił, a związanych z brakami lub wadami dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, kolizją z infrastrukturą niezidentyfikowaną na etapie oferowania, a przede wszystkim okoliczności, które mogą wynikać z epidemii COVID-19, a które mogą ujawnić się po terminie składania ofert.

Wpis od odwołania został wniesiony w wysokości 20 000,00 zł.

Odwołujący w dniu 22.04.2020 roku, przed otwarciem rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, wniósł pismo zawierające oświadczenie, iż wycofuje wniesione odwołanie.

Izba wskazuje, iż Odwołujący jest gospodarzem postępowania odwoławczego i złożenie przez niego oświadczenia o cofnięciu odwołania niesie daleko idące skutki w postaci obowiązku zniesienia tegoż postępowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza zobligowana jest na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp do umorzenia postępowania odwoławczego i wydania w tym przedmiocie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż w przypadku cofnięcia odwołania przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy odwołującemu zwraca się 90% wpisu na mocy przepisu art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) z wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego, stosownie do art. 187 ust. 8 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: