

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz  
**Członkowie:** Robert Skrzyszewski  
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **7 lipca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 maja 2021 r.** przez **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

1. **Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa,**
2. **Idom Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Związku Ogólnopolskiego Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) 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**

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zawarcie umowy ramowej dotyczącej opracowania Studiów Techniczno- Ekonomiczno-Środowiskowych (STES) dla inwestycji kolejowych związanych z budową Centralnego Portu Komunikacyjnego” Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytej wyceny przedmiotu zamówienia i złożenia porównywalnych ofert oraz w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i pkt 61 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 ustawy Pzp i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, poprzez skonstruowanie postanowień w sposób, który powoduje, nieuzasadnione potrzebami zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych,
2. art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i pkt 6) z zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 ustawy Pzp i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co narusza równowagę stron, w tym równowagę ekonomiczną oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób opisany w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1, stanowiącym integralną część odwołania, przekazanie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ dokonanej zmiany oraz nakazanie zamieszczenia SIWZ na stronie

internetowej, na której SIWZ jest zamieszczona, a także przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

Pismem z dnia 18 czerwca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentu *Odpowiedź na pytania Wykonawców oraz zmiana Specyfikacji Warunków Zamówienia* z dnia 16 czerwca 2021 r. na okoliczność zmiany SWZ.

Zamawiający wskazał, że 24.05.2021 r. oraz 02.06.2021 r. wpłynęły do niego wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, które – wedle zamawiającego – swoim zakresem merytorycznym korespondowały z zarzutami sformułowanymi w odwołaniu.

Podał, że wyjaśniając treść SWZ dokonał jednocześnie jej zmiany w sposób zbieżny z oczekiwaniami odwołującego wyrażonymi w odwołaniu.

Uzupełnił, że wyjaśnienia treści SWZ oraz jej zmiana zostały opublikowane na stronie internetowej zamawiającego 16.06.2021 r.

Zamawiający oświadczył: *„Analizując zarzuty z Odwołania i zakres żądanych zmian SWZ w zestawieniu z modyfikacją SWZ dokonaną przez Zamawiającego, przedstawiają się one następująco:*

*Zarzut 1:*

*Zamawiający we wskazanym postanowieniu OPZ zobowiązał Wykonawcę do wyceny oferty, pomimo nieprzedstawienia wykonawcy wszystkich niezbędnych danych.*

*Zamawiający przewidział, iż aż 17 dokumentów przekaże Wykonawcy dopiero po podpisaniu Umowy Wykonawczej. Odwołujący zaznacza, iż takie dokumenty jak:*

- 1) Trasowania linii kolejowych,*
- 2) Strategiczne Studium Lokalizacyjne Inwestycji Centralnego Portu Komunikacyjnego,*
- 3) Sieciowe założenia dla przewozów realizowanych w trybie Otwartego dostępu oraz założenia dla ruchu towarowego,*
- 4) Standardy techniczne dla linii kolejowych objętych przedmiotem zamówienia, są wykonawcom niezbędne do oszacowania ceny ofertowej, gdyż stanowią istotne informacje dotyczące zamówienia.*

*Propozycja Odwołującego (sentencja):*

*Odwołujący zaproponował, aby dokumenty wymienione w pkt 1-4 powyżej zostały udostępnione Wykonawcom jako załączniki do opisu przedmiotu zamówienia.*

*Modyfikacja SWZ dokonana przez Zamawiającego:*

*Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, w taki sposób, że dokumenty wymienione w pkt 1-4 powyżej zostaną udostępnione jako załączniki do opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach o zawarcie Umowy Wykonawczej.*

*Modyfikacja została dokonana przy okazji odpowiedzi na pytanie nr 9.*

*Zarzut 2:*

*Odwołujący zauważa, iż Zamawiający we wskazanym postanowieniu OPZ zobowiązał wykonawców do uwzględnienia istotnych ryzyk związanych z realizacją Zamówienia Częstkowego.*

*Wykonawca ma obowiązek uwzględniać jako ryzyko własne pozyskanie planowanych rozwiązań technicznych po stronie państw sąsiednich dla obszaru stacji granicznej po stronie państwa sąsiedniego oraz szlaku od stacji granicznej po stronie państwa sąsiedniego do granicy państwa.*

*Zamawiający nie wskazał jednak, co się stanie w przypadku, gdy wykonawcy nie pozyskają tych danych od państw sąsiednich, czego przecież nie mogą zagwarantować. Niezbędne jest dookreślenie tej kwestii w OPZ, aby dla obu stron, a w szczególności dla wykonawców jednoznaczne było, jakie działania będą zobowiązani podjąć i jakie koszty w tym zakresie należy oszacować, jeżeli państwa sąsiednie nie udostępnią im ww. rozwiązań technicznych.*

*Propozycja Odwołującego:*

*W załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 4.3.1.4 dokonać modyfikacji poprzez dodanie następujących wyrazów: „W przypadku odmowy lub braku możliwości pozyskania planowanych rozwiązań technicznych po stronie państw sąsiednich, zostaną przyjęte uproszczone rozwiązania zastępcze.”.*

*Modyfikacja SWZ dokonana przez Zamawiającego:*

*Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w taki sposób, że w załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 4.3.1.4 dodał następujące wyrazy: „W przypadku odmowy lub braku możliwości pozyskania planowanych rozwiązań technicznych po stronie państw sąsiednich, zostaną przyjęte rozwiązania zastępcze wskazane przez Zamawiającego.”.*

*Modyfikacja została dokonana przy okazji odpowiedzi na pytanie nr 11.*

*Zarzut 3:*

*Odwołujący zauważa, że w punkcie 4.5.3.1 określono wymóg: „Wskazanie terenów, które będą wymagać zabezpieczenia przed ponadnormatywnym oddziaływaniem hałasu.”*

*W innych miejscach OPZ, tj. w punkcie 4.5.1 wskazano:*

*Sytuacja/ kontekst/ klimat akustyczny:*

- Zagospodarowanie terenu wg dokumentów planistycznych,*
- Określenie terenów chronionych akustycznie.*

*Jednocześnie Zamawiający w żadnym miejscu OPZ nie wymaga od wykonawców wykonania modelowania akustycznego, bez którego wykonawcy nie są w stanie wskazać, które tereny wymagają zabezpieczenia przed ponadnormatywnym oddziaływaniem hałasu. Wykonawcy mogą jedynie wskazać tereny chronione akustycznie. Bez wykonania modelu akustycznego wykonawcy nie mają możliwości określenia, czy tereny te będą wymagały zabezpieczenia. Zabezpieczenie takie byłoby wymagane tylko w sytuacji, gdy wyniki modelu akustycznego wskazywałyby na potencjalne przekroczenia na tych terenach dopuszczalnych poziomów hałasu.*

*Odwołujący zauważa zatem, że zapisy OPZ są niejednoznaczne, gdyż Zamawiający raz wymaga wskazania terenów chronionych akustycznie, zaś innym razem terenów wymagających zabezpieczenia przed ponadnormatywnym oddziaływaniem hałasu, które to obowiązki wiążą się z innymi zakresami prac oraz ich innymi kosztami.*

*Trudno zatem stwierdzić, jaki zakres prac przyjmą poszczególni wykonawcy, a tym samym, czy ich oferty będą porównywalne.*

*Propozycja Odwołującego:*

*W załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 4.5.3.1 dokonać modyfikacji poprzez przeredagowanie tiret pierwsze w następujący sposób:*

*Było:*

- Wskazanie terenów, które będą wymagać zabezpieczenia przed ponadnormatywnym oddziaływaniem hałasu.*

*Jest:*

- Wskazanie terenów chronionych akustycznie.*

*Modyfikacja SWZ dokonana przez Zamawiającego:*

*Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w taki sposób, że w załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 4.5.3.1 przeredagował tiret pierwsze w następujący sposób:*

*Było:*

- Wskazanie terenów, które będą wymagać zabezpieczenia przed ponadnormatywnym oddziaływaniem hałasu.*

*Jest:*

- Wskazanie terenów chronionych akustycznie.*

*Modyfikacja została dokonana przy okazji odpowiedzi na pytanie nr 13.*

*Biorąc pod uwagę zasadę wyrażoną w art. 531 Pzp, zgodnie z którą przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, należy uznać, że wyjaśnienia treści SWZ oraz związana z nimi jej modyfikacja dokonana przez Zamawiającego, stanowią kluczowy dowód mający wpływ na wynik postępowania odwoławczego. W wyniku dokonanej*

*zmiany SWZ, zmianie uległ stan faktyczny, który Krajowa Izba Odwoławcza bierze pod uwagę w chwili orzekania.*

*Przyjmując, że przez wniesienie Odwołania i jego uznanie przez Izbę, Odwołujący miał na celu dokonanie stosownych zmian w dotychczasowych zapisów SWZ, należy zgodzić się ze stwierdzeniem, iż cel ten został osiągnięty w wyniku działania Zamawiającego, polegającego na dokonaniu modyfikacji SWZ w związku z jej wyjaśnieniami.”*

Pismem z dnia 6 lipca 2021 r., przed wyznaczonym na 7 lipca 2021 r. terminem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437): w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy: a) najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrot odwołującemu 90 % kwoty uiszczanego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....