

Sygn. akt: KIO 1772/18

POSTANOWIENIE
z dnia 13 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 13 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03.09.2018 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na stacji Łódź Kaliska (numer referencyjny 9090/IRZR3/15289/04966/18/P)

przy udziale wykonawcy **Torpol S.A., ul. Mogielińska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwotę **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych i zero groszy), stanowiącą 90% uiszczzonego przez Odwołującego wpisu.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – 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 1772/18

UZASADNIENIE

postanowienia z dnia 13 września 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1772/18

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na stacji Łódź Kaliska (numer referencyjny 9090/IRZR3/15289/04966/18/P)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23.08.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 161 - 369070.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Jednocześnie w ramach przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

W dniu **28.08.2018 r.** zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz w tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **03.09.2018 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę Budimex S.A. wobec opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym się do warunków geotechnicznych oraz opisu konstrukcji i stanu technicznego obiektów 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,
2. § 15 i § 19 ust. 4 lit. b) *Rozporządzenia 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* poprzez zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno - użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty, szczególnie w zakresie obliczenia jej ceny,
3. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kodeksu cywilnego 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 całości ryzyka związanego z warunkami geotechnicznymi oraz opisu konstrukcji i stanu technicznego obiektów na Wykonawcę,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z zasadami proporcjonalności.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych postanowień zawartych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) 2.2.2 PFU:

Wykonawca musi wykonać szczegółowe badania geotechniczne zgodnie z Wytocznymi badan podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej. Ww. wyniki i opinie mają charakter pomocniczy w przygotowaniu ofert i nie są wiążące dla Zamawiającego oraz nie mogą być podstawą dochodzenia roszczeń ze strony Wykonawcy, w szczególności w zakresie zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej lub przedłużenia Czasu na Ukończenie, w przypadku konieczności poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych nakładów na uzyskanie wymaganych parametrów podtorza po dokładniejszym jego zbadaniu. Ryzyko wynikające z możliwości stwierdzenia odmiennego stanu podtorza od przedstawionego w dokumentacji pomocniczej, obciąża Wykonawcę.

Znajdując się w Załączniku nr 9 opis konstrukcji oraz stanu technicznego poszczególnych obiektów, ma charakter pomocniczy w przygotowaniu ofert. Opis ten, sporządzony na podstawie przeglądów wykonanych zgodnie z zapisami Instrukcji Id- 16, stanowi jedynie materiał informacyjny i nie może być podstawą dochodzenia roszczeń ze strony Wykonawcy, w szczególności w zakresie zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej lub przedłużenia Czasu na Ukończenie, w przypadku konieczności poniesienia przez Wykonawcę dodatkowych nakładów na uzyskanie wymaganych parametrów obiektu po wykonaniu szczegółowych badań, do przeprowadzenia których Wykonawca jest zobowiązany w ramach Kontraktu.

3) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych postanowień zawartych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) 3.6.11.1 PFU Ochrona przed hałasem:

„W przypadku, gdy pomiary lub obliczenia wykonane w ramach analizy porealizacyjnej wykażą, że w wyniku zrealizowanego przedsięwzięcia na etapie jego eksploatacji dochodzi do przekroczeń dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, Wykonawca w odpowiednich lokalizacjach, na własny koszt i ryzyko, w ramach okresu rękojmi, wykona stosowne zabezpieczenia akustyczne, w tym zwłaszcza ekrany akustyczne lub tłumiki szynowe - o ile okażą się konieczne i pod warunkiem, że do obowiązków Wykonawcy należało opracowanie dokumentacji na potrzeby uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub postanowienia określającego warunki korzystania ze środowiska na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Zabezpieczenia akustyczne, które zrealizuje Wykonawca po przeprowadzonej analizie porealizacyjnej, muszą być skuteczne, to znaczy muszą zapewnić, że we wszystkich lokalizacjach wzdłuż Unii kolejowych na odcinkach objętych przedsięwzięciem dochowane zostaną dopuszczalne poziomy hałasu w środowisku określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku.”

4) nakazanie Zamawiającemu dodania pozycji w RCO dotyczącej usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi wraz z określeniem wartości pozycji ryczałtowej, z której Zamawiający rozliczy usunięcie tychże napotkanych kolizji.

Jednocześnie wniósł o orzeczenie zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych.

Zgodnie z informacją znajdująca się w aktach sprawy Zamawiający poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 03.09.2018 r.

Izba ustaliła ponadto, iż w ustawowym terminie (tj. dnia 05.09.2018 r.) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Torpol S.A., ul. Mogielińska 10G, 61-052 Poznań Przystąpienie zostało podpisane przez p. P. N. – radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31.08.2018 r. podpisanego przez p. G. G. oraz p. K. M. – członków Zarządu uprawnionych do łącznej reprezentacji. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 31.08.2018 r. Jak Izba ustaliła w oparciu o akta postępowania w dniu 04.09.2018 r. kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron postępowania odwoławczego stwierdziła, iż postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Powyższe jest wynikiem faktu, iż pismem z dnia 12.09.2018 r. Odwołujący złożył oświadczenie woli (pismo zarejestrowane dnia 12.09.2018 r. DzK-KIO-14526/18 – wpływ faksem oraz w tym samym dniu pod DzK-KIO-14548/18 – wpływ bezpośredni), iż cofa wniesione odwołanie. W jego treści zostało wskazane, że cofnięcie jest wynikiem dokonanej w dniu 07.09.2018 r. przez Zamawiającego zmiany SIWZ nr 1 w całości zgodnej z wnioskiem Odwołującego. Powyższe oświadczenie zostało podpisane przez p. W. I. – radcę prawnego działającego na mocy dołączonego do odwołania pełnomocnictwa z dnia 30.11.2009 r. podpisanego przez p. D B – Prezesa Zarządu uprawnionego do samodzielnej reprezentacji Odwołującego. Powyższe ustalono na podstawie odpisu KRS z dnia 06.08.2018 r.

Izba wskazuje, iż Odwołujący jest gospodarzem postępowania odwoławczego i złożenie przez niego oświadczenia o cofnięciu odwołania odnosi 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. Prawa zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty 18 000,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy złotych i zero groszy) z wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

