

Sygn. akt: KIO 318/19

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 20 marca 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**  
**Agata Mikołajczyk**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron dnia 8 oraz 20 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2019 r. przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice**

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

przy udziale wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu;
3. zasądza od **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 318/19**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem są roboty budowlane o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. Wdrożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 wraz z budową LCS oraz samoczynnej blokady liniowej, na odcinku linii kolejowej nr 4, Korytów - Zawiercie w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II, nr postępowania 9090/IREZA1/24389/00715/19/P („Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 12 lutego 2019 r., nr 2019/S 030-068249.

Odwołujący - Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł dnia 22 lutego 2019 r. odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia oraz wskazanych w odwołaniu elementów SIWZ, niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz innymi obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 353.1 w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp przez nałożenie na wykonawcę w pkt. 1.3 cz. II PFU obowiązku uwzględnienia przy sporządzeniu (w szczególności przy wycenie) oferty wymagań wynikających z konieczności przestrzegania również przepisów prawa i regulacji wewnętrznych Zamawiającego nieobowiązujących w dniu składania ofert, nawet nie uchwalonych i nie oczekujących na wejście w życie do dnia składania ofert - przy jednoczesnym wykluczeniu możliwości ubiegania się przez wykonawcę o podwyższenie wynagrodzenia bądź zmianę terminów realizacji Umowy (bądź dochodzenia jakichkolwiek innych roszczeń) w związku z wejściem w życie po dniu składania ofert nowych, wcześniej nieznanych, przepisów prawa bądź regulacji wewnętrznych Zamawiającego wpływających na realizację zamówienia, na które to okoliczności wykonawca nie ma najmniejszego wpływu - co stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady proporcjonalności i przeniesienie na wykonawcę dalece wygórowanego, nieproporcjonalnego i niemożliwego do skalkulowania ryzyka, nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej jako organizatora Postępowania, a także stanowi o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty;

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 361 §1 i 2 w zw. z art. 353.1 w zw. z art. 5 w zw. z art. 483 §1 i art. 484 §1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 pzp przez przyznanie Zamawiającemu w § 4 ust. 18 Umowy, w przypadku odstąpienia od Umowy z winy wykonawcy, prawa do żądania „dodatkowego odszkodowania w wysokości różnicy ceny, jaką będzie musiał ponieść w związku z koniecznością pozyskania nowego Wykonawcy na wykonanie przedmiotu Umowy w celu jego dokończenia”, a „odszkodowanie to będzie należne niezależnie od innych należnych kar i opłat ciężących na Wykonawcy”

- co stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady proporcjonalności oraz nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej jako organizatora Postępowania, jak również naruszenie podstawowej zasady prawa regulującej odpowiedzialność dłużnika za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego wynikła szkoda oraz zasady, iż kara umowna stanowi surogat odszkodowania, a strony mogą ustalić możliwość dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość kary umownej, a także stanowi przerzucenie na wykonawcę nieproporcjonalnych i niezależnych od wykonawcy ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia;

- art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 pzp w zw. z § 18 ust. 2-3 i § 19 pkt 4g 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 w zw. z art. 628 §1 w zw. z art. 353.1 w zw. z art. 5 kc i z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez wyłączenie w § 31 ust. 3, 5 i 7 Umowy oraz innych przytoczonych w treści odwołania postanowieniach SIWZ możliwości ubiegania się przez wykonawcę o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadkach niezgodności czy niedokładności pomiędzy dokumentacją Postępowania, a stanem rzeczywistym w zakresie aktualnego stanu linii kolejowej, którą zmodernizować ma wykonawca, co jest sprzeczne z istotą zastosowania dla niniejszego zamówienia formy ryczałtowej wynagrodzenia oraz stanowi naruszenie obowiązków Zamawiającego w zakresie należytego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz stanowi o nieproporcjonalnym przerzuceniu przez Zamawiającego na wykonawcę ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, wynikających z nieprawidłowości dokumentacji Postępowania przygotowanej przez Zamawiającego;

- art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez nieprawidłowe, niekompletne, nieprecyzyjne i wewnętrznie sprzeczne sformułowanie/ opracowanie treści SIWZ, wyrażające się w szczególności wewnętrznymi sprzecznościami i brakiem kompatybilności pomiędzy treścią Umowy a PFU - w PFU: Zamawiający wielokrotnie bowiem wskazuje na funkcjonowanie podczas realizacji zamówienia funkcji Inżyniera Kontraktu, podczas gdy w treści Umowy kwestia ta nie została przez Zamawiającego w ogóle

uregulowana, w szczególności zaś Zamawiający zaniechał oparcia treści Umowy o warunki kontraktowe FIDIC i zaniechał uregulowania obowiązków stron związanych z funkcjonowaniem w ramach realizacji zamówienia funkcji Inżyniera Kontraktu;

- art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 41 pkt 6 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 pzp w zw. z § 18 ust. 2-3 i § 19 pkt 4 lit. g 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 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez nieprawidłowe określenie terminu realizacji zamówienia, ;

- art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 pzp w zw. z § 18 ust. 2-3 w zw. z § 19 pkt 4 lit. g 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 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, polegające na niezgodnym z wymaganiami i wytycznymi wynikającymi z przywołanych przepisów i nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia, w tym aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia oraz zakresu obowiązków wykonawcy poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku samodzielnego monitorowania harmonogramów realizacji innych (niesprecyzowanych jednak jednoznacznie) zadań aniżeli Postępowanie oraz „identyfikowania i mitygowania ryzyk z tym związanych”;

W związku z przedstawionymi zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia treści SIWZ do stanu zgodnego z prawem ze wskazaniem oczekiwanych zmian.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów wskazał na dokonaną dnia 7 marca 2019 r. modyfikację postanowień siwz, wskutek czego szereg postanowień objętych zarzutami odwołania stało się bezprzedmiotowe lub niesporne. Na dowód przedstawił dokument zatytułowany „Zmiana nr 2 do SIWZ” z 7 marca 2019 r.

Odwołując w piśmie złożonym dnia 14 marca 2019 r. stwierdził, że niezbędne jest uzyskanie dodatkowych wyjaśnień, uzupełnień lub zmian dotyczących zmodyfikowanej treści specyfikacji zgodnie z treścią nadaną 7 marca 2019 r.

Kolejna zmiana treści siwz została dokonana dnia 20 marca 2019 r. i uwidoczniona w dokumencie „Zmiana nr 4 do SIWZ”, przed wznowieniem odroczonego do tego dnia posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej.

W trakcie posiedzenia, dnia 20 marca 2019 r., odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie ze względu na dokonane przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania, modyfikacje treści SIWZ oraz fakt wniesienia przez siebie drugiego odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w sprawie o sygnaturze akt KIO 475/19.

Wniósł także o nieobciążanie go ewentualnymi kosztami postępowania odwoławczego. Zauważył przy tym, że ostatnia zmiana SIWZ przekazana Odwołującemu została opatrzona przez Zamawiającego stwierdzeniem, że Zamawiający zmienił SIWZ według żądań Odwołującego.

Zamawiający zakwestionował zasadność powyższego wniosku zauważając, że nie uwzględnił w całości zarzutów odwołania. Jednocześnie wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 600 zł zgodnie ze złożoną fakturą.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania Izba wydała niniejsze postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 a i b 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. z 2018 r. poz. 972), z których wynika, że jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

W rozstrzygnięciu orzeczono o kosztach, o których mowa w § 5 ust. 2 pkt 3 b rozporządzenia, stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, z uwagi na fakt, iż odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Tym samym wniosek odwołującego o nie obciążanie Go kosztami w zakresie opisanym w zdaniu poprzedzającym nie został uwzględniony wobec jednoznacznego uregulowania rozpatrywanej kwestii w przepisach prawa.

Stan faktyczny sprawy nie pozwala odmienną ocenę, w tym na przyjęcie chociażby hipotetycznie, że w toku postępowania odwoławczego zamawiający w całości lub części uwzględnił zarzuty odwołania w rozumieniu art. 186 ustawy pzp z określonymi w tym przepisie skutkami procesowymi, w tym także co do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba na posiedzeniu z udziałem stron – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp - postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane wyżej opisanym odwołaniem.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....