

**Sygn. akt: KIO 756/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 2 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spie Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w Olsztynie, Elfeko S.A. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziorna

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Victor Energy sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, Elbudbis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Elettrodotti Cantamessa & Co.Sp.A. z siedzibą we Włoszech zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 756/21 po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spie Elbud Gdańsk S.A. z siedziba w Gdańsku, Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w Olsztynie, Elfeko S.A. z siedzibą w Gdyni kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

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

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziorna wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa linii 400 kV Kozienice-Miłosna”, numer 2018/WNP-0328.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 151-373605.

Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spie Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, Eltel Networks Energetyka S.A. z siedzibą w Olsztynie, Elfeko S.A. z siedzibą w Gdyni powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania w dniu 26 lutego 2021 r., z którą to datą Zamawiający przekazał zaproszenie do składania ofert oraz opublikował treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący w dniu 8 marca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp lub p.z.p w zw. z art. 7 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co znacznie utrudnia lub uniemożliwia Odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i prowadzi do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, w szczególności poprzez brak wskazania w udostępnionym wykonawcom SIWZ jednoznacznych i wyczerpujących informacji na temat warunków technicznych wykonania fundamentów dla 134 stanowisk słupów przelotowych serii EK33 i Y33, w tym brak przekazania stosownej dokumentacji technicznej wykonania ww. fundamentów, i poprzestanie jedynie na przyjęciu w SIWZ II punkt 1 - opis przedmiotu zamówienia (OPZ), ppkt 4 c i d oraz w art. 4.4 umowy (IPU), iż Zamawiający dostarczy wykonawcy projekt budowlany nowej linii 400 kV Kozienice - Miłosna wraz z pozwoleniem na budowę oraz pozwoleniem na rozbiórkę istniejącej linii 400 kV Kozienice - Miłosna oraz projekt wykonawczy fundamentów dla 134 stanowisk słupów przelotowych serii EK33 i Y33, które to dokumenty będą wiążące dla wykonawcy, w terminie do 6 miesięcy po podpisaniu Umowy (a nie wraz z SIWZ).

2. naruszenie art. 5 k.c i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. i art. 139 p.z.p. oraz art. 29 p.z.p. poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, w tym wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, w szczególności poprzez:

1) oczekiwanie złożenia przez wykonawcę w art. 1.4.1 IPU oświadczenia, iż po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi umową, w szczególności, że wykonawcy jest znany opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego, które to oświadczenie, nawet ze względu na braki dokumentacji będące przedmiotem zarzutu oznaczonego numerem 1 i wątpliwości dotyczące zakresu przedmiotu zamówienia opisane w ramach zarzutu niniejszego nakłada na wykonawców niemożliwe do skalkulowania ryzyka i tym samym uniemożliwia lub znacząco utrudnia złożenie oferty w Postępowaniu,

2) oczekiwania złożenia przez wykonawcę w art. 1.4.6 IPU oświadczenia, iż skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego, a zatem oczekiwania skalkulowania oferty pomimo, co sam Zamawiający w art. 1.4.6 IPU przyznaje, braku pełnych danych niezbędnych dla kalkulacji oferty (i mając na uwadze kwestie będące przedmiotem zarzutu oznaczonego numerem 1), a tym samym przerzucając na wykonawców ryzyka, których nie są w stanie przewidzieć i skalkulować na etapie składania oferty, a których Zamawiający nie zamierza wykonawcom zrekompensować,

3) wskazanie w art. 2.1 IPU, że wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego powinien dokonać „wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy”, tym samym oczekując, że w ramach ryczałtowego wynagrodzenia wykonawca wykona także czynności, które nie są znane i możliwe do skalkulowania przez wykonawcę na etapie sporządzania oferty, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa umów i p.z.p. i wskazuje, że przedmiot zamówienia nie został przez Zamawiającego wyczerpująco opisany,

4) wprowadzeniu w pkt. 8.d Załącznika nr 5 do PFU obowiązku wykonawcy w przypadku ujawnienia wady po zamontowaniu (dostarczanych przez Zamawiającego) przewodów na słupie (w okresie udzielonej gwarancji przez wykonawcę) demontażu przewodów i jego ponownego montażu po usunięciu wady bez wynagrodzenia za te

czynności, jakkolwiek przewody dostarczane są przez Zamawiającego i ich dostawa nie jest przedmiotem umowy realizowanym przez wykonawcę;

5) obciążenie w punkcie 1.1 .h) SIWZ II - „Opis Ogólny Przedmiotu Zamówienia” wykonawców wszelkimi kosztami związanymi z decyzjami/uzgodnieniami/warunkami/tytułami prawnymi dostarczonymi przez Zamawiającego, bez jednoczesnego przekazania tych dokumentów wykonawcy, co w konsekwencji powoduje po jego stronie niepewność co do wielkości potencjalnych kosztów i w konsekwencji niemożność rzetelnego skalkulowania oferty;

6) obciążenie Wykonawcy w punkcie 3,30 IPU kosztami ochrony fizycznej wystawionej przez Zamawiającego, które leżą po jego stronie, a które dodatkowo nie są znane na obecnym etapie, co skutkuje niemożliwością skalkulowania oferty;

IM. W oparciu o tak przedstawione zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) przekazanie pełnych informacji (dokumentacji technicznych) na temat warunków technicznych wykonania fundamentów dla 134 stanowisk słupów przelotowych serii EK33 i Y33 oraz umożliwienie wykonawcy uzyskania dodatkowego wyłączenia na potrzeby prac związanych z realizacją zamówienia,

2) wykreślenie art. 1.4.1 IPU,

3) wykreślenie art. 1.4.6 IPU,

4) wykreślenie w art. 2.1 IPU fragmentu „a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy’,

5) zapłaty wykonawcy wynagrodzenia (odzwierciedlającego co najmniej poniesione koszty) demontażu przewodów (dostarczanych przez Zamawiającego) i ich ponownego montażu w przypadku ujawnienia wady przewodów po ich zamontowaniu,

6) wykreślenie art. 3.30 IPU albo szczegółowe doprecyzowanie zasad i zakresu zapewniania ochrony fizycznej przez Zamawiającego.

### **Izba zważyła, co następuje.**

W dniu 31 marca 2021r. przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art.520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019

r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 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) Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy 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.

Wobec powyższego, na podstawie art.553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 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).

**Przewodniczący.....**