

Sygn. akt: KIO 2065/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Członkowie: Irmina Pawlik**

**Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 11 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - wykonawcy **Skanska S.A., z siedzibą w Warszawie,**

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – wykonawcy **Skanska S.A., z siedzibą w Warszawie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Linie Kolejowe S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót na odcinku Mielec-Dębica w ramach projektu pn. "Rewitalizacja linii kolejowej nr 25 na odcinku Padew-Mielec-Dębica". Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 180-315591369368 - PL z 20.09.2017 r.

W dniu 2 października 2017 r. wykonawca Skanska S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) (dalej „**Ustawa Pzp**”) w zw. z 647 Kodeksu Cywilnego (dalej „**kc**”) 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, w zakresie w jakim Zamawiający:
  - (i) zaniechał zamieszczenia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stosownych danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu robót kolizyjnych, a zatem wyceny usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi co w bezpośredni sposób uniemożliwia wycenę oferty z zakresie wskazanych robót i przygotowanie porównywanych ofert przez wykonawców;
  - (ii) nie zawarł w PFU (i nie załączył do SIWZ), danych i dokumentów niezbędnych do ustalenia zakresu planowanych prac i robót budowlanych;
  - (iii) zaniechał zamieszczenia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stosownych danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu prac dotyczących stacji w Mielcu oraz przejścia- w poziomie szyn w km 291,473 i jednocześnie zobowiązał

Wykonawcę do poczynienia ustaleń co do zakresu przedmiotu umowy z podmiotami trzecimi lub z Zamawiającym;

- 2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 38 Ustawy Pzp w zw. z art. 14 w zw. z art. 58 § 1 kc art. 353 (1) kc poprzez dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, 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 i narusza zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, co z kolei narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353(1) kc, w szczególności poprzez:
- (i) zaniechanie umieszczenia w Programie Funkcjonalno - Użytkowym informacji koniecznych w zakresie wyceny usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi;
  - (ii) przeniesienia na wykonawcę całości ryzyka związanego z uzgadniania dokumentacji wykonawczej z inwestorem sąsiadującej inwestycji, który nie jest stroną w postępowaniu, a także brak precyzyjnego opisanie przez Zamawiającego w zakresie wymogów dotyczących alternatywnego rozwiązania dotyczącego likwidacji przejścia dla pieszych w poziomie szyn;
  - (iii) przeniesienia całkowitego ryzyka wynikającego konieczności uzyskania Decyzji Środowiskowej przy jednoczesnym ukształtowaniu postanowień WU w sposób, który nie daje wykonawcy możliwości zmiany niniejszej umowy w zakresie kosztu i czasu. 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 istotną część kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu tj .60%, jak również terminu realizacji stanowiącego 20% kryterium oceny ofert. Czynności Zamawiającego, należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kc.
- 3) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, art. 144 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 Ustawy Pzp oraz art. 14 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 647 i 651 kc zw. z art. 353(1) kc poprzez przeniesienie pełni ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, które powinno skutkować po

stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania w SIWZ WU 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, nadto w zakresie w jakim te zmiany zostały przewidziane w umowie uzależniono możliwość zmiany treści umowy w zakresie terminu i ceny wykonania umowy, od arbitralnej decyzji Zamawiającego.

W dniu 11 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Jak wynika z akt niniejszego postępowania do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak i okoliczności, iż po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba uznała, że zachodzą przesłanki udo umorzenia postępowania zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....