

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 czerwca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 7 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez odwołującego: **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach** (Bielany Wrocławskie ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska** (ul. Żagłowa 11, 80-560 Gdańsk),

przy udziale wykonawców:

- A. **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni** (ul. Hutnicza 35, 81-061 Gdynia);
  - B. **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa)
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach** (Bielany Wrocławskie ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce) kwoty **18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu od odwołania.

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

.....

**Sygn. akt: KIO 1354/22**

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 23 maja 2022 r. przez odwołującego: Eurovia Polska S.A. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: Rozbudowę ul. Budowlanych w Gdańsku". Numer referencyjny: 34/BZP-U.500.10/2022/KB. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod nr 2022/S 093-252493 z dnia 13.05. 2022 r.

Odwołujący wobec czynności polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) – zdaniem wykonawcy w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, mogący prowadzić do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji - zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

A. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §1 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej jako: PPU) obowiązku wykonania innych robót, czynności, dokonania zgłoszeń lub uzyskania decyzji i zezwoleń kosztem i staraniem Wykonawcy, w sytuacji w której ww. czynności nie zostały ujęte w SWZ i były niemożliwe do wyceny na etapie postępowania,

1. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, poprzez niepełne określenie w §2 ust. 1 PPU, hierarchii dokumentów, tj. poprzez umieszczenie w §2 ust. 1 pkt. 3 PPU dokumentacji projektowej, jako jednego dokumentu, w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa w niniejszym postępowaniu składa się z kilku dokumentów, które pozostają ze sobą w sprzeczności (vide np. zarzut 7 poniżej),

2. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez nakazanie w §7 ust. 1 pkt 1 PPU, obowiązku analizy i weryfikacji przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, w sytuacji gdy zgodnie z zapisami art. 647 kc wyłączną odpowiedzialność za dokumentację projektową w realizacjach typu „buduj” ponosi Zamawiający,

3. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 pkt 5 PPU obowiązku stosowania przez Wykonawcę instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru, w sytuacji w której ww. instrukcje, procedury i polecenia nie zostały ujęte w SWZ i były niemożliwe do wyceny na etapie postępowania, co może mieć istotny wpływ na sposób wykonania przedmiotu zamówienia i wpływać na jego wynik finansowy,

4. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 pkt 1 PPU w zw. z pkt 4.0 ppkt 25 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: OPZ) obowiązku przeprowadzenia na terenie inwestycji rozpoznania saperskiego i oczyszczenia terenu budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych, a także ujęcia związanych z tym kosztów w wynagrodzeniu ryczałtowym, w sytuacji gdy Zamawiający nie przedstawił konkretnego zakresu ww. rozpoznania, w tym nie wskazał głębokości, na którą należy dokonać rozpoznania, co uniemożliwia prawidłową wycenę przedmiotowego obowiązku,
5. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 354 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, poprzez określenie w pkt 4.0 ppkt 27 OPZ, odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezainwentaryzowanego uzbrojenia na zasadzie ryzyka, co uniemożliwia prawidłową wycenę oferty i może skutkować nieporównywalnością ofert poszczególnych wykonawców,
6. art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dwóch dokumentacji projektowych (dokumentacji na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentacji na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącej uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025), zawierających sprzeczne informacje w zakresie kategorii gruntu na styku odcinków km 0+909,61 – km 0+932,06 oraz odcinka km 0+932,06 – do ronda,
7. art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez określenie w pkt 6.3 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni”, zakresu wymiany gruntu w rejonie otworu nr 8 w km 0+925 w sposób nieprecyzyjny, niedający się wycenić, a to poprzez zapis, iż „Wymianę gruntu należy wykonać na szerokości równej dwukrotnej głębokości zalegania gruntów organicznych w danym przekroju”,
8. art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez wskazanie w pkt 6.4 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni”, że „Pokazany na profilu podłużnym zakres stosowania konstrukcji ulepszanego podłoża jest orientacyjny, ustalony na podstawie dokumentacji geotechnicznej [2], która z racji odległości pomiędzy odwiertami nie musi dokładnie odzwierciedlać rzeczywistego zakresu występowania gruntów różnej grupy nośności. Zakres odcinków należy zweryfikować na etapie budowy, po odhumusowaniu podłoża/rozbiórce nawierzchni, kiedy możliwe będzie dokładnie wyznaczenie miejsc czy odcinków, na których warunki gruntowe odbiegają od przedstawionych w dokumentacji geotechnicznej”, co uniemożliwia precyzyjną wycenę wymiany podłoża na etapie składania ofert i może skutkować nieporównywalnością ofert poszczególnych wykonawców.
9. art. 99 pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 1 – 6 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu

odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (Dz.U. z 2021 poz. 2468, dalej jako „Rozporządzenie”) w zw. z art. art. 14 ust. 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz.U. z 2022 poz. 699 t.j.) poprzez określenie w §7 ust. 3 pkt 17 PPU i pkt 4.0 ppkt 68 tir. 4 OPZ nieprecyzyjnych zasad postępowania z destruktem bitumicznym, które mogą powodować naruszenie przez wykonawcę przepisów dotyczących postępowania z odpadami, prowadzącą do niemożności precyzyjnej wyceny zamówienia i mogącą prowadzić do nieporównywalności ofert”.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1. zmiany w § 1 ust. 2 PPU, poprzez wykreślenie fragmentu od słów „Ponadto, o ile [...]” do „[...] własnym kosztem i staraniem”.
2. zmiany § 2 ust. 1 PPU, poprzez wprowadzenie hierarchii w zakresie dokumentów określonych zbiorczo w §2 ust. 1 pkt 3 PPU, w szczególności poprzez wskazanie hierarchii pomiędzy projektem na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentacji na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącej uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025, oraz pomiędzy STWiORB i dokumentacją projektową,
3. usunięcia obowiązku, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 PPU,
4. usunięcia § 7 ust. 1 pkt 5 PPU lub szczegółowego określenia i udostępnienia oferentom zakresu procedur i poleceń do jakich ma stosować się wybrany wykonawca,
5. zmiany § 7 ust. 1 pkt 1 PPU w zw. z pkt 4.0 ppkt 25 OPZ poprzez określenie dokładnego zakresu rozpoznania saperskiego, w szczególności poprzez określenie głębokości do jakiej należy przeprowadzić rozpoznanie,
6. usunięcie zapisów o odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezinventaryzowanego uzbrojenia, o którym mowa w pkt 4 ppkt 27 OPZ,
7. usunięcia rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentacją na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącej uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025), w zakresie informacji o kategorii gruntu na styku odcinków km 0+909,61 – km 0+932,06 oraz odcinka km 0+932,06 – do ronda,
8. zmiany w pkt 6.3 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni” poprzez precyzyjne określenie zakresu wymiany gruntu w rejonie otworu nr 8 w km 0+925,
9. zmiany w pkt 6.4 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni” realizacji umowy poprzez precyzyjne określenie zakresu stosowania konstrukcji ulepszonych podłoża i usunięcie fragmentu od słów „Pokazany na profilu [...]” do „[...] w dokumentacji geotechnicznej”.

10. określenia ścieżki postępowania z destruktem bitumicznym i wskazanie czy destruk pozyskany w ramach robót budowlanych ma docelowo utracić charakter odpadu i po czyjej stronie (Zamawiającego czy Wykonawcy) leży wykazanie przesłanek określonych w Rozporządzeniu. W przypadku jeżeli destruk ma zostać potraktowany jako odpad, nakazanie Zamawiającemu wskazanie miejsca, w które destruk ma zostać przekazany i potwierdzenia, że określone miejsce składowania, jak też podmiot przyjmujący destruk posiada stosowne decyzje na przyjęcie/składowanie odpadu niebezpiecznego.

*Odwołujący wskazał, że (...) Wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej jako: Eurovia lub Odwołujący) jest wieloletnim uczestnikiem rynku budownictwa infrastrukturalnego północnej Polski, ze szczególną aktywnością na terenie województwa pomorskiego. Wykonawca nie tylko regularnie składa oferty, ale też realizuje roboty budowlane w Gdańsku, Gdyni, Sopocie i innych miejscowościach województwa pomorskiego. Na skutek błędów Zamawiającego, polegających na niewłaściwym przygotowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego Odwołujący nie ma możliwości precyzyjnego przygotowania propozycji cenowej, a wycena wskazanych pozycji może nie odpowiadać rzeczywistemu zakresowi prac, które Odwołującemu przyjdzie zrealizować. Dodatkowo ze względu na zróżnicowane podejście wykonawców do ryzyka kontraktowego i ewentualne różne rozumienie zakresu przedmiotu zamówienia, na skutek niepełnych danych przekazanych przez Zamawiającego, złożone oferty mogą być nieporównywalne. Wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i ograniczonych sposobności jego zmiany, brak uwzględnienia Odwołania i nakazania zmiany powyższych postanowień naraża Odwołującego na brak możliwości złożenia poprawnej oferty lub rażącą stratę na etapie realizacji. Mając to na względzie Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 505 ust. 1 pzp”.*

**Do postępowania odwoławczego przystąpienia zostały zgłoszone** po stronie odwołującego przez wykonawców: Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni oraz Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

**Odwołujący w piśmie z dnia 6 czerwca 2022 r.** wskazując na art. 520 ust.1 ustawy Pzp oświadczył, że cofa (...) odwołanie z dnia 23 maja 2022 r., złożone w niniejszej sprawie, na skutek zmiany SWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 03 czerwca 2022 r.”.

**Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 6 czerwca br jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości.

Stosownie do postanowień art. 520 ust. 2 Pzp: „*2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*”.

Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy dla którego termin rozpoznania został wyznaczony na dzień 7 czerwca 2022 r. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania w wysokości 20.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....