

Sygn. akt: KIO 995/20  
KIO 998/20  
KIO 1012/20

POSTANOWIENIE  
z dnia 22 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie,

B. w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

C. w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa-Generalny Dyrektor

Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO akt KIO 995/20 po stronie odwołującego;

B. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO akt KIO 998/20 po stronie odwołującego;

C. STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO akt 1012/20 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 54 000 zł 00 gr (słownie pięćdziesiąt cztery tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonych

wpisów, w tym

- kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie oraz
- kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz
  
- kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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 995/20  
KIO 998/20  
KIO 1012/20

#### Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) - węzeł Szczepanowice (bez węzła) Nr referencyjny: O.KR.D-3.2410.2.2020 zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S84 z dnia 29 kwietnia 2020 r. Europejskiej: numer 198086-2020-PL.

Sygn. akt KIO 995/20

Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie stawiając zamawiającemu zarzut niezgodnego z prawem sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazał naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Pzp), wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, bez uwzględnienia podstawowych wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie ofert, 2) art. 7 ust. 1 Pzp wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób powodujący złożenie przez wykonawców ofert ze sobą nieporównywalnych, 3) § 19 ust. 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wskutek zaniechania dołączenia do SIWZ dokumentacji geologiczno-inżynierskiej odnoszącej się do istotnej części projektowanej drogi.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ przez dodanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej obejmującej odcinek drogi od km 622+185 do 626+600. ewentualnie, Nakazanie określenia założeń co do istnienia warunków gruntowych na ww. odcinkach drogi, a jakie winni poczynić wykonawcy.

Do postępowania przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił się wykonawcy wskazani w sentencji postanowienia.

Odwołujący dnia 19 czerwca 2020 r. złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w sprawie i wniósł

o zwrot uiszczanego wpisu.

Sygn. akt KIO 998/20

Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom II, w części obejmującej projekt przyszłej umowy w sprawie zamówienia, tj. Subklauzulę 8.4. Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie, w którym Zamawiający przewidział w tej Subklauzuli, że:

„W pierwszym akapicie Subklauzuli 8.4 usunięto cała treść podpunktu (d)”

który to punkt w pierwotnej wersji ogólnych warunków umownych FIDIC stanowi, że Wykonawca będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie ze względu na „nieprzewidywalne braki możliwości zatrudnienia personelu lub dostępności Dóbr, spowodowane przez epidemię lub działania rządowe”.

Opisanej wyżej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1. art. 3531 oraz 5 k.c. w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP przez przekroczenie zasady swobody zawierania umów i uprzywilejowanie w treści umowy pozycji Zamawiającego, wbrew właściwości stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego, poprzez wykreślenie z umowy możliwości zmiany terminu wykonania zamówienia (Czasu na Ukończenie) z powodów zaistnienia nieprzewidywalnych braków personelu i Dóbr, spowodowanych przez epidemię lub działań rządowych,

a w konsekwencji naruszenie:

2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiając zachowanie uczciwej konkurencji i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i usunięcie uprawnienia wykonawcy do zmiany umowy w przypadku wystąpienia zdarzeń o nieprzewidywalnych skutkach.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ, Tom II „Warunki Kontraktu” przez wykreślenie w Subklauzuli 8.4. Szczególnych Warunków Umowy postanowienia o treści:

„W pierwszym akapicie Subklauzuli 8.4 usunięto cała treść podpunktu (d)”. i tym samym o pozostawienie brzmienia projektu umowy w pierwotnym brzmieniu ogólnych warunków kontraktowych FIDIC, czyli z obowiązującym Strony punktem „d” tej Subklauzuli.

Do postępowania przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili się wykonawcy wskazani w sentencji niniejszego postanowienia.

Odwołujący dnia 19 czerwca 2020 r. złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w sprawie z wnioskiem o dokonanie na jego rzecz zwrotu wpisu.

Sygn. akt KIO 1012/20

Odwołujący Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. od postanowień SIWZ, które zostały wskazane w uzasadnieniu Odwołania.

II. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z §15, §18 ust. 1 pkt

1 i 2, § 18 ust. 2 pkt 2 oraz § 19 pkt 4b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, STWiORB oraz PFU oraz w zw. z art. 7 Pzp poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające

wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez brak udostępnienia dokumentacji geologiczno - inżynierskiej oraz hydrogeologicznej na odcinku 4,4 km inwestycji, w sytuacji gdy zadane inwestycyjne obejmuje ok. 5,32 km, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości dokonania przez Odwołującego wyceny rodzaju i sposobu oraz zakresu wzmocnienia podłoża gruntowego na odcinku 622+185 do 626+600 oraz generuje ryzyko złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert;

2. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z §15, §18 ust. 1 pkt 1i 2), §18 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury jw. oraz w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 353[1], art. 487 § 2, art. 647 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 oraz 139 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, a przy tym pozostające w sprzeczności z przepisami ustawy Kodeks cywilny, polegające na nałożeniu na wykonawcę wymogu opracowania m.in. Geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych oraz uzupełniającej Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, wskazując jednocześnie, że Zamawiającemu nie udało się wykonać badań na etapie opracowywania Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego (STES-R) w związku z brakiem uzyskania zgód od właścicieli/władających nieruchomościami na wejście na ich teren, co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców w tym zakresie ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, w tym ryzyka związanego z należyтым przygotowaniem dokumentacji postępowania, które to ryzyko na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego i przepisów Pzp spoczywa na Zamawiającym, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego. Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert;

3.art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 353[1], art. 487 § 2, art. 647 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, polegające na nałożeniu na wykonawcę obowiązku przekazania wykonawcy badań archeologicznych Placu Budowy w celu przeprowadzenia badań archeologicznych, przy jednoczesnym braku wskazania przez Zamawiającego zarówno lokalizacji, wielkości działek, na których będą prowadzone badania archeologiczne, jak również czasu udostępnienia Placu Budowy, oraz przy jednoczesnym braku możliwości zagwarantowania przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku problemów z terminowym wykonaniem kontraktu z powodu konieczności wykonania ww. badań archeologicznych, co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców w tym zakresie ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, w tym ryzyka związanego z terminowym wykonaniem umowy w sytuacji braku możliwości skalkulowania tego ryzyka. Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert;

III W oparciu o przedstawione zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. W zakresie zarzutu nr 1- zmodyfikowania SIWZ przez precyzyjne określenie w jego treści rodzaju i sposobu oraz zakresu wzmocnienia podłoża gruntowego na odcinku 622+185 do 626+650, w celu ujednoczenia sposobu wyceny ofert składanych przez wykonawców,

2. W zakresie zarzutu nr 2 - zmodyfikowania SIWZ przez zawarcie w Tomie II SIWZ - Istotnych Postanowieniach Umowy dodatkowego ustępu w §7 w postaci postanowienia gwarantującego możliwość zmiany umowy polegającej na wydłużeniu terminu jej realizacji oraz zwiększenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku braku możliwości terminowej realizacji kontraktu w terminach wskazanych w SIWZ oraz konieczności wykonania robót dodatkowych, nieprzewidzianych w SIWZ i niewycenionych w ofercie, o treści: „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w zakresie i na warunkach przewidzianych w ustawie Pzp, w niniejszej Umowie. Zamawiający dopuszcza zmianę umownych terminów realizacji przedmiotu Umowy oraz wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku:

1) konieczności wykonania uzupełniających badań geotechnicznych na terenie objętym inwestycją. W takim przypadku termin wykonania Umowy ulega przesunięciu o czas trwania przyczyny opóźnienia, zaś wynagrodzenie należne Wykonawcy ulegnie zwiększeniu o koszty, które Wykonawca będzie musiał ponieść i których zawarcie w cenie oferty nie było możliwe w dniu jej składania.

2) jeżeli wyniki wykonanych badań geotechnicznych będą wskazywały na konieczność zmiany założonego sposobu wzmocnienia gruntu. W takim przypadku termin wykonania Umowy ulega przesunięciu o czas trwania przyczyny opóźnienia (np. skutek zmiany wykonanych projektów budowlanych lub wykonawczych), zaś wynagrodzenie należne Wykonawcy ulegnie zwiększeniu o koszty, które Wykonawca będzie musiał ponieść w związku

ze zmianą założeń i których zawarcie w cenie oferty nie było możliwe w dniu jej składania. "

3. W zakresie zarzutu nr 3 - zmodyfikowania SIWZ poprzez jednoznaczne wskazanie w jego treści ilości, lokalizacji oraz wielkości działek, na których będą prowadzone badania archeologiczne a także czasu udostępnienia poszczególnych działek składających się na Plac Budowy przez wykonawcę oraz zawarcie w Tomie II SIWZ - Istotnych Postanowieniach Umowy dodatkowych ustępów w §7 stanowiących uzupełnienie przypadków uzasadniających dokonanie zmiany umowy wymienionych we wniosku nr 2 powyżej, w postaci postanowień gwarantujących możliwość zmiany umowy polegającej na wydłużeniu terminu jej realizacji, w przypadku braku możliwości terminowej realizacji kontraktu m. in, ze względu na konieczność prowadzenia badań archeologicznych w czasie dłuższym niż wskazany w SIWZ o treści:

„ Zamawiający nadto dopuszcza zmianę umownych terminów realizacji przedmiotu Umowy w przypadku:

1) konieczności prowadzenia badań archeologicznych na terenie objętym inwestycją. W takim przypadku termin ten ulega przesunięciu o czas trwania przyczyny opóźnienia.

2) jeżeli konieczność zmiany nastąpiła w wyniku okoliczności, które uniemożliwiają wykonanie Umowy w ustalonych pierwotnie terminach, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, W takim przypadku termin ten ulega przesunięciu o czas trwania przyczyny opóźnienia.

3) odmowy właściciela, wieczystego użytkownika albo posiadacza nieruchomości na wejście na teren jego nieruchomości w zaplanowanym przez Zamawiającego terminie lub zmiany warunków uzyskanej wcześniej zgody na wejście. W takim przypadku termin ten ulega przesunięciu o czas trwania przyczyny opóźnienia, ”

Do postępowania przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili się wykonawcy wskazani w sentencji niniejszego postanowienia.

Odwołujący dnia 19 czerwca 2020 r. złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w sprawie z wnioskiem o zwrot na jego rzecz kwoty 90% uiszczanego wpisu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wobec cofnięcia odwołań, postępowanie odwoławcze należy umorzyć w drodze postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników, na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3a 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.

Przewodniczący:.....