

POSTANOWENIE

z dnia 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego **16 stycznia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **18 grudnia 2023 r.**

przez wykonawcę: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remont drogi wojewódzkiej nr 544 Przasnysz-Ostrołęka odcinki: - od km 140+700 do km 141+243 Amelin-Niesułowo (L=0,543 km), - od km 143+000 do km 147+800 Ruzieck-Zabiele Wielkie (L=4,800 km), - od km 149+200 do km 151+300 Zabiele Wielkie-Grabnik (L=2,100 km). Suma L=7,443 km. (279/23)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Montażowe „KZ” sp. z o.o.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 10000 zł

00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczzonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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**.

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp” lub „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Remont drogi wojewódzkiej nr 544 Przasnysz-Ostrołęka odcinki: - od km 140+700 do km 141+243 Amelin-Niesułowo (L=0,543 km), - od km 143+000 do km 147+800 Ruzieck-Zabiele Wielkie (L=4,800 km), - od km 149+200 do km 151+300 Zabiele Wielkie-Grabnik (L=2,100 km). Suma L=7,443 km(279/23)*. Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 grudnia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr00546450. Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

18 grudnia 2023 r. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Odwołujący”}wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków tego zamówienia co do jego opisu i proponowanych postanowień umowy {dalej: „umowa”} w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

- 1.99 ust. 1 i 4, art. 103 ust. 1 i 4 w zw. z § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454), art. 433 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, art. 5 kc – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania, a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i sformułowanie postanowień umowy w sposób przenoszący na wykonawcę ryzyko ponoszenia kosztów takiego sposobu opisanie przedmiotu zamówienia, w wyniku nałożenia na wykonawcę obowiązku uwzględnia w cenie oferty ewentualnych kosztów utylizacji odpadów w postaci destruktu asfaltowego w przypadku braku możliwości utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego, bez podania jakichkolwiek podstaw do oszacowania, czy i w jakiej ilości taki odpad wystąpi [zarzut nr 1].
- 2.Art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu opisanie przedmiotu zamówienia i ukształtowania postanowień umowy w zgodny sposób, co prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert, a w efekcie do naruszenia zasady udzielania zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość robót budowlanych w ramach środków, jakie

zamawiający może przeznaczyć na ich realizację [zarzut nr 2].

3.Art. 439 ustawy pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia do projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej, pomimo że umowa zawarta ma zostać na okres dłuższy niż 6 miesięcy, a jedynie termin wykonania zamówienia został określony jako 180 dni od 15.03.2024 r. [zarzut nr 3].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień objętych zarzutami nr 1 i 3, tj.:

1.Wskazania w pkt III.1.21, że utylizacja odpadów destruktu asfaltowego nie jest objęta zakresem zamówienia oraz nadanie pozycji kosztorysowej nr 4 następującego brzmienia: *Mechaniczna Rozbiórka (poprzez frezowanie) istniejącej nawierzchni asfaltowej wraz z warstwami konstrukcyjnymi grubości 28 cm (wartości średnie: 12 cm MMA + 9 cm kruszywo naturalne stab. cementem) miejsca wskazane przez Inspektora Nadzoru. Pozycja obejmuje:*

- przeprowadzenie badań określających zawartość substancji niebezpiecznych w warstwie asfaltowej
- selektywna rozbiórka warstw
- przetworzenie pozyskanego urobku doprowadzając go do frakcji 0-31,5 i przetransportuje do OD Myszyniec (50 km) Obmiar: 8700,00 m²

2.Wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej zgodnie z wymaganiami art. 439 ustawy pzp.

11 stycznia 2024 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na powyższe odwołanie, z której wynika, że Zamawiający uwzględnia odwołanie co do zarzutu 3 w całości, a co do zarzutu nr 1 częściowo, a w konsekwencji odpowiednio uwzględnia zarzut nr 2.

W szczególności Zamawiający poinformował, że pkt III.1.21 (części V SWZ) nadaje następujące brzmienie: *Zamawiający wskazuje, że Wykonawca robót jest wytwórcą odpadów destruktu asfaltowego, który powstaje w związku z realizacją robót określonych w umowie. W związku z powyższym Wykonawca jako posiadacz odpadów destruktu asfaltowego zobowiązany jest do wykonania na własny koszt oceny lub zlecenia dokonania oceny zgodności z warunkami utraty statusu odpadów przez odpady destruktu asfaltowego, o których mowa w § 2 ust.1 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia*

2021 r w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (Dz. U. z 2021 roku poz. 2468). Wykonawca informuje Zamawiającego o wynikach dokonanej oceny w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od daty otrzymania wyników przeprowadzonych badań. W przypadku potwierdzenia spełnienia przez odpady destruktu asfaltowego warunków, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 i 4 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego, Wykonawca zobowiązany jest na własny koszt wykonać wszelkie niezbędne czynności umożliwiające spełnienie przez odpady destruktu asfaltowego wszystkich pozostałych warunków utraty statusu odpadów, o których mowa w § 2 ust. 1 w/w Rozporządzenia i wykorzysta go w sposób wskazany w przedmiarze. Zamawiający zastrzega możliwość wykonania na własny koszt badań kontrolnych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 i 4 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego. Odpady destruktu, które utracą status odpadów, co zostanie potwierdzone stosownym oświadczeniem przedstawionym przez Wykonawcę, mogą zostać wykorzystane podczas realizacji zamówienia zgodnie z pozycjami przedmiarowymi.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o zamieszczeniu skorygowanego przedmiaru robót.

15 stycznia 2024 r. wpłynęło do Izby pismo uzupełniające, z którego wynika, że Zamawiający ostatecznie poczytał odpowiedź na odwołanie za uwzględnienie w całości wszystkich zarzutów, z tym że uczynił zadość żądaniu związanemu z zarzutem nr 1 częściowo.

15 stycznia 2024 r. wpłynęło do Izby również pismo Odwołującego, z którego wynika, że powyższe działanie Zamawiającego poczytuje za uwzględnienie odwołania w całości, w związku z czym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust 1 zw. z art 568 pkt 3 ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłoszono żadnego przystąpienia. po stronie Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponieważ zaistniała sytuacja opisana w hipotezie przywołanego przepisu, Izba zobligowana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie bez merytorycznego rozpoznania odwołania.

W szczególności należało uznać, że ostatecznie Odwołujący zmienił żądanie zgłoszone w związku z zarzutem

nr 1 w taki sposób, aby odpowiadało ono brzmieniu zaskarżonego postanowienia podanemu w odpowiedzi na odwołanie.

Z tych względów – działając na podstawie art. 568 pkt 3 nowej ustawy pzp – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 nowego pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.