Sygn. akt: KIO 1605/23

POSTANOWIENIE
z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2023 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Skanska S.A.**
z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze;

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wnoszącego odwołanie wykonawcy: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:……

Sygn. akt: KIO 1605/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawię dalej: „*zamawiający*", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 634 na wskazanych odcinkach na terenie gm. Zielonka, Kobyłka, Wołomin odc.: od 22+055 do 25+155, od 25+155 do 26+012, od 26+012 do 26+831" – nr post. 141/23, dalej: „*Postępowanie*".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 099-308418 w dniu 24 maja 2023 r.

Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „*odwołujący*", w dniu 5 czerwca 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2022.1710), dalej: „ustawa Pzp" czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu, polegającej na niezgodnym z ustawą Pzp opisie przedmiotu zamówienia, skutkującym brakiem możliwości przygotowania przez Wykonawców porównywalnych ofert oraz zawarcia w projektowanych postanowieniach umownych postanowień powodujących przerzucenie na Wykonawcę niemierzalnego ryzyka dotyczącego zwiększenia kosztów, związanych z wystąpieniem innych nieprzewidywalnych okoliczności,
w tym leżących po stronie Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 6-10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu
i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujące brakiem możliwości jej prawidłowego skalkulowania oraz przerzuceniem na Wykonawcę nie weryfikowalnego na etapie przygotowania oferty ryzyka finansowego dotyczącego natrafienia w trakcie realizacji robót na niezinwentaryzowane sieci, (dotyczy żądania 1 i 2);

2. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujące przerzuceniem na Wykonawcę ryzyka dotyczącego ewentualnych zwiększonych kosztów dotyczących właściwego odwodnienia korpusu drogowego, wykonania aktualizacji dokumentacji projektowej
i aktualizacji innych uzgodnień itd. nieokreśloną ilość razy, a także uwzględnienia w wycenie robót, które wynikną z opracowania aktualizacji dokumentacji projektowej, czy też uwzględnienia przebudowy drenażu na etapie realizacji inwestycji, oraz brak informacji
w przedmiarze, co do ilości wykopów oraz przebudowy chodników, mimo wskazania ich
w SST,

3. art. 353^1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt
20 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień swz wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, poprzez przerzucenie na Wykonawcę ryzyka finansowego

związanego z koniecznością poniesienia zwiększonych, a jednocześnie niemożliwych do oszacowania na etapie wyceny ofertowej kosztów odwodnienia, jak też przerzucenia na Wykonawcę ryzyka finansowego związanego nieprzewidywanymi warunkami fizycznymi, a także nieprzewidzenie mechanizmów, które w takich okolicznościach pozwalałyby na zmianę wynagrodzenia wykonawcy,

4. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. art. 353^1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art.
8 ust. 1 oraz art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez określenie we Wzorze Umowyodpowiedzialności Wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, jak też przerzucenia na Wykonawcę ryzyka finansowego związanego
z okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego,
5. a także w konsekwencji powyższych naruszeń art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający
zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności;
W związku z zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
1) usunięcie w całości Szczegółowych Specyfikacji Technicznych nr:
D-00.00.01 Usunięcie kolizji z niezinwentaryzowanym uzbrojeniem podziemnym
oraz
D-02.01.01.A Usunięcie kolizji z niezinwentaryzowanymi drenażami wraz z wykreśleniem
z Przedmiarów robót pozycji „- przebudowa niezinwentaryzowanych drenaży"
- oraz usunięcie punktu 5.9 z SST D.02.01.01, a także punktu 3.23 z projektu wykonawczego
- opisu technicznego drogowego

5.9 Drenaż
Kolidujące drenaże z inwestycją lub uszkodzone drenaże należy odbudować zgodnie z wydanymi warunkami przez Zarządcę.
W przypadku gdy ustalenie zarządcy jest niemożliwe należy istniejące drenaże, kolidujące z Inwestycją przebudować umieszczając dwie studnie drenarskie w pobliżu granic pasa drogowego i połączyć je nowym rurociągiem drenarskim pełnym lub z oczkami o średnicy min. 200 mm w otulinie z włókna kokosowego (włókno - opcjonalnie uzależnione od rodzaju drenażu)
w zasypce żwirowej o szerokości minimum szerokości rury drenarskiej wykonanej do warstw konstrukcyjnych projektowanego obiektu. Średnica rury drenarskiej nie może być mniejsza niż średnica istniejącego drenażu,. Należy zastosować studnie
z tworzywa sztucznego o średnicy zapewniającej właściwe połączenie rurociągów nie mniejszej niż 400 mm z osadnikiem
o głębokości. 500 mm. W razie konieczności wynikającej np.: z przyjętych rozwiązań projektowanych bądź istniejących obiektów należy zastosować odpowiednią ilość studni pośrednich. Wszystkim istniejącym wylotom drenaży w obrębie prowadzonych robót należy zapewnić odprowadzenie wód do najbliższego odbiornika lub, jeżeli to niemożliwe, do kanalizacji deszczowej. Należy stosować wyżej opisane parametry studni i rurociągów drenarskich. Koszty związane z przebudową drenaży zapewniającą właściwe odwodnienie pasa drogowego i terenów przyległych należy ująć w cenie jednostkowej niniejszej specyfikacji dotyczącej wykonania wykopów. W przypadku gdy należy wyjść poza pas drogi w celu dokonania pełnej przebudowy należy uzyskać zgodę właściciela nieruchomości na wykonanie robót.
3.23 Niezinwentaryzowane sieci i drenaże
Nie wyklucza się istnienia w terenie innych, niewykazanych na mapie urządzeń podziemnych, które nie były zgłoszone do inwentaryzacji. W przypadku napotkania na etapie robót budowlanych na niezinwentaryzowane urządzenia podziemne takie jak np. sieci lub drenaże należy je przebudować zgodnie z warunkami zarządcy.

Zmianę postanowień Szczegółowych Specyfikacji Technicznych nr:
D-01.03.04 Budowa kanału technologicznego z przebudową infrastruktury telekomunikacyjnej
poprzez usunięcie postanowień:

UWAGA: Podczas przebudowy sieci telekomunikacyjnej Wykonawca robót można napotkać na niezinwentaryzowane
i nienaniesione na mapach kable telekomunikacyjne lub inne urządzenia telekomunikacyjne. Podczas inwentaryzacji sieci napotkano w studniach telekomunikacyjnych nieoznakowane kable „dzikich" operatorów, którzy dokonali budowy kabli bez wiedzy i zgody właściciela kanalizacji Firmy Orange S. A.
Pomiędzy wykonaniem inwentaryzacji do opracowania projektów, a przekazaniem niniejszej Specyfikacji do celów przetargowych mogą być wybudowane nowe sieci, które nie są ujęte w projektach i SST. Wykonawca musi zarezerwować dodatkową pulę pieniędzy na zrealizowanie ww/robót.

2) Zmianę postanowień Szczegółowych Specyfikacji Technicznych:
D.00.00.00 Wymagania ogólne poprzez wykreślenie następujących zobowiązań Wykonawcy:
2. Aktualizacja mapy do celów projektowych w zakresie niezbędnym do realizacji kontraktu (minimum zakres inwestycji) w terminie do 2 miesięcy od daty przekazania placu budowy dla Wykonawcy oraz powtórzenie aktualizacji tyle razy, ile będzie wymagał tego kontrakt.
3. Porównanie mapy z projektu budowlanego z terenem oraz z aktualną mapą opracowaną przez Wykonawcę (sieci, sytuacyjno-wysokościowo itp.). Z porównania należy przekazać raport wskazujący czy są zmiany oraz przedstawienie propozycji zamiennych w sposób graficzny i opisowy w tym dokumentację fotograficzną zaistniałego problemu.
4. Dokumentację z wywiadu branżowego dla wszystkich występujących sieci uzbrojenia terenu,
5. Aktualizację i przedłużenie warunków, uzgodnień i decyzji uzyskanych na etapie projektowania w zakresie niezbędnym do realizacji kontraktu, wraz z wykonaniem wszelkich opracowań towarzyszących (projektów, pomiarów itp.), niezbędnych do powyższej aktualizacji. Dotyczy to również uzgodnień itp., które na etapie przed przystąpieniem do robót utraciły ważność.
6. Dokumentację usunięcia kolizji niezinwentaryzowanych obiektów budowlanych wraz

z niezbędnymi uzgodnieniami i decyzjami uprawniającymi do ich przebudowy,
28. Projekt przełożenia cieków na czas budowy i odwodnienia wykopów z ewentualnym uzyskaniem zgłoszenia wodnoprawnego lub pozwolenia wodnoprawnego,
38. W trakcie budowy drogi należy opracować projekt analizy napływu wód z terenu wraz
z zaleceniami oraz zastosować rozwiązania zapobiegające podtopienie pasa drogowego, niniejsze problemy należy zgłaszać na bieżąco podczas realizacji robót.
Wszelkie uwagi dotyczące przekazanej dokumentacji projektowej muszą być zgłoszone
w ciągu 14 dni kalendarzowych od przekazania placu budowy. Uwagi Wykonawcy winny być precyzyjne i szczegółowo uzasadnione z uwzględnieniem wyżej opisanych założeń.
Przed złożeniem oferty cenowej, na wykonanie robót budowlanych, Wykonawca, w ramach ceny kontraktowej ma obowiązek szczegółowego zapoznania się z planem PZT oraz danymi w ośrodku geodezji.
3) Zmianę SST 08.02.02 Chodniki z brukowej kostki betonowej (str. 214) poprzez wykreślenie
postanowienia wskazanego lub dookreślenie ilości robót do wykonania
Wszystkie istniejące chodniki łączące się z projektowanymi należy wyremontować. Przyjąć rozbiórkę istniejącej nawierzchni oraz konstrukcję jak dla chodnika projektowanego. Dopuszcza się brak odtworzenia istniejących chodników za zgodą Inspektora Nadzoru po uzyskaniu opinii Projektanta.
Wszelkie wyloty rynien zlokalizowane w chodniku należy podłączyć do kanalizacji deszczowej lub w przypadku braku takiej możliwości wodę opadową z rynien należy doprowadzić za pomocą odwodnienia liniowego przykrytego kratką np.: typu Aco
o wymiarach 10 cm x 13,5 cm (lub równoważną), sprowadzającymi ją do krawędzi jezdni w pobliżu wpustów ulicznych. Należy zapewnić prawidłowy i bezpieczny odpływ wody z chodników zlokalizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie budynków.
Istniejące schody do budynków, których stan jest niezadowalający, należy wyremontować lub odtworzyć. Ocena stanu schodów należy do Inspektora Nadzoru.
Świetliki w piwnicach budynków należy wyremontować. Pozostawić je w stanie nie gorszym od istniejącego. Ocena stanu świetlików należy do Inspektora Nadzoru. Dokumentację z propozycją wszystkich powyższych rozwiązań Wykonawca przedstawi Inspektorowi Nadzoru oraz do zaopiniowania Projektantowi.
3) Zmianę SST 02.01.01 Wykonanie wykopów poprzez wykreślenie postanowienia lub dookreślenie ilości robót, które należy wykonać
nie mniejszej niż 400 mm z osadnikiem o głębokości. 500 mm. W razie konieczności wynikającej np.: z przyjętych rozwiązań projektowanych bądź istniejących obiektów należy zastosować odpowiednią ilość studni pośrednich. Wszystkim istniejącym wylotom drenaży w obrębie prowadzonych robót należy zapewnić odprowadzenie wód do najbliższego odbiornika lub, jeżeli to niemożliwe, do kanalizacji deszczowej. Należy stosować wyżej opisane parametry studni i rurociągów drenarskich. Koszty związane z przebudową drenaży zapewniającą właściwe odwodnienie pasa drogowego i terenów przyległych należy ująć w cenie jednostkowej niniejszej specyfikacji dotyczącej wykonania wykopów. W przypadku gdy należy wyjść poza pas drogi w celu dokonania pełnej przebudowy należy uzyskać zgodę właściciela nieruchomości na wykonanie robót.
4) Zmianę pkt 5.1.19 Ogólnych warunków umowy na wykonanie robót budowlanych i nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „Uwzględnienie w cenie oferty ~~ewentualnych zwiększonych~~ kosztów związanych z właściwym tymczasowym odwodnieniem korpusu drogowego pozwalającym na prawidłowe realizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie
z dokumentacją projektową" oraz wykreślenie punktów od 5.1.19.1 do 5.1.19.4;
5) Zmianę §10 ust. 1 lit. a tiret 3 i 4 Wzoru Umowy, w ten sposób aby okoliczności opisane we
wskazanych postanowieniach umownych tj.
- „*zmiany spowodowane warunkami geologicznymi, terenowymi, archeologicznymi, wodnymi itp.,*
w szczególności: odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej warunki terenowe,
w szczególności istnienie podziemnych urządzeń, instalacji lub obiektów infrastrukturalnych – o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty";
-*„zmiany będące następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego,*
w szczególności: wstrzymanie realizacji umowy przez Zamawiającego, konieczność usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub dokumentacji lub dokumentacji technicznej urządzeń – o czas niezbędny do wykonania umowy w sposób należyty"
Przy czym żądania z punktu 4 i 5 muszą być odczytywane i spełnione łącznie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący w piśmie z 16 czerwca 2023 r. oświadczył, że cofa odwołanie w całości.
Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże
z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.
Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.
Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) 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.

Odwołujący wycofał odwołanie przed dniem, na który zostało wyznaczone posiedzenie w przedmiotowej sprawie. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 20 000 zł, do zwrotu pozostała wobec powyższego kwota 18 000 zł, o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

W związku z podniesionymi powyżej okolicznościami, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego i orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……