

Sygn. akt KIO 2540/15

**WYROK**  
z dnia 1 grudnia 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **20 listopada 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa,**

przy udziale

- A. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego,**
- B. wykonawcy **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** na rzecz **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605**) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

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

**Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową ul. Marynarskiej na odc. ul. Taśmowa – ul. Rzymowskiego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13.10.2015 r. pod nrem 2015/S 198-358516.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**Zamawiający** zawiadomił **10.11.2015 r.** o udzieleniu wyjaśnień do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej SIWZ lub specyfikacją bez bliższego określenia.

**Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, zgodnie z **art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp**, wniósł **20.11.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie, że **zamawiający** przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 4 do treści **SIWZ** naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

**Odwołujący** zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 38 ust. 1 Pzp** – ponieważ **zamawiający** nie udzielił odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie treści **SIWZ** w sposób jednoznaczny w zakresie ponoszenia kosztów wynikających z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezainwentaryzowanej przez **zamawiającego** infrastruktury lub instalacji, a zainwentaryzowanej przez **wykonawcę** w trakcie aktualizacji dokumentacji projektowej przebudowy ul. Marynarskiej, tj. czy koszty w tym zakresie ponosi **zamawiający** czy też powinny zostać one przez **wykonawców** ujęte w cenie oferty;
- 2) **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez pozostawienie w wyżej opisanym zakresie **SIWZ** niewyjaśnionych wątpliwości skutkujących tym, że część **wykonawców** ujmie wskazany powyżej koszt uszkodzenia lub przeniesienia przeszkody w cenie ofertowej uwzględniając ten koszt, jako ich własne ryzyko, a część uzna, że jest to ryzyko **zamawiającego**, którego koszt wystąpienia obciąża **zamawiającego** – co w

efekcie spowoduje że złożone w postępowaniu oferty będą zawierały rozbieżne, dowolnie przyjęte założenia do wyceny, a więc złożone w postępowaniu oferty będą względem siebie nieporównywalne i niekonkurencyjne – co czyni postępowanie przygotowywanym i prowadzonym z bez zachowania uczciwej konkurencji.

**Odwołujący** wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu** jednoznacznego wyjaśnienia czy **zamawiający** pokryje koszty wynikłe z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinventaryzowanej przez **zamawiającego** infrastruktury lub instalacji, a zinwentaryzowanej przez **wykonawcę** w trakcie aktualizacji dokumentacji projektowej przebudowy ul. Marynarskiej.

#### Argumentacja **odwołującego**

10 listopada 2015 r. **zamawiający** udzielił odpowiedzi m.in. na pytanie nr 4 o wyjaśnienie treści SIWZ:

**PYTANIE 4:** Prosimy o potwierdzenie, że w konsekwencji uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinventaryzowanej infrastruktury lub instalacji, **zamawiający** pokryje udokumentowane koszty związane z takimi zdarzeniami wobec niemożliwości ich przewidzenia przez **wykonawcę**.

**ODPOWIEDŹ:** »**Zamawiający** informuje, że zgodnie z **pkt 2.1 PFU** „Ogólne wymagania formalno-prawne”, **wykonawca** zobowiązany jest do aktualizacji dokumentacji projektowej przebudowy ul. Marynarskiej, która obejmuje w szczególności wykonanie inwentaryzacji urządzeń podziemnej i naziemnej infrastruktury technicznej. **Wykonawca** zobowiązany jest przekazać do **zamawiającego** w terminie do 4 miesięcy od dnia podpisania umowy wyniki inwentaryzacji podziemnej i naziemnej infrastruktury technicznej kolidującej z projektowanym układem drogowym. **Zamawiający** nie będzie ponosił kosztów wynikających z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinventaryzowanej infrastruktury lub instalacji«.

Udzielona przez **zamawiającego 10.11.2015 r.** odpowiedź na pytanie nr 4 nie jest jasna i jednoznaczna. W istocie **zamawiający** potwierdza wynikający z **pkt 2.1 PFU** obowiązek wykonawcy polegający na wykonaniu inwentaryzacji podziemnej i naziemnej infrastruktury technicznej kolidującej z projektowanym układem drogowym. Jednak postanowienie, że „**Zamawiający** nie będzie ponosił kosztów wynikających z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinventaryzowanej infrastruktury lub instalacji” nie daje się jednoznacznie zinterpretować. Z odpowiedzi nie wynika czy **zamawiający** będzie ponosił koszty wynikające z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezinventaryzowanej infrastruktury lub instalacji, a zinwentaryzowanej przez **wykonawcę**, czy też koszty te ponoszone będą przez **wykonawcę** w ramach ceny ryczałtowej za wykonanie umowy.

**Odwołujący** nie kwestionuje, że w cenie ryczałtowej za wykonanie zamówienia obowiązany jest uwzględnić koszty wynikające z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia zinventaryzowanej przez **zamawiającego** infrastruktury lub instalacji.

Udzielona przez **zamawiającego** odpowiedź na **pytanie nr 4** nasuwa wątpliwość, czy **zamawiający** dodatkowo pokryje koszty wynikające z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia infrastruktury lub instalacji, której **zamawiający** nie zinventaryzował, a została ona ujawniona dopiero w wyniku wykonanej przez **wykonawcę** na podstawie **pkt 2.1 PFU** inwentaryzacji podziemnej i naziemnej infrastruktury technicznej kolidującej z projektowanym układem drogowym.

W przypadku pozostawienia udzielonej **10.11.2015 r.** odpowiedzi na **pytanie nr 4** w dotychczasowym, niejednoznacznym brzmieniu, wykonawcy, w tym **odwołujący** nie będą w stanie przyjąć rzetelnych i jednolitych podstaw i założeń do sporządzenia kalkulacji ceny ofertowej. W efekcie w postępowaniu zostaną złożone oferty, które nie są ze sobą porównywalne.

**Odwołujący** przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 20.11.2015 r.** (**art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

**Zamawiający** zamieścił odwołanie na stronie internetowej **20.11.2015 r.** (**art. 185 ust. 1 in fine Pzp**).

**26.11.2015 r.** wykonawca **Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

**26.11.2015 r.** wykonawca **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

**Zamawiający** wniósł do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie **27.11.2015 r.** (**art. 186 ust. 1 Pzp**). **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania. Na posiedzeniu, **30.11.2015 r.**, **zamawiający** przekazał odpowiedzi na odwołanie **odwołającemu** i uczestnikowi **postępowania**. Na posiedzenie ani na rozprawę nie stawił się przystępujący **Mostostal S.A.**

z siedzibą w Warszawie, mimo właściwego zawiadomienia o terminie i miejscu posiedzenia oraz rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający udzielił wyjaśnień do treści specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp. Z przepisu tego wynika, że cyt. »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie [...] pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert«. Zamawiający udzielił wyjaśnień na konkretne zwrócenie się o wyjaśnienia. I tak należy odczytywać te wyjaśnienia.

Żądanie wyjaśnień dotyczyło potwierdzenia, że cyt. »w konsekwencji uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezainwentaryzowanej infrastruktury lub instalacji, zamawiający pokryje udokumentowane koszty związane z takimi zdarzeniami wobec niemożliwości ich przewidzenia przez wykonawcę«.

Z wyjaśnień wynika, że zamawiający odmówił oddzielnego finansowania takich zdarzeń. Z wyjaśnień jednoznacznie wynika, że zamawiający cyt. »nie będzie ponosił kosztów wynikających z uszkodzenia lub konieczności przeniesienia niezainwentaryzowanej

infrastruktury lub instalacji« [podkreślenie **Izby**]. **Izba** podkreśla, że przytaczane wyjaśnienia nie wprowadzają do specyfikacji żadnych nowych postanowień, z których można byłoby wyciągnąć wnioski, że **zamawiający** zmienia reguły płatności. W dalszym ciągu za wszystko ponosi koszty i ryzyko **wykonawca**, natomiast **zamawiający** finansuje tę inwestycję tylko do poziomu ceny ryczałtowej, którą **wykonawcy** zaproponują w ofercie.

W związku z tym nie został naruszony **art. 38 ust. 1 Pzp**, a także **odwoływający** nie wykazał naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp**, który brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

**Izba** stwierdza, że wyjaśnienia są jednoznaczne na postawiony problem w **pytaniu nr 4** (zwróceniu się o udzielenie wyjaśnień). W związku z tym **Izba** nie może przychylić się do stanowiska **odwołującego** i oddala odwołanie w całości.

**Zamawiający** – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....