

Sygn. akt: KIO 2103/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 listopada 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**  
**Członkowie: Paweł Trojan**  
**Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 25 listopada 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2016 roku przez **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gminę Miejską Olsztyn**

przy udziale **wykonawcy Firma Budowlano - Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowania odwoławcze;**
  - a) nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz **Odwołującego Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie****

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Uzasadnienie**

W dniu 7 listopada 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zmianami; dalej zwana „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej zwany „Odwołującym”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę układu ulicznego w centrum Olsztyna ul. S. Pieniężnego wraz z mostem Św. Jakuba”, prowadzi **Zamawiający Gmina Miejska Olsztyn**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 207-374204 w dniu 26 października 2016 roku.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie kryteriów oceny ofert, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez:
  - określenie okoliczności wpływających na przedłużenie terminu realizacji Inwestycji jako ryzyk i zastosowanie ich jako kryteria wyboru oferty, pomimo że powinny być one objęte opisem przedmiotu zamówienia;
  - ustalenie Terminu Kluczowego w zakresie wykonania prac dotyczących mostu wraz z dojazdami w sposób uniemożliwiający jego dotrzymanie i nieadekwatnie do zakresu prac przyjętych w tym zakresie w opisie przedmiotu zamówienia;
  - art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 387 § 1 k.c. i 487 § 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie takich wymogów w postępowaniu, które czynią przedmiot zamówienia świadczeniem niemożliwym, a także nałożenie na wykonawcę nieadekwatnych obowiązków naruszających elementarną zasadę swobody umów i zasadę ekwiwalentności świadczeń;

- w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ (w tym wzorca Umowy), tj.:

A. wykreślenie z Rozdział XIV SIWZ:

- z punktu 1 zapisu: „*Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego ze zmianą terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych*” (K4.1),

- w punkcie 5 podpunktu 1) w całości;

albo

1. nadanie podpunktowi 1) w punkcie 5 Rozdziału XIV SIWZ w miejsce dotychczasowej treści, brzmienia jak niżej:

„1) *Podkryterium (K4.1) - przejęcie przez Wykonawcę ryzyka konieczności wykonania dodatkowych badań w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych, oceniane będzie następująco:*

a) *Wykonawca, który zobowiąże się do przejęcia na siebie konieczności wykonania dodatkowych badań w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych - otrzyma 5 pkt,*

b) *w ramach tego zobowiązania, Wykonawca wykona we własnym zakresie niezbędne, wymagane przepisami lub decyzjami właściwych organów ochrony zabytków, czynności i badania, umożliwiające zakończenie robót, w tym wykona badania archeologiczne wraz z niezbędną dokumentacją, wykona i poniesie koszty zmiany dokumentacji projektowej niezbędnej do wykonania robót oraz przygotowuje ewentualny wniosek o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID),*

c) *w ramach przejęcia tego ryzyka Wykonawca nie będzie natomiast zobowiązany do przejęcia zwiększonych kosztów realizacji robót budowlanych, jak również nie będzie zobowiązany do przejęcia ryzyka zmiany terminu realizacji,*

d) *w przypadku braku deklaracji przejęcia ryzyka konieczności wykonania dodatkowych badań w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych określonego w w/w Podkryterium (K4.1), Wykonawca otrzyma 0 punktów w Podkryterium K4.1. ”.*

albo

2. nadanie podpunktowi l) w punkcie 5 Rozdziału XIV SIWZ w miejsce dotychczasowej treści, brzmienia jak niżej:

„1) Podkryterium (K4.1) - przejęcie przez Wykonawcę ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych, oceniane będzie następująco:

a) Wykonawca, kłoty zobowiąże się do przejęcia na siebie ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych - otrzyma 5 pkt,

b) w ramach tego zobowiązania, Wykonawca wykona również we własnym zakresie niezbędne, wymagane przepisami lub decyzjami właściwych organów ochrony zabytków, czynności i badania, umożliwiające zakończenie robót, w tym wykona badania archeologiczne wraz z niezbędną dokumentacją, wykona i poniesie koszty zmiany dokumentacji projektowej niezbędnej do wykonania robót oraz przygotowuje ewentualny wniosek o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRJD),

c) w ramach przejęcia tego ryzyka Wykonawca nie będzie natomiast zobowiązany do przejęcia zwiększonych kosztów realizacji robót budowlanych, jak również nie będzie zobowiązany do przejęcia ryzyka zmiany terminu realizacji od złożenia wniosku o zmianę ZRJD, do uzyskania uprawnienia do dalszej realizacji robót budowlanych na podstawie zmienionej decyzji ZRJD,

d) maksymalny okres przejęcia ryzyka - 30 dni, bez względu na ilość znalezisk.

Jeżeli okoliczności, co do których ryzyko przejmie Wykonawca będą trwały dłużej niż 30 dni, Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o przedłużenie terminu realizacji kontraktu jedynie za okres przekraczający 30 dni,

e) w przypadku braku deklaracji przejęcia ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych określonego w w/w Podkryterium (K4.1), Wykonawca otrzyma 0 punktów w Podkryterium K4.1.”

albo

3. nadanie podpunktowi 1) w punkcie 5 Rozdziału XIV SIWZ w miejsce dotychczasowej treści, brzmienia jak niżej:

„ 1) Podkryterium (K4.1) - przejęcie przez Wykonawcę ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia znalezisk, poza archeologicznymi, na terenie budowy oraz wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych, oceniane będzie następująco:

B. poprzez zmianę treści Ogłoszenia o zamówienia oraz treści SIWZ i nadanie podpunktowi 2) w punkcie 5 Rozdziału XIV SIWZ w miejsce dotychczasowej treści, brzmienia jak niżej:

„2) Podkryterium (K4.2) - przejęcie przez Wykonawcę ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia niekompletności i braków, wad lub innych błędów w dokumentacji projektowej, w tym błędnego opisanie warunków gruntowych, oceniane będzie następująco:

- a) Wykonawca, który zobowiąże się do przejęcia na siebie ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia niekompletności braków, wad lub innych błędów w dokumentacji projektowej, w tym błędnego opisanie warunków gruntowych - otrzyma 5 punktów,
- b) w ramach tego zobowiązania, Wykonawca zrzeknie się roszczenia o przedłużenie terminu realizacji kontraktu (Czasu na Ukończenie) w razie wystąpienia niekompletności, braków, wad lub innych błędów w dokumentacji projektowej, w tym błędnego opisanie warunków gruntowych, jeżeli Zamawiający dostarczy rozwiązanie zamiennie w terminie 30 dni od powiadomienia przez Wykonawcę o niekompletności, brakach, wadach lub innych błędach dokumentacji,
- c) jeżeli Zamawiający dostarczy rozwiązanie zamiennie w dłuższym terminie, Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o przedłużenie terminu realizacji kontraktu jedynie za okres przekraczający 30 dni oczekiwania,
- d) w ramach przejęcia tego ryzyka Wykonawca nie będzie natomiast zobowiązany do przejęcia zwiększonych kosztów realizacji robót budowlanych,
- e) niekompletnością, brakiem, wadą lub innym błędem w dokumentacji projektowej nie jest również usunięcie niezgodności pomiędzy dokumentacją projektową, a przedmiarem robót, wynikającą z konieczności rozliczenia robót ujętych w dokumentacji, a nie ujętych w przedmiarze,
- f) w przypadku braku deklaracji przejęcia ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia niekompletności i braków, wad lub innych błędów w dokumentacji projektowej, w tym błędnego opisanie warunków gruntowych określonego w w/w Podkryterium (K4.2), Wykonawca otrzyma 0 punktów w Podkryterium K4.2.

C. treści Ogłoszenia o zamówienia oraz treści SIWZ i nadanie podpunktowi 3) w punkcie 5 Rozdziału XIV SIWZ w miejsce dotychczasowej treści, brzmienia jak niżej:

„3) Podkryterium (K4.3) - przejęcie przez Wykonawcę ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia na terenie budowy niezarejestrowanych sieci uzbrojenia, oceniane będzie następująco:

- a) Wykonawca, który zobowiąże się do przejęcia na siebie ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia na terenie budowy niezarejestrowanych sieci uzbrojenia - otrzyma 5 punktów,
- b) w ramach tego zobowiązania, Wykonawca zrzeknie się roszczenia o przedłużenie terminu realizacji kontraktu (Czasu na Ukończenie) w razie wystąpienia na terenie budowy niezarejestrowanych sieci uzbrojenia - w zakresie do 30 dni, bez względu na ich ilość. Jeżeli okoliczności, co do których ryzyko przejmie Wykonawca będą trwały dłużej niż 30 dni, Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o przedłużenie terminu realizacji kontraktu jedynie za okres przekraczający 30 dni,
- c) Wykonawca będzie zobowiązany również do wykonania wszelkich czynności, w tym opracowania na własny koszt zamiennej dokumentacji projektowej, uzyskania uzgodnień,

pozwoleń, zmiany ZRID, itp. niezbędnych do usunięcia kolizji, wynikających z wystąpienia niezaewidencjonowanych sieci uzbrojenia,

d) w ramach przejęcia tego ryzyka Wykonawca nie będzie natomiast zobowiązany do przejęcia zwiększonych kosztów realizacji robót budowlanych,

e) w przypadku braku deklaracji przejęcia ryzyka zmiany terminu realizacji kontraktu w razie wystąpienia na terenie budowy niezaewidencjonowanych sieci uzbrojenia określonego w/w Podkryterium (K4.3), Wykonawca otrzyma 0 punktów w Podkryterium K4.3. "

f)

D. poprzez zmianę treści Ogłoszenia o zamówienia oraz treści SIWZ poprzez:

1. wykreślenie z Rozdział IV SIWZ podpunktu 3) w całości;

albo

2. nadanie podpunktowi 3) w Rozdziale IV SIWZ w miejsce dotychczasowej treści, brzmienia jak niżej:

*„Zgodnie z klauzulą 1.1.3.10 SWK. Zamawiający wyznacza termin kluczowy dla mostu z dojazdami na: 35 tygodni (245 dni), licząc od daty zawarcia umowy, w zakresie pozwolenia na użytkowanie oraz włączenia ruchu minimum dla komunikacji zbiorowej i pojazdów posiadających zezwolenie zarządcy drogi”.*

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania polegający na możliwości pozyskania zamówienia poprzez złożenie konkurencyjnej oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący jest wykonawcą, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Odwołujący ma więc szansę na złożenie oferty i ubieganie się o uzyskanie zamówienia. Jednakże wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa Odwołujący może stracić możliwość uczestniczenia w postępowaniu, a tym samym złożenia oferty, a w konsekwencji pozyskania zamówienia. Ponadto Odwołujący jest narażony na szkodę w postaci nieprzystąpienia do postępowania i tym samym uniemożliwienia uzyskania zysku, który by uzyskał w przypadku uzyskania zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego złożył wykonawca **Firma Budowlano - Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni**. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający w dniu 22 listopada 2016 roku przesłał do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie, w której na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp uznał odwołanie w części w zakresie zarzutu 2) tiret drugi, zarzutu 3), zarzutu 4) w zakresie ustalenia terminu kluczowego w zakresie wykonania prac dotyczących mostu wraz z dojazdami; w zakresie zarzutu 1), zarzutu 2) tiret pierwszy, zarzutu 3), zarzutu 4) w zakresie kryteriów oceny ofert co do kryteriów K4.1, K4.2, K4.3. Zamawiający podkreślił, że uwzględnienie zarzutów odwołania nastąpiło z innych przyczyn, niż wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący w dniu 23 listopada 2016 roku przed otwarciem rozprawy wyznaczonej na dzień 25 listopada 2016 roku, złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze i drugie oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za najdalej idące.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 18 000 tysięcy złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15



marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....