



Kraków, dnia 23.05.2022r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska**
ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk
działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska
e-mail: drmg@gdansk.gda.pl
tel.: 58 320 51 00
NIP: 584-020-32-74

Odwołujący: **Eurovia Polska S.A.**
Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1,
55-040 Kobierzyce
adres do doręczeń:
Eurovia Polska S.A.,
ul. Sosnowiecka 11
41-400 Mysłowice
KRS: 0000069487
e-mail: kamil.furman@eurovia.pl

Dotyczy zamówienia pn.: „Rozbudowa ul Budowlanych w Gdańsku” nr: 34/BZP-U.500.10/2022/KB
nr ogłoszenia 2022/S 093-252493

ODWOŁANIE OD TREŚCI SWZ

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm.– dalej jako: „pzp”), EUROVIA POLSKA S.A., niniejszym wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, mogący prowadzić do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez sformułowanie w §1 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej jako: PPU) obowiązku wykonania innych robót, czynności, dokonania zgłoszeń lub uzyskania decyzji i zezwoleń kosztem i staraniem Wykonawcy, w sytuacji w której ww. czynności nie zostały ujęte w SWZ i były niemożliwe do wyceny na etapie postępowania,

2. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp**, poprzez niepełne określenie w §2 ust. 1 PPU, hierarchii dokumentów, tj. poprzez umieszczenie w §2 ust. 1 pkt. 3 PPU dokumentacji projektowej, jako jednego dokumentu, w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa w niniejszym postępowaniu składa się z kilku dokumentów, które pozostają ze sobą w sprzeczności (vide np. zarzut 7 poniżej),
3. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp** poprzez nakazanie w §7 ust. 1 pkt 1 PPU, obowiązku analizy i weryfikacji przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, w sytuacji gdy zgodnie z zapisami art. 647 kc wyłączną odpowiedzialność za dokumentację projektową w realizacjach typu „buduj” ponosi Zamawiający,
4. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 pkt 5 PPU obowiązku stosowania przez Wykonawcę instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru, w sytuacji w której ww. instrukcje, procedury i polecenia nie zostały ujęte w SWZ i były niemożliwe do wyceny na etapie postępowania, co może mieć istotny wpływ na sposób wykonania przedmiotu zamówienia i wpływać na jego wynik finansowy,
5. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 pkt 1 PPU w zw. z pkt 4.0 ppkt 25 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: OPZ) obowiązku przeprowadzenia na terenie inwestycji rozpoznania saperskiego i oczyszczenia terenu budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych, a także ujęcia związanych z tym kosztów w wynagrodzeniu ryczałtowym, w sytuacji gdy Zamawiający nie przedstawił konkretnego zakresu ww. rozpoznania, w tym nie wskazał głębokości, na którą należy dokonać rozpoznania, co uniemożliwia prawidłową wycenę przedmiotowego obowiązku,
6. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 354 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp**, poprzez określenie w pkt 4.0 ppkt 27 OPZ, odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezainwentaryzowanego uzbrojenia na zasadzie ryzyka, co uniemożliwia prawidłową wycenę oferty i może skutkować nieporównywalnością ofert poszczególnych wykonawców,
7. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dwóch dokumentacji projektowych (dokumentacji na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentacji na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącej uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025), zawierających sprzeczne informacje w zakresie kategorii gruntu na styku odcinków km 0+909,61 – km 0+932,06 oraz odcinka km 0+932,06 – do ronda,
8. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez określenie w pkt 6.3 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni”, zakresu wymiany gruntu w rejonie otworu nr 8 w km 0+925 w sposób nieprecyzyjny, niedający się wycenić, a to poprzez zapis, iż „Wymianę gruntu należy wykonać na szerokości równej dwukrotnej głębokości zalegania gruntów organicznych w danym przekroju”.
9. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez wskazanie w pkt 6.4 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni”, że *„Pokazany na profilu podłużnym zakres stosowania konstrukcji ulepszonego **podłoża jest orientacyjny**, ustalony na podstawie dokumentacji geotechnicznej [2], która z racji odległości pomiędzy odwiertami nie musi dokładnie odzwierciedlać rzeczywistego zakresu występowania gruntów różnej grupy nośności. **Zakres***

odcinków należy zweryfikować na etapie budowy, po odhumusowaniu podłoża/rozbiórce nawierzchni, kiedy możliwe będzie dokładne wyznaczenie miejsc czy odcinków, na których warunki gruntowe odbiegają od przedstawionych w dokumentacji geotechnicznej, co uniemożliwia precyzyjną wycenę wymiany podłoża na etapie składania ofert i może skutkować nieporównywalnością ofert poszczególnych wykonawców.

10. **art. 99 pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 1 – 6 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (Dz.U. z 2021 poz. 2468, dalej jako „Rozporządzenie”) w zw. z art. 14 ust. 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz.U. z 2022 poz. 699 t.j.)** poprzez określenie w §7 ust. 3 pkt 17 PPU i pkt 4.0 ppkt 68 tir. 4 OPZ nieprecyzyjnych zasad postępowania z destruktem bitumicznym, które mogą powodować naruszenie przez wykonawcę przepisów dotyczących postępowania z odpadami, prowadzącą do niemożności precyzyjnej wyceny zamówienia i mogącą prowadzić do nieporównywalności ofert.

Wobec powyższego Odwołujący **wnosi o:**

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany w §1 ust. 2 PPU, poprzez wykreślenie fragmentu od słów „Ponadto, o ile [...]” do „[...] własnym kosztem i staraniem”.
2. Nakazanie Zamawiającemu zmiany §2 ust. 1 PPU, poprzez wprowadzenie hierarchii w zakresie dokumentów określonych zbiorczo w §2 ust. 1 pkt 3 PPU, w szczególności poprzez wskazanie hierarchii pomiędzy projektem na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentacji na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącej uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025, oraz pomiędzy STWiORB i dokumentacją projektową,
3. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia obowiązku, o którym mowa w §7 ust. 1 pkt 1 PPU,
4. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia §7 ust. 1 pkt 5 PPU lub szczegółowego określenia i udostępnienia oferentom zakresu procedur i poleceń do jakich ma stosować się wybrany wykonawca,
5. Nakazanie Zamawiającemu zmiany §7 ust. 1 pkt 1 PPU w zw. z pkt 4.0 ppkt 25 OPZ poprzez określenie dokładnego zakresu rozpoznania saperskiego, w szczególności poprzez określenie głębokości do jakiej należy przeprowadzić rozpoznanie,
6. Nakazanie Zamawiającemu usunięcie zapisów o odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezainwentaryzowanego uzbrojenia, o którym mowa w pkt 4 ppkt 27 OPZ,
7. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentacją na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącej uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025), w zakresie informacji o kategorii gruntu na styku odcinków km 0+909,61 – km 0+932,06 oraz odcinka km 0+932,06 – do ronda,

8. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w pkt 6.3 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni” poprzez precyzyjne określenie zakresu wymiany gruntu w rejonie otworu nr 8 w km 0+925,
9. Nakazanie Zamawiającemu zmiany w pkt 6.4 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni” realizacji umowy poprzez precyzyjne określenie zakresu stosowania konstrukcji ulepszanego podłoża i usunięcie fragmentu od słów „*Pokazany na profilu [...] do [...] w dokumentacji geotechnicznej*”.
10. Nakazanie Zamawiającemu określenia ścieżki postępowania z destruktem bitumicznym i wskazanie czy destruk po uzyskaniu w ramach robót budowlanych ma docelowo utracić charakter odpadu i po której stronie (Zamawiającego czy Wykonawcy) leży wykazanie przesłanek określonych w Rozporządzeniu. W przypadku jeżeli destruk ma zostać potraktowany jako odpad, nakazanie Zamawiającemu wskazanie miejsca, w które destruk ma zostać przekazany i potwierdzenia, że określone miejsce składowania, jak też podmiot przyjmujący destruk posiada stosowne decyzje na przyjęcie/składowanie odpadu niebezpiecznego.

Jednocześnie wnosimy o uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak też o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisana.

Uzasadnienie

1. Termin wniesienia odwołania.

Zamawiający w dniu 13.05.2022r. zamieścił w publikatorze i platformie zakupowej ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane.

Wobec faktu, iż wartość niniejszego zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w art. 3 ust 1 i 2 pzp, mając na względzie treść art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp, środek ochrony prawnej został wniesiony w terminie.

2. Interes w uzyskaniu zamówienia/potencjalna szkoda.

Wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej jako: Eurovia lub Odwołujący) jest wieloletnim uczestnikiem rynku budownictwa infrastrukturalnego północnej Polski, ze szczególną aktywnością na terenie województwa pomorskiego.

Wykonawca nie tylko regularnie składa oferty, ale też realizuje roboty budowlane w Gdańsku, Gdyni, Sopocie i innych miejscowościach województwa pomorskiego.

Na skutek błędów Zamawiającego, polegających na niewłaściwym przygotowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego Odwołujący nie ma możliwości precyzyjnego przygotowania propozycji cenowej, a wycena wskazanych pozycji może nie odpowiadać rzeczywistemu zakresowi prac, które Odwołującemu przyjdzie zrealizować.

Dodatkowo ze względu na zróżnicowane podejście wykonawców do ryzyka kontraktowego i ewentualne różne rozumienie zakresu przedmiotu zamówienia, na skutek niepełnych danych przekazanych przez Zamawiającego, złożone oferty mogą być nieporównywalne.

Wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i ograniczonych sposobności jego zmiany, brak uwzględnienia Odwołania i nakazania zmiany powyższych postanowień naraża Odwołującego na brak możliwości złożenia poprawnej oferty lub rażącą stratę na etapie realizacji i .

Mając to na względzie Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 505 ust. 1 pzp.

3. Zagadnienia wstępne

Zamawiający w dniu 13.05.2022 zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane, prowadzonego pn. *„Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku”*.

W ramach dokumentacji postępowania, wykonawcy otrzymali dostęp do dokumentu SWZ, którego część stanowią Projektowane Postanowienia Umowy, Opis Przedmiotu Zamówienia oraz dwie dokumentacje projektowe, spośród których kluczowe są dwa pliki: 05_2_PW_PLANSZA_WZMOCNIEN (stanowi część dokumentacji pierwotnej i projektu wykonawczego „Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku. Układ drogowy”) i 01_PW_PLAN SYTUACYJNY (stanowi część dokumentacji uzupełniającej i projektu wykonawczego „Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku – część B. Układ drogowy”).

Ze sformułowaniami określonymi w ww. dokumentach, zakresem obowiązków wykonawcy oraz podstawą przyjętą do określenia ceny ofertowej, nie zgodził się Odwołujący, wskazując, iż kwestionowane zapisy są nazbyt ogólne lub przerzucają na wykonawców ryzyko niemożliwe do zidentyfikowania lub które uzależnione jest wyłącznie od działań Zamawiającego.

Ponadto ww. dokumentacja zawiera wewnętrzne sprzeczności, które uniemożliwiają określenie właściwego zakresu zamówienia.

Mając to na względzie Eurovia zdecydowała się na wniesienie niniejszego środka ochrony prawnej.

4. Zagadnienia prawne

Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jeden z głównych obowiązków Zamawiającego. To od jego treści zależy faktyczny przebieg postępowania i finalny „produkt” jaki otrzyma Zamawiający.

Co równie istotne, to z treści tego dokumentu czerpią wiedzę wykonawcy, zamierzający przedłożyć swoje oferty. Precyzja zawartych tam sformułowań i opisów decyduje o tym, czy wykonawca faktycznie wyceni oczekiwaną przez zamawiającego robotę budowlaną/usługę/dostawę.

Przywołana już precyzja sformułowań, wpływa również na efekt realizacji danego zamówienia i możliwości powstawania sporów na linii Wykonawca – Zamawiający, albowiem w przypadku rozbieżności, co do treści i zakresu obowiązków stron, oczywistym wydaje się, że zagrożony stratą transakcyjną wykonawca będzie dążył do definiowania postanowień dokumentacji w sposób w jaki interpretował je na etapie składania ofert i jeśli w tym zakresie nie dojdzie do kompromisu, spór będzie kontynuowany na drodze sądowej.

Spór (szczególnie ten na etapie postępowania sądowego) generuje stratę dla obu stron umowy, przy czym niejednokrotnie konieczność wykonania przez wykonawcę prac niewskazanych wprost w SWZ (OPZ) i tym samym niewycenionych w procesie ofertowania, może prowadzić do utraty przez niego płynności finansowej, skutkującej upadłością.

Na rolę jaką OPZ odgrywa w toku postępowania zwrócili uwagę autorzy komentarza do ustawy pzp, wydane pod patronatem Urzędu Zamówień Publicznych.

W części dotyczącej art. 99 pzp (str. 339 Komentarza) czytamy:

*„[...] Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i najistotniejszą czynnością przygotowawczą poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis stanowi podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych w postępowaniu, w szczególności ustalenia wartości zamówienia. **Prawidłowość opisu wpływa na jakość złożonych ofert i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia [...]**”*

i kolejno:

*„[...] Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia **ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia** przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie Pzp), **celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego** dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia [...]*”.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia odbywa się w oparciu o określone literą prawa zasady, dające się wyinterpretować już z literalnego brzmienia przytoczanej jednostki redakcyjnej.

Ustawodawca wskazał bezpośrednio, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób *„[...] **jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty [...]**”*.

Są to kluczowe wytyczne dla zamawiających, gdzie skutki ich naruszenia, mogą objawiać się złamaniem jednej z ogólnych zasad rządzących prawem zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia, który nie precyzuje poszczególnych pozycji obmiarowych, czy też obowiązków (nie wskazuje konkretnego zakresu obowiązku do wyceny i rozliczenia), będzie skutkował przyjęciem pewnej dozy dowolności wśród wykonawców opracowujących swoje oferty. Będzie to oznaczać, że każdy z oferentów przyjmie mniejszy lub większy stopień ryzyka dla danego zdarzenia kontraktowego (obowiązku) i wyceni go w odmiennym zakresie. Takie działanie będzie znowu skutkowało otrzymaniem przez Zamawiającego ofert zawierających różny zakres wyceny, czyli *de facto* ofert nieporównywalnych.

Nieporównywalność ofert jest zjawiskiem o tyle niebezpiecznym, że przy dużym stopniu ogólności formularza ofertowego, za propozycję najkorzystniejszą zostanie uznana propozycja, która niekoniecznie musi zawierać w sobie pełen zakres ogłoszonego zadania inwestycyjnego lub też będzie zawierać propozycję zakładającą po prostu najmniejszy poziom ryzyka (zakładającą, że poszczególne zdarzenia nie będą miały miejsca w trakcie procesu realizacji).

Taki stan rzeczy będzie prowadzić do „zdobywania” zamówień publicznych nie przez wykonawców, którzy faktycznie przygotowali ofertę najkorzystniejszą, ale przez tych, którzy postawili na dużą dozę „szczęścia” realizacyjnego albo nie potrafili zidentyfikować wszelkich zagrożeń.

Orzecznictwo KIO jest w tym zakresie dość jednoznaczne i powszechnie znane, jednak warto wskazać na doskonale pasującą tezę, postawioną w wyroku z dnia 22 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 24/14: „[...] Zamawiający ma obowiązek **uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny**. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę [...]”.

Powyższe wytyczne mają tym większe znaczenie i wpływ na etap realizacji, jeżeli zamawiający zdecyduje się (co ma miejsce w tym przypadku) na określenie wynagrodzenia wykonawcy w formie ryczałtowej.

Sytuacja w niniejszym postępowaniu jest o tyle złożona, że do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia zostało wprowadzone wynagrodzenie ryczałtowe. Samo wynagrodzenie ryczałtowe w przypadku umów o roboty budowlane budzi wiele kontrowersji. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że ta forma wynagrodzenia nie została szczegółowo uregulowana w przepisach dot. umowy o roboty budowlane, a tylko i wyłącznie w zakresie regulacji dotyczących umowy o dzieło. Ustawodawca ustalając zakres odpowiedniego stosowania rozwiązań dotyczących tej ostatniej, redagując treść art. 656 kc, pominął tą kwestię wynagrodzenia i dopiero orzecznictwo Sądu Najwyższego zezwoliło na stosowanie omawianej konstrukcji w drodze analogii.

Ponieważ mówimy tutaj o stosowaniu instytucji nieprzeznaczonej pierwotnie dla umowy o roboty budowlanej, wręcz określanej przez niektórych przedstawicieli doktryny, jako mającej zastosowanie wyłącznie do prostych/niezłożonych realizacji („Wynagrodzenie ryczałtowe jest zwykle stosowane w odniesieniu do prostych stanów faktycznych umowy o dzieło, w wypadku gdy stronom znana jest wartość wykonanego dzieła, ewentualne koszty potrzebnych materiałów, spodziewany czas trwania prac itp.” - vide: G. Kozieł [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 632.), należy je stosować niezwykle ostrożnie i przy założeniu, że Zamawiający jest w stanie opisać przedmiot umowy w sposób precyzyjny.

W sytuacji, w której wskazanie Wykonawcy zakresu robót przeznaczonych do realizacji napotyka na swojej drodze trudności, Inwestor/Zamawiający powinien raczej skorzystać z wynagrodzenia kosztorysowego, co pozwoliłoby na wykluczenie niemożliwych do przewidzenia ryzyk i spekulacji wykonawców, co do ich uwzględniania w swoich ofertach (co do zasady).

Wprowadzenie do umowy o roboty budowlane kwoty ryczałtowej (która ze swojej natury nie podlega zmianie, lub zmiana ta jest znacząco utrudniona), połączone z nieprecyzyjnym opisem zamówienia, w sposób zasadniczy może oddziaływać na ostateczny wynik finansowy wykonawcy, wypaczając faktyczny przebieg procesu budowlanego. Wykonawca w takich okolicznościach ponosi zupełnie zbędne (i niemożliwe do wyceny) ryzyko zawarcia w swojej ofercie elementów, których zamawiający z jakichś powodów nie był w stanie przedstawić w opisie przedmiotu zamówienia.

Przedstawiony wstęp, tak w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i wynagrodzenia ryczałtowego, w ocenie Odwołującego, powinien stanowić punkt wyjściowy dla omówienia większości zarzutów wysuniętych w niniejszym odwołaniu.

5. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §1 ust. 2 PPU obowiązku wykonania nieprzewidzianych prac/robót.

Zamawiający w § 1 ust. 2 PPU zawarł następujący zapis:

2. Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę wszystkich robót, które okażą się konieczne dla wykonania zadania określonego w ust. 1, a także wykonanie dokumentacji odbiorowej i wszelkich dokumentów wymaganych Umową. Szczegółowy zakres robót zawiera SWZ wraz z załącznikami, stanowiąca integralną część niniejszej Umowy. Ponadto, o ile dla wykonania robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności, dokonanie zgłoszeń lub uzyskanie decyzji i zezwoleń, to Wykonawca wykona te roboty i czynności, dokona zgłoszeń oraz uzyska niezbędne decyzje i zezwolenia własnym kosztem i staraniem.

Mając na względzie literalną treść cytowanego zapisu, Zamawiający pozostawia sobie pewnego rodzaju „furtkę” na wypadek, gdyby opis przedmiotu zamówienia lub szeroko rozumiany SWZ pomijał pewne kwestie.

Wskazaną praktykę należy ocenić negatywnie z punktu widzenia podstaw wyceny oferty i późniejszej porównywalności złożonych Zamawiającemu propozycji cenowych.

Wykonawca podkreśla, że Zamawiający jest profesjonalistą, który wielokrotnie w swojej historii organizował postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, wobec czego jest w stanie przewidzieć ogół czynności - tak z zakresu faktycznego wykonawstwa, jak i czynności natury formalnoprawnej. Ewentualne „niespodzianki” realizacyjne powinny być każdorazowo traktowane z perspektywy zapisów umożliwiających zmianę wynagrodzenia.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca dokonuje wyceny przede wszystkim w oparciu o przedstawioną mu dokumentację projektową, opis przedmiotu zamówienia czy pozostałe materiały dostarczone przez Zamawiającego. Na nałożony obowiązek wyceny (w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego) zdarzeń przyszłych - niepewnych należy patrzeć przez pryzmat możliwego nadużycia prawa podmiotowego ze strony Zamawiającego i adhezyjnego charakteru PPU.

W przedmiotowym zakresie rozstrzygała Izba w wyroku z dnia 03 października 2012 r. sygn. akt KIO 2015/12 i wskazała: „*W granicach kosztów obciążających wykonawcę w związku z wykonaniem umowy **powinny mieścić się koszty od wykonawcy zależne i wynikające z przyczyn od niego zależnych. Nie może natomiast obejmować cena kosztów, które nie mieszczą w granicach opisu przedmiotu zamówienia, a powstały w toku realizacji robót budowlanych i wynikają z konieczności udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających.***”

Zupełnie na marginesie zwracamy uwagę, że treść §1 ust. 2 PPU pozostaje w sprzeczności z §8 PPU, który znowu zezwala na zmianę wynagrodzenia w sytuacjach nieprzewidzianych.

Zdaniem Odwołującego ww. rozbieżność powinna zostać usunięta, co też zabezpieczy mechanizm roszczeń, o których mowa we wspomnianym już §8 PPU.

6. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, poprzez niepełne określenie w §2 ust. 1 PPU, hierarchii dokumentów.

Odwołujący podnosi, iż dokonane przez Zamawiającego zestawienie jest niepełne i zbyt ogólne.

W niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia stanowi obszerny materiał, wobec czego ujęcie dokumentacji projektowej (szczególnie o jej złożonym charakterze) zbiorczo w jednym przepisie może prowadzić do braku możliwości znalezienia opracowania wiodącego w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa będzie sprzeczna wewnątrz.

Biorąc pod uwagę, że już sam Odwołujący wskazał na istniejącą rozbieżność, to wykrycie kolejnej na etapie realizacji praktycznie uniemożliwi kontynuowanie robót budowlanych, albowiem strony umowy nie będą dysponować zasadą, którą ową rozbieżność pozwoli wyeliminować.

7. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez nakazanie w §7 ust. 1 pkt 1 PPU, obowiązku analizy i weryfikacji przez Wykonawcę dokumentacji projektowej.

Zamawiający w PPU wprowadził następujący zapis:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:
- 1) analizy i weryfikacji dokumentacji projektowej, a w razie wykrycia wad, które uniemożliwią prawidłowe wykonanie robót, niezwłocznego pisemnego powiadomienia o tym fakcie Zamawiającego;

Problem odpowiedzialności za dokumentację projektową i wynikające z niej błędy był wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć tak Izby, jak i sądów powszechnych.

Przykładowo można wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 października 2018 r. sygn. akt VI AcA 738/18, gdzie orzeczono: „[...] *Przepis, przewidujący obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, dotyczy każdego momentu w trakcie realizacji robót, w którym wykonawca dowiedział się o konkretnych nieprawidłowościach.*

Przepis ten nie może być jednak odczytywany w sposób, że nakłada na wykonawcę obowiązki dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia założeń inwestora, wymagających specjalistycznych obliczeń, w celu wykrycia ewentualnych wad [...]”

Orzecznictwo jest znacznie bogatsze w tym zakresie, jednak na obecnym etapie przywoływanie kolejnych rozstrzygnięć należy uznać za zbędne.

Kolejno, Odwołujący podnosi, że niniejsze postępowanie odbywa się w tzw. formule „buduj”, a co za tym idzie Zamawiającego wiąże treść art. 647 kc i wynikające z tego przepisu obowiązki, a co za tym idzie, za projekt odpowiada Inwestor (Zamawiający).

Mając to na względzie, poza przypadkami o których mowa w art. 651 kc (który zastosowanie znajdzie po rozpoczęciu robót budowlanych), wyznaczanie obowiązku analizy i weryfikacji dokumentacji przez Wykonawcę jest nieuprawnione i stanowi formę „przerzucania” ryzyka, którego wykonawca nie może ponosić, jako wynikającego z okoliczności zupełnie od niego niezależnych.

8. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 pkt 5 PPU obowiązku stosowania przez Wykonawcę instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru.

Zamawiający w PPU wprowadził następujący zapis:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:
- 5) stosowania instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru, niezbędnych dla zapewnienia prawidłowej realizacji Umowy, jakości oraz terminów wykonania robót;

Odwołujący podnosi, iż powyższy obowiązek, a tym samym uprawnienie Zamawiającego, są nazbyt daleko idące.

Poprzez brak sprecyzowania przedmiotowych instrukcji i procedur, jak też brak określenia zakresu możliwych do wydania poleceń (poprzez chociażby odniesienie do Ustawy Prawo budowlane), Zamawiający zyskuje bliżej nieokreślony wpływ na faktyczny przebieg realizacji, a dodatkowo Zamawiający może w sposób dowolny kreować zakres obowiązków spoczywających na Wykonawcy, jak również modyfikować przedmiot umowy (sposób i zakres jego wykonania), co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej wyceny oferty.

W toku realizacji, na skutek wydawanych poleceń, czy też wprowadzania nieokreślonych obecnie procedur, może dojść do sytuacji, w której wykonawca będzie zobligowany podejmować działania, których nie wycenił.

Jednocześnie różne – z punktu widzenia ryzyka kontraktowego – podejście do powyższego zagadnienia przez poszczególnych wykonawców może kreować stan nieporównywalności ofert.

9. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §7 ust. 1 pkt 1 PPU w zw. z pkt 4.0 ppkt 25 OPZ obowiązku przeprowadzenia na terenie inwestycji rozpoznania saperskiego bez określenia jego faktycznego zakresu.

Zamawiający wprowadził następujący obowiązek:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:

31) zapewnienia rozpoznania i nadzoru saperskiego zgodnie z OPZ;

oraz

- 25) Przed przystąpieniem do robót, jak też w trakcie wykonywania robót Wykonawca zobowiązany będzie przeprowadzić na terenie budowy rozpoznanie saperskie i oczyścić teren budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych. Raporty z prowadzonego nadzoru saperskiego należy przekazywać Zamawiającemu na bieżąco.
Koszty tego nadzoru należy ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Wykonawca co do zasady nie neguje obowiązku przeprowadzenia rozpoznania saperskiego w sytuacji, gdy przewidywane roboty budowlane mają być prowadzone na terenie, na którym istnieje zagrożenie odnalezienia niewybuchów.

Odwołujący zwraca jednak uwagę, że wycena ww. usługi (jako wykonywanej przez zewnętrzny podmiot zewnętrzny, posiadający stosowne uprawnienia i zezwolenia) jest zależna od jej faktycznego zakresu.

Wyceniający powinien znać faktyczną powierzchnię jaka ma zostać sprawdzona, jak też głębokość do której rozpoznanie ma zostać przeprowadzone, albowiem znacząco wpływa to na koszt prowadzonych sprawdzeń.

Dodatkowo nadmieniamy, że kwestia odnalezienia niewybuchów stanowi zdarzenie przyszłe niepewne, tak co do samego faktu jego wystąpienia, jak i co do zakresu/iłości możliwych znalezisk.

W sytuacji w której wykonawca nie posiada konkretnych danych do wyceny określonego obowiązku (brak zakresu rozpoznania), nie jest w tym zakresie dokonać poprawnej wyceny.

Zamawiający, celem zadośćuczynienia treści art. 99 pzp, powinien wskazać szczegółowy opis rozpoznania saperskiego, w szczególności przez wskazanie głębokości do której należy go dokonać.

Omówione powyżej działania pomogą uniknąć spekulacji cenowych, jak również niczym niezawinionych strat finansowych po stronie wykonawcy.

10. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 354 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, poprzez określenie w pkt 4 ppkt 27 OPZ, odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezainwentaryzowanego uzbrojenia na zasadzie ryzyka.

Zamawiający określił następujący obowiązek:

27) Wykonawca naprawi i pokryje Zamawiającemu lub osobom trzecim wszystkie koszty związane z naprawą uszkodzonego **uzbrojenia zainwentaryzowanego i niezainwentaryzowanego** oraz związane z uszkodzeniem innego mienia Zamawiającego lub osób trzecich. Odpowiedzialność Wykonawcy w tym zakresie oparta jest **na zasadzie ryzyka**.

Odwołujący pragnie ponownie odwołać się do cytowanego już orzeczenia Izby z dnia 03 października 2012 r. sygn. akt KIO 2015./12 i podkreślić, że nie może ponosić odpowiedzialności za zdarzenia przyszłe niepewne, uzależnione od realizacji swoich obowiązków przez podmioty trzecie.

W przypadku uzbrojenia niezainwentaryzowanego wykonawca nie ma możliwości jego wcześniejszego wykrycia (nie widnieje ono na planach, mapach oraz dokumentacji projektowej) ani zabezpieczenia.

Ponieważ wskazane uzbrojenie może pojawić się w dowolnym punkcie placu budowy (wszędzie gdzie będą prowadzone roboty ziemne), to wykonawca byłby zobligowany do prowadzenia wszelkich wykopów z nadmierną ostrożnością (co i tak nie wykluczałoby uszkodzenia uzbrojenia), znacząco zmniejszającienne wydajności sprzętu, co bezpośrednio przekłada się na zysk i wykorzystanie czasu przeznaczonego na wykonania zadania.

Wykonawca nie ma sposobności skalkulowania kosztów uszkodzeń uzbrojenia, o istnieniu którego nie ma pojęcia, albowiem nie zna rodzaju sieci (czy będzie to sieć elektroenergetyczna, gaz niskiego, średniego, wysokiego ciśnienia, woda, teletechnika) ani ich ilości pozostających w kolizji z prowadzonymi robotami zasadniczymi.

Wykonawca może zobowiązać się do usunięcia skutków uszkodzenia sieci i przebudowy kolizji, jednak powinno się to odbywać za dodatkowym wynagrodzeniem, albowiem w innym wypadku brałby na siebie odpowiedzialność za nierzetelne działanie podmiotów odpowiedzialnych za umiejscowienie poszczególnych urządzeń przesyłowych, na których spoczywał obowiązek naniesienia ich na odpowiednie mapy i zgłoszenia do ośrodka geodezyjnego (vide: art. 43 Ustawy prawo budowlane).

Zupełnie na marginesie należy wskazać, że to Zamawiający powinien mieć najszerszą wiedzę w zakresie problemu sieci niezinwentaryzowanych i to Zamawiający powinien egzekwować obowiązek ich odpowiedniego wyszczególnienia, gdyż ośrodek geodezyjny jest jednostką podległą Miastu Gdańsk.

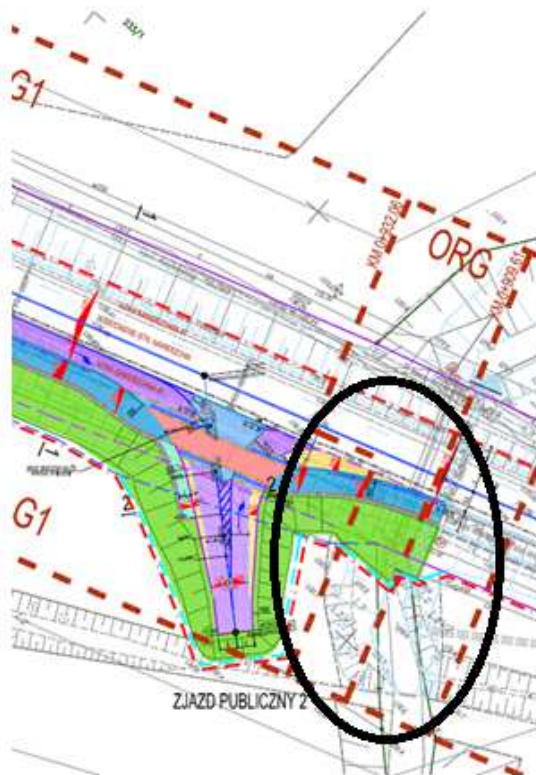
11. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dwóch dokumentacji projektowych zawierających sprzeczne informacje w zakresie kategorii gruntu na styku odcinków km 0+909,61 – km 0+932,06 oraz odcinka km 0+932,06 – do ronda.

Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia załączył jako element SWZ dwie dokumentacje projektowe, tj. dokumentację na rozbudowę ul. Budowlanych oraz dokumentację na rozbudowę ul. Budowlanych – część B, będącą uzupełnieniem pierwotnej dokumentacji w zakresie skrzyżowania z ulicą oznaczoną jako 033-KD81 oraz budowy zjazdów na działki nr 241/1 i 241/2 obręb 0025.

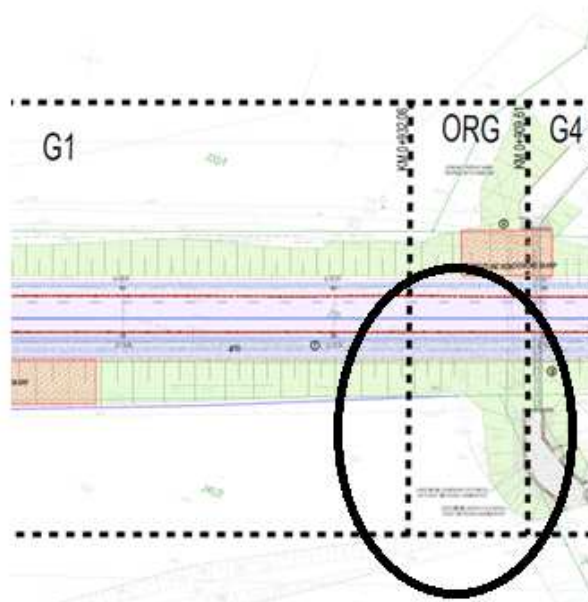
Przedmiotowe dokumentacje są ze sobą sprzeczne w zakresie określenia kategorii gruntu na odcinku od km 0+909,61 do km 0+932,06 oraz odcinku od km 0+932,06 do ronda, co przedstawiają poniższe grafiki.

Poniżej po prawej stronie projekt pierwotny (projekt wykonawczy „Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku. Układ drogowy”, plik „05__2__PW_PLANSZA_WZMOCNIEN.pdf”) – grunty organiczne (czyli grunty do wymiany) znajdują się w prostokątnym obszarze od km 0+909,61 do km 0+932,06 oznaczonymi jako „ORG”.

Po lewej stronie projekt uzupełniający (projekt wykonawczy „Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku – część B. Układ drogowy”, plik „01_PW_PLAN_SYTUACYJNY.pdf”) – grunty organiczne (czyli grunty do wymiany) znajdują się w obszarze od km 0+909,61 do km 0+932,06 oznaczonymi jako „ORG”, który ma inny kształt i mniejszą powierzchnię niż w projekcie pierwotnym.



Rys. 01_PW PLAN SYTUACYJNY



Rys. 05_2_PW_PLANSZA WZMOCNIEN

Powyższe różnice w kształcie i powierzchni obszaru, na którym występują grunty organiczne, mają niebagatelny wpływ na wycenę zamówienia.

Jak wskazuje w pkt 6.3 projekt wykonawczy „Technologia konstrukcji nawierzchni”, w przypadków gruntów „ORG” należy (poza obszarem odwiertu nr 8):

W rejonie występowania gruntów organicznych należy wykonać następującą konstrukcję ulepszanego podłoża:

- podłoże gruntowe
- geotkanina separacyjno-wzmacniająca
- georuszt trójosiowy *
- warstwa ulepszanego podłoża z mieszanki niezwiązanej o CBR $\geq 20\%$: 40 cm
- georuszt trójosiowy *
- podbudowa pomocnicza z mieszanki niezwiązanej o CBR $\geq 60\%$: 35 cm
- konstrukcja nawierzchni

* - alternatywnie dopuszcza się zastosowanie georusztu dwuosiowego. W przypadku zastosowania georusztu dwuosiowego grubość każdej warstwy mieszanki niezwiązanej należy zwiększyć o 10 cm.

Jak możemy zauważyć, grunt „ORG” wymaga wielu zabiegów będących pracami kosztotwórczymi, w sytuacji gdy grunt w kategorii G1, stanowi kategorię docelową o dobrej nośności, co do których wykonawca może pominąć ww. roboty.

Wobec powyższego kluczowa dla wykonawcy jest znajomość faktycznego obszaru gruntów „ORG”, a który to obszar jest sprzecznie opisany w obu dokumentacjach.

Wobec braku „normy kolizyjnej” z §2 ust. 1 PPU, wykonawca został pozbawiony możliwości samodzielnego określenia niezbędnych danych.

12. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez określenie w pkt 6.3 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni” zakresu wymiany gruntu w rejonie otworu nr 8 w km 0+925 w sposób nieprecyzyjny, niedający się wycenić.

Zamawiający napisał:

Wymianę gruntów organicznych należy wykonać jedynie w podstawie poszerzanego nasypu w rejonie otworu nr 8 w km 0+925. Wymianę gruntu należy wykonać na szerokości równej dwukrotnej głębokości zalegania gruntów organicznych w danym przekroju.

Odwołujący podnosi, że przy tak sformułowanym zapisie i jednoczesnej niepewności Zamawiającego co do faktycznej sytuacji geologicznej terenu budowy (vide: pkt 6.4 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni”), ponownie wykonawca został pozbawiony możliwości poprawnej wyceny zakresu zamówienia.

Zamawiający uzależnił szerokość wymiany gruntu od głębokości zalegania gruntów organicznych.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje:

Pokazany na profilu podłużnym zakres stosowania konstrukcji ulepszonego podłoża jest orientacyjny, ustalony na podstawie dokumentacji geotechnicznej [2], która z racji odległości pomiędzy odwiertami nie musi dokładnie odzwierciedlać rzeczywistego zakresu występowania gruntów różnej grupy nośności. Zakres odcinków należy zweryfikować na etapie budowy, po odhumusowaniu

Należy wnioskować, że w trakcie realizacji, może dojść do sytuacji, w której grubość warstwy gruntu organicznego będzie większa aniżeli w przedłożonej na etapie postępowania dokumentacji.

Zwiększenie grubości warstwy gruntów organicznych, automatycznie przekłada się na zwiększenie szerokości pasa wymiany gruntu.

Wobec powyższego, jeżeli Zamawiający zamierza ukształtować wynagrodzenie na zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego, to powinien dołożyć wszelkich starań, aby badania geologiczne były jak najbardziej precyzyjne (co przykładowo było możliwe poprzez zlecenie większej liczby odwiertów). To właśnie o ww. badania, jak i treść opisu technicznego wykonawcy dokonają swojej wyceny, która na skutek niepełnych danych będzie zniekształcona.

13. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez wskazanie w pkt 6.4 projektu wykonawczego „Technologia konstrukcji nawierzchni”, nieprecyzyjnego zakresu badań geotechnicznych przekładających się na technologię wykonania.

Zamawiający napisał:

6.4. Klasyfikacja gruntów podłoża

Pokazany na profilu podłużnym zakres stosowania konstrukcji ulepszanego podłoża jest orientacyjny, ustalony na podstawie dokumentacji geotechnicznej [2], która z racji odległości pomiędzy odwiertami nie musi dokładnie odzwierciedlać rzeczywistego zakresu występowania gruntów różnej grupy nośności. Zakres odcinków należy zweryfikować na etapie budowy, po odhumusowaniu podłoża/rozbiórce nawierzchni, kiedy możliwe będzie dokładne wyznaczenie miejsc czy odcinków, na których warunki gruntowe odbiegają od przedstawionych w dokumentacji geotechnicznej. Ewentualne zmiany w zakresie i rodzaju wzmocnienia podłoża powinny zostać ustalone przez Nadzór, w razie konieczności w uzgodnieniu z Projektantem.

Z powyższego zapisu wynika, że załączone do SWZ badania geotechniczne, ze względu na odległość między odwiertami, mogą podawać niepełne dane.

Zamawiający wprost zakłada, że na etapie realizacji może dojść do zmiany technologii wykonania poszczególnych robót. Wykonawcy obecnie w pewnym zakresie mogą dokonywać wirtualnej wyceny niniejszego zamówienia, ponieważ jego faktyczny zakres zostanie określony dopiero w momencie rozpoczęcia robót ziemnych. Odwołujący – wobec braku szczegółowych danych – jest ograniczony w możliwości precyzyjnej wyceny, jednak co gorsze, wykonawcy mogą w tym zakresie przyjąć różne poziomy ryzyka odnośnie do sytuacji gruntowej, co ponownie doprowadzi do stanu, w którym oferty potencjalnie wyceniające ten sam zakres, de facto staną się nieporównywalne.

Brak pewności co do poprawności danych geologicznych, który ponadto został w pewnym zakresie potwierdzony przez Zamawiającego, może prowadzić do wypaczenia wyników postępowania.

14. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 1 – 6 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021r. (Dz.U. z 2021 poz. 2468, dalej jako „Rozporządzenie”) w zw. z art. 14 ust. 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz.U. z 2022 poz. 699 t.j.) poprzez określenie w §7 ust. 3 pkt 17 PPU i pkt 4.0 ppkt 68 tir. 4 OPZ nieprecyzyjnych zasad postępowania z destruktem bitumicznym.

Zamawiający określił następujące warunki:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:

17) sprzątania terenu budowy, zagospodarowania odpadów z terenu budowy lub powstałych w wyniku realizacji robót zgodnie z ustawą o odpadach;

oraz:

58) Gospodarka odpadami

W zakresie gospodarowania odpadami Wykonawca zobowiązany jest do:

- przewiezienia destruktu bitumicznego pozyskanego z rozbiórki istniejących nawierzchni w miejsce wskazane przez GZDiZ (po telefonicznym uzgodnieniu z inspektorami nadzoru – tel. 585244544, 585244548, 585244549) lub na składowisko wskazane przez Zamawiającego.

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że destruktu bitumiczny ma bardzo szczególny charakter, odmienny od pozostałych „materiałów” powstałych na skutek prowadzenia prac rozbiórkowych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że co do zasady, materiały powstające po przeprowadzeniu robót rozbiórkowych, co do zasady, otrzymują status odpadu.

Nie inaczej jest z destruktem bitumicznym, który ponadto, jako produkt ropopochodny stanowi odpad niebezpieczny.

Ze względu na możliwość zagospodarowania owego destruktu i jego przydatność do ponownego wykonania nawierzchni drogowych, Ustawodawca przewidział dla niego dodatkową „ścieżkę” procedowania, dla uznania go za pełnoprawny produkt budowlany.

Ww. proces został ujęty w Rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego wydane w oparciu o przepisy art. 14 ust. 1 ustawy o odpadach.

W §2 Rozporządzenia przewidziano szereg przesłanek, które destruktu musi spełnić zanim utraci status odpadu, tj.:

Warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy (o odpadach), przez odpady destruktu asfaltowego uznaje się za spełnione, jeżeli łącznie:

1) odpady destruktu asfaltowego:

a) nie są zanieczyszczone substancjami innymi niż te, które są stosowane w ramach produkcji mieszanek mineralno - asfaltowych, oraz podczas ich stosowania i normalnego użytkowania,

b) **są przetwarzane w procesach odzysku R5 lub R12**, wymienionych w załączniku nr 1 do ustawy;

2) łączna zawartość wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych, w tym zawartość benzo(a)pirenu, w odniesieniu do suchej masy próbki, nie przekracza maksymalnego dopuszczalnego stężenia określonego w tabeli 1 w załączniku nr 1 do rozporządzenia albo w badaniu na obecność wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych metodą uproszczoną określoną w załączniku nr 2 do rozporządzenia otrzymano negatywny wynik - w przypadku odpadów destruktu asfaltowego, dla których istnieją dowody, że powstały z mieszanki mineralno-asfaltowej wykorzystanej do budowy, przebudowy lub remontu dróg i wyprodukowanej po dniu 31 grudnia 2000 r.:

3) destruktu asfaltowy otrzymany **w procesie odzysku spełnia co najmniej wymagania normy PN-EN 13108-8;**

4) odciek próbki **nie przekracza maksymalnych dopuszczalnych stężeń** określonych w załączniku nr 3 do rozporządzenia;

5) próbka została pobrana i przebadana zgodnie z § 3;

6) destruktu asfaltowy otrzymany w procesie odzysku **może zostać wykorzystany do budowy, przebudowy lub remontu dróg**, w tym utwardzania placów i poboczy, lub infrastruktury lotniskowej, w tym dróg startowych, dróg kołowania, pasów lotniskowych i płyt postojowych.

Jak widać, Ustawodawca przewidział w omawianym zakresie bardzo szczegółowy proces. Wobec powyższego nasuwa się seria pytań:

- Czy założeniem Zamawiającego jest przeprowadzenie procedury utraty przez destrukcję bitumiczny statusu odpadu?
- Jeżeli tak, to kto odpowiada i finansuje procedurę utraty przez destrukcję bitumiczny statusu odpadu?
- Czy podmiot któremu wykonawca ma przekazać destrukcję posiadaj zezwolenie na przetwarzanie odpadu o kodzie 17 03 02 w procesie R12 lub R5, czy też po stronie wykonawcy leży znalezienie podmiotu który takie uprawnienia posiada?
- Czy po przetworzeniu destruktu bitumicznego, powstały granulaty wykonawca obowiązany jest na własny koszt poddać badaniom na okoliczność spełnienia wymagań utraty statusu odpadów określonych w rozporządzeniu i kolejno zwrócić zamawiającemu wraz ze stosownymi oświadczeniami o zgodności z warunkami utraty statusu odpadów destruktu asfaltowego?

Jak widać krótki zapis OPZ, wobec braku precyzji, rodzi bardzo wiele wątpliwości które oczywiście przekładają się na problem wyceny przedmiotu zamówienia, ponieważ, przeprowadzenie całego zaproponowanego procesu niesie za sobą koszty. Poza samym zakresem działań wobec destruktu, kluczowe wydaje się wskazanie czy w ogóle Zamawiający wymaga od oferentów podjęcia takich działań.

Występowanie tak wielu niepewności ponownie będzie prowadziło do potencjalnych różnic w podejściu do wyceny przez poszczególnych uczestników postępowania, co w sposób oczywisty kłóci się zasadami pzp.

Celem określenia ww. tematyki w sposób kompletny, należy też omówić scenariusz, w którym Zamawiający nie życzy sobie aby destrukcja utracił status odpadu i jako taki został odpowiednio zutylizowany przez wykonawcę (vide: §7 ust. 3 pkt 17 PPU).

Konieczność zagospodarowania odpadu pozostaje (przynajmniej obecnie) w sprzeczności z zapisem pkt 4.0 ppkt 68 tir. 4 OPZ, ponieważ z jednej strony odpad należy zagospodarować, ale należy go przekazać w ściśle określone miejsce (wskazane przez Zamawiającego).

Określony plac składowy będzie należał do konkretnego podmiotu, który to jednak żeby odebrać odpad, musi spełniać wymogi z art. 27 ust. 2 Ustawy o odpadach, tj.:

Wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają:

- 1) *zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, lub*
- 2) *koncesję na podziemne składowanie odpadów, pozwolenie zintegrowane, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - na podstawie odrębnych przepisów, lub*
- 3) *wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5*

Wobec powyższego, nasuwa się oczywiste pytanie, czy Zamawiający przewidział wskazane zapisy Ustawy o odpadach i czy tak plac składowy, jak i dysponujący nim podmiot będzie spełniał określone wymogi i nie narazi wykonawcy na odpowiedzialność za ich naruszenie.

Na marginesie należy dodać, że Zamawiający (numer rejestrowy: 000322002) **nie posiada wpisu do Bazy Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Odpadami w Dziale XI**, a jedynie w dziale XII (Wytwórca odpadów obowiązany do prowadzenia ewidencji odpadów niepodlegających obowiązkowi uzyskania pozwolenia na wytwarzanie odpadów albo pozwolenia zintegrowanego), wobec czego wykonawca nie ma prawa przekazać destruktu na jego place składowe.

Zamawiający w niniejszym przypadku powinien rozwiązać wszelkie wątpliwości odnośnie procedury jaką zamierza zastosować w stosunku do przedmiotowego produktu/odpadu, co pozwoli wykonawca na uprzednie przygotowanie procesu postępowania z destruktem oraz zabezpieczenie w tym zakresie odpowiednich kosztów i ujęcie ich w ofercie.

15. Podsumowanie

Zamawiający w niniejszym postępowaniu postanowił skorzystać z wynagrodzenia w formie ryczałtowej. Wobec ograniczonej możliwości zmiany tej formy wynagrodzenia, określenie przedmiotu zamówienia musi zostać sformułowane w sposób precyzyjny i niepozwalający na spekulacje oferentów w zakresie szacowania (nieprzewidzianych) kosztów na etapie realizacji.

Analiza OPZ i wchodzących w jego skład dokumentów pokazuje, że w wielu miejscach Zamawiającemu zabrakło precyzji. Uwidocznione rozbieżności będą w sposób oczywisty prowadzić do szacowania pewnych wartości, które mogą okazać zupełnie niepasujące do stanu faktycznego, jaki wykonawca zastanie na terenie budowy.

Kolejnym problemem, będącym efektem niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, może okazać się stan nieporównywalności ofert. W przypadku rozbieżności danych stanowiących podstawę do wyceny, jak zostało to wielokrotnie wskazane, wykonawcy mogą w różny sposób podejść do ich interpretacji, wyceny związanego z nimi ryzyka, jak też nawet mogą poszczególnych obowiązków w ogóle nie wycenić.

Mając na względzie przedstawioną argumentację, wnosimy i wywodzimy jak dotychczas.

.....

Załączniki:

1. Dowód wniesienia opłaty od odwołania
2. Pełnomocnictwa, KRS Odwołującego wraz z opłatą od pełnomocnictw
3. Dowód doręczenia Odwołania Zamawiającemu,
4. Projektowane Postanowienia Umowy,
5. Opis Przedmiotu Zamówienia,
6. Projekt wykonawczy „Technologia konstrukcji nawierzchni”,
7. Dokument 05_2_PW_PLANSZA_WZMOCNIEN - Projekt wykonawczy „Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku. Układ drogowy”,
8. Dokument 01_PW PLAN SYTUACYJNY - Projekt wykonawczy „Rozbudowa ul. Budowlanych w Gdańsku – część B. Układ drogowy”.