

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zarząd Dróg Wojewódzkich

ul. Dworcowa 80, 85-010 Bydgoszcz

fax: +48 52 370 57 11

Odwołujący:

SKANSKA S.A.

ul. Gen. J. Zajączka 9

01-518 Warszawa

tel.: 22 561 33 62

fax.: 22 560 83 01

Adres do korespondencji:

SKANSKA S. A.

ul. Towarowa 36

85-746 Bydgoszcz

tel.: (61) 891 73 00

fax.: (22) 560 84 18

e-mail: inzynieria.bydgoszcz@skanska.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„ROZBUDOWA DROGI WOJEWÓDZKIEJ NR 240 CHOJNICE – ŚWIECIE OD KM 23+190 DO KM 36+817 I OD KM 62+877 DO KM 65+718”**. Postępowanie oznaczone jest znakiem **ZDW.N4.363.04.2017**.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

uksztaltowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) w sposób sprzeczny z przepisami ustawy.

Kwestionowane postanowienia dokumentacji:

- 1) „Przewidywany termin rozpoczęcia zamówienia: od dnia zawarcia umowy” – **pkt 1.4.1a) SIWZ oraz § 4 ust. 1a) Umowy;**
- 2) „Termin wykonania zamówienia ustala się na dzień 29.06.2018 r. – **pkt 1.4.1b) SIWZ oraz § 4 ust. 1b) Umowy;**
- 3) „Termin rozpoczęcia realizacji umowy może ulec przesunięciu ze względu na termin zawarcia umowy o dofinansowanie, oraz procedurą przetargową lub odwoławczą. Przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji umowy nie wpływa na termin zakończenia umowy” – **§ 20 ust. 7 lit. J (str. 78) SIWZ.**
- 4) „Przed przystąpieniem do prac Wykonawca zobligowany jest do oceny faktycznego stanu technicznego obiektu i przedstawieniu wyników oceny Projektantowi. Na podstawie wspólnej oceny podjęta zostanie decyzja o ew. zmianie zakresu remontu obiektu” – **Projekt wykonawczy branży mostowej, Tom: G.1 – Wiadukt w km 64+851, OPIS TECHNICZNY Do Projektu Budowlanego remontu wiaduktu w m. Terespol Pomorski w km 64+851 nad linią kolejową nr 131, pkt 5. Charakterystyka obiektu – stan istniejący, 5.1. Podstawowe dane techniczne istniejącego wiaduktu, dalej „wiadukt” (w konkluzji tego punktu);**
- 5) „Wykonawca w ramach ceny zobligowany jest do dokonania w imieniu Inwestora aktualizacji wszelkich uzgodnień (których ważność wygasła) z instytucjami, organami administracji publicznej oraz gestorami sieci podziemnych i nadziemnych (telekomunikacja, wodociągi, energetyka, PKP, itp.). Powyższe nie może być powodem roszczeń, związanych z przesunięciem planowanego terminu wykonania robót budowlanych” – **SZCZEGÓŁOWE WARUNKI REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (zwanego również OPZ), pkt 5, str. 4;**
- 6) „Wykonawca w ramach ceny zobowiązany jest do wykonania stacji drogowej meteorologicznej z tablicą o zmiennej treści typu UOPG3 wraz

administracji publicznej oraz gestorami sieci podziemnych i nadziemnych. Powyższe nie może być powodem roszczeń, związanych z przesunięciem planowanego terminu wykonania robót budowlanych” –

SZCZEGÓŁOWE WARUNKI REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (zwanego również OPZ), pkt 5, str. 4.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 Ustawy w zw. z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim Zamawiający nie przekazał dokumentacji projektowej albo nie sporządził PFU (i nie załączył do SIWZ), danych i dokumentów niezbędnych do ustalenia zakresu planowanych prac i robót budowlanych, a co za tym idzie również kosztów z tym związanych i, przygotowania oferty w zakresie obliczenia ceny oferty.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący składając niniejsze odwołanie wnosi o jego uwzględnienie, a w konsekwencji o:

- 1) jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie, który jest obowiązujący w formule „zbuduj” (stacja drogowa meteorologiczna i wiadukt),
albo
- 2) jednoznaczne opisanie wszystkich parametrów charakterystycznych niezbędnych do zaprojektowania obiektów (wiaduktu oraz stacji drogowej meteorologicznej), jeśli mają one zostać zaprojektowane i wykonane w ramach przedmiotu zamówienia zgodnie z § 15, § 18 i § 17 Rozporządzenia

- 3) zmianę postanowień SIWZ poprzez zmianę terminów realizacji przedmiotu umowy w sposób następujący:
 „Przewidywany termin rozpoczęcia zamówienia: od dnia zawarcia umowy. Termin wykonania zamówienia ustala się na 18 (osiemnaście) miesięcy (lub inny termin określony w ten sposób) od zawarcia umowy. Termin rozpoczęcia realizacji umowy może ulec przesunięciu ze względu na termin zawarcia umowy o dofinansowanie, oraz procedurą przetargową lub odwoławczą. Przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji umowy wpływa na termin zakończenia umowy”;
- 4) usunięcia obowiązku Wykonawcy, zgodnie z którym „w ramach ceny zobligowany jest do dokonania w imieniu Inwestora aktualizacji wszelkich uzgodnień (których ważność wygasła) z instytucjami, organami administracji publicznej oraz gestorami sieci podziemnych i nadziemnych (telekomunikacja, wodociągi, energetyka, PKP, itp.). Powyższe nie może być powodem roszczeń, związanych z przesunięciem planowanego terminu wykonania robót budowlanych”, zawartego w SZCZEGÓŁOWYCH WARUNKACH REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (zwanego również OPZ), pkt 5, str. 4;
 ewentualnie, o
- 5) dodanie pozycji w kosztorysie dla wyceny obowiązku Wykonawcy, zgodnie z którym „zobligowany jest do dokonania w imieniu Inwestora aktualizacji wszelkich uzgodnień (których ważność wygasła) z instytucjami, organami administracji publicznej oraz gestorami sieci podziemnych i nadziemnych (telekomunikacja, wodociągi, energetyka, PKP, itp.). Powyższe nie może być powodem roszczeń, związanych z przesunięciem planowanego terminu wykonania robót budowlanych” – SZCZEGÓŁOWE WARUNKI REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (zwanego również OPZ), pkt 5, str. 4, a także dodanie w harmonogramie pozycji (czasu) na te uzgodnienia; dodatkowo Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do przesunięcia terminu wykonania umowy o czas dokonywania takich uzgodnień;
- 6) w razie uwzględnienia żądania powyżej w pkt 5, Odwołujący wnosi o zawarcie w dokumentacji postanowienia, zgodnie z którym w razie ujawnienia w toku uzgodnień infrastruktury, która nie była ujawniona w

zakresem robót) zostanie uwzględniony w wynagrodzeniu Wykonawcy; w razie konieczności zmiany dokumentacji projektowej z tego powodu, za dostosowanie projektu do infrastruktury odpowiada Zamawiający;

- 7) usunięcie zdania „Powyższe nie może być powodem roszczeń, związanych z przesunięciem planowanego terminu wykonania robót budowlanych” ze SZCZEGÓŁOWYCH WARUNKÓW REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (zwanego również OPZ), pkt 5, str. 4;
- 8) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem na skutek niezgodnego z prawem ukształtowania przez Zamawiającego warunków SIWZ może ponieść szkodę ze względu na brak możliwości wzięcia udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym lub zawarcie umowy nieważnej z mocy prawa lub podlegającej unieważnieniu. Ponadto w interesie Odwołującego się jest to, aby postępowanie przeprowadzone zostało w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz treść SIWZ zostały opublikowane w dniu 4.03.2017 r. Wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt. 1) i art. 42 ust. 1 Ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Termin do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie wynosi zatem 10 dni i upływa w dniu 14.03.2017 r. Odwołanie zostało zatem wniesione w terminie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**ROZBUDOWA DROGI WOJEWÓDZKIEJ NR 240 CHOJNICE – ŚWIECIE**

Zamawiający w dniu 4 marca 2017 roku, opublikował na swej stronie internetowej treść SIWZ dla postępowania.

I. Zarzut błędnego opisu przedmiotu zamówienia:

W dokumentacji nie znalazł się Program Funkcjonalno Użytkowy. Tymczasem zgodnie z projektem wykonawczym branży mostowej, Tom: G.1 – Wiadukt w km 64+851, OPIS TECHNICZNY do Projektu Budowlanego remontu wiaduktu w m. Terespol Pomorski w km 64+851 nad linią kolejową nr 131, pkt 5. Charakterystyka obiektu – stan istniejący, 5.1. Podstawowe dane techniczne istniejącego wiaduktu, (w konkluzji tego punktu), Wykonawca może być zmuszony do ustalania nowego projektu dla w/w obiektu. Wykonawca został też zobowiązany do wykonania stacji drogowej meteorologicznej (OPZ), dla której brak PFU. Opis przedmiotu zamówienia jest więc niezgodny z treścią Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Formuła zamówienia nakazuje Zamawiającemu opisać przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ustawy). Zamawiający, w części zamówienia, opisuje jego przedmiot zgodnie z formułą „zbuduj”. W innym zakresie, wskazanym w kwestionowanych postanowieniach dokumentacji, obowiązki Wykonawcy wykraczają poza tak określone ramy zamówienia. W razie konieczności przeprojektowania wiaduktu, Wykonawca będzie zmuszony ustalać zakres projektu z projektantem. Takiej formuły opisu przedmiotu zamówienia nie zna ustawa Prawo zamówień publicznych. Jeśli Zamawiający zamierza w tej części zamówić u Wykonawcy projekt, a następnie

Oznacza to, iż Wykonawca nie posiada założeń do projektowania oraz nie ma pewności ani roszczenia co do terminu ich wydania pozostając związanym postanowieniami Umowy. W konsekwencji powyższego Wykonawca nie może oszacować oferty, gdyż opis przedmiotu zamówienia ma wady istotne. Skoro na etapie, gdy jest już projekt wiaduktu Zamawiający chce go weryfikować, to powstaje pytanie co właściwie ma być przedmiotem zamówienia. Powyższy zapis jednoznacznie dowodzi, iż Zamawiający nie zrealizował swojego obowiązku w zakresie należytego przygotowania inwestycji i to zarówno w rozumieniu obowiązków nałożonych na niego art. 647 k.c. jak i wymagań Prawa zamówień publicznych wraz z rozporządzeniami regulującymi opis przedmiotu zamówienia.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.03.2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), Izba stwierdziła m.in., że:

„Izba podziela powszechnie aprobowane poglądy dotyczące sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji, (...).

Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 P.z.p. wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robot - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny. (...).

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej

praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy P.z.p., który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych. Zakres i formę dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robot budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

(...).

Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. **Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu robot - wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.** Zgodnie z art. 7 ust. 1

przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. (...)."

W ocenie Odwołującego Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, ma prawo domniemywać na podstawie art. 29 ust. 1 Ustawy, że dokumentacja przetargowa zawiera wszystkie informacje i dokumenty niezbędne do sporządzenia oferty. Przerzucanie na Wykonawcę ryzyka z tytułu wad ukrytych w opisie zamówienia i żądanie od niego obowiązku profesjonalnej weryfikacji przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji należy uznać za sprzeczne z Ustawą i zasadami współzycia społecznego, a także z celem i charakterem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 Ustawy). Kwestionowane modyfikacje zapisów SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzą do obejścia ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie ciążącego na Zamawiającym obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 Ustawy, a więc są działaniem sprzecznym z prawem (art. 14 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc).

Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 1 Ustawy Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i **wyczerpujący**, uwzględniając **wszystkie** wymagania i okoliczności **mogące mieć wpływ** na sporządzenie oferty. Co więcej, wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia może też utrudniać uczciwą konkurencję.

Z kolei zgodnie z art. 31 ust. 1 Ustawy jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, co ma miejsce w niniejszym przypadku, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB), których szczegółowy zakres i formę określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, w którym mowa jest wprost, że projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i

Tak więc kwestionowane powyżej modyfikacje wskazują, iż opis przedmiotu niniejszego zamówienia, za którego prawidłowość i rzetelność odpowiada Zamawiający, jest niejednoznaczny, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego w/w przepisów Ustawy.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca pozostaje w niepewności jakie prace trzeba będzie wycenić i wykonać. Z uwagi na tą niepewność co do oferowanego zakresu świadczenia Wykonawcy nie mogą poprawnie skalkulować swojej oferty. Takie wskazanie powoduje, iż każdy z Wykonawców może zupełnie inaczej rozumieć swoje obowiązki, co doprowadzi w istocie do nieporównywalności ofert.

Wynikający z treści SIWZ zakres zobowiązania wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, za wykonanie którego przysługiwać mu będzie wynagrodzenie narusza także zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty, nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 740/12).

Innymi słowy Wykonawcy nie mogą ponosić ryzyk, w tym kosztów i odpowiedzialności, związanych z brakiem jednoznacznego opisu przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Brak jest bowiem podstaw prawnych, które pozwalałyby Zamawiającemu na przenoszenie na Wykonawców obowiązków dotyczących przygotowania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, a które to obowiązki z mocy Ustawy ciążyą na Zamawiającym, zaś bez wątpienia jednym z podstawowych w tym względzie obowiązków jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami Ustawy. Tymczasem Zamawiający stwierdza, że za niesprecyzowane, niewymienione uzgodnienia z instytucjami, będzie odpowiadał Wykonawca. Zawarł też w siwz postanowienia, zgodnie z którymi Wykonawca nie jest w stanie sprecyzować zakresu swoich obowiązków. Za nieokreślony, niesprecyzowany i otwarty zbiór zobowiązań do aktualizacji uzgodnień z instytucjami, organami administracji publicznej oraz gestorami sieci podziemnych i nadziemnych (telekomunikacja, wodociągi, energetyka, itp.) w przypadku zmian tych uzgodnień oraz kosztów zmiany projektu i kosztów, jakie

Z analizy Wykonawcy wynika, że następujące uzgodnienia zawarte w dokumentach Zamawiającego nie były aktualne (nie obowiązują) w dniu zamieszczenia dokumentacji na stronie Zamawiającego:

1. PKP Energetyka z dn. 14.11.2012 - 2 lata,
2. TP SA TK Telekom z dn. 9.10.2012 - 6 m-cy,
3. ENEA Operator z d. 2.09.2011 - 2 lata,
4. NETIA z d. 10.01.2012 - 1 rok,
5. TP SA wytyczne z dn. 24.01.2012 - 1 rok,
6. TP SA z d. 25.09.2012 - 2 lata,
7. PETRUS Sp. z o. o. z dn 18.07.2012 - 2 lata,
8. NETIA SA z dn. 29.03.2011 - 1 rok,
9. ZWiK Sp. z o. o. Świecie z dn. 30.03.2011 - 2 lata,
10. ZWiK Tuchola z dn. 21.07 2011 - 2 lata,
11. PSG So. Z o. o. (gaz) z dn. 12.04.2011 - 2 lata,
12. PSG So. Z o. o. (gaz) z dn. 9.08.2011 - 2 lata,
13. ENEA Operator z dn. 31.08.2011 - 2 lata,
14. ENEA Operator z dn. 29.11.2011 - 2 lata,
15. ENEA Operator z dn. 14.10.2011 - 2 lata,
16. ENEA Operator z dn. 13.10.2011 - 2 lata,
17. ENEA Operator z dn. 7.04.2011 - do 6.04.2013 r.,
18. TP SA z dn. 25.09.2012 - 24 miesiące,
19. Zespół Uzgadniania Dokumentacji w Świeciu z dn. 4.10.2012 - 3 lata,
20. Zespół Uzgadniania Dokumentacji w Tucholi z dn. 5.10.2012 - 3 lata.

Wykonawca składając swoją ofertę w niniejszym postępowaniu nie jest w stanie posiadać pełnego rozeznania jaki jest rzeczywisty zakres zamówienia - co z kolei prowadzić będzie do pełnej dowolności wykonawców w jego wycenie. W takich okolicznościach bowiem wykonawcy nie mogą wykonać należytej wyceny, skoro nie są w stanie, nawet przy dołożeniu należytej staranności przewidzieć rzeczywistego rozmiaru robót (czynności, usług). Takie postępowanie Zamawiającego stanowi także ewidentny dowód na naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Z zarzutem nr I wiąże się nierozdzielnie zarzut nr II. Termin realizacji zamówienia wyznaczony został przez Zamawiającego poprzez podanie konkretnej daty dziennej – Zamawiający nie określił ilości dni jaką Wykonawca będzie dysponował na zrealizowanie zamówienia od daty podpisania umowy. Stanowi to naruszenie niepisanej zasady Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą Wykonawca zamówienia publicznego musi dysponować przekazaną przez Zamawiającego wiedzą na temat czasu jakim będzie dysponować dla wykonania zamówienia publicznego. W związku z powyższym za niedopuszczalne uznać należy wskazywanie konkretnej daty dziennej na wykonanie zamówienia, bez podania informacji na temat daty podpisania umowy **lub określenia ilości dni jakimi bez względu na datę zakończenia procedury przetargowej będzie dysponował wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa. Brak określenia ilości dni na wykonanie zamówienia lub przygotowania się do rozpoczęcia jego realizacji stanowi naruszenie norm Prawa zamówień publicznych**, co potwierdza orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 707/08) Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że „wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą zamówienia, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie”. Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1123/10), w którym skład orzekający Izby stwierdził, że „przewidzenie zbyt krótkiego, a w dodatku nieokreślonego okresu przeznaczonego na przygotowanie wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie wykonawcy do spełniania świadczenia, nie może być uznane jako właściwe stosowanie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Podobnie w wyrokach KIO/1756/10 jak i KIO 1246/10 Izba uznała, że wskazanie konkretnej daty rozpoczęcia realizacji zamówienia może być w konkretnych przypadkach uznane za niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 223/15 „obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania

lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy”.

Jak orzekła Izba w wyroku z dnia 15 maja 2015 r. (KIO 892/15): „Samo wskazanie datą terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Jednakże nieelastyczność takiego rozwiązania powoduje, że Zamawiający powinien baczyć, aby ewentualnemu przesunięciu terminu składania ofert towarzyszyło odpowiednie przesunięcie terminu rozpoczęcia i (ewentualnie) zakończenia realizacji zamówienia”.

Z przytoczonych powyżej orzeczeń KIO wynika, że Zamawiający ma obowiązek:

1. Po pierwsze, tak wyznaczyć termin rozpoczęcia robót budowlanych, by uwzględnić przygotowanie Wykonawcy do rozpoczęcia spełniania świadczenia, gdy konieczne jest dosyć skomplikowane przygotowanie Wykonawcy do spełniania świadczenia. Tak jest w niniejszej sprawie.
2. Po drugie, nie należy wskazywać konkretnej daty, jako początek wykonywania usługi, albowiem termin ten, z uwagi na procedurę odwoławczą, może ulec przesunięciu. Choć Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie popełnił tego błędu, to jednak sformułował warunek związany z terminem wykonania umowy w taki sposób, który jest także (tym bardziej) sprzeczny z przepisem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.
3. Po trzecie wreszcie, w związku z rozważaniami zawartymi powyżej w punkcie 2, elastyczność Zamawiającego, który przewidział możliwość późniejszego rozpoczęcia realizacji umowy, musi być realna, a nie iluzoryczna. Jeśli bowiem, tak jak w niniejszym postępowaniu, mimo przesunięcia terminu rozpoczęcia realizacji robót z uwagi na procedurę przetargową, odwoławczą lub, co wymaga dodatkowego podkreślenia, z uwagi na termin zawarcia umowy o dofinansowanie ulegnie przesunięciu termin rozpoczęcia realizacji zamówienia, to – zgodnie z zaskarżonymi postanowieniami – termin zakończenia realizacji umowy nie może ulec przesunięciu.

W niniejszym postępowaniu, nie jest znana data podpisania umowy, a także termin podpisania umowy o dofinansowanie, czy też zakończenia procedur przetargowych i odwoławczych. Prawo zamówień publicznych nie zobowiązuje

czasowy zawarcia umowy w niniejszym przetargu i rozpoczęcia wykonywania umowy jest niezwykle obszerny. Może to być równie dobrze maj 2017 r., jak i np. wrzesień 2017 r. Termin realizacji może więc wynieść realnie np. 14 miesięcy (zakładając podpisanie umowy i rozpoczęcie realizacji 1 maja 2017 r.), jak i np. 10 miesięcy. Zakres świadczeń zaś, do którego będzie zobowiązany Wykonawca nie zmniejszy się. Pozostaje pytanie więc, jak Wykonawca ma oszacować zakres rzeczowo – finansowy w harmonogramie robót, a jest to czynność niezbędna do wykonania dla rzetelnego sporządzenia oferty. Każdy z Wykonawców może więc przyjąć dowolny czasokres realizacji zamówienia. Oferty złożone w tak opisanym postępowaniu będą nieporównywalne.

Ponadto, nawiązując do punktu 1 rozważań na poprzedniej stronie, Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązki konieczne do wykonania przed rozpoczęciem robót, uniemożliwiające faktyczne rozpoczęcie prac zgodnie z zapisem w projekcie umowy. Zamawiający określił mianowicie: „przewidywany termin rozpoczęcia prac: od dnia zawarcia umowy (SIWZ p. 1.3.3.

Ust 1.). Tymczasem w OPZ Zamawiający stwierdził, że przed przystąpieniem do robót budowlanych, Wykonawca jest zobowiązany do zaktualizowania do obowiązujących przepisów Projektu tymczasowej organizacji ruchu lub opracowania nowego projektu na roboty drogowe oraz do opracowania nowego projektu tymczasowej organizacji robót dla przebudowy mostu w m. Rudzki Most. Projekty Wykonawca musi wykonać z odpowiednim wyprzedzeniem z uwagi na konieczność uzyskania stosownych opinii i zatwierdzenia. Opóźnienia z tego tytułu, jak stwierdził Zamawiający, nie mogą być powodem roszczeń Wykonawcy. Wykonawca jest także zobowiązany do wycinki drzew zgodnie z wydanymi decyzjami (ok. 400 szt.). Zgodnie z Decyzją ZRID, w oparciu o Decyzję RDOŚ, wycinka może być wykonana poza okresem od 1.03. do 15.08. To dodatkowo zawęży realny czas realizacji robót budowlanych, do których wykonania konieczna jest uprzednia wycinka. Wykonawca jest zobowiązany także do zawarcia z odpowiednimi zarządcami dróg porozumienia określającego jakie drogi w trakcie wykonywania zamówienia, nie będące objazdami narażone są na uszkodzenia z powodu ewentualnego zwiększenia ruchu. Stosownie do Decyzji RDOŚ 36/2012 p. 15, w związku z możliwością płoszenia ptaków (świergotka polnego) prace ziemne na terenie budowy obwodnicy m. Płazowo Wykonawca będzie mógł

długo ta obserwacja będzie trwała. Zgodnie z OPZ, przed rozpoczęciem robót Wykonawca jest zobligowany do dokonania w imieniu inwestora aktualizacji wszelkich uzgodnień (których ważność wygasła) z instytucjami, organami administracji i gestorami sieci (telekomunikacja, energetyka, gaz wod-kan, PKP itp.). Jak wskazaliśmy wyżej, wszystkie te uzgodnienia wymagają aktualizacji. Termin dokonania takiej aktualizacji zależy od tego, jak sprawnie będzie działał dany podmiot. Mogą to być np. 2 tygodnie, miesiąc. Ponadto, co szczególnie istotne, niektóre z tych uzgodnień są na tyle przestarzałe, że mogą już w znacznej części nie oddawać stanu danej infrastruktury. Tymczasem Zamawiający stwierdza, że z uwagi na nieaktualne uzgodnienia i konieczność ich aktualizacji przez Wykonawcę, nie będzie on mógł rościć żadnych pretensji co do czasu koniecznego na wykonanie umowy. Wykonawca też jest zobowiązany do wykonania drogowej stacji meteorologicznej wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii i uzgodnień. Zgodnie z Opisem technicznym Projektu przebudowy Wiaduktu kolejowego, przed przystąpieniem do robót Wykonawca zobligowany jest do oceny faktycznego stanu obiektu i przedstawienia wyników oceny projektantowi. Na podstawie wspólnej oceny podjęta ma zostać decyzja o ew. zmianie zakresu remontu obiektu. Ten obowiązek także może mieć istotny wpływ na termin wykonania umowy. Ponadto, co do obiektów nad linią kolejową 131 przewidzianych do realizacji w ramach rozbudowy DW 240, mając na uwadze ewentualne przesunięcia terminu otwarcia ofert, odwołania itd. – podpisanie umowy odbędzie się raczej po 22 maja 2017 r. Skoro tak, to zgodnie z terminami obowiązującymi w PKP PLK, pierwszy możliwy termin na wprowadzenie zamknięć/ograniczeń w ruchukolejowym to 15.10.2017 r. Ten zakres robót więc będzie możliwy do rozpoczęcia dopiero w drugiej połowie października 2017 r.

Podsumowując, Zamawiający powinien w/w okoliczności wziąć pod uwagę przy ustalaniu terminu wykonania umowy, to po pierwsze, a po drugie, przy formułowaniu tego terminu w dokumentacji (SIWZ). Pozostawienie opisu tego istotnego elementu zobowiązania Wykonawcy w obecnej treści, powoduje obarczenie jej wadą nie do usunięcia. Uwzględnienie zaś postulatów Odwołującego spowoduje po pierwsze zrównanie pozycji wykonawców (wszyscy będą oferować w tym samym przedziale czasowym), porównywalność ofert, zaś po drugie, pozwoli samemu Zamawiającemu uniknąć zarzutów nieprawidłowego opisu przedmiotu

podpisaniem umowy.

Z uwagi na powyższe, wniesienie odwołania stało się konieczne, a jego uwzględnienie uzasadnione.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. KRS Odwołującego;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Z poważaniem

RADCA PRAWNY

Emil Mikula
ED-P 235