

Toruń, 20 kwietnia 2017 r.

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

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



„Prawo zamówień publicznych” (tekst jednolity: Dz. U. 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. – zwanej dalej „ustawą”) wnoszę odwołanie od czynności **polegającej na ukształtowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) w sposób sprzeczny z przepisami ustawy.** Kwestionowane postanowienia dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego:

- 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) „Zamawiający wskazuje, iż wykonawca powinien przyjąć do wykonania zadania okres od czerwca 2017 r. do 29 czerwca 2018 r. Termin realizacji umowy wynosi 12 miesięcy od daty zawarcia umowy” – **pkt 1.4.6) SIWZ oraz § 4 ust. 6 Umowy;**
- 5) **Pytanie nr 12:** „Czy Zamawiający akceptuje uzależnienie przewidywanego terminu realizacji przedmiotu oferty od daty podpisania Umowy, a tym samym przesunięcie bezwzględnego terminu realizacji adekwatnie do daty podpisania Umowy i przewidywanego harmonogramu rzeczowo – finansowego? **Odpowiedź z dnia 12.04.2017 r.:** „Nie akceptuje”.
- 6) **Pytanie nr 69:** „W przypadku, gdy obowiązki wynikające z zapewnienia nadzoru przyrodniczego spoczywają na Wykonawcy robót, prosimy o sprecyzowanie wszystkich ograniczeń/wymagań które należy uwzględnić w harmonogramie robót i cenie oferty (np. zakresu specjalistów, ilości wizji terenowych, ilości wykonywanych raportów itp.). Ponadto, prosimy o potwierdzenie, że w przypadku wydłużających się procedur administracyjnych podczas uzyskiwania dodatkowych decyzji, Zamawiający przedłuży termin realizacji zamówienia.”. **Odpowiedź Zamawiającego z dnia 12.04.2017 r.:** „Zamawiający zgodnie z pkt 1.36 SIWZ oraz § 20 Warunki aneksowania umowy w katalogu zmian w



zakresie zmiany terminu umowy nie przewidywał wydłużenia terminu realizacji zamówienia w przypadku wydłużających się procedur administracyjnych”;

- 7) **Pytanie nr 71:** „W związku z tym, że termin wykonania inwestycji wpisany jest konkretną datą tj. 29.06.2018 prosimy o informacje czy wydłużająca się procedura przetargowa/wyboru wykonawcy/podpisania umowy i w związku z tym przekazania placu budowy, będzie uprawniała do wydłużenia terminu wykonania zadania?”. **Odpowiedź z dnia 12.04.2017 r.:** „Katalog zmian w § 20 warunków umowy określa przypadki zmian rzutujących na termin wykonania umowy. Procedura przetargowa/wyboru wykonawcy/podpisania umowy i w związku z tym przekazania placu budowy, nie będzie uprawniała do wydłużenia terminu wykonania zadania.”;
- 8) **Pytanie nr 83, ostatnie zdanie:** „Jednocześnie prosimy o potwierdzenie, że w przypadku stwierdzenia gatunków i siedlisk chronionych i przedłużających się procedur administracyjnych Zamawiający przedłuży termin realizacji zamówienia o czas niezbędny na uzyskanie decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska wydanej w trybie art. 56 Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. 2013. 627 t. j.) na odstępstwa od zakazów w stosunku do gatunków objętych ochroną”. **Odpowiedź Zamawiającego z dnia 12.04.2017 r., dwa ostatnie zdania:** „Katalog zmian w § 20 warunków umowy określa przypadki zmian rzutujących na termin wykonania umowy. W przypadku stwierdzenia gatunków i siedlisk chronionych w przedłużających się procedur administracyjnych Zamawiający nie przedłuży termin realizacji zamówienia”;
- 9) **Pytanie 85, zdanie ostatnie:** „Ponadto, prosimy o potwierdzenie, że w przypadku wydłużających się procedur administracyjnych Zamawiający przedłuży termin realizacji zamówienia”. **Odpowiedź Zamawiającego z dnia 12.04.2017 r.:** „Zamawiający nie potwierdza. Odpowiedź nr 83”.
- 10) **Pytanie nr 143:** „Dotyczy § 20 wzoru umowy: Warunki aneksowania umowy. W związku z ryzykiem przesunięcia terminu rozpoczęcia realizacji umowy, o której mowa w ust. 7 lit. J wnosimy o umożliwienie adekwatnego przesunięcia terminu zakończenia umowy lub wyrażenia okresu realizacji w miesiącach bez podawania konkretnej daty



zakończenia umowy.". **Odpowiedź z dnia 12.04.2017 r.:**
„Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca powinien przyjąć dla wykonania zadania okres od czerwca 2017 r. do 29.06.2018 r. Okres realizacji umowy wynosi 12 miesięcy. Okres zimy wlicza się do okresu realizacji umowy. (Uzgodnienia z posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej). W związku z powyższym Zamawiający modyfikuje SIWZ.”;

- 11) „Okres zimy wlicza się do okresu realizacji umowy” – **pkt 1.4.7) siwz oraz § 4 ust. 7 umowy;**
- 12) Formularz oferty, w zakresie, jaki nie uwzględnia zmiany sposobu ustalenia terminu realizacji umowy, narzuconego przez KIO (**załącznik nr 2 do siwz, pkt 1.E;**
- 13) **Punkt 4 Szczegółowych Warunków Realizacji Przedmiotu Zamówienia (zwanych również OPZ)** w zakresie, jaki nie uwzględnia zmiany sposobu ustalenia terminu realizacji umowy, narzuconego przez KIO.

UWAGA: Punkty 1-13 należy rozumieć jako całość kształtowania przez Zamawiającego opisu terminu wykonania zamówienia, który zawiera wewnętrzną sprzeczność.

- 14) „Wykonawca ma w ofercie wycenić według obecnej dokumentacji koszt wykonania modernizacji wiaduktu, jeżeli zajdzie konieczność wykonania robót ponad zakres określony zapisami obecnej dokumentacji, wynikających ze stopnia degradacji obiektu, i spełnione zostaną warunki wskazane art. 144 ustęp 1 pkt 2 ustawy pzp, zostanie wypłacone wynagrodzenie na podstawie zapisów § 5 ustęp 8 i następnych projektu umowy” – **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,**
- 15) „Zamawiający dokona zmiany postanowień SIWZ w ten sposób, iż wprowadzi do SIWZ postanowienia, zgodnie z którym w razie ujawnienia w toku uzgodnień infrastruktury, która nie była ujawniona w nieobowiązujących uzgodnieniach, ryzyko z nimi związane będzie ryzykiem Zamawiającego, zaś koszt związany z nową infrastrukturą

(zmienionym zakresem robót) zostanie uwzględniony w wynagrodzeniu Wykonawcy, i spełnione zostaną warunki wskazane art. 144 ustęp 2 ustawy pzp, zostanie wypłacone wynagrodzenie na podstawie zapisów § 5 ustęp 8 i następnych projektu umowy:" – **str. 8 pkt 6) stanowiska Zamawiającego, zawartego w modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 10.04.2017 r.,**

w związku z – punkty 14) i 15):

- 16) **Pytanie nr 123:** „Czy w przypadku, gdy na etapie realizacji okaże się, że należy wykonać roboty, których nie można było przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, roboty te zostaną potraktowane jako dodatkowe i będą podlegały odrębnej zapłacie?”. **Odpowiedź Zamawiającego z dnia 12.04.2017 r.:** „Tak, jeśli spełnia przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 2) i 3), zgodnie z zapisem § 5 ustęp 8 i następne wzoru umowy;

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia 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 wykonał swojego zobowiązania wynikającego z orzeczenia KIO z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 495/17, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

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

- 1) w zakresie punktów 1-5, 7 oraz 10, 12-13 części I odwołania o jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu, w sposób, do którego zobowiązała Zamawiającego Izba postanowieniem z dnia 5.04.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 495/17, a więc o jednoznaczne ukształtowanie wskazanych postanowień dokumentacji oraz sprostowanie udzielonych w dniu 12.04.2017 r. wyjaśnień w taki sposób, by z całokształtu dokumentacji przetargowej jednoznacznie wynikało, że termin realizacji umowy wynosi 12 miesięcy od daty zawarcia umowy;



- 2) w zakresie pytań nr 69, 83, 85, tj. punktów 6, 8 i 9 części I odwołania o sprostowanie wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 12.04.2017 r. zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na posiedzeniu, a więc o potwierdzenie, iż w takim przypadku, jak opisane w tych pytaniach, na podstawie § 20 umowy pkt 7.H („Prace objęte umową, zostały wstrzymane przez właściwy organ, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy”) Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę terminu wykonania umowy;
- 3) w zakresie punktu 11 części I odwołania o jednoznaczne wyjaśnienie, iż poprzez realizację umowy w okresie zimowym Zamawiający rozumie prowadzenie robót budowlanych jedynie w warunkach, które dopuszcza SST (temperatura powietrza powyżej 0 lub 5 st. C).
Dodatkowo, Odwołujący domaga się oświadczenia Zamawiającego, iż w razie zimowych warunków atmosferycznych, które – zgodnie z SST – uniemożliwiają prowadzenie robót budowlanych w okresie zimowym, zmianie ulegnie termin realizacji umowy. W tym celu Odwołujący wnosi o stosowną modyfikację punktu 7.F § 20 umowy;
- 4) w zakresie punktów 14-16 części I odwołania o jednoznaczne i jednolite wskazanie podstaw prawnych do zmian zakresu robót oraz wynagrodzenia za roboty dodatkowe, zgodnie z orzeczeniem KIO 495/17, a także wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w dniu 12.04.2017 r. (wskazanie art. 144 ustęp 1 pkt 2 i 3 ustawy pzp);
- 5) dopuszczenie dowodu z akt sprawy o sygn. KIO 495/17, w tym z nagrania audio z rozprawy;
- 6) 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.



Modyfikacja siwz i ogłoszenia została zamieszczona na stronie Zamawiającego w dniu 10.04.2017 r., natomiast plik „odpowiedzi i modyfikacja” w dniu 12.04.2017 r. Wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Odwołanie zostało zatem wniesione w terminie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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”** w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2017 r., orzeczeniem KIO 495/17 został zobowiązany do dostosowania postanowień siwz w określony sposób. W dniach 10 i 12 kwietnia 2017 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej dwa pliki, zawierające modyfikację siwz i ogłoszenia, pytania i wyjaśnienia Zamawiającego oraz modyfikację dotyczącą modyfikacji siwz i ogłoszenia.

I. Zarzut nieprawidłowego wyznaczenia terminu realizacji umowy:

W wyniku orzeczenia KIO w sprawie o sygn. akt KIO 495/17 z dnia 5 kwietnia 2017 r., Zamawiający został zobowiązany do zamieszczenia w pkt 1.4 siwz następującej informacji: „Zamawiający wskazuje, iż wykonawca powinien przyjąć do wykonania zadania okres od czerwca 2017 r. do 29 czerwca 2018 r. Termin realizacji umowy wynosi 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.”. Ponadto Zamawiający zobowiązał się do dostosowania odpowiednich części siwz do tak ustanowionego terminu wykonania zamówienia, w tym do zmiany formularza oferty (12 miesięcy od podpisania umowy).

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie wywiązał się ze swojego zobowiązania. We wskazanych powyżej w części I odwołania częściach siwz nie zawarł bowiem stosownego sprostowania terminu wykonania umowy. W związku z tym Odwołujący domaga się niniejszym odwołaniem dostosowania wskazanych powyżej postanowień dokumentacji przetargowej do zobowiązania, które nałożyła na Zamawiającego KIO.



Ponadto Odwołujący wskazuje, że Zamawiający udzielił w dniu 12.04.2017 r. wyjaśnień na pytania wykonawców. W wykazany powyżej poprzez przywołanie treści pytań i rzekomych wyjaśnień sposób, wprowadził do dokumentacji sprzeczność, polegającą na niezgodności zobowiązania KIO w zakresie wyznaczenia terminu na wykonanie umowy, którą Zamawiający wykonał jedynie wybiórczo, a wyjaśnieniami do siwz, których udzielił już po orzeczeniu KIO. W odpowiedzi na pytanie nr 143, Zamawiający nie tylko zawarł odmienne postanowienie w swej treści aniżeli to, do którego zamieszczenia w siwz został zobowiązany, ale dodatkowo także nieprawdziwe informacje. Sugeruje bowiem, iż postanowienie, zgodnie z którym „Okres zimy wlicza się do okresu realizacji umowy” zostało narzucone przez Izbę, czemu przeczy treść orzeczenia KIO. Powstaje zatem pytanie, czy Zamawiający nie zapoznał się z treścią uzasadnienia orzeczenia KIO, czy też je umyślnie przeinacza, na własne potrzeby, czy też wreszcie działa na tyle niedbale, że błędnie przepisuje treść orzeczenia KIO do własnej dokumentacji? Każda z tych możliwości zasługuje na napiętnowanie. Zachowanie Zamawiającego bowiem powoduje to, że termin podpisania umowy, z uwagi na błędy, zaniedbania, niedbalstwa, a może nawet umyślne działanie ulega ponownie przesunięciu. Tym samym wykonawca, który podpisze umowę na realizację przedmiotowego zamówienia, jeśli przyjąć wyjaśnienia Zamawiającego, będzie miał jeszcze mniej czasu na realizację umowy.

Zamawiający, poprzez swoje działanie i zaniechanie, tj. poprzez taką, a nie inną modyfikację siwz, wybiórczą, a także poprzez udzielenie wyjaśnień (które de facto jedynie „zaciemniają” wykładnię dokumentacji) zawarł w dokumentacji przetargowej sprzeczność wewnętrzną, którą należy usunąć poprzez dostosowanie całości dokumentacji przetargowej do orzeczenia KIO, które wiąże Zamawiającego. Z dokumentacji o takiej treści, jaką obecnie ona zawiera, wykonawca nie jest w stanie wyciągnąć jednoznacznego wniosku co do jednego z najbardziej istotnych warunków wykonania zamówienia publicznego! Nie sposób oprzeć się wrażeniu, zgodnie z którym zobowiązanie się przez Zamawiającego do określenia terminu wykonania zamówienia poprzez liczbę miesięcy począwszy od daty podpisania umowy, było czymś, co już po posiedzeniu KIO Zamawiający uznał jednak za niedopuszczalne, tak więc „dostosował” dokumentację do orzeczenia KIO w taki sposób, by dało się z niej wyciągnąć wniosek polegający na tym, że termin wykonania umowy, niezależnie od wszystkiego, wynosi tyle



miesiący, by koniec realizacji wypadł najpóźniej w dniu 29.06.2018 r. Takie postanowienie jest jednak sprzeczne z treścią orzeczenia KIO, którą związany jest Zamawiający.

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 minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania 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 Zamawiającego do podejmowania czynności w określonym terminie (jeśli chodzi o ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej). W związku z tym należy uznać, że zakres 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 rozpocząć poza terminem 15.03 do 15.08. chyba, że po obserwacji przez nadzór przyrodniczy okaże się, że nie ma ptaków. Brak informacji co do tego, choćby, jak 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.). 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. 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 ruchu kolejowym 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 zamówienia, a także sporów, które będą nie do uniknięcia na etapie realizacji robót, a nawet wcześniej, już po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy.

Wobec nieuwzględnienia przez Zamawiającego nakazu KIO wynikającego z orzeczenia w sprawie KIO 495/17, Odwołujący zmuszony jest przytaczać po raz kolejny argumenty za opisaniem terminu realizacji umowy poprzez wskazanie liczby miesięcy od zawarcia umowy. Dodatkowo wskazujemy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 listopada 2013 r. (KIO 2411/13; KIO 2434/13), który, choć dotyczy usług, a nie robót



budowlanych, daje się zastosować także do niniejszego postępowania. Izba stwierdziła w nim, co następuje:

„1. Ustalony przez zamawiającego w konkretnej dacie termin na uruchomienie usług, bez określenia odpowiedniego okresu liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 p.z.p (w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwych usług objętych zamówieniem, wykonawca wybrany podjął szereg działań przygotowawczych, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy, np. przygotowanie projektu technicznego usługi transmisji danych dla zamawiającego).

2. Tylko wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, a które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usług i muszą być uwzględnione w wycenie oferty.”.

Z przytoczonego orzeczenia wynika, że Zamawiający ma obowiązek uwzględnić czas, który jest konieczny do przygotowania się przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Z całokształtu rozważań wynika zaś, że jest on zobowiązany do określenia terminu realizacji umowy poprzez wskazanie liczby miesięcy od jej podpisania, a nie poprzez wskazanie konkretnej daty. Stąd wnosimy jak w punkcie II. 1) odwołania.

II. Zmiana terminu realizacji umowy z uwagi na wstrzymanie robót.

W toku posiedzenia Izby w dniu 5 kwietnia 2017 r. Zamawiający stwierdził, że punkt siwz, a także umowy, który umożliwia zmianę terminu realizacji umowy z uwagi na wstrzymanie robót przez organ, dotyczy także sytuacji, gdy uzgodnienia, które musi poczynić wykonawca, będą się przedłużały. „Zamawiający powołał się na zapis w SIWZ, że prace mogą być wstrzymane decyzją odpowiedniego organu, np. organu nadzoru budowlanego. Z tych względów Zamawiający negował potrzebę wprowadzenia dodatkowego zapisu regulującego kwestię przesunięcia terminów z uwagi na aktualizację uzgodnień do projektu budowlanego” (pkt 4 str. 4 uzasadnienia KIO 495/17). Z powodu takiego oświadczenia Zamawiającego,



Odwołujący, w poprzednim postępowaniu, cofnął żądanie w zakresie modyfikacji siwz. Wobec jednak treści udzielonej w dniu 12.04 przez Zamawiającego odpowiedzi (pkt 6, 8 i 9 cz. I odwołania), Odwołujący wnosi jak w cz. II pkt 2 odwołania.

III. Realizacja umowy w okresie zimowym.

W zakresie punktu 11 cz. I odwołania, w którym Zamawiający zmodyfikował treść siwz oraz umowy poprzez dodanie do niej następującego postanowienia: „Okres zimy wlicza się do okresu realizacji umowy.”, Odwołujący oświadcza, iż zdanie to stanowi modyfikację siwz, uzasadniającą złożenie w tej części odwołania. Poprzednia treść dokumentacji przetargowej pozwalała Odwołującemu na przyjęcie, iż realizacja umowy o roboty budowlane – a więc zasadniczo, w ogromnej części prowadzenie tychże robót – będzie przebiegała w zgodzie z postanowieniami SST. Zamawiający przewiduje terminu realizacji umowy na podstawie nietypowych warunków atmosferycznych (§ 20 pkt 7.F). Jako takie wskazał Zamawiający wysokie temperatury, niskie temperatury i inne. Dodatkowo zastrzegł, że chodzi o takie warunki, które uniemożliwiają wykonanie robót zgodnie z SST. W SST znajdują się warunki wykonywania robót, z których, w zakresie temperatury, część wskazuje na brak możliwości wykonywania robót poniżej zera, a część poniżej 5 st. Celsjusza. W związku z tym Odwołujący uznał, że nie ma możliwości wykonywania żadnych robót w czasie, kiedy temperatura powietrza spada poniżej tych poziomów, które wskazał sam Zamawiający. Na rozprawie przedstawimy informację z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej, z której wynika, że w miesiącach styczeń i luty np. średnia temperatura powietrza spadała poniżej zera. Wobec modyfikacji siwz przez Zamawiającego poprzez dodanie zdania, zgodnie z którym okres zimowy wlicza się do okresu realizacji umowy, wnosimy o potwierdzenie, że podstawą zmiany umowy w zakresie terminu będzie nie tyle nietypowość warunków atmosferycznych, co po prostu brak możliwości wykonywania robót zgodnie z SST (jak w punkcie 3 cz. II odwołania).



IV. Roboty dodatkowe.

W zakresie punktów 14-16 cz. I odwołania, Odwołujący domaga się jednolitego potraktowania sytuacji, w której Zamawiający dopuszcza roboty dodatkowe oraz zmianę terminu realizacji umowy z tego tytułu. W punkcie 15 cz. I Zamawiający nie zastosował się do wprost i jednoznacznie nałożonego nań obowiązku przez KIO (pkt 2, str. 8 uzasadnienia KIO 495/17). Punkty 14 i 16 zawierają odpowiedzi w analogicznej kwestii jak ta z pkt 15. W punkcie 16 Zamawiający dodał jednak kolejną przesłankę zmiany umowy, z art. 144 ust. 1 pkt 3. Odwołujący wnosi o dodanie tej przesłanki także w sytuacjach opisanych w punktach 14 i 15 i o odpowiednie sprostowanie wyjaśnień oraz siwz.

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



Pełnomocnik Skanska S.A.
Iwona Szumielewicz

