

SKANSKA

Warszawa, 14 listopada 2016 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

**Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji
Publicznej**

ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz

faks: +48 52 582-27-63

e-mail: zarzad@zdmikp.bydgoszcz.pl

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. Oddział Budownictwa

Inżynieryjnego w Bydgoszczy

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. **„Budowa II etapu ul. Ogińskiego w Bydgoszczy na odcinku od ul. Wojska Polskiego do ul. Jana Pawła II”**. Postępowanie oznaczone jest znakiem **045/2016**, numer ogłoszenia 383650-2016.

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. „Prawo zamówień publicznych” (tekst jednolity: Dz. U. 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. – zwanej dalej Ustawą) wnoszę odwołanie w toku w/w postępowania **na niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego** polegającej na



SKANSKA

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy w zw. z art. 14 Ustawy i w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego - poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmianę § 3 wzoru umowy na następującą treść: **„Termin realizacji Umowy: zakończenie robót budowlanych wraz z przekazaniem Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentacji z art. 57 ust. 1 – 3 ustawy Prawo budowlane – w terminie 18 miesięcy od podpisania Umowy”.**
- 2) zmianę pkt 1.1.4 Szczególnych Warunków Umowy na następującą treść: **„Data zakończenia robót**
Zakończenie robót przez Wykonawcę i przekazanie Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentacji z art. 57 ust. 1 – 3 ustawy Prawo budowlane nastąpi w terminie 18 miesięcy od podpisania Umowy”.
- 3) zmianę pkt 1.1.27 ppkt 1) SWU na następującą treść: *„Przekazanie terenu budowy na terenie działek nr 14; 13/3; 43 i 44 obręb 493 nastąpi z wyprzedzeniem, umożliwiającym Wykonawcy rozpoczęcie robót najpóźniej od dnia 1 stycznia 2018 r.”.*
- 4) zmianę pkt 5.3 SWU na następującą treść:
„Całość robót powinna być zakończona zgodnie z terminem umownym. Razem ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego, Wykonawca przekaże Zamawiającemu dokumentację z art. 57 ust. 1 – 3 ustawy Prawo budowlane”.
- 5) zmianę pkt 9.1.2 SWU na następującą treść: *„Razem z zawiadomieniem o gotowości do odbioru końcowego Wykonawca przekaże Zamawiającemu dokumentację z art. 57 ust. 1 – 3 ustawy Prawo budowlane”.*
- 6) zmianę pkt 1.1.3 ppkt 4 na następującą treść: *„Rozpoczęcie robót na terenie działek nr 14; 13/3; 43 i 44 obręb 493 będzie możliwe od 1 stycznia 2018 roku”.*

Interes we wniesieniu odwołania.



SKANSKA

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w ramach niniejszego postępowania oraz może zostać wybrany jako wykonawca przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji spowoduje to zobowiązanie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecną treścią SIWZ ustaloną przez Zamawiającego, którą Odwołujący uważa za niezgodną z obowiązującymi przepisami, w szczególności norm prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego.

Termin na złożenie odwołania, publikacja ogłoszenia o zamówieniu oraz jego wartość.

Zamawiający w dniu 2 listopada 2016 roku opublikował postanowienia SIWZ w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (numer ogłoszenia 383650-2016).

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **„Budowa II etapu ul. Ogińskiego w Bydgoszczy na odcinku od ul. Wojska Polskiego do ul. Jana Pawła II”** w trybie przetargu nieograniczonego. Zadanie ma charakter inwestycji w tzw. formule „zbuduj”. Zamawiający w dniu 2 listopada 2016 roku, opublikował treść SIWZ, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (numer ogłoszenia 383650-2016).

Jak wskazał Zamawiający w punkcie 3.2 siwz, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 Ustawy w związku z art. 3 pkt. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Zgodnie z przywołanymi przez Zamawiającego przepisami, przez roboty budowlane na gruncie prawa zamówień publicznych, należy rozumieć *„wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”*. Art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane stanowi, że przez roboty budowlane należy rozumieć *„budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego”*. Tak określony przedmiot zamówienia jednoznacznie wskazuje, że terminem wykonania umowy będzie zgłoszenie robót budowlanych do odbioru, zgodnie z przywołanymi przez Zamawiającego przepisami oraz zasadami wiedzy i praktyki budowlanej. Co więcej, z wykonaniem



SKANSKA

przedmiotu zamówienia w postaci robót budowlanych wiąże się nierozzerwalnie obowiązek Wykonawcy polegający na zafakturowaniu wykonanych robót w terminie nie późniejszym niż 30 dni od ich wykonania (art. 19a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług).

Zamawiający opisał procedurę odbioru robót w taki sposób, że ten prosty, zgodny z prawem mechanizm wypaczył, włączając do zakresu umownych obowiązków Wykonawcy, które mają być wykonane do dnia zgłoszenia robót budowlanych do odbioru, także uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przedmiotu robót budowlanych. Zdaniem Wykonawcy takie opisanie obowiązków Wykonawcy jest sprzeczne z przepisem art. 29 ust. 1 Ustawy, a także z art. 7 ust. 1 Ustawy oraz z art. 353¹ kc, poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia oraz niezgodne z właściwością (naturą) stosunku prawnego przerzucenie na Wykonawcę ryzyka, iż wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie stanie się niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (tj. będących skutkiem rozstrzygnięć organów administracji publicznej). Co więcej, takie sformułowanie przedmiotu zamówienia narusza Ustawę wskutek ustalenia terminu wykonania Umowy w sposób potencjalnie wyłączający możliwość jej terminowego wykonania, co powoduje, że umowa w tym zakresie będzie dotknięta niemożliwością świadczenia. Wreszcie opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, z uwagi na powyższe, a także z powodów o których poniżej w treści odwołania, nastąpiło niezgodnie z zasadą przejrzystości (art. 7 ust. 3 Ustawy).

Zgodnie z przepisem art. 59 ust. 7 Prawa budowlanego, stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie inwestor. Inwestor ma też prawo zaskarżenia takiej decyzji. Procedura wydania decyzji trwa określony czas (zgodnie z Kodeksem postępowania administracyjnego), który jednak, z różnych powodów, niezależnych od tego, czy Wykonawca wykonał roboty należycie, czy też nie, może być krótszy lub dłuższy. W związku z tym nie można uznać, iż uzależnienie uznania przez Zamawiającego, iż Wykonawca wykonał swe zobowiązanie umowne od zdarzenia przyszłego, niezależnego od Wykonawcy jest zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z kodeksem cywilnym. Zawiadomienie o zakończeniu budowy lub złożenie wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego kończy proces inwestycyjno-budowlany. Ustawodawca wymaga od inwestora dokumentacji zrealizowanej budowy. Przepis ust. 1 art. 57 Prawa budowlanego enumeratywnie określa dokumenty, jakie należy dołączyć do zgłoszenia lub wniosku, o których mowa. Zdaniem Wykonawcy wyznacza też zakres dokumentów, których zgromadzenie przez Strony umowy lub dostarczenie przez Wykonawcę może być uznane za wykonanie umowy o roboty budowlane. Żaden przepis, czy to Ustawy Prawo zamówień publicznych, czy Prawa budowlanego, czy też kodeksu cywilnego nie uzależnia wykonania umowy o roboty budowlane od uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na użytkowanie wybudowanego obiektu. Kodeks cywilny



SKANSKA

stwierdza, że „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i **zapłaty umówionego wynagrodzenia**”. Ten ostatni obowiązek, Zamawiający w części uzależnił od uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na użytkowanie w imieniu Inwestora, co jest niezgodne także z przepisem art. 19a ust. 1 ustawy o VAT.

W § 3 wzoru umowy Zamawiający zapisał: „**Termin realizacji Umowy: zakończenie robót budowlanych z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie – do dnia 30.06.2018 r**”. Następnie, w Szczególnych Warunkach Umowy Zamawiający wskazał, że przekazanie terenu budowy nastąpi najpóźniej w terminie 14 dni od podpisania umowy (pkt 1.1.27). Zamawiający wskazał dla zakończenia robót przez Wykonawcę i uzyskania pozwolenia na użytkowanie jedną datę: **30.06.2018 roku**. „Wykonawca przedłoży do Nadzoru Budowlanego kompletny wniosek o pozwolenie na użytkowanie inwestycji z takim wyprzedzeniem aby na dzień 30 czerwca 2018 r. uzyskać pozwolenie na użytkowanie” (pkt 1.1.4 SWU). Jednocześnie Zamawiający zawarł we wzorze umowy postanowienia w sprawie przekazania Wykonawcy części terenu budowy w okresie późniejszym: „Rozpoczęcie robót na terenie działek nr 14; 13/3; 43 obręb 493 będzie możliwe od 1 stycznia 2018 roku” (pkt 1.1.3 ppkt 4). Postanowienie to nie jest spójne z innym w tej samej sprawie (pkt 1.1.27 ppkt 1), zgodnie z którym: „Przekazanie terenu budowy na terenie działek nr 14; 13/3; 43 obręb 493 nastąpi po 01-01-2018 r”. Zamawiający stwierdza więc niekonsekwentnie, że:

- 1) przekaże Wykonawcy teren budowy najpóźniej w terminie 14 dni od podpisania umowy;
- 2) rozpoczęcie robót na kilku działkach będzie możliwe od 1 stycznia 2018 r.;
- 3) przekazanie terenu budowy na tych działkach nastąpi po 1 stycznia 2018 r. (a nie w dniu 1 stycznia 2018 r.).

Tym samym postanowienia umowy są wewnętrznie sprzeczne, a co najmniej niespójne.

Dodatkowo Zamawiający na wykonanie przedmiotu umowy daje Wykonawcy czas do 30 czerwca 2018 r. Po pierwsze więc nie jest prawdą, jakoby przekazanie terenu budowy musiało nastąpić w terminie 14 dni od podpisania umowy (część tego terenu ma być udostępniona później). Po drugie, nie wiadomo jednoznacznie, kiedy nastąpi przekazanie pozostałej części terenu budowy (raz jest to 1 stycznia 2018 r., innym razem bliżej nieokreślony dzień po tej dacie). Wykonawca więc nie jest w stanie, wobec tak nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oszacować czasowo, a co za tym idzie i kosztowo wartości swojej oferty.



SKANSKA

Dodatkowo Wykonawca zwraca uwagę Zamawiającego, iż do wykonania przedmiotu umowy konieczne będzie przekazanie Wykonawcy także działki nr 44, której umowa nie wymienia. Skoro Wykonawca nie jest w stanie stworzyć harmonogramu finansowo - rzeczowego dla robót, nie jest też w stanie zagwarantować wykonania przedmiotu umowy w terminie do 30.06.2018 r.

Zamawiający na tyle nieprecyzyjnie opisał zakres czasowy umowy, że Wykonawca nie ma możliwości rzetelnego sporządzenia oferty. **Stąd Odwołujący wnosi o wskazanie terminu realizacji zadania w miesiącach, a nie konkretną datą zakończenia zadania.** Termin realizacji zamówienia wyznaczony poprzez podanie konkretnej daty dziennej – Zamawiający nie określił ilości dni jaką Wykonawca będzie dysponował na zrealizowanie zamówienia od daty podpisania umowy – stanowi 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.



SKANSKA

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 223/15 Dnia 14 stycznia 2016 r., „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”.

Ponadto, w punkcie 5.3 SWU Zamawiający wskazał, że całość robót powinna być zakończona zgodnie z terminem umownym. *„Razem ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego, Wykonawca przekaze Zamawiającemu decyzję o pozwoleniu na użytkowanie”*. Zgodnie z pkt 9.1.2 umowy, zakończeniem robót jest zawiadomienie o gotowości do odbioru końcowego, wraz z którym *„Wykonawca ma obowiązek przekazać Zamawiającemu pozwolenia na użytkowanie”*. Jednocześnie suma faktur częściowych do momentu odbioru końcowego, nie może przekroczyć 95 % wartości brutto umowy. *„Faktura na pozostałe 5 % może być wystawiona dopiero po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót”* (pkt 8.3.1 SWU).

Z zacytowanych postanowień wynika, że zapłata 5 % wynagrodzenia Wykonawcy będzie uzależniona od uzyskania przez niego pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, Wykonawca ma obowiązek wystawić fakturę opiewającą na ukończone roboty budowlane w terminie 30 dni od ich wykonania (art. 19a ust. 1 ustawy o VAT). Jeśli 5 % ostatniej faktury (co najmniej, bo być może i więcej) będzie miało obejmować prócz robót budowlanych także świadczenie Wykonawcy (usługę) polegającą na uzyskaniu w jego imieniu i na jego rzecz pozwolenia na użytkowanie, Zamawiający powinien w umowie wskazać procentowo część wynagrodzenia Wykonawcy, która będzie wynagrodzeniem za to świadczenie. W braku takiego rozróżnienia podstaw (tytułów) do wystawienia faktury i jednocześnie w sytuacji, gdy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie opóźni się w stosunku do dnia 30.06.2018 r., mimo wykonanych robót budowlanych, Wykonawca będzie zmuszony wystawić fakturę VAT na całe 5 % pozostałego wynagrodzenia. Zamawiający zaś, wobec takiego, a nie innego uregulowania procesu płatności będzie zobowiązany do uiszczenia brakujących 5 % bez względu na datę wydania przez właściwy organ pozwolenia na użytkowanie. Nie jest możliwe fakturowanie robót budowlanych w okresie późniejszym, aniżeli 30 dni od ich wykonania – zgodnie z ustawą o VAT (w tej sprawie istnieje jednolita interpretacja US – choćby Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, Interpretacja Indywidualna z dnia 09 września 2014 r., IPPP1/443-671/14-2/AW: *„Z uwagi na powołane przepisy prawa oraz elementy stanu faktycznego wskazać należy, że w niniejszej sprawie moment powstania obowiązku podatkowego wyznacza art. 19a*



SKANSKA

ust. 1 ustawy. W myśl powołanej normy obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wykonania usługi. O wykonaniu świadczonych przez Wnioskodawcę usług będzie decydować faktyczne wykonanie tych usług wynikające z charakteru świadczenia". Wykonawca wnosi więc o dostosowanie umowy do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tak, aby np. 95 % faktur dotyczyło części robót budowlanych, a pozostałe 5 % innego rodzaju świadczeń Wykonawcy. W razie pozostawienia w umowie zapisu, iż faktury przejściowe mogą obejmować jedynie 95% - Skanska S. A. wystawi fakturę zgodnie z powyższymi zasadami, a więc za wszystkie wykonane roboty, zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami.

Mając na uwadze powyższe argumenty należy dojść do wniosku, że podniesione w *petitum* odwołania zarzuty są zasadne, w związku z tym Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo,
2. KRS Odwołującego,
3. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Z poważaniem

Pełnomocnik Skanska S.A.


Grażyna Opalińska

SKANSKA S.A.
ul. Gen. Józefa Zajęczka 9
01-518 Warszawa
Tel. 561 30 00, FAX: 560 83 01
NIP 776-00-01-070

Warszawa, dnia 12 lipca 2016 roku

PEŁNOMOCNICTWO

Działając w imieniu i na rzecz SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, wpisanej do rejestru przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy KRS pod Nr 0000033102, kapitał zakładowy opłacony w całości w wysokości 203 937 500,00 PLN, udzielamy niniejszym pracownikowi Spółki:

Pani Grażynie Opalińskiej
legitymującej się dowodem osobistym nr AKM 749343

pełnomocnictwa do reprezentowania Spółki w postępowaniach przed sądami powszechnymi, sądami administracyjnymi, do reprezentowania Spółki przed organami administracji państwowej i samorządowej oraz organami egzekucyjnymi we wszystkich sprawach, w których Spółka jest stroną, a także do składania odwołań oraz przystępowania do postępowań odwoławczych w trybie ustawy „Prawo zamówień publicznych” składania informacji w rozumieniu art. 181 ust. 1 cyt ustawy, zgłaszania opozycji, wnoszenia sprzeciwów oraz do reprezentowania Spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą, na posiedzeniu i rozprawie w wyniku wniesienia przez Spółkę odwołania lub przystąpienia do postępowania odwoławczego.

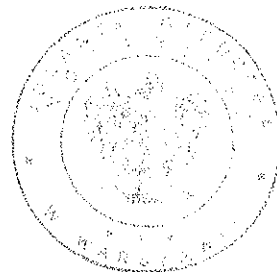
SKANSKA S.A.
PREZES ZARZĄDU
Piotr Janiszewski

Repertorium A numer 1180 /2016

Dnia 16 sierpnia 2016 roku poświadczam zgodność niniejszego odpisu z okazanym dokumentem. -----

Pobrano:-----

- takse notarialną – na podstawie §12 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości -----
z dnia 28 czerwca 2004 roku w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (tekst jednolity: Dz.U. 2013 r., poz. 237 ze zmianą)...6,00 zł.
- podatek od towarów i usług (23%) – na podstawie art.41 ust.1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 710 ze zmianami.).....1,38 zł.



Jolanta Gardocka
JOLANTA GARDOCKA
NOTARIUSZ