

Toruń, 05 lipca 2017 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miasto Bydgoszcz

w imieniu i na rzecz którego działa **Zarząd**

Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej

ul. Toruńska 174 a, 85-844 Bydgoszcz

faks: +48 52 582-27-77

e-mail:

katarzyna.robotnikowska@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. Region Północny

Budownictwa Inżynieryjnego

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. „**Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Wojska Polskiego na odcinku od ul. Krzysztofa Kamila Baczyńskiego do ul. Chemicznej w systemie zaprojektuj-wybuduj**”.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 2 pkt 5 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 wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w sposób sprzeczny z przepisami Ustawy oraz innymi, wskazanymi poniżej przepisami prawa.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy oraz art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy a także przepisy § 15 – 19 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 1129 z późn. zm.) (dalej jako „rozporządzenie”) w zw. z art. 14 Ustawy, art. 140 Ustawy i art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 5, art. 58 § 1 i 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,
- zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno-użytkowego („PFU”) w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty,
- ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dołączenia do dokumentacji przetargowej (PFU) dokumentacji związanej z postępowaniem środowiskowym wraz z decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych. Jeśli Zamawiający zamierza uzyskać dokumentację związaną z postępowaniem środowiskowym wraz z decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych po otwarciu ofert, wnoszę o zamieszczenie w PFU następującego postanowienia:

SKANSKA

- „wymagania wynikające z uzyskanej dokumentacji związanej z postępowaniem środowiskowym wraz z decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej. W przypadku gdy z dokumentacji związanej z postępowaniem środowiskowym oraz z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych będą wynikały zmiany wobec założeń wynikających z PFU, które do swej oferty przyjął Wykonawca, Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenia o:

a) przedłużenie czasu do wykonania przedmiotu umowy,
b) płatności dodatkowej, przewyższającej wysokość wynagrodzenia ryczałtowego; zasady ustalenia wysokości wynagrodzenia dodatkowego Strony ustalą w drodze obopólnego porozumienia.”

Wnoszę też o zmianę § 2 ust. 1 umowy na następującą treść:

- 1) „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z jej złożeniem w siedzibie Zamawiającego oraz uzyskanie decyzji administracyjnych pozwalających na realizację zadania powinno nastąpić w terminie 7 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 2) Zatwierdzenie projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia robót powinno nastąpić najpóźniej w ciągu 1 miesiąca od daty zatwierdzenia dokumentacji projektowej,
- 3) Wykonawca zobowiązany jest rozpocząć etap drugi polegający na realizacji robót budowlanych najpóźniej w ciągu 14 dni od uzyskania prawomocnej decyzji administracyjnej i zatwierdzenia przez ZDMiKP całości dokumentacji. Roboty budowlane należy zakończyć w terminie 14 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Interes we wniesieniu odwołania.

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 OPZ 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 30 czerwca 2017 roku opublikował postanowienia SIWZ na swojej stronie internetowej (numer sprawy 028/2017).

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych 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.: „Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Wojska Polskiego na odcinku od ul. Krzysztofa Kamila Baczyńskiego do ul. Chemicznej w systemie zaprojektuj-wybuduj” w trybie przetargu nieograniczonego. Zadanie ma charakter inwestycji w tzw. formule „zaprojektuj – wybuduj”.

Jak wskazał Zamawiający w punkcie 3.2 siwz, przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. W związku z tym, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zastrzegł też, iż sposób wynagrodzenia Wykonawcy za świadczenia objęte umową będzie ryczałtowy (3 umowy). Nie przewidział w postanowieniach umownych takiej sytuacji, w której z uwagi na zmiany w PFU (tj. opisie przedmiotu zamówienia) strony umowy będą zobowiązane, a co najmniej uprawnione, do renegotjacji wysokości wynagrodzenia oraz weryfikacji terminów umownych wykonania dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych. Jednocześnie Zamawiający wskazał jako dokument, na bazie którego Wykonawca ma sporządzić dokumentację projektową oraz wykonać roboty „dokumentację związaną z postępowaniem środowiskowym wraz z decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych” (str. 60 PFU, akapit czwarty od dołu). Zamawiający stwierdził, że przekaże tę decyzję wraz dokumentacją Wykonawcy do dnia 12 listopada 2017 r. (a więc temu podmiotowi, z którym podpisze umowę). To samo stwierdził Zamawiający odnośnie do decyzji zezwalającej na wycinkę drzew (ta sama strona PFU, akapit niżej). O ile jednak informacje dotyczące wycinki drzew, konieczne by

Wykonawcy oszacowali koszt tej wycinki oraz uwzględnili tę wycinkę w harmonogramie czasowym robót zostały Wykonawcom przedstawione, o tyle już informacje i warunki, które będzie zawierała decyzja środowiskowa pozostają dla Wykonawców niedostępne. Może się więc zdarzyć, że rozwiązania przewidziane przez Zamawiającego w PFU będą różnić się od tych, które dopuści lub nakaze decyzja środowiskowa. Spowoduje to, niemożliwą w tej chwili do przewidzenia, na etapie oferowania oraz na podstawie niepełnej dokumentacji, zmianę zakresu zobowiązania Wykonawcy.

W związku z powyższym domagamy się udostępnienia wskazanej decyzji Wykonawcom w takim terminie, by mogli oni uwzględnić postanowienia decyzji środowiskowej szacując swoje oferty.

W przypadku natomiast, jeśli Zamawiający zamierza wybrać Wykonawcę przedmiotu umowy na podstawie tak niedookreślonego zakresu zobowiązania, należy, zdaniem Odwołującego, przewidzieć w umowie przypadek zmiany postanowień umownych, zarówno w zakresie terminu, jak i wynagrodzenia. Zdaniem Odwołującego, brak takiego uregulowania wzajemnych zobowiązań narazi strony przyszłej umowy na rozbieżności interpretacyjne, które mogą doprowadzić do zerwania umowy (odstąpienia). Zamawiający zastrzegł bowiem co prawda, iż charakter wynagrodzenia Wykonawcy jest w niniejszym postępowaniu ryczałtowy. Wynagrodzenie to, o którym mowa w art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, ulega odpowiedniemu ograniczeniu poprzez przepisy Ustawy i jej aktów wykonawczych (art. 14 Ustawy), które nakładają na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Ustawy). Innymi słowy, odwoływanie się przez Zamawiającego do art. 632 § 1 kc nie może zmierzać do sanowania uchybień Zamawiającego, polegających na opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej zawierającej braki. Takie bowiem działanie Zamawiającego jest nieważne z mocy prawa (art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 kc). W razie nieopłacalności więc kontynuowania umowy przez Wykonawcę na etapie otrzymania decyzji środowiskowej, może on – na podstawie przywołanych przepisów, żądać podwyższenia wynagrodzenia, ewentualnie odstąpić od umowy. Ostatecznie może też skorzystać z instytucji sądowego uregulowania zobowiązań stron umowy, w której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 § 2 kc).

Tak, czy inaczej, to również w interesie Zamawiającego jest takie sformułowanie postanowień i warunków dokumentacji, które pozwoli uniknąć zasygnalizowanych problemów. Zdaniem Odwołującego rozwiązaniem jest dołączenie rzeczowej decyzji przed otwarciem ofert lub opisanie mechanizmu weryfikacji wynagrodzenia oraz terminów wykonania części zamówienia, w razie zaistnienia takiej, obiektywnej konieczności.

Zgodnie z przepisami Ustawy, Zamawiający uprawniony jest do udostępnienia wykonawcom takiego zakresu dokumentacji projektowej, jaka jest niezbędna do należytego wykonania zamówienia (tak, m. in. KIO w wyroku z dnia 21.07.2016 r., KIO 1121/16). Odwołujący nie kwestionuje tego uprawnienia Zamawiającego. Jednakże, konsekwentnie stwierdzić trzeba, że – skoro Zamawiający wskazał w PFU, iż do sporządzenia dokumentacji, a potem robót (a więc także i oferty) konieczna jest decyzja środowiskowa, to tę decyzję Wykonawcy muszą poznać przed sporządzeniem i złożeniem ofert. Zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. (Dz. U. Nr 199, poz. 1227), tj. z dnia 9 lutego 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 353) o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach określa środowiskowe uwarunkowania realizacji przedsięwzięcia. Stosownie do art. 72 ust. 1 tej ustawy, wydanie decyzji środowiskowej następuje zasadniczo przed uzyskaniem wyliczonych enumeratywnie decyzji inwestycyjnych. Są to przykładowo decyzja o pozwoleniu na budowę, decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, koncesja na poszukiwanie lub rozpoznawanie złóż kopalin, decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Wydanie decyzji środowiskowej może także nastąpić m.in. przed dokonaniem zgłoszenia budowy. Z doświadczenia Odwołującego wynika istotny charakter postanowień decyzji środowiskowej, która może mieć wpływ na poszczególne założenia projektowe, a następnie realizacyjne.

Program funkcjonalno-użytkowy powinien na podstawie art. 29 ust. 1 Ustawy opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ze wskazaniem, które informacje stanowią wymagania do spełnienia przez wykonawcę, a które jedynie sugestie.

Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, ma prawo domniemywać na podstawie art. 29 ust. 1 Ustawy, że program funkcjonalno-użytkowy zawiera wszystkie informacje i dokumenty niezbędne do sporządzenia dokumentacji projektowej. Nieprawidłowym i naruszającym przepisy Ustawy jest odwoływanie się w opisie przedmiotu zamówienia do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Powyższe świadczy o nadużywaniu praw podmiotowych przez Zamawiającego i skrajnej nierównowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawcy powinni mieć bowiem precyzyjne dane wyjściowe do przygotowania swojej oferty, przedstawione w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.

W połączeniu z postanowieniami w zakresie charakteru wynagrodzenia oraz w przedmiocie dopuszczalnych zmian umowy oznacza to, że ryzyko związane z ilością i zakresem robót spoczywa na przyszłej decyzji, a danych wynikających z tej decyzji Wykonawcy nie są w stanie przewidzieć. Prowadzić to może do nieporównywalności ofert.

Co więcej, obowiązek uzgodnienia z Zamawiającym szczegółów na etapie wykonywania kontraktu daje mu możliwość dowolnego, jednostronnego kreowania zobowiązań Wykonawcy już po zawarciu umowy. Zamawiający powinien bowiem jednoznacznie określić parametry jakie ma spełniać przedmiot zamówienia, a nie na etapie jego realizacji decydować o tym czy materiały zastosowane przez Wykonawcę spełniają, w jego ocenie, najwyższe parametry jakościowe bądź estetyczne.

Powyższe oznacza, że zakres prac projektowych i budowlanych nałożonych na Wykonawcę na podstawie decyzji środowiskowej, zostanie zdeteterminowany treścią decyzji wydanej w przyszłości. Jej treść będzie w chwili sporządzania i wyceny oferty nieznana i niemożliwa do przewidzenia nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością. Istnieje przy tym spore prawdopodobieństwo, że na skutek przeprowadzenia procedury, by sprostać wymogom środowiskowym, niezbędne będzie zaprojektowanie i wykonanie innych (nowych/dodatkowych) obiektów infrastrukturalnych, które nie były uwzględnione w postanowieniach PFU i dostępnych w momencie sporządzenia oferty dokumentów. W konsekwencji, Wykonawca nie posiada na etapie sporządzenia oferty danych umożliwiających jej wycenę i określenie wszystkich ryzyk

związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie przewidział jednocześnie możliwości zmiany warunków kontraktu na skutek zmiany zakresu świadczenia wynikającej z treści wydanej decyzji środowiskowej. Tym samym, Zamawiający przerzucił na Wykonawcę całość ryzyka wynikającego z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót.

W konsekwencji Odwołujący stwierdza, że Zamawiający dokonał nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ zaniechał jego precyzyjnego określenia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń, w postaci ostatecznej treści decyzji środowiskowej, na którą Wykonawcy nie mają wpływu. Konsekwencje swoich zaniechań Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na Wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z zaistniałych na tej podstawie zmian.

W zakresie wnioskowanej zmiany w sposobie określenia terminu na wykonanie zadań w ramach zamówienia, Odwołujący wnosi o podanie czasu (ilość miesięcy) jaki Wykonawca będzie miał na realizację zadania a nie konkretnej daty 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.

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”.

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

Z poważaniem

RADCA PRAWNY

Emil Mikula
BD-P 235

Załączniki:

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

SKANSKA S.A.
ul. Gen. Józefa Zajęczka 9
01-518 Warszawa
Tel: 561 30 00, FAX: 560 83 01
NIP 778-00-01-070

Warszawa, dnia 05 stycznia 2017 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:

radcy prawnemu
Panu Emilowi MIKUŁA
wpisanemu na listę radców prawnych pod nr BdP-235

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.

Pełnomocnictwo jest ważne do odwołania.

Pełnomocnictwo wygasa także w przypadku utraty przez pełnomocnika statusu pracownika Skanska S.A.

SKANSKA S.A.
PREZES ZARZĄDU
Piotr Janiszewski