



Wysoka, 14.04.2021 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Miasto Koszalin
Rynek Staromiejski 6-7
75-007 Koszalin

Postępowanie prowadzi:

Biuro Zamówień Publicznych Urzędu Miejskiego w Koszalinie
ul. Adama Mickiewicza 26
75 – 004 Koszalin

E-mail: emilia.miszewska@um.koszalin.pl
Tel.: +48 943488656

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków

KRS: 0000054588,

e-mail: pl_office.strabag@strabag.com

tel.: +48 22 7144-800

reprezentowana przez Pełnomocnika

r.pr. Kamilę Kubek

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.

Wysoka, ul. Lipowa 5A

52-200 Wrocław

tel. 604162 906

e-mail: kamila.kubek@bauholding.com

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie **„Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie” realizowana w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego: Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie.**



Numer ogłoszenia: **2021/S 067-172742** z dnia 07.04.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

ODWOŁANIE

W imieniu Strabag Sp. z o.o., w oparciu o przepis art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „PZP”, Dz. U. z 2019r., poz. 2019), wnoszę odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu polegające na:

- a) określeniu w Rozdziale I pkt. 4 SWZ – IDW terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie daty kalendarzowej oraz odpowiednio określenie w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy terminu wykonania przedmiotu Umowy poprzez wskazanie daty kalendarzowej,
- b) ustaleniu w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy niemożliwego do zachowania terminu wykonania przedmiotu Umowy.

Zarzuty

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 5, art. 353¹ i art. 387 ustawy Kodeks cywilny (dalej: „KC”), w związku z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez wyznaczenie terminu wykonania w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego, poprzez ustalenie niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia,
2. art. 436 pkt 1 PZP poprzez określenie terminu wykonania przez wskazanie daty bez uzasadnionej obiektywnej przyczyny zamiast określenie terminu w miesiącach,
3. a w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert; oraz
4. art. 16 PZP i art. 99 ust. 4 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. ustalenie terminu wykonania przedmiotu zamówienia na minimum 24 miesiące od dnia podpisania Umowy,
2. określenie terminu wykonania zamówienia w miesiącach liczonych od dnia podpisania Umowy.

Interes prawny:

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych, mostowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchyleń Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, w szczególności, gdy Zamawiający ustanowił nierealnie krótki termin realizacji zamówienia i określił termin poprzez wskazanie daty bez uzasadnionej obiektywnej przyczyny, Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, a w szczególności spełniającej nierealny warunek o terminie realizacji. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów **prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia)**. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków*



ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz." – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17)

Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert.

Termin:

Ogłoszenie o zamówieniu pojawiło się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.04.2021 r.

Wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 515 PZP.

Uzasadnienie

W dniu 07.04.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o prowadzonym przez Gminę Miasto Koszalin postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie **„Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie” realizowana w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego: Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie”**.

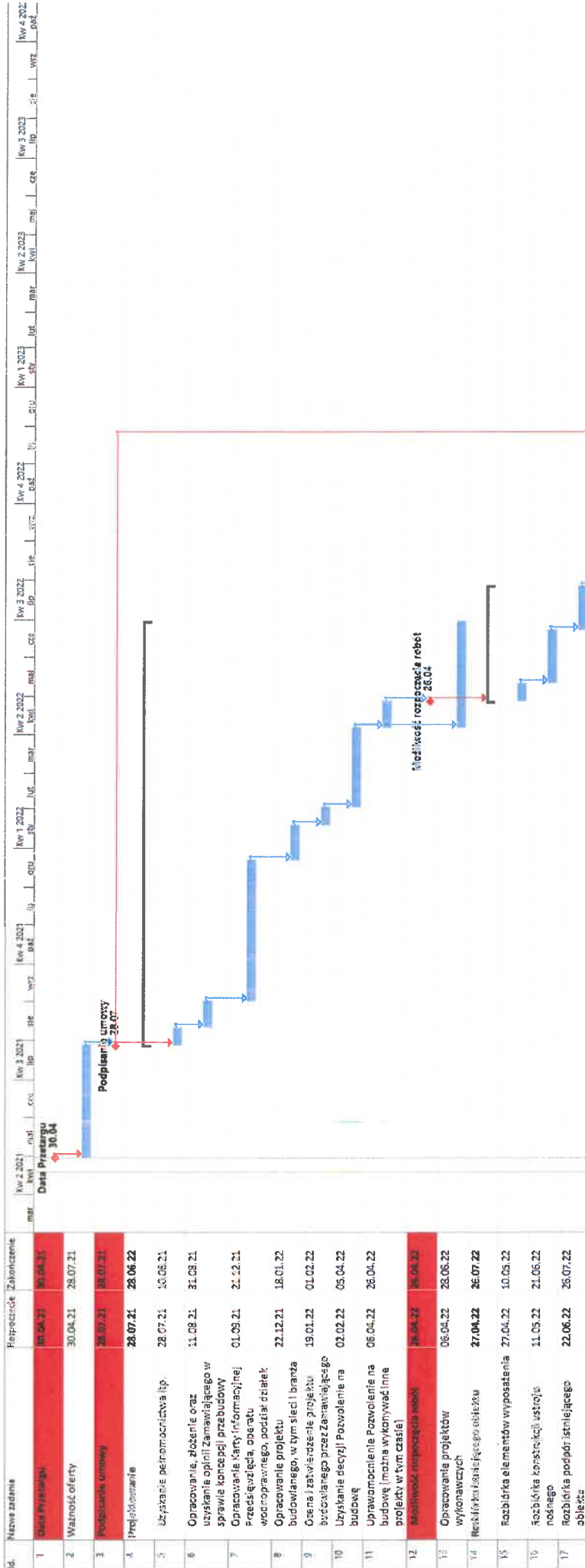
Ad. 1 wniosków odwołania

Zamawiający w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy wskazał termin wykonania przedmiotu umowy polegającego na opracowaniu szczegółowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla przedmiotowego zadania wraz z czynnościami formalnymi niezbędnymi w celu rozpoczęcia robót budowlanych oraz wykonanie robót budowlanych zgodnie z założeniami opisu przedmiotu zamówienia.

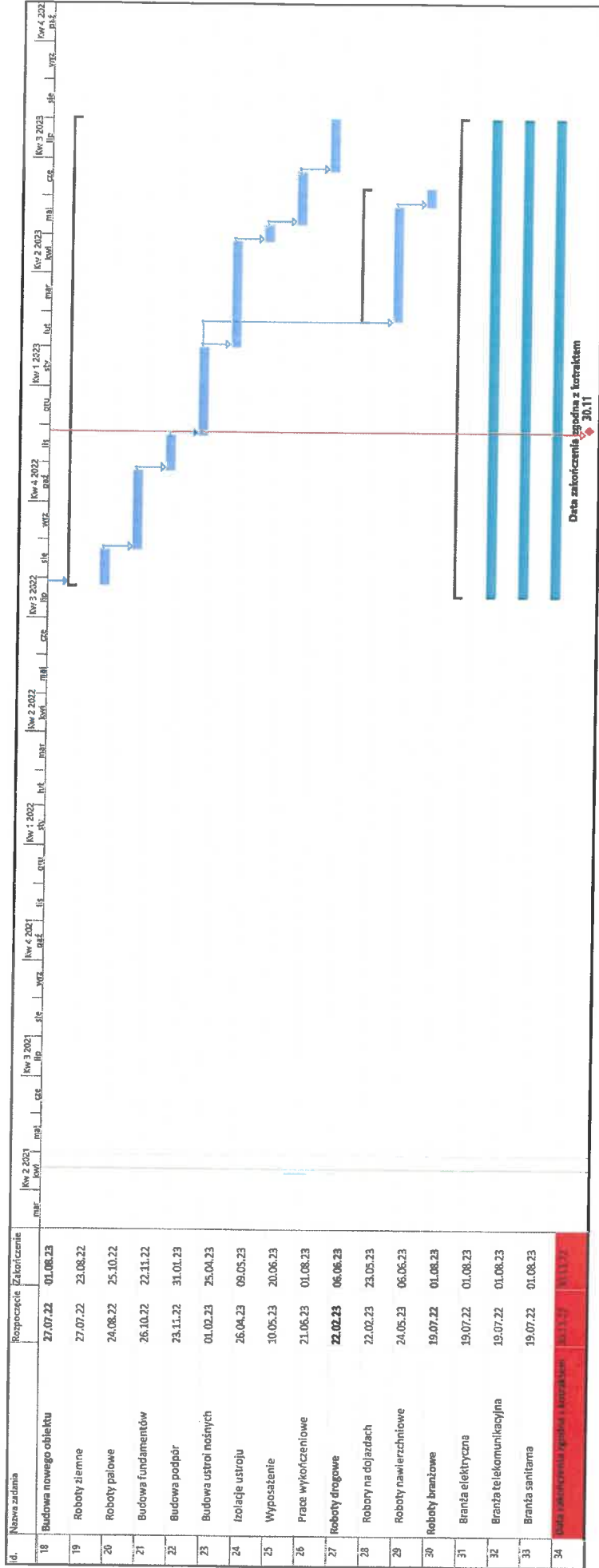
Wskazany termin umowny jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania.

Zamawiający nie uwzględnił realnego czasu koniecznego do wykonania przedmiotu Umowy, który zdaniem Odwołującego wynosi co najmniej 24 miesiące od dnia podpisania Umowy zgodnie z poniższym zestawieniem:

CML Construction Services Sp. z o.o.



CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
 Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy XIV Wódzki Gospodarczy Krajowego Rejestru
 Sądowego, numer KRS 0000127873, NIP 788-18-51-539, REGON 634372200, kapitał
 zakładowy 200 000 zł, tel. +48 22/71-44-800, fax +48 22/71-44-908
 Biuro we Wrocławiu: Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław





Powyższy harmonogram szczegółowo przedstawia poszczególne etapy realizacji zamówienia i uwzględnia realne terminy, w tym terminy wynikające z obowiązujących przepisów. Przedstawione terminy wynikają z doświadczenia Odwołującego, który zrealizował wiele tego typu inwestycji.

Ustalone przez Zamawiającego terminy wykonania zamówienia są nierealne. Odwołujący wskazuje, że termin wykonania zamówienia, to obok opisu przedmiotu zamówienia jedna z najistotniejszych informacji z punktu widzenia kalkulacji oferty przetargowej.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 12.11.2014r., KIO 2167/14 opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków realizacji oraz terminów związanych z realizacją zamówienia, jest uprawnieniem zamawiającego podlegającym kontroli m.in. wykonawców w trybie zaskarżania czynności. W wyroku z 16.10.2014r., KIO 2029/13, wskazano, że termin realizacji zamówienia to jeden z podstawowych elementów SWZ.

Z kolei w wyroku z 06.11.2014r., KIO 2177/14 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2016 r. (KIO 2091/16) już samo wyznaczenie bardzo krótkiego terminu realizacji zamówienia, który nie jest możliwy do dotrzymania, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wyznaczenie przez Zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu stanowi naruszenie przepisów art. 387 KC, art. 353¹ oraz art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współzycia społecznego, co ma miejsce w niniejszej sprawie poprzez narzucenie przez Zamawiającego nierealnych terminów wykonania, a tym samym naruszenie przepisów art. 353.1.i art. 5 KC.

Zamawiający poprzez ustalenie nierealnych terminów narusza również przepis art. 387 KC. Jak wynika z przedstawionego powyżej Harmonogramu terminy wskazane przez Zamawiającego są niemożliwe do dotrzymania.

W związku z tym skarżone warunki Umowy wyczerpują przesłanki art. 387 KC mówiące o pierwotnej, trwałej i obiektywnej niemożliwości spełnienia świadczenia. Wskazać również należy na wyrok KIO z 27.05.2011 r., KIO 1006/11, w którym KIO wskazała, że ustalenie przez Zamawiającego nierealnych terminów na wykonanie zamówienia oceniane jest przez pryzmat niemożliwości świadczenia.

Warto w tym miejscu przytoczyć również stanowisko Sądu Najwyższego, który w Wyroku z dnia 14.01.2016 r. w sprawie o sygn.akt: IV CSK 223/15, stwierdził, że: „(...) 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”.

Z uwagi na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy i określenie go na minimum 24 miesiące od dnia podpisania Umowy.

Ad. 2 wniosków odwołania

W § 2 ust. 1 Wzoru Umowy termin wykonania przedmiotu Umowy wskazano za pomocą daty kalendarzowej (do 30.11.2022 r.). Zgodnie z art. 436 PZP planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określa się w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W treści dokumentów zamówienia Zamawiający nie wskazał wyraźnie, co stanowi uzasadnioną obiektywną przyczynę, dla której termin wykonania przedmiotu Umowy ustalił poprzez wskazanie konkretnej daty a nie określenie w miesiącach lub latach. W ocenie Odwołującego przyczyny takie w realiach niniejszego postępowania nie występują.

Odnosnie nie wskazania przez Zamawiającego obiektywnej przyczyny, dla której określił termin wykonania przedmiotu Umowy poprzez wskazanie daty, Odwołujący wskazuje za Krajową Izbą Odwoławczą, że przekonanie Zamawiającego winno znaleźć odzwierciedlenie w treści specyfikacji. Nie jest zatem wystarczające samo przekonanie Zamawiającego o obiektywnej przyczynie, jeżeli nie znajduje ono odzwierciedlenia w treści dokumentacji, co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu (vide: wyrok KIO z dnia 7 lipca 2020 r., KIO 811/20), albowiem Zamawiający nie wskazał na obiektywną przyczynę, dla której ustalił termin wykonania poprzez wskazanie daty.

W realiach niniejszej sprawy Zamawiający nie wskazał obiektywnej przyczyny w sposób jasny i zrozumiały dla Oferentów, nie dochowując tym samym oczekiwanej należytej staranności Zamawiającego w przygotowaniu postępowania.

Należy wskazać na wyrok KIO z 03.09.2020r., KIO1939/20, w którym KIO wskazała na obowiązek Zamawiającego w dochowaniu należytej staranności w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: *„Skoro obowiązek współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikający z art.354 k.c. dotyczy na równych prawach zamawiającego i wykonawcy, to cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia pozwala na objęcie nim również i tego etapu relacji między zamawiającym a wykonawcami. Ponadto, w ocenie Izby, również dochowanie należytej staranności dotyczy nie tylko wykonawców, ale w pierwszej kolejności zamawiającego. Należyta staranność zamawiającego obejmuje prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia i proporcjonalnych do niego warunków udziału w postępowaniu.”*

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ocenie Odwołującego nie zachował należytej staranności, ustalając termin wykonania poprzez wskazanie daty bez jednoczesnego istnienia i



wyraźnego wskazania przez Zamawiającego obiektywnej przyczyny takiego postępowania, która wymuszałaby i zarazem uzasadniałaby ustalenie terminu wykonania przedmiotu Umowy w ściśle określonej dacie.

Z uwagi na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu określenie terminu realizacji przedmiotu Umowy w miesiącach począwszy od podpisania Umowy, zgodnie z wnioskami odwołania.

Biorąc pod uwagę przedstawioną wyżej argumentację, wnoszę i wywodzę jak na wstępie odwołania.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu na adres e-mail wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu.

Kamila Kubek
radca prawny

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo oraz KRS Odwołującego.

