

Sygn. akt: KIO 1383/17

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: Edyta Paziewska

wobec cofnięcia w dniu 18 lipca 2017 r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2017 r. przez wykonawcę **S. S.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174A, 85-844 Bydgoszcz**

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **S. S.A., (...)** kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego 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”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 czerwca 2017 r. pod numerem 542968-N-2017.

W postępowaniu tym wykonawca S. S.A. (dalej: „odwołujący”) w dniu 5 lipca 2017 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp a także § 15 - 19 ust. 4 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129 ze zm.) w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 140 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dołączenia do dokumentacji przetargowej (PRO 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, odwołujący wniósł o zamieszczenie w PFU następującego postanowienia:

- „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 roszczenie 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.”

Odwołujący wniósł 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 test 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.”.

W dniu 18 lipca 2017 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że w większości uwzględni odwołanie jako uzasadnione.

Odnosnie wniosku o dopuszczenie zmiany umowy w następstwie treści decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zamawiający stwierdził:

„Zamawiający istotnie nie dysponuje prawomocną decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych dla planowanej inwestycji, dysponując jednak Kartą Informacyjną Przedsięwzięcia wraz ze złożonym wnioskiem do Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Bydgoszczy oraz uzupełnieniami do tego wniosku. Wszystkie te dokumenty stanowią elementy składowe dokumentacji przetargowej.

W przypadku ustalenia w tej decyzji np. określonych wymagań materiałowych lub innych rozwiązań technicznych niż podanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający oczywiście dopuszcza możliwość niezbędnej, odpowiedniej do ewentualnie zwiększonego zakresu lub zwiększonej wartości prac, zmiany (zwiększenia) wynagrodzenia Wykonawcy.

Jednocześnie uzasadnione wydaje się, aby ewentualna zmiana wynagrodzenia oparta była na obiektywnych przesłankach, to jest na podstawie kosztorysu Wykonawcy, sporządzonego z zastosowaniem cennika O. lub S.. Zamawiający dokona odpowiedniej zmiany treści Wzoru Umowy.

Nieuwzględniona zostaje jedynie propozycja, zamiany ściśle określonej daty zakończenia robót budowlanych na liczbę miesięcy liczoną od dnia podpisania Umowy.

Zamawiający po pierwsze uprawniony jest do określenia terminu realizacji zamówienia podając datę lub liczbę miesięcy, ale przede wszystkim, wykonawcy zainteresowani realizacją zamówienia, muszą uwzględnić tu sposób finansowania inwestycji.

Roboty budowlane muszą zostać zakończone do 30 czerwca 2018 r. a konieczność ta wynika z trzech powodów:

1) zaplanowano i uzgodniono z przewoźnikiem, terminy zamknięcia torowego w ciągu ulic Wojska Polskiego, Perlowej oraz Szpitalnej, w dniach od 01.03.2018 r. do 31.07.2018 r. Po zakończeniu robót budowlanych, a przed wznowieniem ruchu tramwajowego na przebudowywanym odcinku torowiska, należy dokonać jeszcze odbioru końcowego Przedmiotu Zamówienia, a także uzyskać decyzję o pozwoleniu na użytkowanie dla tego zadania. Zamawiający nie może przywrócić ruchu tramwajowego bez uzyskania wymaganych prawem dokumentów, potwierdzających bezpieczne korzystanie z przebudowanej infrastruktury tramwajowej.

2) w czasie realizacji omawianej tu inwestycji, Zamawiający realizował będzie także przebudowę torowiska tramwajowego w ciągu ulicy Wojska Polskiego na odcinku od ul. Magnuszewskiej do ul. Szarych Szeregów.

W tym samym terminie zamknięcia torowego określonego powyżej, przebudowany zostanie węzeł tramwajowy na skrzyżowaniu ulic Wojska Polskiego, Szpitalna oraz Szarych Szeregów, będący największym węzłem tramwajowym w Bydgoszczy. Oznacza to,

niezbędne skoordynowanie obu inwestycji w taki sposób, aby zminimalizować negatywne skutki ograniczenia możliwości przewozowych komunikacji miejskiej w Bydgoszczy (finansowe, społeczne, komunikacyjne itp.). Tym samym brak możliwości zmiany terminu realizacji prac projektowych i robót budowlanych, o co wnioskuje Odwołujący.

Do Wykonawcy należy zaangażowanie odpowiedniego potencjału wykonawczego, w tym przewidziany we wzorze umowy, obowiązek stosowania dwuzmianowego czasu pracy w godzinach 6:00-22:00. Rodzi to oczywiście po stronie Wykonawcy określone wydatki i koszty, na co Zamawiający się godzi,

3) Zgodnie z Porozumieniem nr RR-VII-T.041.13.2015 w sprawie powierzenia zadań Instytucji Pośredniczącej w ramach instrumentu Zintegrowane Inwestycje Terytorialne Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020 na Instytucji Pośredniczącej, którą jest Miasto Bydgoszcz spoczywa obowiązek zrealizowania celów pośrednich w roku 2018 określonych w załączniku do niniejszego porozumienia. Jednym z celów jest: całkowita długość nowych lub zmodernizowanych linii tramwajowych - 0,56 km w 2018 r. Oznacza to, że założony przez Zamawiającego termin zakończenia inwestycji, tj. 30.06.2018 r., zapewni kompleksową realizację zamówienia (osiągnięcie założonych celów pośrednich) oraz pozwoli na złożenie wniosku o płatności końcową do Urzędu Marszałkowskiego w wyznaczonym terminie. Tym samym, wszelkie czynności podjęte przez Zamawiającego mają na celu faktyczną i bezkolizyjną realizację inwestycji oraz wykonanie założonych wskaźników w ramach ZIT RPO WK-P na lata 2014- 2020.”.

Odnosnie wniosku odwołującego dotyczącego terminu zatwierdzenia projektu tymczasowej organizacji ruchu w ciągu 1 miesiąca od daty zatwierdzenia dokumentacji projektowej zamawiający podał:

„Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 23 września 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem (§2 ust. 1a), projekt stałej albo zmiennej organizacji ruchu sporządza się przed wszczęciem postępowania w sprawie wydania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, decyzji o pozwoleniu na budowę albo przed zgłoszeniem wykonywania robót budowlanych.

W związku z tym, Wykonawca zobowiązany jest sporządzić projekt tymczasowej organizacji ruchu drogowego na etapie opracowania projektu budowlanego, a więc przed wystąpieniem o wydanie decyzji administracyjnej zezwalającej na realizacją zadania.

Zamawiający wymaga dostarczenia zatwierdzonego projektu tymczasowej organizacji ruchu najpóźniej do dnia 01.02.2018 r. Wykonawca zobowiązany jest tak samo do dostarczenia

dokumentacji projektowej wraz z decyzją administracyjną zezwalającą na realizację zadania, najpóźniej do dnia 01.02.2018 r.

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia określił ostateczny termin rozpoczęcia robót budowlanych, który jest powiązany z terminami zamknięcia torowego. Wykonawca może rozpocząć roboty przed tym terminem, z wyłączeniem robót w obrębie torowiska lub związanych z trakcją tramwajową.”.

Uwzględniając powyższe, zamawiający oświadczył, że dokona następujących zmian wzoru umowy:

„1) w § 25 ust. 2 dodaje się pkt 2 lit. d o brzmieniu :

»wystąpienia zmian w decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych przedsięwzięcia dotyczących wymagań materiałowych lub konieczności zastosowania innych rozwiązań technicznych niż opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Zmiana wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy (zmniejszenie lub zwiększenie) zostanie określona na podstawie różnicy pomiędzy kosztorysem sporządzonym przez Wykonawcę w oparciu o Opis Przedmiotu Zamówienia oraz kosztorysem sporządzonym przez Wykonawcę w oparciu o Opis Przedmiotu Zamówienia z uwzględnieniem ewentualnych zmian określonych w decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych przedsięwzięcia. Wykonawca zostanie zobowiązany do przygotowania w tym zakresie kosztorysów, w oparciu o ceny określone w cennikach O. lub S. obowiązujących na dzień sporządzania kosztorysów. Odpowiednie zmiany będą możliwe po udokumentowaniu przez Wykonawcę opisanej okoliczności.«,

2) w § 25 dodaje się pkt 3 lit. o o brzmieniu :

»przekazania przez Zamawiającego decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych przedsięwzięcia w terminie późniejszym niż określony we Wzorze Umowy. Zamawiający dopuszcza wydłużenie terminu realizacji przedmiotu Zamówienia o tyle dni, ile wynosiło opóźnienie w przekazaniu decyzji. Przekazania decyzji w terminie wcześniejszym niż określony we Wzorze Umowy, nie skutkuje jakąkolwiek zmianą«”.

W dniu 18 lipca 2017 r. przed otwarciem rozprawy, odwołujący, mając na uwadze treść odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, wycofał odwołanie.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze wywołane ww. odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: