

Sygn. akt: KIO 1006/11

**WYROK**

**z dnia 27 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2011 r. przez wykonawcę **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu – sekcja II.3 – czas trwania zamówienia lub termin realizacji; specyfikacji istotnych warunków zamówienia – rozdział VII ust. 1 – termin wykonania całości zamówienia i gwarancja; formularza – oferta cenowa – ust. 2; wzoru umowy – § 3 ust. 1 – termin realizacji umowy (z uwzględnieniem obiektywnych czynników w zakresie: terminów na dokonanie czynności administracyjnych, warunków atmosferycznych związanych z porami roku) oraz wskazanie w § 2 lub § 20 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy podmiotu, który będzie ponosić koszty komunikacji zastępczej w czasie wydłużonego terminu wykonania części umowy dotyczącej wykonania robót budowlanych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy) uiszczoną przez wykonawcę **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin** na rzecz wykonawcy **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków** kwotę 23 306 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące trzysta sześć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 28, poz. 143) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Tramwaje Szczecińskie Spółka z o.o z siedzibą w Szczecinie, Klonowica 5, 71-241 Szczecin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną w węźle komunikacyjnym Brama Portowa w Szczecinie w ramach projektu pn. Budowa i przebudowa torowiska w Szczecinie współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 28, poz. 143) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**03.05.2011 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 85-139051.

**13.05.2011 r.**, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wykonawca ZUE SA z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 6a, 30-443 Kraków wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 387 § 1 Kc w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez określenie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, co doprowadziłoby do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe, tj. umowy nieważnej;
- 2) art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady uczciwej konkurencji, przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac;
- 3) art. 29 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania jednoznacznego, wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przez

skonstruowanie specyfikacji w sposób, który uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty porównywanej z ofertą innego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu uzupełnienia programu funkcjonalno-użytkowego stanowiącego załącznik do specyfikacji o kopię mapy zasadniczej;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany rozdziału VII (Termin wykonania zamówienia i gwarancja) ust. 1 oraz § 3 załącznika nr 7 do specyfikacji (Wzór Umowy) i jednocześnie Sekcji II: Przedmiot Zamówienia II.3 (Czas trwania zamówienia lub termin realizacji) Ogłoszenia o zamówieniu [oraz ust. 2 załącznika nr 1 do specyfikacji (formularz Oferty cenowej)] – w zakresie terminu wykonania zamówienia oraz określenie terminu realizacji umowy w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykonać umowę w całości w terminie 470 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, z tym, że na wykonanie i złożenie u zamawiającego dokumentacji projektowej wraz z ostateczną decyzją administracyjną udzielającą pozwolenia na budowę zamawiający przewidzi termin 290 dni kalendarzowych, natomiast przystąpienie przez wykonawcę do rozpoczęcia wykonywania robót budowlanych nastąpi dopiero po przekazaniu wykonawcy terenu budowy w stanie umożliwiającym prowadzenie robót, które to nie może nastąpić wcześniej niż 15 marca 2012 r. i na wykonanie tych robót (budowlanych) wykonawca będzie miał 180 dni kalendarzowych od dnia przekazania mu terenu budowy;
- 3) nakazanie zamawiającemu zmiany Załącznika nr 7 do specyfikacji (Wzór Umowy) przez usunięcie § 1 ust. 3 pkt 6 i całego § 2 oraz usunięcie z Rozdziału X (Sposób obliczenia ceny oferty) specyfikacji ust. 1 lit. c, jak również nakazanie zamawiającemu odpowiedniego skorygowania programu funkcjonalno-użytkowego w tym zakresie celem doprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do jego zgodności z przepisami ustawy, jak i uniknięcia sytuacji, gdy zawarta umowa będzie nieważna z punktu widzenia bezwzględnie obowiązujących przepisów Kodeksu cywilnego.

Argumentacja odwołującego

I. Stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VII (Termin wykonania zamówienia i gwarancja) ust. 1 oraz § 3 załącznika nr 7 do specyfikacji (Wzór Umowy) i jednocześnie w Sekcji II: Przedmiot Zamówienia II.3 (Czas trwania zamówienia lub termin realizacji) Ogłoszenia o zamówieniu wprowadził postanowienie, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest wykonać umowę w całości w terminie 240 dni kalendarzowych od zawarcia umowy, z tym zastrzeżeniem, że w terminie do 120 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy wykonawca zobowiązany jest wykonać i

złożyć u zamawiającego dokumentację projektową wraz z ostateczną decyzją administracyjną udzielającą pozwolenia na budowę.

Z kolei w Załączniku nr 7 do specyfikacji (§ 2 Wzoru umowy) zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zaprojektowania, uzgodnienia i powierzenia ZDiTM zorganizowania zastępczej komunikacji przewidując jednocześnie, że wykonawca poniesie wszelkie związane z tym koszty.

Ponadto, w Załączniku nr 7 do specyfikacji (§ 4 ust. 3 pkt 2) zamawiający wprowadził postanowienie, zgodnie z którym wynagrodzenie określone w umowie obejmuje m.in. również wszystkie koszty związane z realizacją robót budowlanych, w szczególności koszty tzw. robót nieprzewidzianych, koniecznych bądź dodatkowych.

W dodatku, do programu funkcjonalno-użytkowego stanowiącego załącznik do specyfikacji zamawiający nie dołączył kopii mapy zasadniczej.

II. Stanowisko odwołującego do naruszeń przepisów przez zamawiającego: art. 387 § 1 Kc reguluje tzw. niemożliwość pierwotną świadczenia, a więc niemożliwość istniejącą w chwili zawarcia umowy. Jak podkreśla się w judykaturze jest to niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca 2009 r., II CSK 611/08). Ponadto, w orzecznictwie podkreśla się, że art. 387 Kc odnosi się do uprzedniej i obiektywnej niemożności świadczenia wynikłej zarówno z przyczyn faktycznych, jak i prawnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 stycznia 2005 r., I ACa 1313/04, Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach 2005/1/4).

Zamawiający przewidział w dokumentacji określającej przedmiot zamówienia termin 240 dni kalendarzowych na realizację całego przedmiotu umowy, zastrzegając jednocześnie, że w terminie do 120 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy wykonawca zobowiązany jest wykonać i złożyć u zamawiającego dokumentację projektową wraz z ostateczną decyzją administracyjną udzielającą pozwolenia na budowę.

Tytułem przykładu odwołujący podnosi, iż:

- (i) czas na uzyskanie aktualnej mapy zasadniczej do celów projektowych to zasadniczo około 30 dni,
- (ii) prace projektowe trwają około 60 dni,
- (iii) czas na uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (ULICP) to około 60 dni,
- (iv) czas na uprawomocnienie się powyższej decyzji to minimum 14 dni (termin do wniesienia odwołania od decyzji wynosi 14 dni od jej doręczenia stronom postępowania),
- (v) dokonanie stosownych uzgodnień z Konserwatorem Zabytków trwa około 30 dni (w szczególnych wypadkach czas ten się znacząco wydłuża),

- (vi) uzyskanie pozwolenia na budowę, o które wystąpić można do właściwego organu po okresie, kiedy decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego stanie się ostateczna trwa około 60 dni,
- (vii) czas na uprawomocnienie się powyższej decyzji to minimum 14 dni (termin do wniesienia odwołania od decyzji wynosi 14 dni od jej doręczenia stronom postępowania),
- (viii) czas oczekiwania na wydanie przez właściwy organ dziennika budowy to około 7 dni  
[30 + 60 + 60 + 14 + 30 + 60 + 14 + 7 = 275 dni].

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych czas realizacji zamówienia powinien być dostosowany nie tylko do określonych przepisami prawa terminów m.in. na wydanie przez stosowne organy decyzji, ale uwzględniać również faktyczny czas oczekiwania w takich przypadkach (nie można również abstrahować od możliwości wniesienia odwołania przez właścicieli nieruchomości znajdujących się w zasięgu oddziaływania inwestycji).

Bez uzyskania wymaganych dokumentów oraz decyzji niemożliwe jest rozpoczęcie przez wykonawcę realizacji budowy, które to następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy takich jak wytyczenie geodezyjne obiektów w terenie, wykonanie niwelacji terenu, zagospodarowanie terenu budowy wraz z budową tymczasowych obiektów oraz wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy. Te z kolei, zgodnie z art. 41 ust. 3 ustawy Prawo budowlane mogą być wykonywane na terenie objętym pozwoleniem na budowę. Łączny czas na uzyskanie przynajmniej samych wymaganych przez obowiązujące przepisy decyzji administracyjnych oceniając sprawę racjonalnie wynosi 200 dni kalendarzowych (zakładając, że na żadnym etapie nie dojdzie do nieuzasadnionego wydłużenia terminu wydania decyzji przez właściwy organ). Co istotne, okres ten nie obejmuje czasu niezbędnego na prace projektowe oraz uzyskanie przez wykonawcę aktualnej mapy zasadniczej dla celów projektowych (która jest opracowywana na podstawie mapy zasadniczej, o której udostępnienie przez zamawiającego odwołujący wnosi), tj. dodatkowych około 90 dni.

Powyższe daty należy zestawić z wynikającymi ze specyfikacji terminem 120 dni na wykonanie prac projektowych wraz z uzyskaniem stosownych decyzji administracyjnych (w tym pozwolenia na budowę). Odnosząc się natomiast do określonego przez zamawiającego czasu na wykonanie samych robót budowlanych, tj. 120 dni kalendarzowych wskazać należy, że zamawiający w specyfikacji podzielił realizację zadania w przedmiotowym zakresie na sześć etapów (po 20 dni). Na każdym etapie robót należy wykonać m.in. następujące prace:

- (i) prace rozbiórkowe – około 1 dnia,
- (ii) usunięcie kolizji – około 2 dni,
- (iii) wykonanie płyty żelbetowej wraz z torowiskiem – około 20 dni,
- (iv) sieć trakcyjna – 4 dni,
- (v) roboty drogowe (roboty asfaltowe, tzw. bitumy) – 1 dzień,

(vi) stała organizacja ruchu – 1 dzień.

Łączny czas na wykonanie jednego z sześciu etapów robót wynosi około 30 dni (przy założeniu, że warunki atmosferyczne nie utrudnią prowadzenia robót). Na wykonanie wszystkich sześciu etapów prac wykonawca potrzebuje łącznie minimum 180 dni kalendarzowych, bowiem prace te nie mogą być wykonywane równocześnie. Nie można również zapominać, że w okresie zimowym prowadzenie w szczególności prac betonowych i asfaltowych jest znacznie utrudnione, a przy znacznym spadku temperatury wręcz niemożliwe. Zgodnie z technologią większość materiałów budowlanych można używać tylko powyżej 0<sup>o</sup> C, ale zalecany zakres temperatur waha się od +5 do +25<sup>o</sup> C. To zapewnia prawidłowy przebieg wiązania spoiwa i decyduje o osiągnięciu przez materiał właściwych parametrów użytkowych. Przy spadku temperatury poniżej +5<sup>o</sup> C pojawiają się zakłócenia przebiegu wiązania i utwardzania materiałów. Dotyczy to temperatury otoczenia i podłoża. Niedopuszczalne jest stosowanie materiałów na podłoża zmrożone lub zaśnieżone. Natomiast w specyfikacji, mając na uwadze wskazane tam etapy i okresy wykonywania robót, realizacja zamówienia wypada właśnie w okresie zimowym, tj. od grudnia 2011 do lutego 2012 r. (w dodatku, do zakresu robót objętych przedmiotowym zadaniem z dużym prawdopodobieństwem należeć będzie także usunięcie kolizji na sieci ciepłej, a z uwagi na sezon grzewczy trwający do końca kwietnia, prace na ciepłociągu można wykonywać wyłącznie w okresie od maja do października).

Zamawiający jako podmiot wydatkujący publiczne środki, powinien posiadać wiedzę, jaki czas jest niezbędny na realizację zamówienia, który to czas powinien – zgodnie z przepisami prawa – uwzględnić przy planowaniu zamówienia, konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniając w tym wszelkie ryzyka przesunięcia realizacji projektu, opóźnień spowodowanych procedurami związanymi z uzyskaniem stosownych pozwoleń, czy wreszcie procedurami odwoławczymi. Ta ocena okoliczności towarzyszących postępowaniu, obowiązek przewidywania ewentualnych opóźnień i przesunięć w całości obciąża zamawiającego, który te okoliczności powinien właściwie i racjonalnie oszacować i uwzględnić (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., KIO/KD 107/10).

Określając termin zakończenia realizacji zamówienia publicznego zamawiający powinien uwzględnić również skalę zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z realizacją zamówienia. W świetle powyższego należy z całą stanowczością stwierdzić, że tak opisany termin realizacji zamówienia jest niemożliwy do dotrzymania przez jakiegokolwiek wykonawcę, a co za tym idzie strony zawierając umowę w obecnym brzmieniu zawarłyby umowę o świadczenie niemożliwe pierwotnie, tj. umowę nieważną.

Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący wskazał, że w art. 29 ust. 1 Pzp uregulowane zostały wytyczne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia powinien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i

zrozumiałych określić, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W art. 29 ust. 2 Pzp ustawodawca wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie ulega natomiast wątpliwości, że tak określony przez zamawiającego termin realizacji zamówienia jest nierealny i naruszający zasady uczciwej konkurencji, co stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 Pzp (stanowisko takie wyraziła Krajowa Izba odwoławcza m.in. w uchwale z 13 stycznia 2011 r., KIO/KD 107/10).

Ponadto sposób przygotowania programu funkcjonalno-użytkowego uniemożliwia wykonawcy przygotowanie oferty, z uwagi na nie dołączenie przez zamawiającego mapy zasadniczej – nie jest możliwe przy obecnej zawartości specyfikacji, dokonanie kalkulacji ceny czy określenie zakresu robót. Mapa zasadnicza jest niezbędna m.in. do prawidłowego oszacowania wartości robót związanych z usunięciem kolizji występujących na terenie budowy.

W ocenie odwołującego, również postanowienia zawarte w Załączniku nr 7 do specyfikacji (§ 4 ust. 3 pkt 2) są sprzeczne z ustawą. Zamawiający wprowadził postanowienie, zgodnie z którym wynagrodzenie określone w umowie obejmuje m.in. również wszystkie koszty związane z realizacją robót budowlanych, w szczególności koszty tzw. robót nieprzewidzianych, koniecznych bądź dodatkowych. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stopień szczegółowości oraz dogłębności opisu przedmiotu zamówienia powinien sprowadzać się w pierwszej kolejności do tego, by w opisie przedmiotu zamówienia zawarta została pełna informacja o wszystkich czynnikach mających wpływ na ukształtowanie przez wykonawców swoich ofert. Stanowi to z jednej strony obowiązek zamawiającego, z drugiej zaś – prawo wykonawcy do otrzymania takich informacji, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oraz złożenie oferty (orzeczenie z 23 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1100/10, podobnie orzeczenie z 17 grudnia 2007 r. KIO/UZP 1419/07 ze stwierdzeniem, że z art. 29 ust. 1 Pzp wynika dla zamawiającego obowiązek wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający tym samym nie może przerzucać na wykonawcę obowiązku (a co za tym idzie ryzyka poniesienia kosztów) przewidzenia już na etapie składania oferty wszelkich ewentualnych dodatkowych robót. Nie mówiąc już o wskazanych w ww. postanowieniu wzoru umowy robotach nieprzewidzianych.

Kolejnym przypadkiem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jest doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający dopuścił do porównania ofert zawierających ceny w istocie ze sobą nieporównywalne przez nałożenie na wykonawców obowiązków związanych z organizacją i wprowadzeniem zastępczej komunikacji autobusowej, z niejednoznacznym opisaniem w tym zakresie założeń, jakie muszą zostać spełnione przez wykonawcę. Ma to niebagatelne znacznie mając na uwadze fakt, że organizacja i wprowadzenie



zastępczej komunikacji autobusowej stanowi niezwykle istotny czynnik cenotwórczy. Każda nieścisłość i nieprecyzyjność w tym zakresie może spowodować, że oferty złożone przez wykonawców nie będą ze sobą w żadnej mierze porównywalne. Zamawiający udostępnił wykonawcom nieaktualne dane zawierające szacunkowe koszty wprowadzenia zastępczej komunikacji autobusowej na okres prowadzenia przebudowy torowiska w rejonie Bramy Portowej. Do specyfikacji załączone zostały dane obejmujące rok 2010 oraz 2011. Tym samym brak jest weryfikowalnych danych umożliwiających wyliczenie kosztów organizacji ruchu na rok 2012.

Ponadto załączone przez zamawiającego do specyfikacji dokumenty nazwane Wytycznymi (dla etapu I-VI czasowej organizacji ruchu) na podstawie, których wykonawca ma dokonać wyceny kosztów organizacji i wprowadzenia zastępczej komunikacji autobusowej, w tym poszczególne fazy przewidziane dla czasowej organizacji ruchu, ze względów technologii wykonania robót torowych wymagają gruntownych zmian. Zmiany te wpłyną na wzrost kosztów związanych z zastępczą komunikacją autobusową. Na etapie przygotowywania oferty ma to znaczenie dla prawidłowej kalkulacji, gdyż brak precyzyjnie opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie zastępczej komunikacji autobusowej uniemożliwia właściwe skonstruowanie oferty.

Odwołujący wnosi odwołanie, bowiem jego interes w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie doznał uszczerbku w wyniku niezgodnych z prawem działań zamawiającego. Uszczerbek odwołującego polega na tym, że na skutek określenia przez zamawiającego nierealnego i nieadekwatnego do zakresu prac terminu realizacji zamówienia, jak również z uwagi na sporządzenie przez zamawiającego dokumentów zawierających błędy oraz braki, odwołujący nie jest w stanie przygotować oraz złożyć zgodnie z ustawą, w tym zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oferty, mimo że ze względu na posiadane doświadczenia oraz potencjał – odwołujący jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, dając przy tym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

**13.05.2011 r.** odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

**16.05.2011 r.** (poniedziałek) zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

**19.05.2011 r.** wykonawca **Mostostal SA z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także:**

**1) dowodów złożonych przez zamawiającego:**

**a) (dowód nr 2) wydruk ze strony internetowej Urzędu Miasta Szczecina w sprawie procedury udzielania pozwolenia na budowę na potwierdzenie, że procedura udzielania pozwolenia na budowę trwa do 30 dni (część III str. 1 dowodu),**

**b) (dowód nr 3) wydruk ze strony internetowej Urzędu Miasta Szczecina w sprawie procedury wydawania dziennika budowy na potwierdzenie, że procedura wydawania dziennika budowy trwa do 3 dni (część III str. 1 dowodu);**

**2) dowodu złożonego przez odwołującego – (dowód nr 1) kopia mapy zasadniczej na okoliczność, że inwestycja będzie prowadzona w terenie zurbanizowanym i w związku z tym inwestycja jest skomplikowana**

**– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby postanowił dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone podczas rozprawy przez strony.

W ocenie składu orzekającego Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty pierwszy i drugi – naruszenia art. 387 § 1 Kc w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez określenie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, co doprowadziłoby do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe, tj. umowy nieważnej oraz art. 29 ust. 2

w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił termin składania ofert na 10 czerwca 2011 r. w sekcji IV.3.4 ogłoszenia i w rozdz. XI ust. 1 specyfikacji. Oraz zamawiający ustanowił termin związania ofertą na 60 dni w sekcji IV.3.7 ogłoszenia i w rozdz. XII ust. 3 specyfikacji. Wynika z tego, że zamawiający przewiduje zawarcie umowy w terminie od 18 czerwca [co jest możliwością teoretyczną] do 9 sierpnia 2011 r.

Zamawiający przewidział na wykonanie przedmiotu zamówienia 240 dni, a w tym na uzyskanie wszelkich zgód administracyjnych, wykonanie projektu aż do wydania pozwolenia na budowę okres 120 dni i dalszych 120 dni na wykonanie robót budowlanych: sekcja II.3 ogłoszenia, rozdz. VII ust. 1 specyfikacji, ust. 2 formularza oferty cenowej i § 3 ust. 1 wzoru umowy.

Same procedury, zgodnie z art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego nakazujące załatwienie spraw w ciągu miesiąca, bez uwzględniania terminów na uprawomocnienie się decyzji czy możliwości załatwienia spraw w ciągu dwóch miesięcy, wraz z zastrzeżeniem 14 dni na uzyskanie wstępnej opinii zamawiającego [ust. 4.1 str. 8 PF-U] to około 141 dni.

[(i) czas na uzyskanie aktualnej mapy zasadniczej do celów projektowych około 30 dni,  
(iii) czas na uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego około 30 dni,  
(v) dokonanie stosownych uzgodnień z Konserwatorem Zabytków około 30 dni,  
(vi) uzyskanie pozwolenia na budowę około 30 dni,  
(viii) czas oczekiwania na wydanie dziennika budowy około 7 dni,  
(ix) uzyskanie wstępnej opinii zamawiającego około 14 dni (na co odwołujący zwrócił uwagę podczas rozprawy)  
30 + 30 + 30 + 30 + 7 + 14 = 141 dni].

Zamawiający przedstawił dowody nr 2 i 3, zgodnie z którymi czas na wydawanie decyzji jest w Szczecinie stosunkowo krótki, jednak same deklaracje organu nie mogą podważyć ogólnie obowiązujących przepisów, które pozwalają – zgodnie z art. 35 § 4 Kpa – na skrócenie załatwiania spraw administracyjnych tylko organom wyższego stopnia. Ponadto sam zamawiający wykazał, że nie wszystkie sprawy w Szczecinie są załatwiane w sposób niebywale szybki, bo sam nie zdołał załatwić i dołączyć do specyfikacji udostępnianej od 3 maja 2011 r. (publikacja ogłoszenia), a konkretnie do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, mapy zasadniczej, mimo, że mógł wystąpić o tę mapę od 16 marca 2011 r., czyli od daty zawarcia porozumienia w sprawie realizacji przebudowy torowisk, co jest wskazane w ust. 4 wniosku nr 11/ZS/GZ/2011 z 29.04.2011 r.

Skład orzekający Izby nie doliczał do wskazanych wyżej, nominalnych terminów załatwiania spraw administracyjnych terminów na uprawomocnienie się decyzji i możliwości składania ewentualnych odwołań przez osoby trzecie, co zostało podniesione przez odwołującego, jednak bez podania terminów mogących być podstawą do określenia konkretnego terminu, a zamawiający nie dowiódł, że niektóre czynności administracyjne mogą być wykonywane nie kolejno, a równolegle.

Dlatego wskazanie 120 dniowego terminu na zaprojektowanie i uzyskanie pozwolenia na budowę nie może być uważane za bezwzględnie możliwe do spełnienia przez wykonawcę i nie może być bezwzględnie wymagane przez zamawiającego od wykonawców.

Doliczając do okresu na wykonanie projektu i uzyskanie pozwolenia na budowę – okres 120 dni przewidziany przez zamawiającego na wykonanie projektu wynika, że zamawiający przewiduje wykonywanie robót budowlanych między 17 października 2011 r. a 14 lutego 2012 r., jeżeli zawarcie umowy nastąpi w pierwszym teoretycznie możliwym terminie – 18 czerwca 2011 r., aż od okresu między 8 grudnia 2011 r. do 7 kwietnia 2012 r., jeżeli zawarcie umowy nastąpi w ostatnim przewidywanym przez zamawiającego dniu związania ofertą – 9 sierpnia 2011 r.

[18 czerwca 2011 r. + 120 dni = 16 października 2011 r. – projekt i  
17 października 2011 r. + 120 dni = 14 lutego 2012 r. – wykonanie robót budowlanych;  
9 sierpnia 2011 r. + 120 dni = 7 grudnia 2011 r. – projekt i  
8 grudnia 2011 r. + 120 dni = 7 kwietnia 2012 r. – wykonanie robót budowlanych].

Wynika z tego, że w każdym przypadku zamawiający musi przewidzieć, że wykonanie robót budowlanych będzie odbywać się w okresie zimowym, w którym ze względów technologicznych nie można prowadzić robót budowlanych.

Sama klauzula zawarta w § 20 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy dotyczy tylko możliwości wydłużenia terminu wykonania umowy przez wykonawcę, ale nie stanowi o możliwości przesunięcia terminu rozpoczęcia robót budowlanych, na wykonywanie tych robót w okresie technologicznie właściwym. Ponadto klauzula ze wzoru umowy nie dotyczy kosztów, które będzie musiał ponosić wykonawca ze względu chociażby na utrzymanie i zabezpieczenia placu budowy, co szczegółowo jest uregulowane w § 14 ust. 3 wzoru umowy, a szczególnie ponoszenia kosztów za komunikację zastępczą, o czym stanowi § 3 ust. 2 wzoru umowy.

Jednocześnie skład orzekający Izby nie może stwierdzić, aby wymaganie wykonania zamówienia w części robót budowlanych, określonego w wielu miejscach specyfikacji na 120 dni, było niemożliwe do spełnienia przez wybranego wykonawcę.

W związku z powyższym skład orzekający Izby w zakresie zarzutów pierwszego i drugiego – naruszenia art. 387 § 1 Kc w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez określenie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, co mogłoby

doprowadzić do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe, tj. umowy nieważnej oraz art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac – zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, że odwołanie powinno być oddalone na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania, skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawcy mają prawo wnosić odwołania w wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji, zgodnie z art. 182 ust. 2 Pzp. Skład orzekający Izby stwierdza, że treści zawarte w ogłoszeniu lub specyfikacji mają wpływ na wynik postępowania, gdyż w najwcześniejszej fazie postępowania zawężają albo rozszerzają krąg wykonawców mogących wykonać zamówienie lub decydujących się na podjęcie ryzyka wykonania zamówienia. Sugerowane przez zamawiającego podejście do treści ogłoszenia lub specyfikacji, że nie mają one wpływu na wynik postępowania, eliminowałoby z zakresu orzekania Izby sprawy dotyczące specyfikacji i opisu przedmiotu zamówienia, gdyż rzeczywiście treści zawarte w ogłoszeniu lub specyfikacji często nie wpływają w sposób bezpośredni na wynik postępowania i wybór konkretnego wykonawcy. Jednak treści ogłoszenia lub specyfikacji przez zawężenie kręgu podmiotów składających lub mogących złożyć oferty istotnie wpływają na wynik postępowania i dlatego Krajowa Izba Odwoławcza orzeka w zakresie treści ogłoszenia i specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 387 § 1 Kc w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez określenie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, co doprowadziłoby do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy nieważnej oraz art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji i nieadekwatny do zakresu prac – zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 29 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania jednoznacznego, wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia – zasługuje na uwzględnienie w zakresie ustalenia podmiotu zobowiązanego do finansowania kosztów komunikacji zastępczej w trakcie wydłużenia wykonania robót budowlanych w przypadku przewidzianym w § 20 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy.

Zamawiający przewidując, że zaistnieją okoliczności – mogące mieć wpływ na prolongatę terminu wykonania zamówienia – związane zwłaszcza z warunkami meteorologicznymi wskazane w § 20 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji, nie przewidział kto w prolongowanym terminie będzie ponosić koszty za funkcjonowanie

komunikacji zastępczej wskazanej w § 2 przytaczanego wzoru umowy. Ze względu na znaczne koszty funkcjonowania komunikacji zastępczej, zamawiający nie może bagatelizować tego zagadnienia i pominąć wprowadzenia uregulowania kosztów komunikacji zastępczej, co powinno być uregulowane, ze względu na zakresy tematyczne regulowanej materii, w § 2 lub w § 20 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy.

Zamawiający ustalił, że przedmiot zamówienia będzie wykonany metodą zaprojektuj-zbuduj. W związku z tym, to na wykonawcy ciąży obowiązek przewidzenia wszystkich czynników wpływających na cenę oferty na podstawie dostępnej dokumentacji, innych okoliczności i przy uwzględnieniu zasad sztuki wykonania zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe wynika z § 4 ust. 2 wzoru umowy, załącznik nr 7 do specyfikacji. Wobec tego część zarzutu nieokreślenia kosztów ponoszonych przez strony w tym zakresie nie może być popierana przez skład orzekający Izby.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 29 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania jednoznacznego, wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przez skonstruowanie specyfikacji w sposób, który uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty porównywanej z ofertą innego wykonawcy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady udzielania zamówienia zgodnie z przepisami ustawy nie zasługuje na uwzględnienie jako zbyt ogólny i nie dowiedziony przez odwołującego.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: »Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«. Pod rządami tej ustawy odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy», odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący wystarczająco wskazał naruszenie przez zamawiającego szczegółowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aby odwołanie mogło być rozpoznane, mimo nie wykazania naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, jako gołosłowny, nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto, ze względu na udostępnienie kopii mapy zasadniczej przez zamawiającego po terminie wniesienia odwołania zamawiający odstąpił od żądania przekazania wykonawcom kopii mapy zasadniczej.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 387 § 1 Kc w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 306, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....