

Warszawa, 20 lipca 2020 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

„ALMA” Spółka Akcyjna

ul. Wichrowa 1a, 60-449 Poznań

**reprezentowana przez:**

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński &amp; Partnerzy

e-mail: [dzieminski@kzp.net.pl](mailto:dzieminski@kzp.net.pl)**Zamawiający:**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa

e-mail: [schada@gddkia.gov.pl](mailto:schada@gddkia.gov.pl) ; [kancelaria@gddkia.gov.pl](mailto:kancelaria@gddkia.gov.pl)**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: **„Budowa systemu łączności alarmowej na autostradzie A2 w województwie mazowieckim”** - Numer referencyjny **GDDKiA.O.WA.D-3.2411.41.2020** (dalej: „Postępowanie”)

1. Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, w imieniu wykonawcy „ALMA” Spółka Akcyjna w Poznaniu (dalej „*Odwołujący*”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

2. Przedmiotem zamówienia jest budowa systemu łączności alarmowej na autostradzie A2 w województwie mazowieckim. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II - III SIWZ.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 560496-N-2020 z dnia 2020-07-13 r.

Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem:

[https://www.gddkia.gov.pl/pl/2785/zamowienia-publiczne-aktualne,nr\\_ref-GDDKiA.O.WA.D.3.2411.41.2020,data\\_postepowania\\_od-,data\\_postepowania\\_do-,nazwa-,opis-,zakres-,oddzial-781,status-,typ\\_progu-,sortuj\\_po-data\\_postepowania,sortuj\\_jak-DESC](https://www.gddkia.gov.pl/pl/2785/zamowienia-publiczne-aktualne,nr_ref-GDDKiA.O.WA.D.3.2411.41.2020,data_postepowania_od-,data_postepowania_do-,nazwa-,opis-,zakres-,oddzial-781,status-,typ_progu-,sortuj_po-data_postepowania,sortuj_jak-DESC)

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj. wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

5. Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmienić treść SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonać zmianę SIWZ przekazać niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścić zmianę SIWZ na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana,
- c) przesunąć termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach,
- d) opublikować zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz wyznaczył zbyt krótki a przez to nierealny termin realizacji zamówienia, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej wymagania SIWZ. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby postanowienia SIWZ, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wymagania SIWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podkreśla ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

7. Jak już wyżej wskazano, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13.07.2020 r. pod numerem 560496-N-2020. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił SIWZ na własnej stronie internetowej.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 20.07.2020 r., co oznacza, że Odwołujący dochował ustawowego terminu do wniesienia środka ochrony prawnej, z uwzględnieniem postanowień art. 185 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

8. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ponieważ niniejsze odwołanie jest wnoszone wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia, należy uznać je za dopuszczalne.

#### UZASADNIENIE

I **Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, stwierdzić należy, co następuje.**

1. Odwołujący wskazuje, że przepis art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający powinien unikać wszelkich niedopowiedzeń, które wpływałyby na pozycję poszczególnych wykonawców w Postępowaniu.

2. Stosownie do postanowień pkt 5.3 SIWZ, szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II - III SIWZ. Przechodząc do postanowień Tomu III SIWZ, tj. PROGRAMU FUNKCJONALNO-UŻYTKOWEGO dla zadania „Budowa systemu łączności alarmowej na autostradzie A2 w województwie mazowieckim” (zwany dalej „PFU”), Odwołujący wskazuje na następujące postanowienie zamieszczone w pkt 1 PFU :

*„Do zadań Wykonawcy należeć będzie także udrożnienie kanalizacji, na wypadek braku jej drożności, zamulenia, rozkalibrowania, Zamawiający nie posiada inwentaryzacji drożności istniejącej kanalizacji teletechnicznej zlokalizowanej w pasie autostrady A2.”*

Zdaniem Odwołującego powołane postanowienie OPZ jest niejednoznaczne, niewyczerpujące i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający przyznaje bowiem wprost w OPZ, że nie posiada inwentaryzacji drożności istniejącej kanalizacji teletechnicznej zlokalizowanej w pasie autostrady A2. Zatem wykonanie takiej inwentaryzacji będzie pozostawało w gestii wykonawcy, o czym świadczą dodatkowo postanowienia pkt 10.4 OPZ, zgodnie z którymi odpowiedzialność za roboty obejmuje m. in.: przeprowadzenie inwentaryzacji istniejącej infrastruktury. Jeżeli nawet przyjąć, że wykonawca po zawarciu umowy z Zamawiającym przystąpi do przeprowadzenia inwentaryzacji istniejącej infrastruktury, wynik tej inwentaryzacji pozostaje całkowicie nieznany. Nie wiadomym bowiem pozostaje, czy istniejąca kanalizacja jest drożna, czy też zamulona bądź rozkalibrowana, i w jakim stopniu. Na etapie przygotowania i wyceny oferty przetargowej Odwołujący, jak i żaden inny wykonawca, nie posiada wiedzy i możliwości skalkulowania ceny ofertowej za wykonanie udrożnienia kanalizacji, nie znając wyniku inwentaryzacji drożności istniejącej kanalizacji teletechnicznej. Oszacowanie kosztów tych prac jest niemożliwe, dopiero bowiem na etapie realizacji umowy okaże się, czy kanalizacja wymaga udrożnienia, a jeśli tak, to w jakim stopniu - 10%, 30%, 70% bądź też może na całej długości. Brak przeprowadzenia inwentaryzacji przez Zamawiającego oraz nie włączenie wyników tej inwentaryzacji w poczet opisu przedmiotu zamówienia powoduje nie wypełnienie normy art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Takiego opisu przedmiotu zamówienia nie sposób bowiem uznać za wyczerpujący, jednoznaczny i uwzględniający wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie i złożenie oferty.

Ze względu na powyższe Odwołujący żąda, aby Zamawiający:

a) przeprowadził inwentaryzację drożności istniejącej kanalizacji teletechnicznej zlokalizowanej w pasie autostrady A2 a następnie zmodyfikował SIWZ poprzez zamieszczenie w treści SIWZ wyników przeprowadzonej inwentaryzacji;

alternatywnie

b) zmodyfikował postanowienia SIWZ poprzez wprowadzenie dodatkowego wynagrodzenia od Zamawiającego na rzeczy wykonawcy z tytułu wykonania prac polegających na udrożnieniu kanalizacji (na wypadek braku jej drożności, zamulenia, rozkalibrowania), a następnie rozliczenie naprawy i udrożeń istniejącej infrastruktury powykonawczo na podstawie cen jednostkowych za:

1. *Odszukiwanie niedrożności / nieuszczelności - wykonywanie sprawdzenia kalibracji i testy ciśnieniowe. Sprawdzenie nieuszczelności w studniach na odcinku. Rozliczane za każde badanie na danym odcinku;*

2. *Odszukiwanie niedrożności rurociągu na przęśle - wykopy kontrolne wraz z przecinaniem i zakładaniem złączy na rurociągu mające na celu zlokalizowane uszkodzonego miejsca na rurociągu. Pozycja nie obejmuje nawierzchni utwardzonych. Rozliczane razem z pozycją nr 1;*

3. *Naprawa punktowa rurociągu / kanalizacji - Odkopanie, założenie wstawki z rur HDPE 40/3,7 lub rury dwudzielnej oraz zasypywanie. Przyjęta długość punktowego uszkodzenia do 5m. Pozycja nie obejmuje nawierzchni utwardzonych;*

4. *Budowa studni SKR-2 - rozliczane za komplet studni;*

5. *Wykonanie przewiertu sterowanego z rury RHDPEp 125/11,4 - rozliczane od mb;*

6. *Budowa rurociągu 5x40 - budowa nowego rurociągu 5x HDPE 40/3,7. Rozliczane od mb powyżej 5m (w przypadku odległości poniżej 5m przyjęta pozycja nr 3). Pozycja nie obejmuje nawierzchni utwardzonych;*

7. *Budowa kanalizacji 2x RHDPEp 110/6,3 - budowa kanalizacji dwuotworowej 2x RHDPEp 110/6,3. Rozliczane od mb powyżej 5m (w przypadku odległości poniżej 5m przyjęta pozycja nr 3). Pozycja nie obejmuje nawierzchni utwardzonych;*

8. *Budowa kanalizacji wtórnej 1x HDPE 40/3,7 - uzupełnienie kanalizacji wtórnej w przypadku jej braku i konieczności wybudowania - rozliczane od mb.*

*W przypadku wystąpienia prac wykraczających poza wymieniony zakres (pkt 1 – 8) zostanie ustalony i stworzony kosztorys szczegółowy, na podstawie którego prace te zostaną rozliczone.*

3. Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że obowiązek przejrzystości wynikający z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu zagwarantowanie równego traktowanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przez instytucję zamawiającą. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim zainteresowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a także by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez wykonawców odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Kwestionowane

przez Odwołującego postanowienia OPZ są niejednoznaczne i niewyczerpujące, nie uwzględniają wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie i złożenie oferty.

Odwołujący pragnie również nadmienić, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z rurociągiem 5-otworowym, o długości około 68 km, co oznacza konieczność sprawdzenia około 340 km rur. Odwołujący nie ma wiedzy co do stanu tego rurociągu, jednak tylko dokonując uproszczonego obliczenia Odwołujący szacuje koszty samego sprawdzenia kanalizacji na kwotę rzędu 350.000 zł netto (kwota nie obejmuje ewentualnych wymogów opracowania/uzgodnienia oraz wdrożenia projektu tymczasowej organizacji ruchu na potrzeby wykonywanej inspekcji).

Brak zatem modyfikacji kwestionowanych postanowień OPZ doprowadzi do sytuacji, w której w postępowaniu zostaną złożone nieporównywalne oferty. Jeden z wykonawców może bowiem założyć konieczność udrożnienia jedynie 10% istniejącej kanalizacji, inny zaś wykonawca - 90% kanalizacji. Takie działanie wprost doprowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

4. Powyższe stanowisko jest zgodne z orzecznictwem Izby. W świetle wyroku KIO z 6.06.2018 r., o sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18: *„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie”*.

W podobny sposób wypowiedziała się Izba w wyroku KIO z 8.04.2016 r., KIO 437/16, w myśl którego: *„Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29–31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo”*.

**II      Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tj. wyznaczenie zbyt krótkiego terminu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, stwierdzić należy, co następuje.**

5. Zamawiający w pkt 6.1 SIWZ (i jednocześnie w § 3 wzoru umowy – TOM II SIWZ) wskazał na następujące terminy realizacji zamówienia :

6.1. *Termin wykonania zamówienia: 9 miesięcy od daty podpisania umowy, z zachowaniem terminów właściwych dla poszczególnych etapów wymienionych poniżej:*

- 1) *Etap I – wykonanie Dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego i wykonawczego oraz innych materiałów, które będą podstawą do uzyskania zatwierdzeń Dokumentacji projektowej w drodze decyzji o pozwoleniu na budowę (pnb) lub w drodze przyjęcia zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę, wraz z uzyskaniem ww. zatwierdzeń – w terminie do 3 miesięcy od daty podpisania Umowy,*
- 2) *Etap II – realizacja robót budowlanych – w tym montaż kolumn alarmowych podstawowych i wtórnych wraz z wyposażeniem – w terminie do 6 miesięcy od daty uzyskania zatwierdzeń o których mowa w pkt 1),*
- 3) *Etap III – wykonanie systemu łączności alarmowej w pomieszczeniach Punktu Informacji Drogowej oraz przeprowadzenie testów urządzeń oraz szkoleń wyznaczonych pracowników Zamawiającego do prawidłowego użytkowania systemu – w terminie do 6 miesięcy od daty uzyskania zatwierdzeń o których mowa w pkt 1).*

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z dokumentacją projektową w terminie Etapu I wykonawca ma za zadanie wykonać projekt. Z zapisów PFU wynika, że w tym etapie należy także wykonać wizję lokalną i inwentaryzację istniejącej infrastruktury:

#### 2.1.4 Wymagania szczególne

*W szczególności przygotowując dokumentację projektową Wykonawca zobligowany jest uwzględnić następujące elementy, parametry i rozwiązania:*

*a) stan istniejący – konieczna wizja lokalna i weryfikacja elementów drogi w zakresie posadowienia kolumn a także wykonanej kanalizacji teletechnicznej (dokumentacja powykonawcza autostrady A2 stanowi załącznik nr 2 do PFU),*

#### 10.4 Wymagania związane z wdrożeniem systemu

*(...)*

*Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wykonanie wszelkich robót budowlanych związanych z instalacją infrastruktury i sprzętu przydrożnego. Odpowiedzialność za roboty obejmuje m. in.:*

*(...)*

- przeprowadzenie inwentaryzacji istniejącej infrastruktury;*

6. Odwołujący zwraca uwagę, że czas wykonania takiej inwentaryzacji to 3 miesiące (w ocenie Odwołującego - najkrótszy możliwy termin). Podkreślenia wymaga, że część infrastruktury zlokalizowana jest w odległości mniejszej niż 3m od Autostrady oraz w miejscach, do których dostęp jest jedynie z pasa drogowego Autostrady. W skład infrastruktury wchodzi również kanalizacja teletechniczna przechodząca przez wiadukty. Takie prace wymagają więc wykonania i uzgodnienia projektu tymczasowej organizacji ruchu, na który z kolei trzeba przyjąć czas 1 miesiąca. Łącznie czas wykonania inwentaryzacji oscyluje wokół 4 miesięcy. Dane z inwentaryzacji potrzebne są do wykonania prac projektowych, zatem już teraz wiadomym

pozostaje, że wykonawca będzie czekał z rozpoczęciem prac projektowych aż do czasu zakończenia inwentaryzacji.

Dalej, w skład przedmiotowych robót wchodzi też prace budowlane, które będą wymagać od wykonawcy sporządzenia map do celów projektowych oraz uzyskania uzgodnień ZUD. Czas na wykonanie tych prac Odwołujący szacuje na 3 miesiące (opracowanie i uzyskanie akceptacji koncepcji).

Dodatkowo ETAP I zakłada również uzyskanie zatwierdzeń o zgłoszeniu lub pozwoleniu na budowę, co oznacza okres 1 miesiąca, bądź nawet 1,5 miesiąca, jeśli uwzględnimy ewentualne uzupełnienia wniosku.

**Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ poprzez przedłużenie terminu realizacji ETAPU I z 3 do 8 miesięcy.**

7. Odnośnie terminu realizacji ETAPU II Odwołujący wskazuje, że zarówno on, jak i pozostali wykonawcy, nie są w stanie określić możliwości dochowania tego terminu nie znając stanu istniejącej kanalizacji. Tytułem przykładu, jeżeli z 68 km rurociągów 30% będzie uszkodzone i będzie wymagało naprawy, to okoliczność ta wpływa nie tylko na koszty wykonania prac, ale jednocześnie na termin realizacji ETAP-u.

**Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zmiany terminu realizacji ETAPU II w przypadku złego stanu istniejącej infrastruktury i znaczącej ilości prac związanej z usuwaniem niedrożności.**

8. Odwołujący zwraca uwagę, że **termin realizacji zamówienia nie może być przez Zamawiającego wyznaczany w sposób dowolny**. Termin ten musi być terminem realnym i nie utrudniającym uczciwej konkurencji wykonawcom zainteresowanym Postępowaniem. Zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych, narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienia OPZ oraz umowy.

Odwołujący wskazuje także, że powyższe żądanie zmiany terminu realizacji zamówienia zostało postawione również z uwagi na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, kwestionuje przyznawanie sobie przez Zamawiającego uprawnień o charakterze absolutnym przy ustalaniu warunków umowy. I tak, w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt: KIO 2280/16 Izba orzekła: „Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że **uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać**. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. **Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III**

CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. (...) W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą."

Krajowa Izba odwoławcza zwraca również uwagę, że wyznaczając termin realizacji zamówienia Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji. Przykładowo, w wyroku z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/1661/10, Izba orzekła, że: „dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy koniecznym jest ustalenie, **czy określony przez Zamawiającego 2-miesięczny termin wykonania zamówienia czy też jego realizacji jest terminem realnym, czy też termin ten powinien być wydłużony – zgodnie z żądaniem Odwołującego – do 3-ech miesięcy.** (...) Dostarczenie obudów zmechanizowanych używanych, czego nie kwestionował żaden z wykonawców, wymaga także dokonania określonych czynności. Tym niemniej nawet jeżeli proces ten jest nieco krótszy od procesu produkcji lub modernizacji obudów zmechanizowanych, czego żadna ze Stron nie kwestionowała nie oznacza to, że termin realizacji zamówienia winien być dostosowany wyłącznie do terminu niezbędnego do przygotowania dostawy obudów zmechanizowanych używanych, przy czym niewymagających modernizacji. Sam Zamawiający podkreślał bowiem na rozprawie, że dopuszcza dostawę obudów nowych, zmodernizowanych oraz używanych, ale niewymagających modernizacji. Tak więc dostosowanie terminu wyłącznie do dostaw obudów używanych doprowadziłoby do nieuprawnionego preferowania wykonawców, w posiadaniu których znajdują się obudowy używane, a tym samym naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też, zdaniem Izby, Zamawiający zobowiązany jest dokonać modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i Informacji poprzez wskazanie jako terminu realizacji zamówienia terminu 3-ech miesięcy".

Kolejnym przykładem wyroku KIO, w którym Izba pochyliła się nad realnością określonego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia, jest wyrok z dnia 25 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1365/18, gdzie Izba orzekła: „Wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale **nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe.** Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisach art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy. **W ocenie Izby zamawiający, wyznaczając termin realizacji**

*zamówienia na dzień 27 września 2018 roku, naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia adekwatnego terminu spełnienia świadczenia. Po analizie dokumentacji postępowania, mając na uwadze zakres prac i czynności przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia, a także mając na względzie terminy na wykonanie tych czynności, które przewidział w projekcie umowy zamawiający, Izba doszła do przekonania, że jego realizacja nie jest możliwa w terminie wymaganym przez zamawiającego w SIWZ. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę sporządzony przez odwołującego harmonogram, prezentujący wyliczenia dotyczące czasu potrzebnego na wykonanie przez zamawiającego niezbędnych czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...). Izba uznała zatem podniesiony przez odwołującego zarzut za zasadny i orzekła zgodnie z żądaniem odwołującego, przedłużając termin wykonania zamówienia o czas wynikający z różnicy pomiędzy pierwotnie ustalonym terminem (zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ przewidywała ona termin na złożenie ofert na dzień 29 czerwca 2018 r., po ostatniej zmianie to 27 lipca 2018 r. a zatem 28 dni mniej na wykonanie zamówienia). Doliczając ten czas do pierwotnie ustalonego terminu realizacji, który przewidziano na 29 września br., nowy termin realizacji należy ustalić na dzień 26 października 2018 r.”*

Podsumowując, zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że określenie zbyt krótkiego terminu wykonania zamówienia przez Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto w ocenie Odwołującego Zamawiający, wyznaczając zbyt krótki termin realizacji zamówienia, naruszył także art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia adekwatnego terminu spełnienia świadczenia.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak w *petitum*.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. odpis z KRS,
4. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania.