

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Postępu 17a (budynek Adgar Plaza)

02-676 Warszawa

Wrocław, dnia 25 marca 2011 r.

Urząd Miasta Szczecin	
Biuro ds. Zamówień Publicznych	
SEKRETARIAT	
Dnia	25-03-2011
Wpłynęło	534

Odwołujący: **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**, adres do korespondencji: ul. M. Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław, reprezentowany przez radcę prawnego Annę Specht – Schampera z Kancelarii Prawnej Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy Sp. k z siedzibą we Wrocławiu, adres: Pl. Solny 16, 52 - 062 Wrocław.

Zamawiający: **Gmina Miasto Szczecin – Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin**, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin, fax.: 91 42 45 104, email: ejasiak@um.szczecin.pl

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Doprowadzenie niezbędnej infrastruktury technicznej do stref inwestycyjnych Trzebusza i Dunikowa przeznaczonych pod funkcje przemysłowo – składowe”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE w dniu 5 lutego 2011r., nr ogłoszenia 2011/S 25-039949.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, pełnomocnictwo w załączeniu, na postawie art. 180 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych (zwanego dalej „Pzp”), wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na określeniu w dokumentacji przetargowej terminów realizacji przedmiotu umowy w taki sposób, że ich dochowanie przez wykonawcę, wobec konieczności sporządzenia raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko oraz uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, jest niemożliwe, o czym Odwołujący dowiedział się z odpowiedzi na pytania wykonawców zamieszczonych przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu **15 marca 2011r.**

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy Spółka Komandytowa
Anna Specht-Schampera / Wojciech Zajac / Konrad Schampera / dr Agnieszka Łusznak-Zajac / dr Wojciech Dubis
Plac Solny 16, 50-062 Wrocław, e-mail: wroclaw@sdzlegal.pl, tel.: (0048) 71 / 326 51 40, fax: (0048) 71 / 326 51 41
Biuro Warszawa: Aleja Jana Pawła II 15, PL - 00 828 Warszawa, e-mail: warszawa@sdzlegal.pl, tel.: (0048) 22 / 697 77 40, fax: (0048) 22 / 697 77 41
www.sdzlegal.pl, Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej KRS 0000131331, NIP 895-17-80-757, Regon 932832704

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzućam naruszenie:

- art. 353(1) k.c. i art. 354 § 2 k.c. w związku z art. 647 k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w zakresie obowiązków obciążających zgodnie z przepisami k.c. Zamawiającego (tj. w zakresie właściwego przygotowania inwestycji w umowie o roboty budowlane) w taki sposób, iż spełnienie przez wykonawcę świadczenia w tym terminie jest niemożliwe.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów SIWZ określających termin wykonania przedmiotu zamówienia oraz termin rozpoczęcia samych robót budowlanych, w tym zapisów pkt 1 Rozdziału VII SIWZ, pkt 7 Rozdziału XV SIWZ oraz załącznika do Umowy, w taki sposób, aby termin rozpoczęcia robót budowlanych gwarantował wykonawcy możliwość wcześniejszego uzyskania wszystkich decyzji administracyjnych niezbędnych do rozpoczęcia procesu budowlanego, tj. o zmianę:
 - terminu rozpoczęcia robót z III kwartału 2011r. na **II kwartał 2012r.** i odpowiednio zmianę daty, do której konieczne jest ukończenie całości projektowania oraz uzyskanie dokumentów umożliwiających rozpoczęcie wszystkich robót budowlanych z dnia 22.12.2011r. na dzień **31.05.2012r.**
 - oraz w konsekwencji zmianę terminu wykonania przedmiotu zamówienia wskazaną w pkt 1 Rozdziału VII SIWZ oraz w załączniku do Umowy z 31.01.2013r. na **31.01.2014r.**

Interes do wniesienia odwołania

Ukształtowanie przez Zamawiającego powołanych powyżej zapisów SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami Pzp i Kodeksu cywilnego powoduje, iż Odwołujący oraz inni wykonawcy, którzy chcieliby wziąć udział w postępowaniu, nie są w stanie sporządzić oferty w sposób rzetelny, odpowiadający rzeczywistym potrzebom Zamawiającego oraz w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Ponadto w sytuacji, gdy oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, Odwołujący zobowiązany będzie do zawarcia z Zamawiającym umowy o zamówienie publiczne w kształcie wynikającym z zapisów SIWZ, w tym do realizacji przedmiotu umowy w terminach wskazanych przez Zamawiającego. Tymczasem dochowanie tych terminów, o czym szerzej poniżej, jest niemożliwe, co powoduje, iż Odwołujący zawierając przedmiotową umowę narazi się na

szkodę związaną z niemożnością dochowania umownych terminów wykonania przedmiotu zamówienia, bądź szkodę taką – w postaci utraty wadium – poniesie w tym przypadku, gdy odmówi podpisania umowy.

Termin do wniesienia odwołania

Zgodnie z zapisami pkt 4 Rozdziału XV SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” wykonanie zamówienia objętego niniejszym postępowaniem miało polegać **na wykonaniu dokumentacji projektowej oraz robót**. W punkcie 5 powołanego rozdziału SIWZ stwierdza się natomiast, iż w ramach niniejszego zamówienia Wykonawca jest zobowiązany do wykonania dokumentacji projektowej i **uzyskania pozwoleń na budowę lub decyzji ZRID dla całości inwestycji**. Uszczegółowieniem zapisów SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia są zapisy Programu Funkcjonalno – Użytkowego, gdzie w punkcie I.1.5.1.1. stwierdza się, że do obowiązków Wykonawcy należeć będzie:

- Uzyskanie pozwolenia wodno-prawnego na odprowadzenie wód opadowych do cieków wodnych,
- Sporządzenie mapy sytuacyjno-wysokościowych do celów projektowych,
- Sporządzenie dokumentacji projektowej i uzyskanie uzgodnień od gestorów sieci w zakresie elementów projektowanych, demontowanych i kolizji z istniejącymi elementami podziemnymi,
- Dodatkowo w zakresie obowiązków Projektanta będzie uzyskanie innych niezbędnych opinii i uzgodnień oraz ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę.

W powołanych zapisach SIWZ oraz w zapisach Programu Funkcjonalno Użytkowego nie znalazło się więc stwierdzenie, iż w ramach wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca będzie musiał uzyskać decyzje administracyjne poprzedzające wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, w tym decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia. Z cytowanych zapisów Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz innych zapisów dokumentacji przetargowej nie wynika również, aby decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, która jest obligatoryjna dla tego typu przedsięwzięcia, nie była jeszcze uzyskana przez samego Zamawiającego.

Informację o konieczności uzyskania tej decyzji wykonawcy powzięli dopiero z odpowiedzi na pytania zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu **15 marca 2011r.**

W **pytaniu 35** wykonawcy zapytali Zamawiającego, cyt.:

„Zamawiający (...) zobowiązany jest do przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, w szczególności uzyskania: postanowienie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia wydane przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie oraz również z dużym prawdopodobieństwem Raportu o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia, Zamawiający nie dostarczył w/w dokumentów dla całości zadania inwestycyjnego. Wobec powyższego Wykonawca zapytuje:

1. Czy i kiedy Zamawiający uzyska i przedstawi w/w dokumenty Wykonawcy;
2. Jeżeli w/w dokumenty zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu umowy, co w konsekwencji może opóźnić rozpoczęcie prac projektowych i wykonanie robot budowlanych, czy Zamawiający przedłuży termin wykonania zamówienia, który określił w SIWZ datą 31.01.2013, o termin niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia, lecz nie krótszy niż termin od momentu podpisania umowy do terminu przekazania w/w dokumentów Wykonawcy;
3. Jeżeli w/w dokumenty zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu umowy, a z ich treści wynikać będą dodatkowe obowiązki np. zostanie Wykonawcy narzucone wykonanie dodatkowych robot jak np. ekranów akustycznych – czy Zamawiający pokryje dodatkowe koszty wynikających z obowiązku nakładanych w/w dokumentami?”.

Odpowiedź Zamawiającego była natomiast następująca:

„1. Zamawiający posiada:

- Decyzję Nr 10/2010 z dn. 26.10.2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn. Budowy węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ul. Tczewską oraz projektowaną ul. Nowoprzeznaczoną, stanowiących ciąg drogi powiatowej klasy G w Szczecinie”, wydaną przez Regionalną Dyрекcję Ochrony Środowiska w Szczecinie,
- Postanowienie nr RDOŚ-32-WOOS.TŚ.6613/10-4/2010/ako z dnia 20 września 2010 r. w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia „Doprowadzenie niezbędnej infrastruktury technicznej do stref inwestycyjnych Trzebusza i Dunikowa przeznaczonych pod funkcje przemysłowo - składowe”,
- Postanowienie RDOŚ w Szczecinie Nr RDOŚ -32-WOOS.TŚ-6613/10-5/2010/ako z dn.06.10.2010 r. zawieszające postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia „Doprowadzenie niezbędnej infrastruktury technicznej do stref inwestycyjnych Trzebusza i Dunikowa przeznaczonych pod funkcje przemysłowo - składowe” do czasu przedłożenia raportu o oddziaływaniu na środowisko.

2. Zamawiający umieszcza na stronie internetowej w/w dokumenty” (**podobnie odpowiedzi na pytania nr 10, 20 i 34**).

Dopiero więc z zacytowanych powyżej odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, wykonawcy mogli dowiedzieć się, że Zamawiający nie dysponuje decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia dla całego obszaru inwestycji, a co za tym idzie, że termin do wykonania przedmiotu umowy jest niemożliwy do dochowania.

UZASADNIENIE

W pkt 1 rozdziału VII SIWZ Zamawiający wskazał, iż termin wykonania umowy upływa w dniu 31 stycznia 2011r. W rozdziale XV SIWZ znalazła się natomiast informacja, iż „w trakcie przygotowania oferty oraz planowania procesu projektowania i wykonywania robót Wykonawca uwzględni:

1) wszelkie wytyczne, harmonogramy, uzgodnienia, decyzje administracyjne i inne dokumenty zamieszczone w Wymaganiach Zamawiającego, a także pozyskiwane na bieżąco przez Wykonawcę;

2) terminy i zobowiązania wynikające z umowy o dofinansowanie Projektu Nr UDA-RPZP 01.03.03-32-007/10-00 z dnia 22.12.2010 r. ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i harmonogramu rzeczowo-finansowego Projektu - w tym:

a. konieczność ukończenia całości projektowania oraz uzyskanie dokumentów umożliwiających rozpoczęcie wszystkich robót budowlanych do dnia 22.12.2011r.

b. **konieczność rozpoczęcia robót budowlanych w III kwartale 2011**”.

W świetle informacji uzyskanej od Zamawiającego w dniu 15 marca 2011r. o braku decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia dla całej inwestycji, dochowanie wskazanych w SIWZ terminów jest niemożliwe.

Zgodnie z przepisem art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, ze zm.) roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. **Wykonawca robót budowlanych będzie więc musiał, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, dysponować ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę najpóźniej w dniu 30 września 2011r.** Zgodnie z przepisem art. 35 ust. 6 Prawa budowlanego termin na wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę wynosi 65 dni, a co za tym idzie wykonawca, aby mieć pewność, że uzyska przed dniem 30 września 2011r. ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę, wniosek o wydanie decyzji powinien złożyć w organie przed 12 lipca 2011r. (65 dni na wydanie decyzji plus 14 dni oczekiwania na jej ostateczność).

W razie zaś konieczności uzyskania przez wykonawcę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie z zapisem art. 11h ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t. j. Dz. U. z 2008r. Nr 193, poz. 1194 ze zm.), termin na wydanie tej decyzji jest jeszcze dłuższy i wynosi 90 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji. W tym przypadku, wykonawca musiałby więc złożyć wniosek o wydanie decyzji przynajmniej w czerwcu 2011r., aby decyzja ta mogła się stać ostateczna przed dniem 30 września 2011r.

Z przepisu art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227 ze zm.) wynika natomiast, że wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach następuje przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. Z doświadczeń wykonawcy wynika, iż okres oczekiwania na wydanie tej decyzji wynosi, podobnie, jak w przypadku powyżej wskazanych decyzji, co najmniej kilka miesięcy. Informacja ta znajduje potwierdzenie na stronach Urzędu Miasta Szczecin

(http://eurzad.szczecin.pl/chapter_51065.asp?soid=B36C00C3B02A410CB154B1FC737A7FCD) oraz Urzędu Wojewódzkiego w Szczecinie (http://archive.szczecin.uw.gov.pl/bip/chapter_8165.asp?soid=4B6491C67A62419B935B7F36F0B9AC25), gdzie stwierdza się, iż w przypadkach, gdy wskazane urzędy odpowiadają za wydanie decyzji środowiskowej, decyzja ta jest wydawca odpowiednio w terminie do 120 dni i 6 miesięcy. Założyć można więc, iż podobny będzie okres oczekiwania na wydanie tej decyzji przez RDOŚ w Szczecinie. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż postępowanie w tej sprawie zostało już wszczęte i jest obecnie zawieszona z uwagi na konieczność opracowania Raportu oddziaływania na środowisko. Nie jest bowiem możliwe wydanie przez RDOŚ brakującej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia niezwłocznie po otrzymaniu raportu (z dnia na dzień), skoro raport ten musi zostać poddany przez organ gruntownej analizie i sprawdzeniu. Oczywistym jest również, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca potrzebuje czasu na przygotowanie samego raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie dysponuje on badaniami będącymi podstawą do wykonania tego raportu.

Skoro więc termin otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu jest wyznaczony na dzień 04.04.2011r., a Zamawiający potrzebuje jeszcze czasu na zbadanie i dokonanie oceny ofert, w tym ewentualnie na wdrożenie procedury

opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, można oczekiwać, że umowa z wykonawcą zostanie zawarta najwcześniej w drugiej połowie maja lub dopiero w czerwcu 2011r. (i to przy założeniu, że wykonawcy nie będą korzystali ze środków ochrony prawnej). W takiej sytuacji wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa o przedmiotowe zamówienie, w zasadzie nie pozostaje czasu na wykonanie raportu oddziaływania na środowisko realizowanej inwestycji. Właśnie ta okoliczność przesądza, iż dochowanie terminu wykonania przedmiotu umowy jest niemożliwe.

Na gruncie art. 647 k.c. przygotowanie inwestycji, w tym dostarczenie projektu, obciąża co do zasady inwestora (zamawiającego). Obowiązki zamawiającego w tym zakresie mają charakter współdziałania wierzyciela, który z mocy art. 354 § 2 k.c. zobowiązany jest do współdziałania zgodnie z celem społeczno-gospodarczym zobowiązania oraz zasadami współżycia społecznego i zwyczajami, jeżeli takie istnieją. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353(1) k.c. zamawiający może pewne obciążające go obowiązki, jak wskazane wyżej, przerzucić na wykonawcę, przy czym może to uczynić z poszanowaniem właściwości stosunku prawnego, przepisów prawa i zasad współżycia społecznego. Zasadom tym sprzeciwiają się jednak zaskarżone postanowienia w zakresie terminów spełnienia świadczenia przez wykonawcę. Zamawiający bowiem ustalając wykonawcy sztywno, niezwykle krótki i tym samym nierealny termin do szeroko rozumianego przygotowania inwestycji, co zasadniczo z natury umowy o roboty budowlane obciąża zamawiającego a nie wykonawcę, nie daje jednocześnie wykonawcy żadnych instrumentów pozwalających mu na należyte wykonanie zobowiązania. Zamawiający z góry bowiem zakłada niedotrzymanie przez wykonawcę określonych terminów, w szczególności gdy dotrzymanie tych terminów zależne jest od procedur administracyjnych, a więc zdarzeń przyszłych i niepewnych, niezależnych od wykonawcy. Tym samym Zamawiający z góry zakłada brak współdziałania z wykonawcą w rozumieniu art. 354 § 2 k.c. Takie postanowienia sprzeciwiają się w szczególności zasadom współżycia społecznego - uczciwości kupieckiej. Wykonawca może bowiem przyjąć zwiększone ryzyko prawne, o ile umowa w tym zakresie zawarta została na podstawie przesłanek (w tym spodziewanych korzyści) swobodnie kalkulowanych przez strony (tak KIO z dnia 21.02.2008r., sygn. akt KIO/UZP 97/08). Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie, co uzasadnia twierdzenie o naruszeniu w tym przypadku o sprzeczności umowy w zaskarżonym zakresie z zasadami współżycia społecznego.

Wskazane naruszenie zasad swobody umów implikuje natomiast nieważność zaskarżonych postanowień umowy.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nadmierny rygoryzm i asekuracja, niewłaściwe stosowanie prawa, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawodawcę otwartych na konkurencję (np. wyrok KIO z dnia 02.03.2010r., sygn. akt 184/10).

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.



Anna Specht - Schampera
Radca prawny

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 2) pełnomocnictwo dla radcy prawnego,
- 3) odpis z KRS Odwołującego,
- 4) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Wrocław, dnia 22 marca 2011r.

Pełnomocnictwo

My niżej podpisani Hans-Jürgen Jonuscheit i Christian Schrödl, działający w imieniu spółki **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**, adres do korespondencji: ul. M. Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław, udzielamy niniejszym:

radcy prawnemu Annie Specht-Schampera

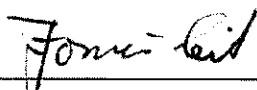
z Kancelarii Prawnej Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, Pl. Solny 16, pełnomocnictwa do zastępowania Spółki w postępowaniu odwoławczym i skargowym w postępowaniu o zamówienie publiczne na zadanie:

Doprowadzenie niezbędnej infrastruktury technicznej do stref inwestycyjnych Trzebusza i Dunikowa przeznaczonych pod funkcje przemysłowo – składowe

Zamawiający: Gmina Miasta Szczecin - Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin z siedzibą przy Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin,

w tym do:

- a) wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w Prawie zamówień publicznych,
- b) wnoszenia i przyjmowania pism w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej, Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym,
- c) reprezentowania Spółki na posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym,
- d) udzielania dalszych pełnomocnictw w opisanym zakresie.



Hans-Jürgen Jonuscheit



Christian Schrödl