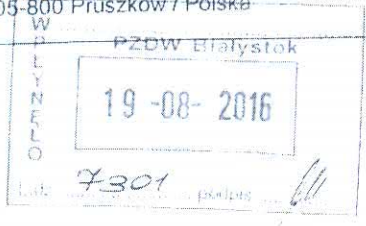


DI + WCP + RP

WPiKI

CLS
Construction Legal Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
PL 05-800 Pruszków / Polska

Tel. +48 22 71 44 369
Fax + 48 22 71 44 908
tel. kom. +48 609 04 33 22
krzysztof.misiewicz@bauholding.com



Pruszków, dnia 19 sierpnia 2015 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 - 676 Warszawa

Zamawiający: **PODLASKI ZARZĄD DRÓG WOJEWÓDZKICH** w Białymstoku 15-620
Białystok, ul. Elewatorska 6
faks nr +48 85-67-67-153

Odwołujący: **Strabag Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,
reprezentowany przez radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków telefon: + 48 (22) 71 44 369 fax: + 48 (22) 71 44 908
mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 19 sierpnia 2016 roku faxem na nr

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego trybie przetargu nieograniczony o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) pn **Zaprojektuj i wybuduj: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 678 na odcinku od m. Horodniany do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 682 w m. Markowszczyzna”.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 9 sierpnia 2016 r (2016/S 152-275689).

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz Strabag Sp. z o.o., na podstawie art. 179, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części w „pzp” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektuj i wybuduj: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 678 na odcinku od m. Horodniany do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 682 w m. Markowszczyzna” (dalej: Postępowanie) polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowaniu postanowień ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób niezgodny z prawem tj.

1. Pkt II.3 ogłoszenia o zamówieniu, pkt IV.3 SIWZ oraz § 2 ust. 1 pkt 2 zał. nr 5 SIWZ Wzór Umowy w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga wykonania dokumentacji projektowej w terminie 1 miesiąca od rozpoczęcia wykonywania zamówienia tj. od dnia 31.10.2016 r. do dnia 1 grudnia 2016 r.
2. Pkt III.1.10.4 SIWZ w zakresie, w jakim Zamawiający nie wyraził zgody na zawieranie umów przez podwykonawców z dalszymi podwykonawcami.

CLS Construction Legal Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, numer KRS 0000127873, NIP 788 18 51 539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200 000 zł, tel. +48 22 71 44 800, fax +48 22 71 44 908

I. Termin.

9 sierpnia 2016 r. - Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

9 sierpnia 2016 - na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia dla przedmiotowego postępowania

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 19.08.2016 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 182 ust 2 pkt 1 pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 14 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 pzp w zw. z 387 § 1 kc, gdyż Zamawiający przewidział niemożliwy do dotrzymania termin realizacji części zamówienia tj. dokumentacji projektowej w terminie 1 miesiąca.
W pkt II.3 Ogłoszenia o zamówienia Zamawiający wskazał dzień 31 października 2016 r. jako dzień rozpoczęcia realizacji zamówienia zaś w pkt IV.3 SIWZ oraz § 2 ust. 1 pkt 2 zał. nr 5 SIWZ Wzór Umowy przewidział dzień 1 grudnia 2016 r. jako dzień zakończenia wykonywania dokumentacji projektowej. Z uwagi na zakres czynności wymaganych przez zamawiającego w zakresie dokumentacji projektowej określonych w § 2 ust. 2 projektu umowy obejmujący nie tylko opracowanie projektów ale również uzyskanie wszystkich niezbędnych opinii, uzgodnień, decyzji, zatwierdzeń itp., oraz złożenie wniosku do uzyskania pozwolenia na budowę lub decyzji o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej oznacza, że jest to termin niemożliwy do dotrzymania a tym samym zamawiający wymaga świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 kc.
2. naruszenie art. 36a ust. 1 pzp w zw. z art. 2 pkt 9b art. 143b ust. 1 i 3 pzp, art. 143d ust. 1 pkt 6 pzp, art. 36 ust. 1 pkt 11 lit a) pzp poprzez wykluczenie możliwości zawierania umów przez podwykonawców z dalszymi podwykonawcami w sytuacji gdy pzp dopuszcza możliwość realizacji przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców, co w świetle art. 2 pkt 9b pzp oznacza również dalszych podwykonawców.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ oraz projektu Umowy poprzez:

1. Zmianę pkt IV.3 SIWZ oraz § 2 ust. 1 pkt 2 zał. nr 5 SIWZ Wzór Umowy poprzez zmianę terminu wykonania dokumentacji projektowej z 1.12.2016 r. na termin 1.05.2017 r.
2. Zmianę pkt IV.6 SIWZ oraz pkt § 2 ust. 1 pkt 4 zał. nr 5 SIWZ Wzór umowy poprzez zmianę terminu zakończenia realizacji robót objętych przedmiotem umowy z 1.10.2018 r. na termin 1.3.2019 r.
3. Zmianę pkt IV.7 SIWZ oraz pkt § 2 ust. 1 pkt 5 zał. nr 5 SIWZ Wzór umowy poprzez zmianę terminu zakończenia realizacji zamówienia z 1.12.2018 r. na term 1.05.2018 r.

Ewentualnie zmianę sposobu obliczania terminów poprzez rezygnację ze wskazania konkretnej daty kalendarzowej na daty liczone od dnia zawarcia umowy. W takim wypadku § 2 ust. 1 zał. nr do SIWZ Wzór umowy byłby następujący

§ 2

1. *Strony ustalają następujące terminy realizacji zamówienia:*

- 1) *termin rozpoczęcia prac projektowych do 5 dni od podpisaniu umowy;*
 - 2) *wykonane dokumentacji projektowej: do 6 miesięcy od dnia podpisania umowy*
 - 3) *termin przekazania terenu robót strony ustalają w ciągu 7 dni po uzyskaniu decyzji o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej z rygorem natychmiastowej wykonalności. Etap "Buduj" uzależniony jest od otrzymania dofinansowania dla uzyskanej Decyzji ZRID*
 - 4) *zakończenie realizacji robót objętych przedmiotem umowy: do 28 miesięcy od dnia podpisania umowy*
 - 5) *zakończenie realizacji zamówienia: do 30 miesięcy od dnia podpisania umowy*
4. Wykreślenie Pkt III.1.10.4 SIWZ następującej treści „Zamawiający nie wyraża zgody na zawieranie umów przez podwykonawców z dalszymi podwykonawcami” i zastąpienie go sformułowaniem „skreślony”;

IV. Interes prawny

Odwolujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SIWZ naruszają prawo Wykonawcy do postępowania w toku realizacji zamówienia dalszymi podwykonawcami. Zapisy SIWZ i projektu umowy zastrzegające realizację prac projektowych w terminie miesiąca, w przypadku zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego, spowodują, że umowa ta będzie nieważna w rozumieniu art. 387 § 1 kc. W ocenie Wykonawcy zaproponowany zapis umowy narusza powszechnie obowiązujące przepisy. Z uwagi na powyższe, skoro treść SIWZ i projektu umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby zawrzeć ważną umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

UZASADNIENIE

1. Ustalając termin 1 miesiąca na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i złożenie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę lub decyzji ZRID Zamawiający domaga się spełnienia świadczenia niemożliwego.

W § 2 ust. 2 projektu umowy Zamawiający wskazał, że wykonanie prac projektowych obejmuje nie tylko samo wykonanie projektów ale również uzyskanie uzgodnień oraz złożenie wniosku o wydanie decyzji umożliwiającej prowadzenie prac budowlanych.

Termin realizacji, o którym mowa w ust. 1 pkt 2) obejmuje wykonanie prac projektowych oraz związane z tym uzyskanie wszystkich niezbędnych opinii, uzgodnień, decyzji, zatwierdzeń itp., oraz złożenie wniosku niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę lub decyzji o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej.

Jako termin zakończenia prac projektowych Zamawiający wskazał w pkt IV.3 SIWZ oraz § 2 ust. 1 pkt 2 projektu umowy dzień 1 grudnia 2016 r.

W pkt II.3 Ogłoszenia o zamówienia opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej Zamawiający jako rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia wskazał dzień 31.10.2016 r.

Powyższe prowadzi do wniosku, że przewidywany przez Zamawiającego czas na opracowanie dokumentacji, który obejmuje czynności wskazane w § 2 ust. 2 projektu umowy, wynosi jeden miesiąc. W ocenie wykonawcy jest to termin niemożliwy do dotrzymania.

Zakres czynności związanych z projektowaniem, jakie musi podjąć wykonawca jest opisany dla przykładu w pkt 1.3.1.7 PFU, zgodnie z którym wykonawca w celu opracowania projektu budowlanego musi:

- (i) Opracować materiały do wniosków o wydanie warunków technicznych usunięcia kolizji – wstępna wersja projektu
- (ii) Na podstawie tych materiałów uzyskać od właścicieli lub zarządców infrastruktury, warunki techniczne na zaprojektowanie i wykonanie ww. infrastruktury tj. w zakresie usunięcia kolizji
- (iii) Po otrzymaniu warunków należy sporządzić opinię projektanta
- (iv) Warunki wraz z opinią projektanta przekazać do Zamawiającego celem akceptacji
- (v) Po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego należy opracować projekt budowlany w celu uzyskania zgody na realizację robót
- (vi) Złożyć wniosek o pozwolenie na budowę.

Powyższe czynności nie obejmują konieczności uzyskiwania decyzji i pozwoleń w innych zakres np. uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego w związku z pkt 1.3.1.7.5 PFU, przeprowadzenie inwentaryzacji pierwotnego stanu działek (pkt 1.3.1.7 s. 23 PFU), uzyskanie opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów wymaganych przepisami szczególnymi i zezwolenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej ZRID (pkt 1.3.1.7 s. 22-23 PFU).

W ocenie Wykonawcy czas przewidziany przez Zamawiającego na wykonanie projektów i uzyskanie wszystkich uzgodnień, opinii, decyzji i pozwoleń to jest 1 miesiąc jest zbyt krótki i powinien być przedłużony o 5 miesięcy, gdyż w ocenie Wykonawcy na wykonanie projektów potrzebne wraz z uzgodnieniami, opiniami, decyzjami i pozwoleńmi potrzebne jest 6 miesięcy. Szczegółowe wyliczenie czynności i terminów na ich wykonanie w ramach realizacji obowiązku przewidzianego w § 2 ust. 2 projektu umowy Wykonawca przedłoży najpóźniej na rozprawie.

Wykonawca wskazuje, że terminy zakończenia robót i zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia zostały wskazane poprzez określenie konkretnej daty kalendarzowej. Przy obecnych datach Zamawiający założył, zakończenie projektowania w dniu 1.12.2016 r. i zakończenie wykonywania robót w dniu 1.10.2018 r. a zakończenie wykonywania przedmiotu zamówienia w dniu 1.12.2018 r. co oznacza odpowiednio 22 i 24 miesiące od zakończenia projektowania. W sytuacji przesunięcia daty zakończenia projektowania zasadne jest również odpowiednie przesunięcie dwóch pozostałych terminów na wykonanie robót i na zakończenie przedmiotu zamówienia, gdyż wykonanie tych elementów jest uzależnione od wykonania projektów (uzyskania decyzji ZRID lub decyzji o pozwoleniu na budowę). W związku z tym skoro termin zakończenia projektowania powinien zostać przesunięty o 5 miesięcy tj. do dnia 1.05.2017 r. to również dwa pozostałe terminy powinny zostać przesunięte w następujący sposób:

- zakończenie wykonywania robót do dnia 1.03.2019 r. a
- zakończenie wykonywania przedmiotu zamówienia do dnia 1.05.2019 r.

Wykonawca ewentualnie wnosi o zmianę sposobu ustalenia terminów i obliczanie ich w miesiącach od daty zawarcia umowy.

2. Zamawiający bezpodstawnie wyłączył możliwość wykonania części zamówienia przez dalszych podwykonawców.

Ustawodawca w art. 36a ust. 1 pzp wprost przewidział możliwość posługiwania się podwykonawcami w celu realizacji przedmiotu zamówienia. Wyjątkiem od tej zasady jest regulacja zawarta w art. 36a ust. 2 pkt 1 pzp przewidująca w przypadku robót budowlanych możliwość zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wyjątku tego nie można interpretować rozszerzająco tj. zamawiający może wykluczyć podwykonawstwo w kluczowych częściach

przedmiotu zamówienia ale nie może wykluczyć w całości podwykonawstwa czy też dalszego podwykonawstwa.

Całkowite wyłączenie możliwości posługiwania się dalszymi podwykonawcami jest niedopuszczalne z następujących względów:

- a) Ustawodawca nie przewidział w pzp możliwość wyłączenia z góry przez Zamawiającego wykonywania części zamówienia przez dalszych podwykonawców;
- b) Zgodnie z wnioskowaniem z większego na mniejsze – skoro dopuszczalne jest posługiwanie się podwykonawcami do realizacji przedmiotu zamówienia to tym bardziej dopuszczalne jest posługiwanie się przez tych podwykonawców dalszymi podwykonawcami;
- c) Wykładania funkcjonalna art. 36a ust. 1 pzp w zw. z art. 2 pkt 9b pzp – definicja zawarta w art. 2 pkt 9b pzp pod pojęciem umowy o podwykonawstwo nakazuje rozumieć w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także umowy między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Zatem pojęcie podwykonawstwa na gruncie pzp oznacza nie tylko bezpośrednich podwykonawców ale również dalszych podwykonawców. W konsekwencji możliwość zatrudniania podwykonawców przewidziana w art. 36a ust. 1 pzp odnosi się również do dalszych podwykonawców;
- d) Ustawodawca uregulował w pzp liczne kwestie dotyczące dalszych podwykonawców. Przepisami tymi są dla przykładu art. 143b ust. 1 i 3 pzp dotyczący zawierania umów z dalszymi podwykonawcami i wyrażania zgody na dalszych podwykonawców, art. 143d ust. 1 pzp dotyczy uregulowań jakie musi zawrzeć Zamawiający w umowie z wykonawcą w zakresie umów z podwykonawcami co mając na względzie definicję zawartą w art. 2 pkt 9b pzp odnosi się również do umów z dalszymi podwykonawcami. Treść tych przepisów przy jednoczesnym braku przepisu pozwalającego zamawiającemu na całkowite wykluczenie dalszych podwykonawców z realizacji przedmiotu zamówienia wskazuje, że ustawodawca założył, że w toku realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcy będą mogli zawierać umowy z dalszymi podwykonawcami
- e) art. 36 ust. 1 pkt 11 lit a) pzp nakładający na Zamawiającego obowiązek wskazania w SIWZ okoliczności, które spowodują zgłoszenie zastrzeżeń w zakresie umów o podwykonawstwo. Z uwagi na definicję zawartą w art. 2 pkt 9b pzp przepis ten odnosi się również do umów z dalszymi podwykonawcami, co oznacza, że Zamawiający w SIWZ może wskazać tylko przypadki, gdy zgłosi zastrzeżenia do umowy o dalsze podwykonawstwo a nie w całości wyłączy możliwość zawierania takich umów.

Dodatkowo wykonawca podkreśla, że z definicji zawartej w art. 2 pkt 9b pzp wynika, że przez umowę o podwykonawstwo rozumie się nie tylko podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych ale również umowy, których przedmiotem są dostawy lub usługi. W konsekwencji, gdy podwykonawca dla realizacji robót budowlanych przewidzianych umową podwykonawczą będzie potrzebował zakupić materiały w ramach umowy dostawy to w świetle pkt III.1.10.4 SIWZ podwykonawca nie będzie mógł zamówić tych materiałów a tym samym wykonać robót budowlanych przewidzianych umową podwykonawczą.

Sytuacja taka może wystąpić w toku realizacji przedmiotu zamówienia np.:

- (i) w sytuacji powierzenia przez wykonawcę robót brukarskich podwykonawcy podwykonawca ten nie będzie mógł zawrzeć umowy dostawy krawężników czy też kostki brukowej potrzebnej do wykonania prac;
- (ii) w sytuacji powierzenia przez wykonawcę robót w zakresie ułożenia mas bitumicznych podwykonawcy, podwykonawca ten nie będzie w stanie wyprodukować mas bitumicznych, gdyż dla ich wytworzenia potrzebne są kruszywa, które są dostarczane przez kopalnie.
- (iii) w sytuacji powierzenia przez wykonawcę robót w zakresie wykonania sygnalizacji świetlnej podwykonawcy – trzeba kupić kable, lampy, maszty, piasek, beton. Każdy z elementów wytwarza (dostarcza) inny podmiot. Kolejny dostawca lub podwykonawca musi dostarczyć i zaprogramować sterowniki.

- (iv) Zlecenie podwykonawcy wykonania robót ziemnych (wykopy, nasypy) – firmy wykonujące roboty ziemne nie posiadają zazwyczaj własnych kopalni z których mogą przywieźć piasek, Piasek musi kupić od kolejnego dostawcy.
- (v) Zlecenie podwykonawcy wykonania stabilizacji cementem – betoniarnia musi kupić cement i piasek, zamieszać stabilizację, kolejny podwykonawca kupuje stabilizację dowozi na budowę i wbudowuje .
- (vi)Zatrudnienie podwykonawcy w branży elektrycznej do wykonania oświetlenia – trzeba kupić kable, słupy, oprawy, żarówki, szafki oświetleniowe, itp. Każdy z elementów wytwarza (dostarcza) inny podmiot.

Zapis przewidziany w SIWZ w istocie uniemożliwia lub znacznie ogranicza możliwość posługiwania się przez wykonawcę podwykonawcami. W tym zakresie wskazać należy na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2014 r. KIO 2593/14

1. Zasada jest możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom (art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)). Wykonawca może korzystać z tego uprawnienia w sposób dowolny, chyba że zamawiający ograniczy taką możliwość (art. 36a ust. 2 ustawy). Skoro więc ustawodawca nie ustanawia obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę, a odstępstwo od tej zasady musi wynikać z podjętych przez zamawiającego decyzji, to nie budzi wątpliwości, że intencje zamawiającego w tym przedmiocie muszą być wyrażone w sposób precyzyjny i jednoznaczny.

Odstępstwa od zasady przewidującej możliwość posługiwania się podwykonawcami czy też dalszymi podwykonawcami muszą być zatem wyraźnie określone i nie mogą skutkować całkowitym wyeliminowaniem możliwości posługiwania się dalszymi podwykonawcami, gdyż ustawodawca nie przewidział ustanawiania obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę.

BRALSA FTSAWPIY
Krzysztof Misiński
Wz. 0723

Załączniki

1. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania
2. Pełnomocnictwo
3. Odpis z KRS
4. Dowód wysłania kopii odwołania do zamawiającego