

Gdańsk, 24.10.2023 roku

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
Ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwolujący:

Aarsleff Spółka z o.o.
Aleja Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa
e-mail do korespondencji: mpo@aarsleff.pl
tel. 22 648 88 34
KRS: 0000025980, NIP 9511312627
reprezentowany przez:
Marzenę Podciborską- pełnomocnika
tel. 725 605 205

Zamawiający:

Gmina Rabka- Zdrój
Ul. Parkowa 2
34-700 Rabka- Zdrój
E-mail: urzad@rabka.pl
Tel.: +18 26-92-000

Dotyczy:

postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych o wartości szacunkowej nieprzekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ww. Ustawy. Przedmiotem tego postępowania jest wyłonienie wykonawcy na realizację zamówienia publicznego pn.: „Stabilizacja osuwiska nr 136127 wraz z odbudową drogi gminnej nr 364558K ul. Zakopiańska w km 1+515,91 - 1+630,71 w miejscowości Rabka-Zdrój, Gmina Rabka-Zdrój”

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 ust. 1 ustawy Pzp pn.: „Stabilizacja osuwiska nr 136127 wraz z odbudową drogi gminnej nr 364558K ul. Zakopiańska w km 1+515,91 - 1+630,71 w miejscowości Rabka-Zdrój, Gmina Rabka-Zdrój”

Informacje dodatkowe:

- a) wartość szacunkowa postępowania: poniżej progów unijnych
- b) procedura: postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, o wartości szacunkowej poniżej progów „unijnych”, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.)

- c) ogłoszenie zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.10.2023 roku pod nr 2023/BZP 00450635/01
- d) postępowanie zostało opublikowane na stronie internetowej www.platformazakupowa.pl dnia 19.10.2023 roku: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/834573>
- e) określenie przedmiotu zamówienia: Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane zabezpieczeniem osuwiska wraz z odbudową istniejącego odcinka drogi gminnej nr 364558 K ul. Zakopiańska w Rabce-Zdroju opisanego w dokumentacji projektowej dla etapu II.
- f) numer sprawy/znak postępowania nadany przez Zamawiającego: IRG.271.79.2023

Działając w imieniu i na rzecz Aarsleff Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej Odwołującym, zgodnie z treścią pełnomocnictwa jakie przedstawiam w załączeniu, na podstawie art. 513 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) /dalej jako Ustawa Pzp/ z zachowaniem wyznaczonego terminu, wnoszę niniejszym odwołanie, wobec treści SWZ - PKT. 8 TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA oraz Załącznika nr 7 do SWZ - projekt Umowy - postanowienia § 4.

I. Zarzuty

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzuca:

- 1) Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 6 Ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy Pzp poprzez niepełne opisanie przedmiotu zamówienia, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, w ten sposób, że termin zakończenia wykonania przedmiotu umowy określony został datą dzienną, przy czym uczestnicy postępowania nie mają wiedzy o faktycznym terminie zakończenia tego postępowania, a tym samym nie mają wiedzy o dacie zawarcia umowy. W ten sposób Zamawiający pozbawia uczestników postępowania wiedzy na temat faktycznego okresu wykonania przedmiotu umowy. Działanie to naraża także wykonawców na ryzyko zapłaty rażąco wysokiego odszkodowania wskutek zbyt krótkiego czasu na wykonanie przedmiotu umowy, co wynika z treści SWZ - PKT. 8 TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA oraz Załącznika nr 7 do SWZ - projekt Umowy - postanowienia § 4.
- 2) Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 6 Ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy Pzp poprzez przygotowanie przez Zamawiającego postępowania w taki sposób, że nie zapewnia ono zachowania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji z tej przyczyny, iż biorąc pod uwagę wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert i termin wykonania przedmiotu Umowy, to termin wykonania przedmiotu umowy wyznaczony przez Zamawiającego jest bez wątpienia zbyt krótki i obiektywnie niemożliwy do zrealizowania.
- 3) Naruszenie art. 16 pkt. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy Pzp i art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez jednostronne zawarcie przez Zamawiającego we wzorze umowy postanowień, które obarczają wykonawcę zaniechaniami i nieprawidłowymi działaniami Zamawiającego, tj.:

„Zamawiający informuje, iż wskazana data zakończenia realizacji inwestycji jest terminem ostatecznym.

W przypadku braku wykonania inwestycji we wskazanym powyżej terminie Zamawiający zastrzega sobie możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych, stanowiącego równowartość utraconej dotacji z powodu nieterminowego wykonania całego zadania.

Przewidywana wartość dotacji to 80 % wartości całkowitej zadania.”

II. Wnioski

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Zmianę treści SWZ- PKT. 8 TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA poprzez określenie, że termin wykonania zamówienia ustala się na **13 tygodni** od dnia zawarcia umowy

oraz wykreślenie następujących postanowień:

Uwaga! Zamawiający informuje, iż wskazana data zakończenia realizacji inwestycji jest terminem ostatecznym.

W przypadku braku wykonania inwestycji we wskazanym powyżej terminie Zamawiający zastrzega sobie możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych stanowiącego równowartość utraconej dotacji z powodu nieterminowego wykonania całego zadania.

Przewidywana wartość dotacji to 80 % wartości całkowitej zadania.

- 2) Zmianę treści Załącznika nr 7 do SWZ- projekt Umowy- postanowienia § 4 poprzez wykreślenie następujących postanowień:

Uwaga! Zamawiający informuje, iż wskazana data zakończenia realizacji inwestycji jest terminem ostatecznym.

W przypadku braku wykonania inwestycji we wskazanym powyżej terminie Zamawiający zastrzega sobie możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych stanowiącego równowartość utraconej dotacji z powodu nieterminowego wykonania całego zadania.

Przewidywana wartość dotacji to 80 % wartości całkowitej zadania.

- 3) Ewentualnie, unieważnienie postępowania na podstawie art. 256 ustawy Pzp;

Jednocześnie Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma.

III. Interes

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i złożeniu przedmiotowego odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego Ustawy Pzp. Odwołujący jako wykonawca robót branży budowlanej jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego. Na skutek jednak nieprawidłowości po stronie Zamawiającego, złożenie przez Odwołującego rzetelnie skalkulowanej oferty byłoby istotnie utrudnione lub wręcz niemożliwe, a w razie uzyskania zamówienia Odwołujący mógłby ponieść dodatkowe koszty, niemożliwe do przewidzenia w momencie składania oferty. W chwili obecnej niemożliwe jest bowiem ustalenie jaki faktycznie okres wykonawca będzie miał do wykonania przedmiotu umowy. Wiadomym pozostaje jednak, że jest to okres niewystarczający do wykonania przedmiotu umowy opisanego w treści SWZ przez Zamawiającego. Z każdym jednak kolejnym dniem nawet czysto hipotetyczne koszty wykonania takiego zadania rosną i powinny być one ujęte w ofercie. Skoro jednak termin na złożenie oferty upływa w dniu 3.11.2023

roku to oczywistym pozostaje, że po tej dacie zmiana oferty jest niemożliwa, a przez to Odwołujący naraża się na dodatkowe koszty. Jednocześnie, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, naraża się on na odpowiedzialność odszkodowawczą związaną z przekroczeniem terminu wykonania przedmiotu umowy, co wynika z treści § 4 Umowy oraz pkt. 8 SWZ. Co jednak najbardziej istotne, już w chwili obecnej wiadomym jest, że termin ten jest zbyt krótki i niemożliwy do zrealizowania, a jednocześnie Zamawiający nie może przerzucić ciężaru związanego ze zbyt późnym zorganizowaniem przetargu na wykonawców. Jedyną możliwością uniknięcia wskazanej szkody po stronie Odwołującego jest wniesienie przedmiotowego odwołania. Stanowisko Odwołującego potwierdzone zostało w wyroku KIO z dnia 15.09.2020 roku KIO 1993/20: *zgodnie art. 179 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej 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 ustawy. A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Szkoda, którą poniósł lub może ponieść wykonawca musi być zatem wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy P.z.p. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Dopóki jednak czynność zamawiającego, choćby nieprawidłowa, nie godzi w interes wykonawcy i nie grozi mu szkodą, dopóty nie otwiera się termin na wniesienie odwołania.*

IV. Termin

Odwołujący w dniu 19.10.2023 roku opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu oraz opublikował dokumenty postępowania na platformie zakupowej. W dniu 20.10.2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o zmianę terminu zakończenia robót budowlanych. W dniu 24.10.2023r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SWZ (udzielił odpowiedzi na zadane pytania), w których zawarł odpowiedź na wniosek Odwołującego o zmianę terminu zakończenia robót, nie wyrażając zgody na przedmiotową zmianę.

Termin na wniesienie odwołania określony w art. 515 ustawy Pzp został zachowany wobec złożenia odwołania przez Odwołującego w dniu 24.10.2023 roku.

V. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych na wykonanie robót budowlanych związanych z zabezpieczeniem osuwiska wraz z odbudową istniejącego odcinka drogi gminnej nr 364558 K ul. Zakopiańska w Rabce-Zdroju opisanego w dokumentacji projektowej dla etapu II.

Zgodnie z treścią SWZ – pkt. 8 **TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA**: wymagany termin zakończenia robót Zamawiający określił na dzień **15.12.2023 roku**. Dodatkowo, w treści tego postanowienia Zamawiający wskazał, że:

Uwaga! Zamawiający informuje, iż wskazana data zakończenia realizacji inwestycji jest terminem ostatecznym.

W przypadku braku wykonania inwestycji we wskazanym powyżej terminie Zamawiający zastrzega sobie możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych stanowiącego równowartość utraconej dotacji z powodu nieterminowego wykonania całego zadania.

Przewidywana wartość dotacji to 80 % wartości całkowitej zadania.

Zgodnie z SWZ termin składania i otwarcia ofert określono na dzień 3.11.2023 roku. Termin związana ofertą Zamawiający określił zaś na 30 dni, tj. do dnia 2.12.2023 roku.

Dowód: SWZ dla Zadania pn.: „Stabilizacja osuwiska nr 136127 wraz z odbudową drogi gminnej nr 364558K ul. Zakopiańska w km 1+515,91 - 1+630,71 w miejscowości Rabka-Zdrój, Gmina Rabka-Zdrój”

Jak zaś stanowi projekt Umowy w § 4:

TERMINY REALIZACJI

*Termin realizacji przedmiotu umowy ustala się **nie później niż do dnia***

Zamawiający informuje, iż wskazana data zakończenia realizacji inwestycji jest terminem ostatecznym.

W przypadku braku wykonania inwestycji we wskazanym powyżej terminie Zamawiający zastrzega sobie możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych, stanowiącego równowartość utraconej dotacji z powodu nieterminowego wykonania całego zadania.

Przewidywana wartość dotacji to 80 % wartości całkowitej zadania."

Dowód: Załącznik nr 7 do SWZ- projekt Umowy

Pismem z dnia 20.10.2023 roku Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o zmianę terminu wykonania przedmiotu umowy co najmniej do 15.02.2024 roku wskazując, że zakresiony przez Zamawiającego termin jest nierealny do wykonania. W piśmie Odwołującego wskazano również merytoryczną argumentację.

Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 20.10.2023 roku

Pismem z dnia 24.10.2023 roku Zamawiający odmówił zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia wskazując na fakt dofinansowania zadania będącego przedmiotem umowy.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 24.10.2023 roku

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego działania Zamawiającego pozostają nieprawidłowe, a przez to niniejsze odwołanie jest konieczne.

VI. Stan prawny

Jak stanowi art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy Pzp:

1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

4. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia,*

źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie natomiast z art. 16 pkt. 1 Ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W niniejszej sprawie wskazać należy po pierwsze, że Zamawiający przygotował postępowanie przetargowe w taki sposób, że wyznaczył termin wykonania umowy jako datę kalendarzową 15.12.2023 roku, jednocześnie nie określając daty zakończenia postępowania, a tym samym pozbawiając wykonawców informacji o dacie zawarcia umowy. W ten sposób uczestnicy postępowania pozbawieni są informacji o rzeczywistym okresie jaki pozostanie im do wykonania przedmiotu umowy. Niewiadomym bowiem pozostaje kiedy faktycznie umowa o wykonanie zadania zostanie zawarta, a przez to kiedy wybrany wykonawca będzie mógł przystąpić do realizacji tego zadania. Oczywiście Zamawiający jest ograniczony terminami Ustawy Pzp jednak brać należy pod uwagę również okoliczności niezależne od Zamawiającego, jak choćby możliwość wniesienia odwołać do KIO przez uczestników postępowania, co wydłuża możliwość zawarcia umowy, a przez to skraca okres na realizację zadania. Okoliczność ta wpływa jednocześnie na ryzyko wykonawcy, który na chwilę złożenia oferty, może, ale nie musi, wkalkulować tę okoliczność w ofertę, co wpływa na nieporównywalność ofert.

Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia KIO/UZP z dnia 707/08: *»Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wskazanie na etapie postępowania przetargowego, konkretnej daty [...]rozpoczęcia usługi nie daje pewności, że przed tym terminem zostanie dokonany wybór oferty i zawarta umowa z wykonawcą, umożliwiającą rozpoczęcie usługi w wymienionej dacie. [...]. Z tych względów skład orzekający Izby nakazał dokonanie modyfikacji [...] specyfikacji [...], przez oznaczenie rozpoczęcia świadczenia usługi „w terminie 9 tygodni od dnia podpisania umowy”«.*

Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2016 r., sygn. akt KIO 1557/16.

Dalej wskazać należy, że określony przez Zamawiającego termin na wykonanie przez wybranego wykonawcę przedmiotu umowy jest nierealny, niemożliwy do wykonania w określonym czasie, a przez to narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazać trzeba, że termin wykonania przedmiotu umowy określono na dzień 15.12.2023 roku. Termin złożenia i otwarcia ofert wyznaczono na dzień 3.11.2023 roku. Termin związana ofert wyznaczono na 30 dni, do dnia 2.12.2023 roku. Zgodnie z art. 252 ust. 1 w zw. z art. 266 Ustawy Pzp Zamawiający dokonuje wyboru oferty w terminie związana ofertą, tj. 30 dni, czyli do dnia 2.12.2023 roku. Następnie, zgodnie z art. 308 ust. 2 Ustawy Pzp Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zakładając, że przesłanie zawiadomienia nastąpi w tym samym dniu, co wybór to umowa najszybciej zostanie zawarta w dniu 7.12.2023 roku. Oczywiście wskazany scenariusz dotyczy możliwie najdłuższych terminów działania Zamawiającego, co jednak nie jest wykluczone. W takim wypadku wykonawcy pozostaje 9 dni na zrealizowanie przedmiotu umowy.

Zakładając scenariusz możliwie szybkiego działania Zamawiającego, umowa być może, będzie mogła zostać zawarta w okolicach 15.11.2023 roku. W takim wypadku wykonawcy pozostaje ok. jednego miesiąca na zrealizowanie przedmiotu umowy.

Pamiętać jednak należy, że w każdym z powyższych przypadków możliwe jest wniesienie odwołania do KIO przez uczestników postępowania, co wstrzyma możliwość zawarcia umowy na kolejne okres od tygodnia do kilku tygodni (art. 555 Ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę wskazać należy na zakres prac, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie. Są to bowiem roboty budowlane związane zabezpieczeniem osuwiska wraz z rozbiórką i późniejszą odbudową istniejącego odcinka drogi gminnej nr 364558 K ul. Zakopiańska w Rabce-Zdroju o długości ok. 120 m, opisanego w dokumentacji projektowej dla etapu II. Minimalny czas realizacji poszczególnych zakresów tych robót, licząc od dnia podpisania umowy, w ocenie Odwołującego wygląda następująco:

1. zatwierdzenie i wprowadzenie tymczasowej organizacji ruchu - 2 tygodnie,
2. prace rozbiórkowe - 1 tydzień,
3. zabezpieczenie / przełożenie istniejących sieci - 1 tydzień,
4. roboty geotechniczne (pale wiercone + kotwy mikropalowe) - 4 tygodnie,
5. oczep żelbetowy, kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna - 2 tygodnie (przy założeniu równoległego wykonywania prac),
6. podbudowy - 1 tydzień,
7. nawierzchnie, prace wykończeniowe- 2 tygodnie,

RAZEM: 13 tygodni

Powyższe wynika w szczególności z okoliczności, iż zakres robót jest obszerny, a także z konieczności stosowania odpowiednich reżimów technologicznych dla konstrukcji wykonywanych z betonu (pale, oczepy) oraz dla nawierzchni bitumicznych.

Jednocześnie, celem wykazania rzeczywistego minimalnego czasu wykonania zadania, a tym samym wykazania, że Zamawiający wyznaczył zbyt krótki czas na wykonanie przedmiotu zamówienia (termin nierealny) Odwołujący przedkłada własne referencje na wykonane wcześniej zadania o podobnym charakterze i zbliżonej wartości robót. Wszystkie zadania zostały wykonane przez Odwołującego terminowo i prawidłowo.

- „Zabezpieczenie osuwiska „Tucholska” i przebudowa ul. Tucholskiej w Koronowie od km 1+300 do km 1+690 - III etap” zrealizowane na zlecenie Gminy Koronowo – wartość robót 4.913.850,00 zł brutto (3.995.000,00 zł netto); okres realizacji 21.06.2022 – 18.11.2022, **czyli 5 miesięcy;**

- „Zabezpieczenie skarpy osuwiska wraz z przebudową drogi gminnej ul. Skrajnej w Tarnobrzegu w km 0+000 - 0+205 wraz z remontem drogi powiatowej ul. Nadole w miejscach włączenia do ul. Skrajnej w km 0+142 - 0+239,10 oraz 0+318-0+366,65” zrealizowane na zlecenie Miasta Tarnobrzeg – wartość robót 3.922.534,42 zł brutto (3.189.052,37 zł netto); okres realizacji 20.09.2021 – 13.05.2022, **czyli 7,5 miesiąca;**

- „Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 1266K Gnatowice-Koniusza-Igołomia w miejscowości Wierzbno w km 7+210-7+250” zrealizowane na zlecenie Powiatu Proszowickiego – wartość robót 1.572.908,11 zł brutto (1.278.787,08 zł netto); okres realizacji 13.05.2019 – 30.10.2019, **czyli 5,5 miesiąca.**

Dowód: - referencje „Zabezpieczenie osuwiska „Tucholska” i przebudowa ul. Tucholskiej w Koronowie od km 1+300 do km 1+690 - III etap”

- referencje „Zabezpieczenie skarpy osuwiska wraz z przebudową drogi gminnej ul. Skrajnej w Tarnobrzegu w km 0+000 - 0+205 wraz z remontem drogi powiatowej ul. Nadole w miejscach włączenia do ul. Skrajnej w km 0+142 - 0+239,10 oraz 0+318-0+366,65”

- referencje „Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 1266K Gnatowice-Koniusza-Igołomia w miejscowości Wierzbno w km 7+210-7+250”.

Porównując termin wyznaczony przez Zamawiającego (najgorszy scenariusz: 9 dni i najlepszy scenariusz: ok. 1 miesiąca) i okresy realizacji podobnych zadań, które Odwołujący już faktycznie zrealizował (5 miesięcy, 7,5 miesiąca, 5,5 miesiąca) to oczywistym pozostaje, że przedmiotu umowy, w niniejszym postępowaniu nie można wykonać w czasie, którego wymaga Zamawiający. W ocenie Odwołującego realny czas na wykonanie tego zadania to 13 tygodni.

W tym miejscu pragniemy zauważyć, że Odwołujący jest wykonawcą robót budowlanych, od wielu lat realizującym między innymi roboty związane ze stabilizacją osuwisk i wobec tego posiada stosowną wiedzę i doświadczenie potrzebne do określenia czasu niezbędnego do wykonania zadania będącego przedmiotem postępowania przetargowego w przedmiotowej sprawie. Dowodem tego są wskazane powyżej referencje.

Należy również zauważyć, że także inni wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty w tym postępowaniu określili termin realizacji zadania jako niewystarczający i „awykonalny”, co uwidocznione zostało w odpowiedziach Zamawiającego z dnia 24.10.2023 (np. pytania 11, 12, 14 i inne).

Nierealny zaś termin realizacji zadania stanowi poważne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ może stanowić podstawę złożenia w niniejszym postępowaniu ofert nieporównywalnych, gdyż część wykonawców (słusznie) uwzględni w cenie oferty zapłatę odszkodowania z tytułu nieterminowego zakończenia robót, natomiast inni mogą liczyć na zmianę stanowiska Zamawiającego w późniejszym terminie, na etapie realizacji robót i wynegocjowanie zmiany umowy w zakresie terminu wykonania. Powyższe narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Nierealny termin realizacji zadania potwierdza również, że postępowanie zostało przygotowane i jest prowadzone w sposób nieproporcjonalny, jako że określony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia jest nieproporcjonalny do zakresu robót. Zamawiający, jako profesjonalista, posiada odpowiednio przygotowane kadry techniczne, a także korzysta z profesjonalnych usług w zakresie przygotowania dokumentacji projektowej – ma więc wszelkie narzędzia, aby we właściwy sposób oszacować czas potrzebny na realizację zadania.

Dodać trzeba w tym miejscu, że wadliwe wyznaczenie terminu rozpoczęcia robót zmusza wykonawców do wzięcia pod uwagę, przy określaniu wysokości oferty, kosztów ewentualnego odszkodowania. Należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zarazem art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Skoro, więc Zamawiający w sposób nieprawidłowy wyznacza termin wykonania przedmiotu umowy to może to prowadzić do zawarcia umowy w trybie Ustawy Pzp z wykonawcą oferującym zawyżoną usługę w zakresie ceny, a przez to będzie to działanie takie będzie nieuzasadnione w rozumieniu przepisów o finansach publicznych.

Jednocześnie, odnośnie postanowień Załącznika nr 7 do SWZ- projekt Umowy- postanowienia § 4 to wskazać należy, że w zakresie swobody umów nie mieści się uprawnienie Zamawiającego do jednostronnego obarczania wykonawcy zaniechaniami i nieprawidłowymi działaniami Zamawiającego, w tym związanymi ze zbyt późnym zorganizowaniem postępowania przetargowego. Takim obciążeniem odpowiedzialnością wykonawcy przez Zamawiającego jest z pewnością następujący zapis:

Uwaga! Zamawiający informuje, iż wskazana data zakończenia realizacji inwestycji jest terminem ostatecznym.

W przypadku braku wykonania inwestycji we wskazanym powyżej terminie Zamawiający zastrzega sobie możliwości dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania na zasadach ogólnych stanowiącego równowartość utraconej dotacji z powodu nieterminowego wykonania całego zadania.

Przewidywana wartość dotacji to 80 % wartości całkowitej zadania.

Wyrokiem z 4 lutego 2019 r. KIO 12/19 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w odpowiednim terminie. *Przewidzenie realnych terminów wykonania zamówienia ma też z wielu powodów istotne znaczenie dla Zamawiającego. Między innymi, Zamawiający nie jest zaskakiwany opóźnieniami w realizacji zamówienia i może wcześniej przygotować podjęcie odpowiednich działań mających na celu zabezpieczenie swoich interesów.* Wydanym orzeczeniem Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na fakt, że Zamawiający winien wszcząć postępowanie w takim momencie, w którym jego realizacja w założonym czasie będzie możliwa. Wykonawcy muszą mieć faktyczną szansę zrealizowania przedmiotu zamówienia w terminie.

Jak zaś wskazano w treści wyroku KIO 897/15 z dnia 18.05.2015 roku: *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. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie Zamawiającego jest działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Klauzule takie są pośrednią aprobatą nieprofesjonalnego działania Zamawiającego i próbą ubezpieczenia kosztem wykonawcy własnych zaniechań czy też zaniedbań. Powoływanie się na bliżej niezdefiniowany interes publiczny przez Zamawiającego nie jest żadnym uzasadnieniem wprowadzenia takich klauzul do umów o realizację zamówienia publicznego. Interes publiczny wymaga od Zamawiającego starannego działania, przygotowania właściwych i prawidłowych dokumentów niezbędnych do uzyskania koniecznych pozwoleń i decyzji, podejmowania współpracy z wykonawcą w celu wyeliminowania opóźnień, nie zaś jednostronnego formułowania postanowień umowy, które obarczają wykonawcę zaniechaniami i nieprawidłowym działaniami Zamawiającego.*

Powyższe, powinno mieć odpowiednio zastosowanie w niniejszej sprawie.

W związku ze wskazanymi powyżej argumentami, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Podpisano:

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
3. Wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS Aarsleff Spółka z o.o.
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
5. SWZ dla Zadania pn.: „Stabilizacja osuwiska nr 136127 wraz z odbudową drogi gminnej nr 364558K ul. Zakopiańska w km 1+515,91 - 1+630,71 w miejscowości Rabka-Zdrój, Gmina Rabka-Zdrój”
6. Załącznik nr 7 do SWZ- projekt Umowy
7. Pismo Odwołującego z dnia 20.10.2023 roku

8. Pismo Zamawiającego z dnia 24.11.2023 roku
9. referencje „Zabezpieczenie osuwiska „Tucholska” i przebudowa ul. Tucholskiej w Koronowie od km 1+300 do km 1+690 - III etap”
10. referencje „Zabezpieczenie skarpy osuwiska wraz z przebudową drogi gminnej ul. Skrajnej w Tarnobrzegu w km 0+000 - 0+205 wraz z remontem drogi powiatowej ul. Nadole w miejscach włączenia do ul. Skrajnej w km 0+142 - 0+239,10 oraz 0+318-0+366,65”
11. referencje „Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 1266K Gnatowice-Koniusza-Igołomia w miejscowości Wierzbno w km 7+210-7+250”.
12. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającym