



Miejskie Wodociągi Spółka z o.o.

89- 600 Chojnice, Plac Piastowski 27a

tel. 523974176, 523970976, fax 523970001

www.wodociagi.chojnice.pl, e-mail: sekretariat@wodociagi.chojnice.pl

Konto: Bank BPH SA O/Chojnice 59 1060 0076 0000 4022 5000 5334

NIP 555-000-64-99 REGON 090117373 Kapitał zakładowy 15.111.000 zł

Nr KRS 0000096396, Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ, VIII Wydział Gospodarczy KRS

Chojnice, dnia 27.08.2014 r.

Ponad 100 lat
doświadczeń
branży
wodociągowo-
kanalizacyjnej

Pismo: JRP-50/P/RB/42/ /2014

Nasza oferta:

- wykonawstwo przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych,
- budowa sieci wodociągowych i kanalizacyjnych,
- usługi sprzętowo-transportowe,
- podłoże trawnikowe
- armatura HAWLE
- legalizacja wodomierzy,
- wynajem toalet przenośnych

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych.

Działając w trybie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, 984, 1047, 1473 z późn. zm.) Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. w Chojnicach, jako Zamawiający, załączają kopię odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2014 r. informując jednocześnie o możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

Z poważaniem



PORR (POLSKA) S.A.

Warszawa, dnia 25 sierpnia 2014 r.

Do: PREZESA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

ul. Postępu 17a,
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miejskie Wodociągi Sp. z o.o.
Plac Piastowski 27a, 89-600 Chojnice
Tel.: +48 (52) 397 41 76
Faks: +48 (52) 397 00 01
E-mail: sekretariat@wodociagi.chojnice.pl

Odwołujący:

Porr (Polska) S.A.
ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa

reprezentowany przez:

Martę Korniluk
Adres do korespondencji: Porr (Polska) S.A, ul. Poleczki 35
02-822 Warszawa
Fax: +48 (22) 52 88 805
Email: marta.korniluk@porr.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 roku, Nr 907 z późn. zm.) (dalej jako „**Pzp**”) niniejszym wnoszę **odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego** podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych” (dalej jako „**Postępowanie**” lub „**Zamówienie**”), polegających na:

1. wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie ofert, tj. wskazanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), część I - Instrukcja dla Wykonawców, zmienionej oświadczeniem Zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2014 r., terminu składania ofert na dzień 8 września 2013 r. o godz. 10:00;
2. zamieszczeniu w SIWZ, część II – Wzór umowy następujących postanowień:
 - § 10 ust. 1 – zgodnie z którym „Wykonawca zapewnia i zobowiązuje się wobec Zamawiającego, że zapoznał się oraz akceptuje wszystkie warunki techniczne, w tym gruntowe i wodne, oraz inne ryzyka związane z wykonawstwem robót budowlanych i nie będzie z tego tytułu podnosił żadnych roszczeń wobec Zamawiającego”;

PORR (POLSKA) S.A.

z siedzibą w Warszawie, 02- 822 Warszawa, ul. Poleczki 35
tel. (+48-22) 52 88 800; fax (+48-22) 52 88 805; e-mail: porr.warszawa@porr.pl; strona internetowa: www.porr.pl

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, nr KRS 11689
NIP: 526-00-12-623; REGON: 010286218; wysokość kapitału zakładowego /wpłaconego/: 21.350.000,00 PLN

- § 10 ust. 3 – zgodnie z którym „Wykonawca ma obowiązek powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie umowy w terminie, w którym przy zachowaniu miary najwyższej staranności nieprawidłowość tę winien wykryć, nie później jednak niż w terminie 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji. W przypadku wykrycia tych nieprawidłowości w dokumentacji, Wykonawca niezwłocznie (najpóźniej dnia następnego od ich ujawnienia, jednak nie później jak 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji) powiadomi pisemnie Zamawiającego o występujących w dokumentacji nieprawidłowościach. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę nieprawidłowości (wad, błędów, braków i pominięć) w dokumentacji Zamawiającego, Zamawiający opracuje uzupełnienie projektów wykonawczych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Dostarczenie Wykonawcy uzupełnionych projektów pozwalających na realizację przedmiotu umowy w terminie 14 dni od daty prawidłowo dokonanego zgłoszenia nieprawidłowości nie będzie stanowiło dla Wykonawcy podstawy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń”;
 - § 23 ust. 3 – zgodnie z którym: „Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi potwierdzić, że zostały osiągnięte wszystkie parametry techniczne i technologiczne i ekologiczne, jak wymagał tego Zamawiający, a gwarantował Wykonawca składając ofertę i podpisując umowę na Roboty;
 - § 32 ust. 1 pkt k) – zgodnie z którym: „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za nie wykonanie obowiązku powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji w terminie, o którym mowa w § 10 ust. 3 – w wysokości 10.000 zł za każdy dzień po upływie 14-dniowego terminu określonego w § 10 ust. 3;
3. nieumieszczenie w części II SIWZ – Wzór umowy w § 33 ust. 3 postanowienia, iż „zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadku, gdy dokumentacja okaże się błędna i zajdzie konieczność jej poprawy, zmiany lub uzupełnienia mająca wpływ na termin realizacji robót oraz wynagrodzenie wykonawcy, jak również gdy podczas wykonywania Robót ujawnią się szczególne warunki techniczne, gruntowe lub wodne, które nie były uwzględnione w dokumentacji, a które uniemożliwią lub utrudnią wykonanie Robót zgodnie z umową;
4. udzieleniu wyjaśnienia pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r., iż „w związku z dokonaną zmianą § 10 ust. 3 i 4 wzoru umowy, brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku o zmianę terminu i/lub zmianę ceny kontraktowej. Zmiana dokumentacji nie jest przesłanką do zmiany ceny. Brak jest bezpośredniego związku między zmianą dokumentacji a wynagrodzeniem, które jest ryczałtowe”;

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 43 ust. 3 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114 z późn. zm.) (dalej jako „Dyrektywa”) przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty i w konsekwencji także naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami; powyższe uchybienie Zamawiającego uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu, w tym Odwołującemu, złożenie ofert, względnie skutkować będzie złożeniem przez nich ofert nierzetelnych i nieprawidłowo skalkulowanych;

2. art. 140 ust. 1 Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 Pzp oraz art. 647 i art. 651 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, ze zm. dalej jako „KC”), poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień skutkujących możliwością istotnej modyfikacji zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, na skutek wad w dokumentacji projektowej ujawnionych w trakcie realizacji umowy, przy zachowaniu niezmiennych wysokości wynagrodzenia ryczałtowego oraz niezmiennych terminów realizacji Robót;
3. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) Pzp oraz art. 647 KC, poprzez naruszenie obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w ten sposób że Zamawiający w § 10 ust. 3 wzoru umowy przyznaje sobie bardzo szeroką możliwość wprowadzania zmian do opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa) z przyczyn niezależnych od wykonawcy, bez możliwości zgłaszania roszczeń przez wykonawcę (co wynika również z wyjaśnień Zamawiającego do pytania nr 009), co stanowi niemożliwe do oszacowania ryzyko dla wykonawcy i tym samym uniemożliwia sporządzenie oferty, w tym skalkulowania jej ceny;
4. art. 353¹ KC w zw. z art. 651 KC oraz art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady swobody umów i ukształtowanie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i naturę stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane, w ten sposób że poinformowanie Zamawiającego o ujawnionych wadach może nastąpić jedynie w terminie 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością dokumentacji projektowej;
5. art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób prowadzący do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, a tym samym do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania jako całkowicie uzasadnionego;
2. nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na ich przygotowanie i złożenie, to jest o co najmniej 14 dni;
3. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 10 ust. 1 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca potwierdza, że zapoznał się oraz akceptuje wszystkie warunki techniczne, w tym gruntowe i wodne wskazane w przekazanej mu przez Zamawiającego dokumentacji.”;
4. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 10 ust. 3 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca ma obowiązek powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie umowy w terminie, w którym przy zachowaniu miary najwyższej staranności nieprawidłowość tę winien wykryć, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia ujawnienia wady. W przypadku wykrycia tych nieprawidłowości w dokumentacji, Wykonawca niezwłocznie (najpóźniej w terminie 14 dni od ich ujawnienia) powiadomi pisemnie Zamawiającego o występujących w dokumentacji nieprawidłowościach. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę nieprawidłowości (wad, błędów, braków i pominięć) w dokumentacji, Zamawiający opracuje uzupełnienie projektów wykonawczych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. W przypadku, gdy uzupełnienie dokumentacji ma wpływ na termin realizacji robót i/lub na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, Wykonawca będzie uprawniony do żądania zmiany umowy w zakresie odpowiednio terminu realizacji robót i/lub wysokości wynagrodzenia”;

5. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 23 ust. 3 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi złożyć oświadczenie, potwierdzające, że wykonał wszystkie roboty zgodnie z dokumentacją projektową”;
6. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 32 ust. 1 pkt k) wzoru umowy;
7. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 33 ust. 3 wzoru umowy, poprzez dopisanie pkt i) o treści „gdy przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego dokumentacja okaże się błędna i zajdzie konieczność jej poprawy, zmiany lub uzupełnienia mająca wpływ na termin realizacji robót oraz wynagrodzenie wykonawcy, jak również gdy podczas wykonywania Robót ujawnią się szczególne warunki techniczne, gruntowe lub wodne, które nie były uwzględnione w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, a które uniemożliwią lub utrudnią wykonanie Robót zgodnie z umową.”;
8. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 33 ust. 5 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiana terminu i wynagrodzenia jest możliwa w przypadku zaistnienia zdarzeń jak opisano w ust. 3 lit a), b), d) e), g), i).”

Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2014 r. pod numerem 2014/S 155-277751 (dalej jako „Ogłoszenie”). W tym też dniu Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej <http://docs.wodociagi.chojnice.pl/docs> SIWZ. W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp w został dochowany przez Odwołującego.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu Zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, bowiem wobec dokonania ww. wskazanych niezgodnych z prawem czynności 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.

UZASADNIENIE

1. Okoliczności faktyczne

Zamawiający ogłoszeniem z dnia 14 sierpnia 2014 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i rozbudowę miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych”. Zamawiający na swojej stronie internetowej <http://docs.wodociagi.chojnice.pl/docs> opublikował SIWZ, która składa się z części I – Instrukcja dla Wykonawców, części II – Wzór umowy oraz części III – Dokumentacja projektowa, inne załączniki.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 4 września 2014 r. na godz. 10:00. Następnie, oświadczeniem z dnia 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, w ramach której zmienił termin składania ofert na dzień 8 września 2014 r.

Przedmiotem Zamówienia jest wykonanie konkretnych prac budowlanych. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 części II – Instrukcja dla Wykonawców, szczegółowy zakres prac, jakie ma wykonać wykonawca w ramach Zamówienia określa dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, stanowiące integralną część SIWZ (a więc dostarczone wykonawcy przez Zamawiającego). Z kolei, zgodnie z pkt 1 Rozdziału XII cenę oferty należy ustalić w oparciu o otrzymaną dokumentację projektową, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej jako „STWiORB”), wymagania SIWZ oraz obowiązujące normy, przepisy i wiedzę budowlaną. W myśl pkt 4 ww. Rozdziału

cena oferty musi obejmować kompletne wykonania zamówienia, w tym koszty wykonania robót podstawowych bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej, jak również koszty robót, usług i opłat nie ujętych w dokumentacji projektowej i STWiOR, a których wykonanie niezbędne jest dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Wykonawca wskazuje również, że samo przygotowanie załącznika nr 1B do formularza oferty (Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia) jest bardzo skomplikowane i czasochłonne, gdyż na ok 40 stronach wymaga szczegółowego wykazania zaoferowanych urządzeń spełniających wymogi Zamawiającego. Samo jego dokładne przygotowanie z uwagi na konieczność szczegółowych uzgodnień z dostawcami sprzętów i użytkownikami wymaga około 2 tygodni. Niezgodność zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ skutkować będzie odrzuceniem oferty, stąd wymagane jest bardzo precyzyjne wyspecyfikowanie i opisanie tych urządzeń.

Zgodnie zaś pkt 3 Rozdziału XVI Części II SIWZ zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadkach określonych w § 33 wzoru umowy.

Część II SIWZ – wzór umowy, zmieniony oświadczeniem Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2014 r., zawiera następujące postanowienia:

- § 10 ust. 1 – Wykonawca zapewnia i zobowiązuje się wobec Zamawiającego, że zapoznał się oraz akceptuje wszystkie warunki techniczne, w tym gruntowe i wodne, oraz inne ryzyka związane z wykonawstwem robót budowlanych i nie będzie z tego tytułu podnosił żadnych roszczeń wobec Zamawiającego.
- § 10 ust. 3 – Wykonawca ma obowiązek powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie umowy w terminie, w którym przy zachowaniu miary najwyższej staranności nieprawidłowość tę winien wykryć, nie później jednak niż w terminie 14 dni przed rozpoczęciem realizacji element robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji. W przypadku wykrycia tych nieprawidłowości w dokumentacji, Wykonawca niezwłocznie (najpóźniej dnia następnego od ich ujawnienia, jednak nie później jak 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji) powiadomi pisemnie Zamawiającego o występujących w dokumentacji nieprawidłowościach. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę nieprawidłowości (wad, błędów, braków i pominięć) w dokumentacji Zamawiającego, Zamawiający opracuje uzupełnienie projektów wykonawczych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Dostarczenie Wykonawcy uzupełnionych projektów pozwalających na realizację przedmiotu umowy w terminie 14 dni od daty prawidłowo dokonanego zgłoszenia nieprawidłowości nie będzie stanowiło dla Wykonawcy podstawy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń.
- § 23 ust. 3 – Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi potwierdzić, że zostały osiągnięte wszystkie parametry techniczne i technologiczne i ekologiczne, jak wymagał tego Zamawiający, a gwarantował Wykonawca składając ofertę i podpisując umowę na Roboty.
- § 32 ust. 1 pkt k) – Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za nie wykonanie obowiązku powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji w terminie, o którym mowa w § 10 ust. 3 – w wysokości 10.000 zł za każdy dzień po upływie 14-dniowego terminu określonego w § 10 ust. 3.
- § 33 ust. 3 – Zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadku:

- a) siły wyższej, w tym w szczególności działania na terenie budowy: amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych, fal ciśnieniowych, działania sił natury,
- b) wystąpienia na terenie budowy podtopień (teren zagrożenia powodziowego),
- c) działania organów administracji publicznej, organów władzy lub wymiaru sprawiedliwości, które uniemożliwiają zgodne z prawem wykonywanie zobowiązań umownych, zwłaszcza robót budowlanych jeżeli zostały one podjęte przez te podmioty nie na skutek działań Wykonawcy lub Zamawiającego,
- d) zmiany w trakcie obowiązywania umowy stawek podatku VAT, przepisów prawa i/lub norm, których zastosowanie jest niezbędne dla wykonywanego przedmiotu umowy,
- e) zmiany warunków dofinansowania zmieniającego terminy i zasady realizacji inwestycji,
- f) zmiany kolejności wykonania części zamówienia,
- g) rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy (zaniechanie wykonania). Rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy (za wyjątkiem przypadku określonego w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych) może nastąpić w wysokości nie wyższej niż 5 % ceny i tylko w uzasadnionych przypadkach. W takim przypadku Zamawiający dokona proporcjonalnego obniżenia ceny obliczając wartość robót podlegających rezygnacji,
- h) zmiany maszyn i urządzeń oferowanych przez Wykonawcę w ofercie, na modele nowszej generacji o tych samych lub wyższych parametrach, jeżeli maszyny i urządzenia oferowane wyszły z produkcji, lub nie są dla nich dostępne części zamienne lub serwisowanie w okresie opisanym w SIWZ. Zmiana ta może nastąpić jedynie po uzyskaniu pozytywnej opinii Inspektora Nadzoru i zgody Zamawiającego.

Co więcej, w wyjaśnieniach z dnia 22 sierpnia 2014 r. Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie nr 009 W związku z dokonaną zmianą § 10 ust. 3 i 4 brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku o zmianę terminu i/lub zmianę ceny kontraktowej. Zmiana dokumentacji nie jest przesłanką do zmiany ceny. Brak jest bezpośredniego związku między zmianą dokumentacji a wynagrodzeniem, które jest ryczałtowe.

2. Okoliczności prawne

2.1. Argumentacja dot. czynności opisanej w pkt 1

Stosownie do art. 43 ust. 3 pkt 1) jeżeli wartość zamawiania jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed data wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2011 roku (sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11) oraz wyrokiem KIO z dnia 27 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2188/13) zamawiający obowiązany jest uwzględnić czas niezbędny do przygotowanie i złożenia oferty. Zdaniem Izby uwzględnienie w warunkach konkretnego postępowania czasu **niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty** zapewnia realną konkurencję w postępowaniu i odpowiada postulatowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 Pzp. Wyznaczając termin składania oferty, zamawiający **powinien**, zatem zawsze uwzględniać czas niezbędny wykonawcom do przygotowania i złożenia oferty (por. także wyr. KIO z 26 czerwca 2009 r., KIO/UZP 737/09; wyr. SO w Warszawie z 10 lipca 2008 r., V Ca 1109/08).

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE w ust. 1 stanowi, iż podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają **w szczególności** czas wymagany do sporządzenia ofert. Mając na względzie ogólny charakter wytycznych zawartych w art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE należy przyjąć, że zasadą na gruncie unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych winno być ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem niezbędnego czasu na sporządzenie ofert.

Wyznaczony przez Zamawiającego w Postępowaniu termin, nawet po jego przedłużeniu na skutek wprowadzenia zmian do treści SIWZ, nie uwzględnia powyższych kryteriów. Zamawiający ustalił bowiem zbyt krótki termin na składanie ofert mając na uwadze rozmiary, złożoność oraz istotność zmian dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a także konieczność uzgodnienia, skoordynowania, opracowania, nawiązania współpracy i wyjaśnienia wielu elementów zamówienia z podmiotami zewnętrznymi. Wyznaczony termin składania ofert jest nierealny i w sposób istotny ogranicza wykonawcom, w tym Odwołującemu dostęp do przedmiotowego zamówienia. Kwestionowana czynność Zamawiającego ogranicza zatem krąg wykonawców, którzy będą w stanie konkurować o zamówienie, względnie uniemożliwia bądź znacząco utrudnia wykonawcom złożenie porównywalnych, rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert. W następstwie powyższego zniweczony zostanie jeden z podstawowych celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zapewnienie efektywnej konkurencji w Postępowaniu.

Powyższe stanowi naruszenie art. 43 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 38 ust.1 Dyrektywy 2004/18/WE oraz skutkuje uchybieniem przez Zamawiającego dyrektywie zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. obowiązkowi przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego Postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami.

2.2. Argumentacja dot. czynności opisanej w pkt 2, 3 i 4

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie zaś z art. 31 ust. 1 Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 140 Pzp stanowi z kolei, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Kwestionowane postanowienia wzoru umowy stanowią ewidentne naruszenie ww. przepisów Pzp oraz istoty umowy o roboty budowlane.

➤ Przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość projektu

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający – wbrew istocie umowy o roboty budowlane – przeniósł na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość i jakość dokumentacji projektowej. Z § 23 ust. 3 wzoru umowy wynika bowiem, iż aby Zamawiający dokonał odbioru robót (co jest podstawą do wystawienia przez wykonawcę faktury VAT i otrzymania wynagrodzenia), wykonawca musi złożyć oświadczenie, że wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne i technologiczne zostały osiągnięte. Ww. parametry są natomiast określone w dokumentacji projektowej, przekazanej wykonawcy przez Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający wymaga, aby wykonawca oświadczył i zagwarantował, że parametry ustalone przez twórców ww. dokumentacji są w całości poprawne. Wymaganie to jest jednak bezpodstawne i sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, ponieważ

wykonawca inwestycji o charakterze „Wybuduj” nie bierze udziału w przygotowaniu dokumentacji projektowej, a więc nie może ponosić odpowiedzialności za jej prawidłowość. Wykonawca otrzymuje przygotowaną już dokumentację od Zamawiającego, który gwarantuje, że wykonanie robót zgodnie z tą dokumentacją, będzie stanowiło należyte wykonanie umowy. Co więcej, wymaganie od wykonawcy zagwarantowania, iż parametry techniczne uwzględnione w dokumentacji projektowej są prawidłowe, oznaczałoby konieczność odtworzenia przez wykonawcę jeszcze raz całego procesu projektowego i wykonania wszystkich obliczeń. To z kolei stoi w oczywistej sprzeczności z istotą i podziałem ról w umowie o roboty budowlane projektowane przez Zamawiającego. Powyższe potwierdził także wielokrotnie Sąd Najwyższy, wskazując, że wykonawca nie ma obowiązku dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. III CKN 629/98).

Także KIO wielokrotnie podkreśliła, że „**wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty**” (por. wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., KIO 806/11).

➤ **Ustalenie ograniczenia terminu na zgłaszanie wad w dokumentacji projektowej**

Kolejną nieprawidłowością, której dopuścił się Zamawiający jest wprowadzenie terminu na zgłaszanie wad w dokumentacji projektowej. Wykonawca ma bowiem obowiązek dokonania takiego zgłoszenia w terminie nie późniejszym niż 14 dni przed rozpoczęciem realizacji danego elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji. Co więcej, jeżeli wykonawca nie dochowa ww. terminu, w myśl § 32 ust. 1 pkt k), zostanie obciążony karą umowną. Kwestionowane postanowienie jest ewidentnym naruszeniem art. 651 KC, ponieważ wykonawca został obciążony odpowiedzialnością za wady dokumentacji projektowej, których nie da się stwierdzić w terminie nałożonym przez Zamawiającego. Może bowiem zdarzyć się tak, iż wada dotycząca danego elementu robót ujawni się później, niż na 14 dni od daty rozpoczęcia tej roboty, a więc wykonawca dopiero wtedy będzie miał możliwość zgłoszenia tego Zamawiającemu. W takim przypadku natomiast przepisy wzoru umowy nie dość, że nie pozwalają wykonawcy skutecznie zgłosić Zamawiającemu ujawnionej wady, ale wręcz wiążą się z nałożeniem na wykonawcę kary finansowej. Jak natomiast podkreśliła KIO „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważane na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji.” (por. wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, por. także wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11).

➤ **Pozbawienie wykonawcy możliwości zgłaszania roszczeń w przypadku wadliwości dokumentacji projektowej**

W wyjaśnieniach do pytania nr 009 Zamawiający jednoznacznie wskazał, że stwierdzona wadliwość dokumentacji projektowej oraz konieczność jej modyfikacji nie stanowi podstawy do zmiany terminu realizacji oraz wysokości wynagrodzenia. Powyższe oznacza, że w przypadku, gdy dokumentacja projektowa okaże się błędna i będzie wymagała istotnych zmian, wykonawca nie będzie miał możliwości ani żądania przedłużenia terminu, ani zmiany wynagrodzenia.

Należy przy tym wskazać, że Zamawiający mówi w ww. wyjaśnieniach oraz w zmodyfikowanym § 10 ust.3 wzoru umowy ogólnie o zmianach dokumentacji. Oznacza to, że zmiany te mogą dotyczyć drobnych elementów (nie mających wpływu na zakres prac), jak i kwestii istotnie wpływających na zakres robót.

Przyjęcie przez autorów dokumentacji projektowej błędnych założeń lub/i niewłaściwych rozwiązań projektowych dla poszczególnych branż w oczywisty sposób może bowiem prowadzić do:

- konieczności wykonania projektów zastępczych nierzadko skutkujących obowiązkiem uzyskania nowego pozwolenia,
- wydłużenia procesu realizacji zadania, czy też
- konieczności poniesienia znacząco większych nakładów na realizację obiektu.

Dla przykładu: błędnie przyjęte założenia dotyczące układu hydraulicznego czy technologii oczyszczania ścieków mogą powodować niedoszacowanie mocy lub/i liczby urządzeń np. pomp, mieszadeł, dmuchaw itp, ale również przekrojów rurociągów i kanałów oraz gabarytów głównych obiektów takich jak reaktory biologiczne czy osadniki wtórne.

Brak możliwości podnoszenia roszczeń dot. wysokości wynagrodzenia oraz terminu realizacji robót oznacza z kolei konieczność wliczenia tych ryzyk do ceny ofertowej. Jest to zatem ewidentne naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) Pzp, ponieważ wykonawca jest zobowiązany do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty. Takie działanie narusza także obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienia wprowadzające możliwość dokonania zmiany pierwotnej dokumentacji projektowej, nie precyzujące zakresu ani warunków dokonania takich zmian, mają ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane - przekazany przez Zamawiającego - jest niejednoznaczny i nie wyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może bowiem precyzyjnie ustalić, jaki konkretny zakres robót budowlanych będzie zobowiązany wykonać, a tym samym nie jest w stanie oszacować kosztów wykonania tych robót.

Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku przeniesienia na wykonawcę ryzyk związanych z nieujawnionymi w dokumentacji projektowej szczególnymi warunkami technicznymi, gruntowymi i wodnymi. Na etapie składania oferty wykonawca nie ma bowiem możliwości wykonania tak daleko idących i zaawansowanych technicznie badań, aby ocenić wszystkie ryzyka gruntowe i wodne.

Powyższe podkreśliła także KIO mówiąc, iż takie postanowienia „**tak dalece wkraczają w zakres odpowiedzialności projektanta, że obarczają przyszłego wykonawcę robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i określić (wycenić) na etapie składania oferty.**” (por. wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., KIO 806/11 oraz wyrok KIO KIO z dnia 11 lutego 2014 r. KIO 139/14, KIO 148/14, KIO 150/14).

W konsekwencji, kwestionowane postanowienia naruszają również art. 140 Pzp, bowiem konsekwencją ich wprowadzenia jest ryzyko, że w trakcie wykonywania robót, na skutek zmian w dokumentacji projektowej, zakres zobowiązania umownego wykonawcy nie będzie tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Należy także dodać, że pozbawienie wykonawcy prawa do zmiany wynagrodzenia i przedłużenia czasu realizacji robót w przypadku wadliwości dokumentacji projektowej jest naruszeniem art. 651 KC i 139 ust. 1 Pzp. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem KIO, jeżeli w dokumentacji na roboty budowlane przekazanej przez zamawiającego ujawnią się różnego rodzaju wady, usterki lub też luki, to w sytuacji, ich niezwłocznego zgłoszenia po ujawnieniu, stosownie do art. 651 KC, wówczas **zachodzą podstawy do dodatkowych rozliczeń z tego tytułu, jeżeli prowadziłyby to do wykonania szerszego lub innego niż pierwotnie objętego dokumentacją zakresu prac, a także do udzielenia stosownego czasu na dokonanie takich zmian** (por. wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r. KIO 139/14, KIO 148/14, KIO 150/14). Zmiana zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła zarządzana przez zamawiającego odnosi ten skutek, że odpada podstawa określenia pierwotnego wynagrodzenia. Skoro przyjmujący zamówienie ma wykonać dzieło w innym kształcie czy w inny sposób niż pierwotnie ustalony, wynagrodzenie z tego tytułu



nie może pozostać bez zmian. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 28 maja 2014 r. (KIO 970/14), wskazując, iż „jeśli zamawiający zamierza obarczyć ryzykiem wyłącznie wykonawcę, to wykonawca ma prawo nie zgodzić się i nie złożyć oferty w postępowaniu, zaś jeśli zdecyduje się na udział w takim postępowaniu, to **ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego a niego ryzyka**”.

W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Wykaz załączników:

1. dowód uiszczenia wpisu do odwołania;
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

14082503.PLI

Kod	Zleceniodawca	Kontrahent	Kwota / PLN
9908062	PORR (POLSKA) S.A. UL. POLECZKI 35 02-822 WARSZAWA Id. banku 17500009 Id. rachunku 0000000000883522 NRB 62 1750 0009 0000 0000 0088 3522 Szczegóły płatności WPIS OD ODWOŁANIA PORR (POLSKA) SA PRZECIWKO MIEJSKIE WODOCIĄGI SP. Z .O. - OŚ CHOJNICE	URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH POSTĘPU 17A 02-676 WARSZAWA Id. banku 10101010 Id. rachunku 0081362231000000 NRB 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 Informacje Klient-bank	20 000,00 Typ operacji Przelew Rodzaj polecenia Pol. jednorazowe Należne dn. 14-08-25

Zaawansowanie			
	Użytkownik	Data	Czas
Wprowadzenie	AGATAA	14-08-25	14:40
Akceptacja 1	AGATAA	14-08-25	14:45
Akceptacja 2	ASIAL	14-08-25	14:45

14082503.PLI		Liczba	1	Kwota	20 000,00
	Użytkownik	Data	Czas		
Tworzenie przesyłki	ASIAL	14-08-25	14:46	Pierwotna nazwa pliku O:\...\PLIWIN\14082503.PLI	
Podpis elektroniczny 1	ASIAL	25.08.14	14:46	Pierwotna nazwa pliku O:\...\MCCWIN\SAV\14082503.PLI	
Podpis elektroniczny 2				Sesja tr.	Plik BFD Polecenie
Podpis elektroniczny 3				PLI	RCE AB0G
Podpis elektroniczny 4				Status transmisji	
Podpis elektroniczny 5				Podpis prawidłowy	
Podpis elektroniczny 6				Kod odpowiedzi transmisji	
Transmisja	50046311	2014-08-25	14:47	1	
Serwer bankowy		2014-08-25	14:42	Transmisja pomyślnie zakończona	

RAPORT - POTWIERDZENIE WYSŁANIA

GODZ. : 25/08/2014 15:17
NAZ. : PORR (POLSKA) S.A.
FAX : +48-22-528-89-05
TEL : +48-22-528-89-00
SER. # : J0N501001

DATA, GODZINA	25/08 15:13
NR FAXU/NAZWA	0523970001
CZAS TRW.	00:04:16
STRON(A)	11
WYNIK	OK
TRYB	STANDARD
	ECM



PORR (POLSKA) S.A.

Warszawa, dnia 25 sierpnia 2014 r.

Do: PREZESA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

ul. Postępu 17a,
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miejskie Wodociągi Sp. z o.o.
Plac Piastowski 27a, 89-600 Chojnice
Tel.: +48 (52) 397 41 76
Faks: +48 (52) 397 00 01
E-mail: sekretariat@wodociagi.chojnice.pl

Odwołujący:

Porr (Polska) S.A.
ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa

reprezentowany przez:

Martę Korniluk

Adres do korespondencji: Porr (Polska) S.A, ul. Poleczki 35
02-822 Warszawa

Fax: +48 (22) 52 88 805

Email: marta.korniluk@porr.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 roku, Nr 907 z późn. zm.) (dalej jako „**Pzp**”) niniejszym wnoszę **odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego** podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych” (dalej jako „**Postępowanie**” lub „**Zamówienie**”), polegających na: