Sygn. akt: KIO 4190/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 12 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy oraz Miejskie Wodociągi i Kanalizacja sp. z o.o. w Bydgoszczy,**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 4190/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy oraz Miejskie Wodociągi i Kanalizacja sp. z o.o. w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji pn.: „Budowa układu drogowego związana z budową nowej siedziby Akademii Muzycznej w Bydgoszczy w systemie projektuj i buduj”, numer sprawy: NZ.2531.49.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 listopada2024 r. pod numerem 2024/BZP 00577031/01.

W dniu 12 listopada 2024 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z prawem, nie uwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, jak też poprzez nieprawidłowe sfomułowanie pozacenowego kryterium oceny ofert, dotyczącego skrócenia terminu realizacji Inwestycji.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 99 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 5 k.c. i 353^1 kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób nadużywający dominującą rolą w postępowaniu, jak też który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. poprzez określenie niemożliwego do dochowania terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia, który wynosi maksymalnie 15 miesięcy licząc od zawarcia umowy, podczas gdy wykonanie wszystkich obowiązków wchodzących w zakres zamówienia wymaga co najmniej 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

2.art. 241 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pzp i art. 5 i 353^1 kc i art. 387 k.c. w zw. z art. 8 pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowego opisu kryterium oceny ofert, dotyczącego skrócenia terminu realizacji zadania, tj. w sposób oderwany od przedmiotu zamówienia, którego realizacja wymaga co najmniej 21 miesięcy, podczas gdy, Zamawiający wskazał w ramach kryterium 4 terminy realizacji, z których każdy jest niemożliwy do dochowania, a tym samym nieuwzględniający uwarunkowań dotyczących tego konkretnego przedmiotu zamówienia, jak też poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do nadużywania własnego prawa podmiotowego poprzez ustanowienie pozacenowego kryterium oceny ofert, polegającego na punktowaniu skrócenia terminu realizacji zamówienia, podczas gdy każdy z terminów realizacji zadania w ramach tego kryterium jest niemożliwy do dochowania, co nie tylko oznacza nie osiągnięcie przez Zamawiającego wymiernych efektów wprowadzenia tego kryterium, ale jest wprost sprzeczne jest z zasadami określania kryteriów oceny ofert wskazanych w pzp.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonanie zmian ogłoszenia o zamówieniu:

1)w sekcji IV pkt 4.2.10 ogłoszenia, tj. okresu realizacji zamówienia, poprzez określenie tego okresu na 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

2)w sekcji IV pkt 4.3. ogłoszenia, tj. odnośnie do kryteriów oceny ofert, poprzez:

a)wykreślenie kryterium 3, opisanego w pkt 4.3.4.-4.3.6.,

b)odpowiednie zwiększenie wagi kryteriów 1 i 2 w taki sposób, aby suma ich wag wynosiła 100,

3)w sekcji IX pkt I ogłoszenia, tj. terminu wykonania zamówienia, poprzez:

a)określenie tego terminu na 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

b)

wykreślenie zdania „Faktyczny termin wykonania zamówienia zostanie zaoferowany przez wykonawcę w formularzu ofertowym wybranym spośród 4 wymaganych przez Zamawiającego terminów min.: 12 miesięcy,13 miesięcy, 14 miesięcy lub maksymalnie 15 miesięcy licząc od daty podpisania Umowy";

2.dokonanie zmian SWZ:

1)w pkt VI SWZ, tj. termin wykonania zamówienia, poprzez:

a)określenie tego terminu na 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

b)

wykreślenie zdania „Faktyczny termin wykonania zamówienia zostanie zaoferowany przez wykonawcę w formularzu ofertowym wybranym spośród 4 wymaganych przez Zamawiającego terminów min.: 12 miesięcy,13 miesięcy, 14 miesięcy lub maksymalnie 15 miesięcy licząc od daty podpisania Umowy",

2)w pkt XII SWZ ust. 5 pkt 3 poprzez nadanie mu brzmienia „z terminem realizacji wynoszącym 21 miesięcy od daty podpisania Umowy",

3)w pkt XXI SWZ, tj. kryteriów oceny ofert, poprzez:

a)wykreślenie ust. 1 pkt 3 dotyczącego kryterium terminu realizacji, a także odpowiednie zwiększenie wagi pozostałych kryteriów oceny oferty i odnośne zmiany ust. 1 pkt 1-2,

b)wykreślenie ust. 2 pkt 3 dotyczącego kryterium terminu realizacji, a także odpowiednie zwiększenie wagi pozostałych kryteriów oceny oferty i odnośne zmiany ust. 2 pkt 1-2,

c)wykreślenie wzmianek o kryterium terminu realizacji z ust. 3;

4)w załączniku nr 1 do SWZ, tj. projektowanych postanowieniach umowy, poprzez zmianę § 2 ust. 1 polegającą na nadaniu mu brzmienia „Przedmiot zamówienia zostanie wykonany w terminie 21 miesięcy liczonym od daty podpisania Umowy, tj. do dnia

5)w załączniku nr 3 do SWZ, tj. wzorze formularza ofertowego, poprzez zmianę ust. 2 pkt 2 polegającą na nadaniu mu brzmienia „w terminie 21 miesięcy licząc od daty podpisania Umowy, zgodnie z projektowanymi postanowieniami Umowy".

ewentualnie;

Nakazanie Zamawiającemu zmianę we wskazanych powyżej dokumentach zamówienia terminu na realizację zadania i kryterium poza ceowego dotyczącego skrócenia terminu realizacji w sposób uwzględniający przedmiot zamówienia i do niego adekwatny, tj. poprzez uwzględnienie wszystkich okoliczności i obowiązków wchodzących w zakres zamówienia, które dla swojej realizacji wymagają co najmniej 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 listopada 2024 r. (pismo z dnia 20 listopada 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 99 ust. 1-2 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.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zgodnie 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.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy PZP, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 5 KC, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 353^1 KC. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 387 KC:

§ 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

§ 2. Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528

ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 99 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 5 k.c. i 353^1 kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób nadużywający dominującą rolą w postępowaniu, jak też który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. poprzez określenie niemożliwego do dochowania terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia, który wynosi maksymalnie 15 miesięcy licząc od zawarcia umowy, podczas gdy wykonanie wszystkich obowiązków wchodzących w zakres zamówienia wymaga co najmniej 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jak również art. 241 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 ust. 1 pzp i art. 5 i 353^1 kc i art. 387 k.c. w zw. z art. 8 pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowego opisu kryterium oceny ofert, dotyczącego skrócenia terminu realizacji zadania, tj. w sposób oderwany od przedmiotu zamówienia, którego realizacja wymaga co najmniej 21 miesięcy, podczas gdy, Zamawiający wskazał w ramach kryterium 4 terminy realizacji, z których każdy jest niemożliwy do dochowania, a tym samym nieuwzględniający uwarunkowań dotyczących tego konkretnego przedmiotu zamówienia, jak też poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do nadużywania własnego prawa podmiotowego poprzez ustanowienie pozacenowego kryterium oceny ofert, polegającego na punktowaniu skrócenia terminu realizacji zamówienia, podczas gdy każdy z terminów realizacji zadania w ramach tego kryterium jest niemożliwy do dochowania, co nie tylko oznacza nie osiągnięcie przez Zamawiającego wymiernych efektów wprowadzenia tego kryterium, ale jest wprost sprzeczne jest z zasadami określania kryteriów oceny ofert wskazanych w pzp, są w ocenie Izby niezasadne.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP, 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, zaś w myśl ust. 2, Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Izba zważa, iż w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 4 listopada 2024 r., w Specyfikacji Warunków Zamówienia i w załączniku nr 1 do SWZ (projektowane postanowienia umowy) wskazano, że termin wykonania zamówienia (w ogłoszeniu mowa jest o okresie realizacji zamówienia) wynosi „max. 15 miesięcy licząc od dnia podpisania Umowy". Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ (pkt XXI) wskazano, że jednym z kryteriów oceny oferty będzie termin realizacji zamówienia (T), w którym określono, iż: „Kryterium rozpatrywane będzie na podstawie terminu realizacji zadeklarowanego w formularzu ofertowym wybranego spośród wymaganych przez Zamawiającego 4 okresów: min. 12 miesięcy, 13 miesięcy, 14 miesięcy lub max 15 miesięcy licząc od daty podpisania Umowy. W tym kryterium oferta może uzyskać maksymalnie **10,00 punktów.** Liczba punktów (T) w tym kryterium zostanie przyznana następująco:

Termin realizacji – 12 miesięcy **- 10 pkt**
Termin realizacji – 13 miesięcy **- 7 pkt**
Termin realizacji – 14 miesięcy **- 3 pkt**
Termin realizacji – 15 miesięcy **- 0 pkt** ".

Izba zważa, iż zgodnie z art. 241 ust. 1 ustawy PZP, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, zaś w myśl art. 241 ust. 3 ustawy PZP, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, iż nie widzi podstaw do twierdzenia Odwołującego, jakoby kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia byłby niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Należy bowiem w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do serwisu posprzedażowego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji, a co za tym idzie brak jest wyłączenia przez ustawodawcę możliwości wprowadzenia kryterium terminu realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert. Izba nie widzi również podstaw do tego, aby kryterium pozacenowe w postaci skróconego terminu realizacji zamówienia spośród „4 wymaganych przez Zamawiającego terminów min.: 12 miesięcy, 13 miesięcy, 14 miesięcy lub maksymalnie 15 miesięcy licząc od daty podpisania Umowy" byłoby kryterium niezwiązanym z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, podstawą argumentacji Odwołującego jest postępowanie dotyczące tożsamego przedmiotu zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego pod numerem 008/2023 z 2023 r. (co stanowi załącznik nr 7 do odwołania), a które to postępowanie zostało unieważnione w dniu 31 lipca 2023 r. (co stanowi załącznik nr 9 do odwołania). Jak sam wskazuje Odwołujący podstawą unieważnienia pierwotnego postępowania było powzięcie przez Zamawiającego wiadomości o potencjalnym skażeniu chemicznym gruntu przeznaczonego pod budowę zamawianego układu drogowego.

Jednakże, co istotne, Odwołujący całkowicie pomija fakt, iż terminy wskazane w wyjaśnieniach i zmiany nr 5 treści SWZ z dnia 31 maja 2023 r. (w szczególności zestaw pytań nr 6 z dnia 13.04.2023 r., stanowiący załącznik nr 8 do odwołania) i odpowiedzi na pytanie nr 1, zgodnie z którym Zamawiający wskazał, iż: „Ad 1) Zamawiający ocenił czas niezbędny na wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem niezbędnych warunków technicznych, opinii i uzgodnień oraz uzyskaniem decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym, a także załączników do wniosku o wydanie decyzji ZRID na 7 miesięcy. Na uzyskanie decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz sporządzenie pozostałych elementów dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych w ocenie Zamawiającego niezbędne są 3 miesiące. Ad 2) W § 6 ust. 14 wzoru umowy Wykonawca zostaje zobowiązany do koordynowania zarówno prac projektowych jak i budowlanych z inwestycją polegającą na budowie nowej siedziby Akademii Muzycznej po to, aby nie dochodziło do przestojów. O ile jednak do takich przestojów dojdzie, pomimo dołożenia należytej staranności przez Wykonawcę, będzie to stanowiło przesłankę dla dokonania zmiany terminu zakończenia realizacji zamówienia. Ad 3) Zamawiający ustalając orientacyjny wymagany czas na realizację przez Wykonawcę zamówienia, nie założył przestojów z tytułu okoliczności, o których mowa w § 12 ust. 12 wzoru umowy. Tego rodzaju okoliczności, o ile będą miały istotny wpływ na tempo realizacji zamówienia, stanowią przesłankę dla dokonania zmiany terminu zakończenia. Zamawiający zakłada, że decyzji ZRID nadany zostanie rygor natychmiastowej wykonalności, zatem na wykonanie robót budowlanych i ewentualne uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie pozostaje 6 miesięcy, co w opinii Zamawiającego jest terminem wystarczającym na zrealizowanie zakładanego zakresu prac, nawet przy założeniu niewielkich przestojów z przyczyn, o których mowa w pytaniu Wykonawcy”, są terminami, które nie są aktualne w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na to, iż gotowość placu budowy, jak i zaawansowanie prac na terenie budowy Akademii Muzycznej są na zupełnie innym etapie zaawansowania niż w lipcu 2023 r. Nie można również tracić z pola widzenia, iż zmianie uległ zakres prac na skutek rezygnacji z niektórych rozwiązań zarówno przez Zamawiającego, jak i gestorów sieci, dlatego też w niniejszym postępowaniu do czynienia mamy ze zaktualizowanym Programem Funkcjonalno - Użytkowym (PFU), na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie.

I tak Izba wskazuje za Zamawiającym zmiany, jakie zaszły w stosunku do poprzedniego PFU:

„- w zakresie sieci ciepłowniczej i gazowej – prace wcześniej przewidziane do wykonania przez Wykonawcę zostały w międzyczasie wykonane na własną rękę przez Komunalne Przedsiębiorstwo Ciepłownicze (KPEC), natomiast PSG zrezygnowało z części prac, które miały być przy okazji realizacji zadnia wykonywane poza pasem drogowym. Tym samym poza standardową kolizją drogową, nie będzie konieczności dokonywania innych uzgodnień z PSG, które mogłyby rzutować na dłuższy niż aktualnie założono termin wykonania zadania (pkt.1.3.6. P.F.U i pkt. 1.3.10 PFU).

- nie ma aktualnie konieczności uzyskania pozwolenia wodno-prawnego rzutującego na dłuższy termin realizacji przedmiotu zamówienia, albowiem współzamawiający MWiK zrezygnował z rozwiązania polegającego na odprowadzeniu wód opadowych z projektowanej kanalizacji deszczowej wylotem bezpośrednio do stawu (pkt. 1.3.1.3 PFU i pkt. 1.3.4.1 PFU);

- wykonany został już projekt remediacji gruntów więc Wykonawca dysponować będzie od razy wytycznymi, co do sposobu jej wykonania;

- wykonane zostały również badania gruntu;

- wykonanie przez Wykonawcę remediacji gruntu w sposób oczywisty skraca czas realizacji przedmiotu zamówienia, albowiem stanowi jednoczesne przygotowanie placu budowy do robót ziemnych poprzez wykonanie wykopów; dodatkowo wskazać należy, że na powyższe czynności wydana została decyzja zatwierdzająca projekt remediacji (pkt.1.3.3.3. PFU);

- zmieniona została przez współzamawiającego koncepcja wykonania sieci kanalizacji deszczowej, a tym samym zmniejszono jej zakres o około 10%, zmieniono jej przebieg ograniczając ją wyłącznie do pasa drogowego, a co za tym idzie przekłada się to na czas wykonania zadnia zarówno z uwagi na fakt braku konieczności dokonania uzgodnień z podmiotami zewnętrznymi, albowiem wyłącznym uzgadniającym pozostaje Zamawiający, jak również na mniejszy zakres prac do wykonania;

- prace budowlane na terenie Akademii Muzycznej zostały niemal ukończone, a tym samym zwiększa się dostępność frontu robót. Dotychczas teren pod budowę drogi wykorzystywany był przez pojazdy budowlane dojeżdżające do Akademii Muzycznej. Aktualnie cały przekrój przeznaczony pod drogę będzie dostępny dla Wykonawcy, poza małym fragmentem zlokalizowanym przy ul. Kamiennej, z tych powodów projekt tymczasowej organizacji ruchu będzie dużo prostszy, gdyż prace nie będą wykonywane pod tzw. ruchem.

- końcowy etap prac budowlanych na terenie Akademii Muzycznej wiąże się z koniecznością uzyskania przez nią do 26 maja 2025 r. decyzji na użytkowanie budynków a to z kolei wiąże się z koniecznością udrożnienia drogi pożarowej, co w następstwie uprawnia Wykonawcę do wycinki drzew w śladzie drogi pożarowej bez konieczności czekania na wydanie decyzji ZDRiD, albowiem jak wynika z zapisu pkt. 1.3.2 PFU decyzję na wycinkę drzew uzyska Zamawiający”.

Izba w tym miejscu odniesie się jeszcze do dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci wstępnego harmonogramu prac projektowych i budowlanych. W pierwszej kolejności Izba zważa, iż ww. harmonogram dołączony do odwołania zawierał pozwolenie wodnoprawne w łącznej ilości 74 dni, podczas gdy harmonogram złożony na posiedzeniu już takiego pozwolenia nie zawiera, co już samo to w ocenie Izby świadczy, że termin 21 miesięcy wskazywany przez Odwołującego jako czas niezbędny na wykonanie przedmiotu zamówienia nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

Izba zważa za Zamawiający, który wskazał na rozprawie, iż po pierwsze przygotowanie mapy do celów projektowych wraz z przyjęciem mapy do Powiatowego Ośrodka Geodezyjnego wystarczy 45 dni (30 dni na przygotowanie mapy i 15 dni na zatwierdzenia mapy, pod warunkiem, że mapa jest przygotowana i zrealizowana prawidłowo), a nie jak wskazuje Odwołujący łącznie 150 dni (120 dni na przygotowanie mapy do celów projektowych i 30 dni na przyjęcie mapy do Powiatowego Ośrodka Geodezyjnego), zwłaszcza, że w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż terminy 120 dni i 30 dni są terminami koniecznymi. Po drugie, koncepcja wstępna i prace projektowe, co do których Odwołujący wskazał łącznie 74 dni w ogóle nie powinny być ujęte w harmonogramie, ze względu na to, iż Zamawiający dostarczył wykonawcy koncepcję na podstawie, której ma wykonawca zrealizować projekt budowlany. Po trzecie, projekt stałej organizacji ruchu

wraz z uzgodnieniem z Zamawiającym, gdzie Odwołujący wskazał łącznie 63 dni (30 dni na wykonanie projektu stałej organizacji ruchu i 33 dni na uzgodnienie z Zamawiającym) jest terminem nieadekwatnym do niniejszego postępowania, ze względu na to, iż projekt ten dotyczy tylko uliczek lokalnych (600m), co zdaniem Izby powoduje, iż możliwe jest wykonanie projektu stałej organizacji ruchu w 2-3 dni, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie. Po czwarte, wyznaczenie linii rozgraniczających inwestycji, co do których Odwołujący wskazał 89 dni w ogóle nie powinny być ujęte w harmonogramie, ze względu na to, iż w przygotowanej przez Zamawiającego koncepcji pokazane są linie rozgraniczające, a co za tym idzie nie ma konieczności wyznaczania linii rozgraniczających. Po piąte, wskazany termin przez Odwołującego dotyczący wycinek oraz robót rozbiórkowych, których rozpoczęcie miałoby nastąpić 21 grudnia 2025 r. jest w ocenie Izby terminem, który nie będzie miał pokrycia w niniejszej sprawie, ze względu na to, jak wskazał Zamawiający na rozprawie, mają być one wykonane do 26 maja 2025 r.

Poza tym, odnosząc się do remediacji terenu, gdzie Odwołujący w harmonogramie wskazał 35 dni, to należy zwrócić uwagę za Zamawiającym, iż remediacja ta polega na wydobyciu gruntu i wywiezieniu z budowy na składowisko, ma być dokonywana do 1,5 m, jednakże roboty ziemne mogą być mniejsze, tj. tyle, ile będzie to niezbędne, np. 60-70 cm. Tym samym, w ocenie Izby, termin wskazany przez Odwołującego wcale nie musi oznaczać czas trwania remediacji terenu w liczbie 35 dni.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że prace, jak i terminy wskazane w harmonogramie, są w ocenie Izby albo zbyt długie albo w ogóle nie powinny być ujęte w harmonogramie. Tym samym Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, jakoby „termin 15 miesięcy przewidziany przez Zamawiającego na wykonanie całego przedmiotu zamówienia jest zbyt krótki i nierealny dla wykonania wszystkich obowiązków wchodzących w jego zakres - tym bardziej nierealne jest wykonanie zamówienia w terminie skróconym do **14,13** albo 12 miesięcy". Co istotne, sam Odwołujący stwierdził na rozprawie, że prace mogą być wykonywane krócej lub dłużej, a więc zdaniem Izby terminy wskazane w harmonogramie przez Odwołującego oparte są na pewnej dozie przypuszczenia, prawdopodobieństwa.

W konsekwencji czego, w ocenie Izby, dane zawarte we wstępnym harmonogramie prac projektowych i budowlanych przygotowany przez Odwołującego, stanowiący załącznik nr 5 do odwołania, jak i harmonogramie wniesionym na posiedzeniu, nie mogą stanowić tego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż całkowity czas niezbędny na wykonanie przedmiotu zamówienia to co najmniej 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a Wykonawcy zaoferują termin „z góry" niemożliwy do dochowania.

Niezależnie od powyższego, Izba odniesie się do dowodu w postaci zestawienia zadań zaprojektuj i wybuduj. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie wszystkie zadania tam wskazane stanowią niejako materiał porównawczy, bowiem jak słusznie zauważył Zamawiający nie mogą stanowić takiego materiału zadania dotyczące dróg wojewódzkich i krajowych. Poza tym, zadanie wskazane w pkt 1 tabeli, gdzie termin na wykonanie prac projektowych oraz termin na wykonanie robot budowlanych z pozwoleniem na użytkowanie wynosił 24 miesiące, Izba zważa za Zamawiającym, iż zakres inwestycji obejmował 10000 m2 robót w głównych korytarzach transportowych miasta i dotyczył głównych ulic zbiorczych obejmujących 4,4 km, podczas gdy w niniejszym postepowaniu jest do zrealizowania 600 m uliczek lokalnych, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący. Tym samym, w ocenie Izby, termin wskazany w zadaniu w pkt 1 tabeli był adekwatny do realizacji robót tam wskazanych. Z podobną sytuacją mamy do czynienia z zadaniem wskazanym w pkt 9 tabeli, który dotyczył ulic w ilości 4,4 km, a postępowanie dotyczyło wykonania 100000 m2 robót, w przeciwieństwie do wykonania 10000 m2 robót w niniejszym postępowaniu. Z kolei zadanie z pkt 8 tabeli, w ocenie Izby, w żaden sposób nie można porównywać do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Nadto, Izba zważa, iż pozostałe dowody nie miały w ocenie Izby znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę jeszcze na jeden aspekt, a mianowicie, iż w postępowaniu odwoławczym żaden inny wykonawca nie zgłosił przystąpienia po stronie odwołującego, co w ocenie Izby świadczy o tym, iż możliwe jest, że są na rynku inni Wykonawcy, którzy są w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie w terminie 15 miesięcy od zawarcia umowy, a nawet w terminie skróconym do **14,13** albo 12 miesięcy.

W konsekwencji, Izba nie dopatrzyła się także nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, jak również kryteria pozacenowe w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, bezsprzecznie związany z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie, zdaniem Izby, Zamawiający wprowadzając pozacenowe kryterium oceny ofert zadbał o zachowanie zasady efektywności ekonomicznej i udzielił zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia, jak również najlepszy stosunek nakładów do efektów.

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego są niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……