

Wrocław, dnia 4 marca 2013r.

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

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Rozbudowa Centrum Klinicznego Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu o Klinikę Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, wraz z łącznikiem podziemnym i niezbędną infrastrukturą techniczną w ramach projektu pn.: „Ponadregionalne Centrum Onkologii Dziecięcej we Wrocławiu – „Przylądek Nadziei”. Rozbudowa Akademickiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu o nowy blok Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej”

Zamawiający: Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Ul. Pasteura 1, 50-367 Wrocław, tel 717841754 fax 717840045, e-mail: tomasz.kiliszek@umed.wroc.pl

Odwołujący: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-035 Wrocław, tel. 713710227, fax 713444950 e-mail: wrobissa@wrobis.com.pl , strona internetowa: www.wrobis.com.pl

Numer Biuletynu 2013 / S 037 - 058464

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust.1 oraz 182 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 19, poz. 177 ze zm.), zwanej dalej: PZP, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. wnosi odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym umowy o roboty budowlane (załącznik do SIWZ), w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dla inwestycji p.n. Rozbudowa Centrum Klinicznego Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu o Klinikę Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, wraz z łącznikiem podziemnym i niezbędną infrastrukturą techniczną w ramach projektu pn.: „Ponadregionalne Centrum Onkologii Dziecięcej we Wrocławiu – „Przylądek Nadziei”. Rozbudowa Akademickiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu o nowy blok Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej”

Odwołujący wnosi odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności podjętych przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do zbadania opinii geologicznej dla nieruchomości oraz potwierdzenia, iż wykonawca nie zgłasza żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości co do warunków geologicznych i hydrogeologicznych, które wynikają z opinii geologicznej i w związku z tym nie będzie dochodził żadnych roszczeń finansowych ani żądał przesunięcia terminów związanych z realizacją przedmiotu umowy- § 2 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy,
- 2) art. 353 (1) k.c., art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w taki sposób, iż spełnienie przez wykonawcę świadczenia w terminach określonych w postanowieniach umownych jest niemożliwe- §3 ust.1 w zw. z §4 ust. 5 pkt 5.5 w zw. z §5 ust.1 w zw. z §5 ust.10 projektu umowy
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak określenia terminów na zatwierdzenie przez zamawiającego dokumentów, które wykonawca jest zobowiązany przedstawić do zatwierdzenia- § 4 ust. 5.5. oraz § 5 ust. 1 projektu umowy.
- 4) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zobowiązanie wykonawcy do złożenia zapewnienia o sprawdzeniu udostępnionej mu dokumentacji w zakresie wewnętrznej zgodności, zgodności ze stanem faktycznym, kompletności, funkcjonalności oraz poprawności, a w związku z tym potwierdzenia, iż wykonawca nie stwierdza żadnych niezgodności ani błędów lub wad wskazanej dokumentacji, a w przypadku wykrycia jakichkolwiek niezgodności lub innych błędów w Programie Funkcjonalno-Użytkowym po zawarciu umowy nie będzie mógł żądać przedłużenia poszczególnych terminów wykonania robót, zmiany terminu odbioru końcowego czy

- też dochodzić jakichkolwiek innych roszczeń z tego tytułu od Zamawiającego- § 5 ust. 6 projektu umowy,
- 5) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez obciążenie wykonawcy kosztami uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę oraz kosztami zmian w Projekcie Budowlanym - § 5 ust. 14 projektu umowy,
 - 6) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp brak określenia terminu dla inżyniera kontraktu lub właściwego inspektora nadzoru na sprawdzenie i dokonanie odbioru robót zanikających - § 8 ust. 1 projektu umowy,
 - 7) art. 647 (1) ust.2 w zw. z art. 14 i 139 ust.1 ustawy Pzp poprzez odmienne ukształtowanie skutków braku odpowiedzi Zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na prowadzenie robót przy pomocy danego podwykonawcy niż wynika to z przepisu art. 647¹ ust. 2 k.c.- § 11 ust. 2 projektu umowy
 - 8) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie wykonawcy żądania od zamawiającego podwyższenia ceny umowy z tytułu wykonania robót zamiennych- § 13 ust. 4 projektu umowy,
 - 9) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez brak wprowadzenia przez Zamawiającego w postanowieniach umownych definicji: „pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia”- § 3 ust. 1.6. projektu umowy „końcowego i całkowitego rozliczenia z podwykonawcami”- § 14 ust. 1.2 projektu umowy, „nienależytego przygotowania przez wykonawcę któregośkolwiek z odbiorów”- § 14 ust. 4 projektu umowy, „Menadżera Projektu”- § 14 ust. 5 projektu umowy, „awarii”, - § 17 ust. 5 projektu umowy, „dokumentacja projektowa”- § 23 ust. 5 pkt. 5.1 projektu umowy
 - 10) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak wprowadzenia przez Zamawiającego w postanowieniach umownych liczby członków komisji odbiorowej Zamawiającego- § 14 ust. 6.6 projektu umowy,
 - 11) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do zabezpieczenia i ochrony pomieszczeń przejmowanych przez Zamawiającego w celu ochrony dostarczonych mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego przed kradzieżą, zniszczeniem lub uszkodzeniem. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkodę do pełnej wartości zakupu mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego - § 14 ust. 14.5 projektu umowy,
 - 12) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do nieodpłatnego serwisowania przedmiotu gwarancji i nieodpłatną wymianę części

zamiennych i eksploatacyjnych przez okres obowiązywania gwarancji- § 17 ust. 3 projektu umowy,

- 13) art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie zapisów § 17 ust. 7 projektu umowy, na podstawie których w przypadku niemożności usunięcia Wady, w trybie opisanym w ustępach 1-6, Wykonawca będzie zobowiązany do ponownego wykonania stosownej części Przedmiotu Umowy, która została wykonana wadliwie. Obowiązek ponownego wykonania części Przedmiotu Umowy obejmuje także te Roboty, które zostały wcześniej wykonane niewadliwie, jeśli zajdzie konieczność ich ponownego wykonania celem usunięcia Wad. Okresy gwarancyjne dla części Przedmiotu Umowy wykonanych przez Wykonawcę ponownie będą od początku, od daty podpisania protokołu odbioru Robót wykonanych celem usunięcia Wad.
- 14) art. 58 ust.2 k.c. w zw. z art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust.1 ustawy Pzp poprzez brak wprowadzenia do umowy zapisów przewidujących uprawnienie wykonawcy do naliczenia kar umownych zamawiającemu,
- 15) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy zapisów zobowiązujących wykonawcę do objęcia umową ubezpieczenia sprzętu zamawianego na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonych w trakcie budowy, o wartości 20.000.000 PLN- § 22 ust. 3.3 projektu umowy,
- 16) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez brak możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do Dokumentacji Projektowej i Dokumentacji Wykonawczej, jakie uzna za niezbędne - § 23 ust. 5 pkt. 5.1 w zw. z § 23 ust. 2 projektu umowy
- 17) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust.1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie dochodzenia wykonawcy odszkodowania w przypadku przerwania robót przez Zamawiającego - § 23 ust. 7 i 8 w zw. z § 23 ust. 5 pkt. 5.3 projektu umowy
- 18) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do zweryfikowania danych wyjściowych do projektowania przygotowanych przez Zamawiającego, wykonania na własny koszt wszystkie badania i analizy uzupełniające niezbędnych dla prawidłowego wykonania Dokumentów Wykonawcy przed rozpoczęciem prac- część 1 pkt 1.2.1 PFU (str.3, myślnik 5- badania i analizy uzupełniające).

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy PZP oraz Kodeksu Cywilnego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zakresie objętym zarzutami w szczególności, w ten sposób, że:

- 1) Zamawiający dokona modyfikacji § 2 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na : „ukształtowania i natury terenu oraz warunków geologicznych i hydrogeologicznych w obrębie Placu Budowy”,
- 2) Zamawiający dokona modyfikacji §3 ust.1 poprzez zmianę w pkt 1.1.-1.10. zapisu „od dnia zawarcia umowy” na „od dnia zatwierdzenia dokumentacji objętej I Datą Kluczową”.
- 3) Zamawiający dokona modyfikacji § 5 projektu umowy poprzez dodanie zapisu: „Zamawiający dokona zatwierdzenia dokumentacji określonej w § 4 ust. 5.5. oraz § 5 ust. 1 umowy w terminie 7 dni od dnia jej dostarczenia przez wykonawcę”.
- 4) Zamawiający dokona modyfikacji § 5 ust. 6 projektu umowy poprzez wykreślenie zapisu „oraz że sprawdził udostępnioną mu dokumentację w zakresie wewnętrznej zgodności, zgodności ze stanem faktycznym, kompletności, funkcjonalności (w odniesieniu do wymaganej jakości i wskaźników) oraz poprawności. Wykonawca potwierdza, że nie stwierdził żadnych niezgodności ani błędów lub wad wskazanej wyżej dokumentacji. W razie stwierdzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek niezgodności lub innych błędów w Programie Funkcjonalno – Użytkowym po zawarciu niniejszej Umowy, Wykonawca nie może żądać później przedłużenia poszczególnych terminów wykonania Robót, jak również zmiany terminu Odbioru Końcowego Robót, ani też dochodzić jakichkolwiek innych roszczeń z tego tytułu od Zamawiającego”.
- 5) Zamawiający dokona modyfikacji § 5 ust. 14 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: „W przypadku gdy rozwiązania projektowe Wykonawcy przewidziane w Projekcie Wykonawczym zostaną zakwalifikowane przez Głównego Projektanta PFU jako istotne odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego w rozumieniu art. 36a Prawa Budowlanego, które to odstępstwa będą spowodowane wadami dokumentacji budowlanej dostarczonej przez Zamawiającego lub powstanie konieczność wprowadzenia zmian w Projekcie Budowlanym i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, koszty zmian w Projekcie Budowlanym jak również uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę obciążać będą Zamawiającego”.

- 6) Zamawiający dokona modyfikacji § 8 ust. 1 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: „Kierownik Budowy wpisuje do dziennika budowy termin zakończenia wykonywania Robót Znikających, z wyprzedzeniem umożliwiającym ich sprawdzenie i dokonanie odbioru przez Inżyniera Kontraktu lub właściwego Inspektora Nadzoru. Sprawdzenia i dokonanie odbioru nastąpią nie później niż w ciągu 3 (trzech) dni roboczych od daty zamieszczenia wpisu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym”.
- 7) Zamawiający dokona modyfikacji § 11 ust. 2 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: Wykonawca ma prawo do wykonywania Robót za pomocą Podwykonawcy wyłącznie po pisemnej akceptacji tego Podwykonawcy udzielonej przez Zamawiającego na pisemny wniosek Wykonawcy, w terminie 7 dni od daty doręczenia wniosku. W braku odpowiedzi Zamawiającego w określonym powyżej terminie poczytuje się, iż wyraził on zgodę na prowadzenie robót przy pomocy danego Podwykonawcy.
- 8) Zamawiający dokona modyfikacji § 13 ust. 4 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: „Wykonawca będzie uprawniony do żądania od Zamawiającego podwyższenia Ceny Umowy z tytułu wykonania Robót Zamiennych zleconych przez Zamawiającego, w przypadku zastosowania przez Zamawiającego materiałów lub technologii, których cena jest wyższa do materiałów lub technologii określonych w dostarczonej wykonawcy dokumentacji”.
- 9) Zamawiający dokona modyfikacji § 1 projektu umowy poprzez wprowadzenie definicji: „pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia”, „końcowego i całkowitego rozliczenia z podwykonawcami”, „nienależytego przygotowania przez wykonawcę odbioru”, „Menadżera Projektu”, „awarii”, „dokumentacji projektowej”,
- 10) Zamawiający dokona modyfikacji § 14 ust. 6 pkt 6.6. projektu umowy poprzez sprecyzowanie liczby członków komisji odbiorowej Zamawiającego,
- 11) Zamawiający dokona modyfikacji § 14 ust. 14.5. projektu umowy poprzez jego wykreślenie,
- 12) Zamawiający dokona modyfikacji § 17 ust. 3 projektu umowy poprzez wykreślenie zdania 2 niniejszego paragrafu.
- 13) Zamawiający dokona modyfikacji § 17 ust. 7 projektu umowy poprzez zmianę zapisu na: W przypadku niemożności usunięcia Wady, użytkowanie obiektu w trybie opisanym w ustępach poprzedzających, Wykonawca będzie zobowiązany do ponownego wykonania stosownej części Przedmiotu Umowy, która została wykonana

wadliwie, jeżeli wada uniemożliwia użytkowanie obiektu. Obowiązek ponownego wykonania części Przedmiotu Umowy obejmuje także te Roboty, które zostały wcześniej wykonane niewadliwie, jeśli zajdzie konieczność ich ponownego wykonania celem usunięcia Wad. Okresy gwarancyjne dla części Przedmiotu Umowy wykonanych przez Wykonawcę ulega przedłużeniu o czas uniemożliwienia zamawiającemu korzystania z rzecz z uwagi na wystąpienie wady.

- 14) Zamawiający dokona modyfikacji § 20 projektu umowy poprzez dodanie zapisów uprawniających wykonawcę do naliczenia kar umownych Zamawiającemu w przypadku:
 - a) opóźnienia w dokonaniu każdego z odbiorów robót zanikających- w wysokości 0,2 % Ceny Umowy za każdy dzień opóźnienia,
 - b) opóźnienia w przystąpieniu do każde z odbiorów robót- w wysokości 0,2 % Ceny Umowy za każdy dzień opóźnienia,
 - c) odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości 10 % Ceny Umowy.
- 15) Zamawiający dokona modyfikacji § 22 ust. 3.3 projektu umowy poprzez wykreślenie zdania: „, a także sprzęt zamawiany na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonych w trakcie budowy, o wartości 20.000.000 PLN”.
- 16) Zamawiający dokona modyfikacji § 23 ust. 2 projektu umowy poprzez dodanie zdania drugiego w niniejszym paragrafie: „, Wykonawca przysługiwać będzie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wprowadzonych przez Zamawiającego zmian określonych w § 23 ust. 5 pkt 5.1., jeżeli zmiany te spowodują poniesienie przez wykonawcę dodatkowych kosztów”.
- 17) Zamawiający dokona modyfikacji § 23 ust. 7 i 8 projektu umowy poprzez wykreślenie z powyższych paragrafów zdania: „Przerwanie robót w trybie określonym powyżej nie będzie stanowić podstawy do naliczania jakiegokolwiek odszkodowania przez wykonawcę” oraz wprowadzi po ostatnim zdaniu powyższych paragrafów następujący zapis: „Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie z tytułu poniesionych kosztów przestoju, które zostaną przez wykonawcę udokumentowane i przedstawione Zamawiającemu”.
- 18) Zamawiający dokona wyszczególnienia badań i analizy uzupełniających niezbędnych dla prawidłowego wykonania Dokumentów Wykonawcy, jakich wykonawca będzie

zobowiązany dokonać przed rozpoczęciem prac- część 1 pkt 1.2.1 PFU (str.3, myślnik 5- badania i analizy uzupełniające).

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący się wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia a ukształtowanie przez zamawiającego powołanych powyżej zapisów SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami Prawa Zamówień Publicznych jak i Kodeksu Cywilnego powoduje, iż Odwołujący oraz inni wykonawcy, którzy chcieliby wziąć udział w postępowaniu nie będą w stanie sporządzić oferty w sposób rzetelny, odpowiadający rzeczywistym potrzebom Zamawiającego oraz w sposób gwarantujący uczciwa konkurencję.

Ponadto w sytuacji, gdy oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, Odwołujący zobowiązany będzie do zawarcia z zamawiającym umowy o zamówienie publiczne w kształcie wynikającym z zapisów SIWZ, a tym samym zobowiązanie wykonawcy do ponoszenia ciężarów związanych z realizacją inwestycji ponad miarę przyjętą w obrocie gospodarczym, co skutkuje zachwianiem równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu należycie wykonanych robót a interesem wykonawcy szybkiego otrzymania umówionego wynagrodzenia za wykonane prace.

Data wniesienia odwołania

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z dokumentacją została zamieszczona w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2013r. Zgodnie z zapisami SIWZ „Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przy wartości zamówienia powyżej 5.000.000 euro. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 4 marca 2013 r. co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 21 lutego 2013r. ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Rozbudowę Centrum Klinicznego Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu o Klinikę

Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, wraz z łącznikiem podziemnym i niezbędną infrastrukturą techniczną w ramach projektu pn.: „Ponadregionalne Centrum Onkologii Dziecięcej we Wrocławiu – „Przylądek Nadziei”. Rozbudowa Akademickiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu o nowy blok Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, iż z analizy postanowień umowy nie można jednoznacznie wywnioskować co jest przedmiotem umowy oraz jakie koszty są nim objęte. Z uwagi na to, iż opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego, nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia, a tym samym narażenia się na ponoszenie dodatkowych kosztów, których nie można skalkulować na etapie składania ofert. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robót- ich możliwość wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy. Taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń. Na etapie porównywania ofert braki we wskazanym zakresie skutkować będą całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności. Ideą ryczału jest wykonanie zamówienia za z góry ustaloną cenę, ale w sytuacji gdy nie wiadomo jaki jest zakres tego zamówienia nie można tej ceny w żaden sposób skalkulować. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 5 pzp na roboty dodatkowe. Należy więc stwierdzić, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Zamawiający nie jest również uprawniony w ramach zasady swobody umów do kształtowania postanowień umownych w taki sposób, iż prowadzą one do uprzywilejowania pozycji Zamawiającego z jednoczesnym pokrzywdzeniem wykonawcy. Zakwestionowane w

niniejszym odwołaniu zapisy umowne jak i zapisy PFU są zbyt daleko idące, a tym samym sprzeczne z naturą zobowiązania wzajemnego.

Odnosząc się do powołanych zarzutów Odwołujący wskazuje:

1.

W § 2 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia oświadczenia i zapewnienia, iż miał możliwość zbadania opinii geologicznej dla nieruchomości oraz do potwierdzenia, iż nie zgłasza on żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości co do warunków geologicznych i hydrogeologicznych, które wynikają z opinii geologicznej i w związku z tym nie będzie dochodził żadnych roszczeń finansowych ani żądał przesunięcia terminów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Zdanie Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie może ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem błędów lub braków wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego. To na Zamawiającego bowiem ciąży obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tak aby każdy z wykonawców miał możliwość dokonania wyceny tego samego zakresu robót. Wykonawca na etapie składania ofert nie ma bowiem możliwości weryfikacji warunków geologicznych czy hydrogeologicznych terenu budowy z dokumentacją dostarczoną przez Zamawiającego. Złożenie powyższych oświadczeń zobowiązuje wykonawcę do skalkulowania w cenie oferty ryzyka zaistnienia odmiennych warunków geologicznych i hydrogeologicznych terenu budowy, co Odwołujący uważa za nieuprawnione. Zamawiający ma możliwość skorzystania z dyspozycji art. 67 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp i udzielenia zamówienia dodatkowego, gdy mimo rozpoznania geologicznego zachodzi konieczność wykonania dodatkowych robót, których nie można było przewidzieć. Odmienne od zakładanych w dokumentacji geologicznej i hydrogeologicznej warunki mogą powodować znaczny wzrost kosztów np. z tytułu konieczności wymiany gruntu, wzmocnienia podłoża czy innych stosowanych rozwiązań technicznych. W takim przypadku ryzyko podjęcia budowy na wskazanym terenie odciąża zamawiającego a nie wykonawcę. Wykonawca na etapie ofertowania ma na podstawie przedstawionej dokumentacji przygotować ofertę, a nie sprawdzać czy jest ona prawidłowo sporządzona i ponosić ryzyko faktu, iż może zawierać błędy. Zgodnie z istotą stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane, określoną w art. 647 Kodeksu cywilnego Zamawiający nie ma prawa zwolnić się od odpowiedzialności za pominięcia, braki i wady w dokumentacji projektowej oraz inne zaniedbania w

przygotowaniu inwestycji do realizacji (m.in. wyrok Sądu najwyższego- Izba Cywilna z dnia 27 marca 2000r. III CKN 629/98).

2.

Zamawiający w postanowieniach projektu umowy wskazał różne terminy na wykonania przez wykonawcę czynności tam opisanych. I tak w § 3 zamawiający określił:

Przedmiot Umowy Wykonawca wykona zgodnie z następującymi terminami:

1.1. I Data Kluczowa – płyta fundamentowa (zakończenie wykonania płyty fundamentowej parkingu podziemnego włącznie z podszybiem wind oraz innymi elementami ograniczonymi ścianami zewnętrznymi parkingu podziemnego) – w terminie do 8 (osiem) tygodni od dnia zawarcia Umowy.

1.2. II Data Kluczowa - stan „0” (zakończenie stropu nad kondygnacją podziemną) – w terminie do 15 (piętnaście) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.3. III Data Kluczowa - stan surowy otwarty (zakończone wszelkie prace konstrukcyjne oraz zaizolowanie kondygnacji podziemnej włącznie z jej obsypaniem, prace murarskie z wyłączeniem ścianek działowych, bez ślusarki okiennej i drzwiowej oraz ocieplenia elewacji kondygnacji nadziemnych) - w terminie do 29 (dwadzieścia dziewięć) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.4. IV Data Kluczowa - mockup'ów, w terminie do 4 (cztery) tygodni od dnia wezwania przez Zamawiającego do wykonania danego mock-up'u (modelu w skali 1:1 fragmentu danej części robót zgodnie z PFU),

1.5. V Data Kluczowa - stan surowy zamknięty (zakończenie robót elewacyjnych, włącznie ze ślusarką okienną i drzwiową oraz ociepleniem kondygnacji nadziemnych włącznie z docelową fakturą zewnętrzną elewacji, zakończenie robót dachowych) - w terminie do 37 (trzydzieści siedem) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.6. VI Data Kluczowa – zakończenie Robót w pomieszczeniach wymagających montażu wyposażenia – do 78 (siedemdziesiąt osiem) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.7. VII Data Kluczowa – zakończenie całości Robót i zgłoszenie Przedmiotu Umowy do odbioru służb i inspekcji zgodnie z art. 56 Prawa Budowlanego w terminie do 90 (dziewięćdziesiąt) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.8. VIII Data Kluczowa - uzyskanie ostatecznej decyzji Pozwolenie na Użytkowanie - w terminie do 96 (dziewięćdziesiąt sześć) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.9. IX Data Kluczowa – zakończenie czynności Odbioru Końcowego - w terminie do 98 (dziewięćdziesiąt osiem) tygodni od dnia zawarcia Umowy,

1.10. X Data Kluczowa – spełnienie przesłanek do wydania Świadectwa Przejęcia Robót - w terminie do 100 (sto) tygodni od dnia zawarcia Umowy.

W §4 ust. 5.5. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do opracowania projektów: (a) organizacji ruchu zastępczego niezbędne do uzyskania zajęcia pasa drogowego z uwzględnieniem potrzeb dojazdów do Placu Budowy i Nieruchomości Sąsiednich, (b) zagospodarowania i organizacji Placu Budowy, (c) planu BIOZ (plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia), (d) zabezpieczeń p. poż. z drogami ewakuacji, (e) warsztatowe i technologiczne (jeżeli konieczność takowych wystąpi); wszystkie projekty należy dostarczyć Zamawiającemu nie później niż w terminie 14 (czternastu) dni od daty przejęcia Placu Budowy, zaś warsztatowe i technologiczne nie później niż w terminie 30 (trzydziestu) dni przed rozpoczęciem wykonywania objętych nimi elementów Robót,

W §5 ust. 1 Wykonawca na podstawie Programu Funkcjonalno – Użytkowego zobowiązany jest do opracowania na własną odpowiedzialność, koszt i ryzyko Projektu Wykonawczego oraz niezbędnych do wykonania Robót projektów warsztatowych, rysunków roboczych i instrukcji technologicznych, obsługi i konserwacji urządzeń oraz uzyskania ich zatwierdzenia przez Zamawiającego, co najmniej na 30 (trzydziestu) dni przed rozpoczęciem wykonywania objętych nimi elementów Robót.

W § 5 ust. 10 określił zaś: Wykonawca zobowiązany jest sporządzić Projekt Wykonawczy w terminie do trzech miesięcy od daty zawarcia Umowy.

Powołane powyżej paragrafy umowne stoją jednak ze sobą w sprzeczności i powodują, iż wykonawca już w chwili podpisania umowy nie będzie w stanie zachować wskazanych w umowie terminów. Zamawiający zobowiązał wykonawcę do wykonania i ukończenia I etapu- płyta fundamentowa w terminie 8 tygodni od dnia zawarcia umowy. Zgodnie z § 5 ust.10 Wykonawca winien wykonać projekty wykonawcze do trzech miesięcy od daty zawarcia umowy oraz w § 5 ust.1 umowy wykonawca zobowiązany jest do opracowania projektu wykonawczego oraz pozostałej dokumentacji z jednoczesnym uzyskaniem zatwierdzenia ich przez Zamawiającego co najmniej na 30 dni przed rozpoczęciem wykonania objętych nimi elementów robót. Spełnienie wymogu wykonania I Daty Kluczowej wg § 5 ust.1 pkt 1.1 oraz kolejnych dat kluczowych jest możliwe do wykonania pod warunkiem posiadania

zatwierdzonej dokumentacji przez Zamawiającego. W związku z powyższym niezbędne jest wprowadzenie modyfikacji zapisów umownych o jakie wnosi wykonawca.

3.

W § 4 ust. 5.5. oraz § 5 ust. 1 projektu umowy zamawiający zobowiązał wykonawcę do opracowania dokumentacji niezbędnej do wykonania przedmiotu umowy. Nie określił on jednak terminu w jakim dokona on jej zatwierdzenia, co ma istotny wpływ na termin realizacji przedmiotu umowy, a tym samym na możliwość naliczania przez zamawiającego kar umownych za nieterminowe wykonanie poszczególnych etapów robót. Sytuacja taka powoduje możliwość zwlekania przez zamawiającego z dokonaniem zatwierdzenia dostarczanych przez wykonawcę dokumentów tak dalece, iż spowoduje to nie wywiązanie się przez wykonawcę z zachowania terminów pośrednich jak i terminu zakończenia robót.

Z uwagi na konsekwencje jakie niesie ze sobą brak powyższego zapisu Odwołujący wnosi o dokonanie zapisu zgodnie z żądaniem.

4.

Zamawiający zobowiązał wykonawcę w § 5 ust. 6 projektu umowy do złożenia zapewnienia o sprawdzeniu udostępnionej mu dokumentacji w zakresie wewnętrznej zgodności, zgodności ze stanem faktycznym, kompletności, funkcjonalności oraz poprawności, a w związku z tym potwierdzenia, iż wykonawca nie stwierdza żadnych niezgodności ani błędów lub wad wskazanej dokumentacji, a w przypadku wykrycia jakichkolwiek niezgodności lub innych błędów w Programie Funkcjonalno-Użytkowym po zawarciu umowy nie będzie mógł żądać przedłużenia poszczególnych terminów wykonania robót, zmiany terminu odbioru końcowego czy też dochodzić jakichkolwiek innych roszczeń z tego tytułu od Zamawiającego. Jak wynika z decyzji pozwolenia na budowę dokumentacja stanowiła przedmiot weryfikacji w ustalonym trybie. Sprawdzanie dokumentacji nie jest objęte przedmiotem zamówienia, ani nie należy do obowiązków wykonawcy robót budowlanych, określonych w art. 647 k.c. Wykonawca realizując roboty na podstawie dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego ma obowiązek powiadomić niezwłocznie o wadach projektowych w sytuacji ich ujawnienia. Wykonawca nie może więc dobrowolnie przejąć na siebie wszelkich obowiązków ustawowych ciążyących na drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialności. Prowadziłoby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 k.c. odnosi się do rozszerzenia odpowiedzialności strony umowy za nienależyte wykonanie własnego zobowiązania. Natomiast nie dotyczy to przejęcia odpowiedzialności za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji gdy z wykonawca robót nie wiąże go żaden stosunek umowny, w oparciu o który wykonawca

mógłby poszukiwać rekompensaty, z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu. Takie postanowienia umowne zdaniem Odwołującego stanowią nadużycie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy. W uzasadnieniu wyrok Sądu Najwyższego- Izba Cywilna z dnia 27 marca 2000r. (III CKN 629/98) wskazano, iż wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad. Również o orzecznictwie KIO podkreśla się, iż wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, m.in. KIO/UZP 184/10. Zaś w uzasadnieniu wyroku KIO 806/11 wskazano, iż „Zamawiający nie może obarczać przyszłego wykonawcy robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i wycenić na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową i teren budowy, żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót”.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie znając wad dokumentacji nie jest w stanie określić wpływu wad tej dokumentacji na wartość ustalonego wynagrodzenia czy też termin realizacji robót. Pozbawienie go zaś możliwości uzyskania dodatkowego wynagrodzenia czy też wydłużenia czasu realizacji robót w przypadku zaistnienia ku temu podstaw będących konsekwencją wad dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego jest nieuprawnione.

5.

W § 5 ust. 14 projektu umowy, Zamawiający obciążył wykonawcę kosztami uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę oraz kosztami zmian w Projekcie Budowlanym w przypadku gdy rozwiązania projektowe Wykonawcy przewidziane w Projekcie Wykonawczym zostaną zakwalifikowane przez Głównego Projektanta PFU jako istotne odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego w rozumieniu art. 36a Prawa Budowlanego lub powstanie konieczność wprowadzenia zmian w Projekcie. Odwołujący nie widzi jednak możliwości aby Zamawiający mógł obciążać wykonawcę powyższymi kosztami w przypadku, gdy istotne odstępstwa czy też konieczność wprowadzenia zmian miała by zostać spowodowana wadami dokumentacji dostarczone przez zamawiającego lub też jego nieuzasadnioną ingerencją. Wykonawca przy dokonaniu kalkulacji swojej oferty zakłada, iż dokumentacja dostarczona przez zamawiającego jest jednoznaczna i wyczerpująca, i na jej podstawie będzie mógł wykonać zgodny z nią projekt wykonawczy. Nie może on bowiem ponosić konsekwencji finansowych za działania zamawiającego. Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczne, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji,

w sytuacji gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest prawidłowa i kompletna. Zakres świadczenia wykonawcy zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Zatem nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji i we wzorze umowy zastrzeżenia, iż wynagrodzenie wykonawcy obejmuje również koszty uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę czy też wszelkie koszty będące konsekwencją dokonanych w projekcie budowlanym zmian, wynikających przykładowo z ujawnionych w trakcie budowy wad dokumentacji. Nie jest jasnym dla Odwołującego z jakich przyczyn miałby on bowiem przyjąć w projekcie wykonawczym rozwiązania, które powodowałyby konsekwencje określone w § 5 ust. 14 projektu umowy. Jedynym co nasuwa się w tej sytuacji jest założenie przez zamawiającego, iż na podstawie przekazanego projektu budowlanego nie można wykonać zgodnego z projektu wykonawczego. Wykonawca nie może być zatem obarczony konsekwencjami braku rzetelnego przygotowania przez zamawiającego postępowania.

6.

W § 8 ust. 1 projektu umowy Zamawiający nie określił terminu dla inżyniera kontraktu lub właściwego inspektora nadzoru na sprawdzenie i dokonanie odbioru robót zanikających. W opinii Odwołującego brak ten ma istotny wpływ na termin realizacji poszczególnych etapów robót, a tym samym na możliwość naliczania przez zamawiającego kar umownych za nieterminowe wykonanie poszczególnych etapów robót, a co za tym idzie możliwość wydłużaniem się czynności odbiorowych i nie wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku terminowego zakończenia przedmiotu umowy bez jego winy (porównaj: KIO 171/13).

7.

Odwołujący wskazuje, iż ukształtowanie w §11 ust. 2 projektu umowy konsekwencji braku odpowiedzi Zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na prowadzenie robót przy pomocy danego podwykonawcy w sposób odmienny niż wynika to z przepisu art. 647¹ ust. 2 k.c. stanowi naruszenie tego przepisu jako bezwzględnie obowiązującego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób - bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji

dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjmuje się fikcję prawną, że inwestor zgodę wyraził (wyrok SN z dnia 02.04.0211r. III CSK 152/10). Jak podkreśla się w judykaturze do zgody wymaganej przez art. 647(1) § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647(1) § 2 zdanie drugie k.c. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż doszło do naruszenia wskazanego przepisu.

8.

W § 13 ust. 4 projektu umowy zamawiający pozbawił wykonawcę możliwości żądania od zamawiającego podwyższenia ceny umowy z tytułu wykonania robót zamiennych, które zostały mu przez Zamawiającego zlecone. Zdaniem Odwołującego takie ukształtowanie postanowień umownych narusza interesy wykonawcy zwłaszcza, iż na podstawie § 13 ust. 1 projektu umowy Zamawiający ma możliwość zlecenia wykonawcy wykonania każdej roboty zamiennej poprzez skierowanie do wykonawcy instrukcji zmiany. Wprowadzenie powyższych postanowień uniemożliwia wykonawcy dokonanie kalkulacji ceny z uwagi na to, iż wykonawca jest zmuszony do przejścia na siebie ryzyka poniesienia z góry nie określonych kosztów wykonania ewentualnych robót zamiennych. Zatem nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji i we wzorze umowy zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres wszelkich prac zamiennych wynikających przykładowo z ujawnionych w trakcie budowy wad dokumentacji. W razie konieczności wykonania robót zamiennych zleconych przez zamawiającego lub wynikających z wad dokumentacji przez niego dostarczonej, które powodować będą wzrost kosztów robót wykonywanych przez wykonawcę, zamawiający ma możliwość wykorzystania instytucji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 140 ust.3 oraz 144 ust. 1 ustawy Pzp.

9.

Dla jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiającego w § 1 umowy zawarł szereg pojęć i terminów, które wyjaśnić mają wykonawcy ich znaczenie. Jednakże zamawiający w postanowieniach umownych zawarł również inne definicje, które powodują u wykonawcy wątpliwości co do ich znaczenia. Dlatego też dla pozbawienia stron możliwości ich dowolnej interpretacji Odwołujący wnosi o wskazanie definicji:

- „pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia” - § 3 ust. 1.6. Wprowadzenie powyższej definicji i wskazanie pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia spowoduje, iż wykonawca będzie miał możliwość wywiązania się z obowiązku

określonego w § 3 ust. 1.6. i będzie posiadał informację w jakich pomieszczeniach będzie zobowiązany zakończyć roboty w terminie VI Daty Kluczowej.

- „końcowego i całkowitego rozliczenia z podwykonawcami”- § 14 ust. 1.2 projektu umowy. Odwołujący nie wie, przez co zamawiający rozumie końcowe i całkowite rozliczenie z podwykonawcami oraz jakich będzie wymagał dokumentów od wykonawcy na potwierdzenie powyższego rozliczenia. Jest to aspekt istotny z uwagi na możliwość wystawienia przez wykonawcę faktury końcowej VAT po dokonaniu ww. czynności.

- „nienależytego przygotowania przez wykonawcę któregośkolwiek z odbiorów”- § 14 ust. 4 projektu umowy. Odwołujący nie wie jak interpretować nienależyte przygotowanie przez wykonawcę odbioru, a brak definicji tego pojęcia może spowodować, iż zamawiający będzie mógł uznać za nienależyte przygotowanie odbioru każde niedopatrzenie wykonawcy, co w konsekwencji prowadzić może do naliczania wykonawcy kar za stawiennictwo przybyłych osób ze strony Zamawiającego jak również przedłużania się czynności odbiorowych, niedotrzymania przez wykonawcę terminów dat kluczowych a tym samym naliczania kar umownych wykonawcy.

- „Menadżera Projektu”- § 14 ust. 5 projektu umowy. Zamawiający dokonał zdefiniowania w § 1 umowy osób biorących udział w wykonywaniu zamówienia, nie zdefiniował jednak osoby menadżera projektu, którą wymienił we wskazanym paragrafie.

- „awarii” - § 17 ust. 5 projektu umowy. Odwołujący wnosi o wskazanie przez Zamawiającego pojęcia awarii, na podstawie którego wykonawca przystąpi do jej usunięcia.

- „dokumentacja projektowa”- § 23 ust. 5 pkt. 5.1 projektu umowy. Odwołujący nie wie co składa się na dokumentację projektową, co do której zamawiający będzie miał uprawnienie do wprowadzenia zmian na podstawie niniejszego paragrafu.

10.

Zamawiający wprowadził w § 14 ust.4 zapis, na podstawie którego wykonawca będzie zobowiązany do pokrycia kosztów stawiennictwa osób ze strony zamawiającego w zryczałtowanej wysokości 500 zł za każdą przybyłą osobę w przypadku nieprzystąpienia do jakiegokolwiek odbioru z uwagi na jego nienależyte przygotowanie przez wykonawcę. Brak określenia przez Zamawiającego w postanowieniach umownych liczby członków komisji odbiorowej Zamawiającego (§ 14 ust. 6.6 projektu umowy) powoduje, iż ze strony zamawiającego w czynnościach odbiorowych będzie mogła uczestniczyć nieograniczona liczba osób, co ma istotny wpływ na koszty stawiennictwa osób ze strony zamawiającego w przypadku określonym w § 14 ust.4 projektu umowy.

11.

Zobowiązanie wykonawcy do zabezpieczenia i ochrony pomieszczeń przejmowanych przez Zamawiającego w celu ochrony dostarczonych mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego przed kradzieżą, zniszczeniem lub uszkodzeniem oraz obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za szkodę do pełnej wartości zakupu mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego (§ 14 ust. 14.5 projektu umowy) wykracza poza opis przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Wykonawca nie może obejmować zakresem zabezpieczenia jak i ochrony wszelkiego wyposażenia obiektu, które nie zostało przez niego dostarczone. Usługi takie nie mieszczą się bowiem w pojęciu zamówienia o roboty budowlane ustalonej w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane i nie są z takimi robotami ściśle związane. Nie wchodzi też w opis przedmiotu zamówienia ustalonego wg klasyfikacji CPV. Postanowienie powyższe narusza art. 29 ust.1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp.

12.

Obowiązki nałożone na wykonawcę w postaci nieodpłatnego serwisowania przedmiotu gwarancji i nieodpłatną wymianę części zamiennych i eksploatacyjnych przez okres obowiązywania gwarancji (§ 17 ust. 3 projektu umowy) zdaniem Odwołującego wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ. Sprowadzałoby się to do sprawowania funkcji zarządy obiektu i prowadzenia eksploatacji obiektu, nie mieszające się w uprawnieniach zamawiającego zarówno z rękojmi jak i udzielonej gwarancji. Tego typu wymagania nie mieszczą się w pojęciu zamówienia o roboty budowlane i nie wchodzi w opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego. Zamówienie nie ma bowiem charakteru mieszanego robót budowlanych i usług zarządzania budynkami. Wykonawca zobowiązany jest do usuwania wad i usterek wykonanych robót, a nie do wykonywania czynności eksploatacyjnych. Wykonawca na urządzenia zamontowane w obiekcie przekazuje też karty gwarancyjne producentów ze wskazaniem punktów serwisowych. Zapewnienie bieżącej eksploatacji obiektu należy bowiem do jego właściciela. Postanowienie powyższe narusza art. 29 ust.1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp. (wyrok KIO 171/13 z dnia 5 lutego 2013r.)

13.

W ocenie Odwołującego dokonanie przez Zamawiającego zapisu umownego o treści § 17 ust. 7 jest nieuprawnione i prowadzi do korzystania przez zamawiającego z uprawnień z gwarancji w nieskończoność nawet w przypadku robót wykonanych przez wykonawcę prawidłowo. Zamawiającemu przysługują uprawnienia określone w przepisach art. 581 kodeksu cywilnego i z takich też uprawnień zamawiający jest uprawniony skorzystać.

14.

Przyznanie przez Zamawiającego uprawnienia do naliczania kar umownych wykonawcy przy braku wprowadzenia do umowy zapisów przewidujących uprawnienie wykonawcy do naliczenia kar umownych zamawiającemu stanowi zdaniem Odwołującego nadmierne uprzywilejowanie pozycji zamawiającego oraz charakteryzuje się brakiem równości stron.

15.

Wprowadzenie do umowy zapisów zobowiązujących wykonawcę do objęcia umową ubezpieczenia sprzętu zamawianego na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonych w trakcie budowy, o wartości 20.000.000 PLN (§ 22 ust. 3.3 projektu umowy) w opinii Odwołującego wykracza poza opis przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Wykonawca nie może obejmować zakresem ubezpieczenia sprzętu, który nie zostało przez niego dostarczone. Usługi takie nie mieszczą się bowiem w pojęciu zamówienia o roboty budowlane ustalonej w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane i nie są z takimi robotami ściśle związane. Nie wchodzi też w opis przedmiotu zamówienia ustalonego wg klasyfikacji CPV. Postanowienie powyższe narusza art. 29 ust.1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp.

16.

Brak możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do Dokumentacji Projektowej i Dokumentacji Wykonawczej, jakie uzna za niezbędne (§ 23 ust. 5 pkt. 5.1 w zw. z § 23 ust. 2 projektu umowy) pozostawiają zbyt dużą dozę uznaniowości co do zakresu prac lub czynności jakie winny być wykonane. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robót- ich możliwość wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy. Taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń. Na etapie porównywania ofert braki we wskazanym zakresie skutkować będą całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności.. Ideą ryczału jest wykonanie zamówienia za z góry ustaloną cenę, ale w sytuacji gdy nie wiadomo jaki jest zakres tego zamówienia nie można tej ceny w żaden sposób skalkulować. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust

5 pzp na roboty dodatkowe. Należy więc stwierdzić, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący.

17.

Uniemożliwienie dochodzenia wykonawcy odszkodowania w przypadku przerwania robót przez Zamawiającego - § 23 ust. 7 i 8 w zw. z § 23 ust. 5 pkt. 5.3 projektu umowy zdaniem Odwołującego jest nieuprawnione. Oprócz bowiem kosztów zabezpieczenia budowy wykonawca ponosi inne koszty rzeczowe, finansowe i osobowe związane z rozpoczętą budową, które w sytuacji wstrzymania budowy, nie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a arbitralną decyzją zamawiającego, winien mieć zrekompensowane według stawek uzgodnionych z Zamawiającym. (KIO/UZP 184/10).

18.

Zobowiązanie wykonawcy do zweryfikowania danych wyjściowe do projektowania przygotowanych przez Zamawiającego, wykonania na własny koszt wszystkie badania i analizy uzupełniających niezbędnych dla prawidłowego wykonania Dokumentów Wykonawcy przed rozpoczęciem prac- część 1 pkt 1.2.1 PFU (str.3, myślnik 5- badania i analizy uzupełniające) zdanie Odwołującego do składania przez wykonawców ofert nieporównywalnych z uwagi na to, do kalkulacji ceny każdy z nich przyjmie odmienne założenia. Na etapie porównywania ofert braki we wskazanym zakresie skutkować będą całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres niezbędnych do wykonania czynności.

Podsumowując należy stwierdzić, iż na gruncie art. 647 k.c. przygotowanie inwestycji, w tym dostarczenie projektu obciąża co do zasady zamawiającego. Obowiązki zamawiającego w tym zakresie mają charakter współdziałania wierzyciela, który z mocy art. 354 § 2 zobowiązany jest do współdziałania zgodnie z celem społeczno- gospodarczym zobowiązania oraz zasadami współżycia społecznego i zwyczajami, jeżeli takie istnieją. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. zamawiający może pewne obciążające go obowiązki, jak wskazane wyżej, przerzucić na wykonawcę, przy czym może to uczynić z poszanowaniem właściwości stosunku prawnego, przepisów prawa i zasad współżycia społecznego. Zasadom tym sprzeciwiają się jednak zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Adhezyjny charakter umowy załączonej przez Zamawiającego do SIWZ oraz jednostronne narzucenie jej postanowień wykonawcy powoduje, iż wykonawca ma jedynie możliwość zaakceptowania jej warunków i przystąpienia do umowy lub też zrezygnowania z jej zawarcia, a tym samym nieprzystąpienia

do czynności składania ofert. Jedyną możliwością obrony praw wykonawcy w celu zawarcia umowy mającej charakter wzajemny jest w takiej sytuacji wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej celem zmuszenia zamawiającego do zagwarantowania wykonawcy zawarcia umowy z poszanowaniem zasad współzycia-społecznego jak i przepisów prawa. Ochrony takiej nie daje bowiem możliwość zadawania pytań zamawiającemu na etapie składania ofert, który z reguły nie wyraża woli zmian kwestionowanych postanowień umownych, a tym samym staje się podmiotem uprzywilejowanym w stosunku do wykonawcy.

Należy również zwrócić uwagę, iż postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy przestrzeganiu zasad określonych w art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że nadużycie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalenia warunków zamówienia, nadmierny rygoryzm i asekuracja, niewłaściwe stosowanie prawa, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawodawcę otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty (m.in. KIO 184/10).

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

CZŁONEK ZARZĄDU
DYREKTOR
d/s Ekonomiczno-Finansowych

Danuta Rabęda

CZŁONEK ZARZĄDU
DYREKTOR D.S. MARKETINGU

mgr inż. Tomasz Wajdzik

Załączniki:

- odpis KRS
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu