



Kraków, dnia 21.12.2022r.

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

**Zamawiający:**           **Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska**  
ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk  
działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska  
e-mail: drmg@gdansk.gda.pl  
tel.: 58 320 51 00  
NIP: 584-020-32-74

**Odwołujący:**           **Eurovia Polska S.A.**  
Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce  
KRS: 0000069487  
adres do doręczeń:  
  
ul. Sosnowiecka 11  
41-400 Mysłowice  
  
reprezentowana przez: Kamila Furmana – pełnomocnika  
tel.: 58 322 25 50  
**e-mail: kamil.furman@eurovia.pl**

**Dotyczy zamówienia pn.: „Przebudowa i rozbudowa dróg i infrastruktury podziemnej wraz z zagospodarowaniem terenu układu drogowego dla obszaru ulic: Chłodna, Sempołowskiej, Królikarnia oraz Reduta Dzik w Gdańsku w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja Dolnego Miasta i Placu Wałowego wraz ze Starym Przedmieściem w Gdańsku, nr postępowania: 2022/S 243-702437.**

#### **ODWOŁANIE OD TREŚCI SWZ**

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm.– dalej jako: „pzp”), EUROVIA POLSKA S.A., niniejszym wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, mogący prowadzić do nieporównywalności ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez sformułowanie w §1 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy (dalej jako: PPU) obowiązku wykonania innych robót, czynności, dokonania zgłoszeń lub uzyskania decyzji i zezwoleń kosztem i staraniem Wykonawcy, w sytuacji w której ww. czynności nie zostały ujęte w SWZ i były niemożliwe do wyceny na etapie postępowania,
2. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp**, poprzez niepełne określenie w §2 ust. 1 PPU, hierarchii dokumentów, tj. poprzez umieszczenie w §2 ust. 1 pkt. 3 PPU dokumentacji projektowej, jako jednego dokumentu, w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa w niniejszym postępowaniu składa się z kilku dokumentów, które mogą pozostawać ze sobą w sprzeczności,
3. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp** poprzez nakazanie w §7 ust. 3 pkt 1 PPU, obowiązku analizy i weryfikacji przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, w sytuacji gdy zgodnie z zapisami art. 647 kc wyłączną odpowiedzialność za dokumentację projektową w realizacjach typu „buduj” ponosi Zamawiający,
4. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez sformułowanie w §7 ust. 3 pkt 5 PPU obowiązku stosowania przez Wykonawcę instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru, w sytuacji w której ww. instrukcje, procedury i polecenia nie zostały ujęte w SWZ i były niemożliwe do wyceny na etapie postępowania, co może mieć istotny wpływ na sposób wykonania przedmiotu zamówienia i wpływać na jego wynik finansowy,
5. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp** poprzez sformułowanie w §7 ust. 3 pkt 33 PPU w zw. z pkt 4 ppkt 24 tiret czwarte Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: OPZ) obowiązku przeprowadzenia na terenie inwestycji rozpoznania saperskiego i oczyszczenia terenu budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych, a także ujęcia związanych z tym kosztów w wynagrodzeniu ryczałtowym, w sytuacji gdy Zamawiający nie przedstawił konkretnego zakresu ww. rozpoznania, w tym nie wskazał głębokości, na którą należy dokonać rozpoznania, co uniemożliwia prawidłową wycenę przedmiotowego obowiązku,
6. **art. 433 pkt 4 pzp** poprzez sformułowanie w §8 ust. 5 PPU możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
7. **art. 471 kc w zw. z art. 483 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp** poprzez sformułowanie w §12 ust. 6 PPU prawa kumulacji kary umownej za zwłokę, o której mowa w §12 ust. 2 pkt 1 PPU z karą za odstąpienie od umowy, o której mowa w §12 ust. 2 pkt 4 PPU, podczas gdy roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy,
8. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 354 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp**, poprzez określenie w pkt 4 ppkt 26 OPZ, odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezainwentaryzowanego uzbrojenia na zasadzie niedającego się oszacować ryzyka, co uniemożliwia prawidłową wycenę oferty i może skutkować nieporównywalnością propozycji poszczególnych wykonawców,

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany w §1 ust. 2 PPU, poprzez wykreślenie fragmentu od słów „*Ponadto, o ile [...] do [...] własnym kosztem i staraniem*”,
2. Nakazanie Zamawiającemu zmiany §2 ust. 1 PPU, poprzez wprowadzenie hierarchii w zakresie dokumentów określonych zbiorczo w §2 ust. 1 pkt 3 PPU, w szczególności poprzez wskazanie hierarchii pomiędzy dokumentami stanowiącymi załączniki do OPZ oraz pomiędzy STWiORB i dokumentacją projektową,
3. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia obowiązku, o którym mowa w §7 ust. 3 pkt 1 PPU,
4. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia §7 ust. 3 pkt 5 PPU lub szczegółowego określenia zakresu procedur i poleceń do jakich ma stosować się Wykonawca,
5. Nakazanie Zamawiającemu zmiany §7 ust. 3 pkt 33 PPU w zw. z pkt 4 ppkt 24 tiret czwarty OPZ poprzez określenie dokładnego zakresu rozpoznania saperskiego, w szczególności poprzez określenie głębokości do jakiej należy przeprowadzić rozpoznanie,
6. Nakazanie Zamawiającemu zmiany §8 ust. 5 PPU poprzez określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
7. Nakazanie Zamawiającemu zmiany §12 ust. 6 PPU poprzez usunięcie możliwości kumulacji kary za zwłokę z karą za odstąpienie od umowy,
8. Nakazanie Zamawiającemu usunięcie odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezainwentaryzowanego uzbrojenia, o którym mowa w pkt 4 ppkt 26 OPZ.

Jednocześnie wnosimy o uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak też o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisaną.

### **Uzasadnienie**

#### **1. Termin wniesienia odwołania.**

Zamawiający w dniu 16.12.2022r. zamieścił w publikatorze i platformie zakupowej ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane.

Wobec faktu, iż wartość niniejszego zamówienia nie przekracza kwoty, o których mowa w art. 3 ust 1 i 2 pzp, mając na względzie treści art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp, środek ochrony prawnej został wniesiony w terminie.

#### **2. Interes w uzyskaniu zamówienia/potencjalna szkoda.**

Wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej jako: Eurovia lub Odwołujący) jest wieloletnim uczestnikiem rynku budownictwa infrastrukturalnego północnej Polski, ze szczególną aktywnością na terenie województwa pomorskiego.

Wykonawca nie tylko regularnie składa oferty, ale też realizuje roboty budowlane w Gdańsku, Gdyni, Sopocie i innych miejscowościach województwa pomorskiego.

Na skutek błędów Zamawiającego, polegających na niewłaściwym przygotowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego Odwołujący nie ma możliwości precyzyjnego przygotowania

propozycji cenowej, a wycena wskazanych pozycji może nie odpowiadać rzeczywistemu zakresowi prac, które Odwołującemu przyjdzie zrealizować.

Dodatkowo ze względu na zróżnicowane podejście wykonawców do ryzyka kontraktowego i ewentualnego zakresu przedmiotu zamówienia, na skutek szacunkowych danych przekazanych przez Zamawiającego, złożone oferty mogą być nieporównywalne.

Wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i ograniczonych sposobności jego zmiany, brak modyfikacji powyższych postanowień naraża Odwołującego na brak możliwości złożenia poprawnej oferty lub stratę na etapie realizacji.

Mając to na względzie Odwołujący wypełnił przesłanki określone w art. 505 ust. 1 pzp.

### **3. Zagadnienia wstępne**

Zamawiający w dniu 16.12.2022r. zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane dla zadania „Przebudowa i rozbudowa dróg i infrastruktury podziemnej wraz z zagospodarowaniem terenu układu drogowego dla obszaru ulic: Chłodna, Sempołowskiej, Królikarnia oraz Reduta Dzik w Gdańsku w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja Dolnego Miasta i Placu Wałowego wraz ze Starym Przedmieściem w Gdańsku, nr postępowania: 2022/S 243-702437.

W ramach dokumentacji postępowania, wykonawcy otrzymali dostęp do dokumentu SWZ, którego część stanowią Projektowane Postanowienia Umowy, Opis Przedmiotu Zamówienia oraz dwa pliki stanowiące załączniki do OPZ – „Załączniki do OPZ\_cz.1” i „Załączniki do OPZ\_cz.2”.

Ze sformułowaniami określonymi w ww. dokumentach, zakresem obowiązków wykonawcy oraz podstawą przyjętą do określenia ceny ofertowej, nie zgodził się Odwołujący, wskazując, iż kwestionowane zapisy są nazbyt ogólne lub przerzucają na wykonawców ryzyko niemożliwe do zidentyfikowania i wyceny lub które uzależnione jest wyłącznie od działań Zamawiającego.

Mając to na względzie, Eurovia zdecydowała się na wniesienie niniejszego środka ochrony prawnej.

### **4. Zagadnienia prawne**

Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jeden z głównych obowiązków Zamawiającego. To od jego treści zależy faktyczny przebieg postępowania i finalny „produkt” jaki otrzyma Zamawiający.

Co równie istotne, to z treści tego dokumentu czerpią wiedzę wykonawcy, zamierzający przedłożyć swoje oferty. Precyzja zawartych tam sformułowań i opisów decyduje o tym, czy wykonawca faktycznie wyceni oczekiwaną przez zamawiającego robotę budowlaną/usługę/dostawę.

Przywołana już precyzja sformułowań, wpływa również na efekt realizacji danego zamówienia i możliwość powstawania sporów na linii Wykonawca – Zamawiający, albowiem w przypadku rozbieżności, co do treści i zakresu obowiązków stron, oczywistym wydaje się, że zagrożony stratą transakcyjną wykonawca będzie dążył do definiowania postanowień dokumentacji, w sposób w jaki interpretował je na etapie składania ofert.

Spór (który może przerodzić się w postępowanie sądowe) generuje stratę dla obu stron umowy, przy czym niejednokrotnie konieczność wykonania przez wykonawcę prac niewskazanych wprost w SWZ (OPZ) i tym samym niewycenionych w procesie ofertowania, może prowadzić do utraty przez niego płynności finansowej, skutkującej upadłością.

Na rolę jaką OPZ odgrywa w toku postępowania zwrócili uwagę autorzy komentarza do ustawy pzp, wydane pod patronatem Urzędu Zamówień Publicznych.

W części dotyczącej art. 99 pzp (str. 339 komentarza) czytamy:

*„[...] Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i najistotniejszą czynnością przygotowawczą poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis stanowi podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych w postępowaniu, w szczególności ustalenia wartości zamówienia. **Prawidłowość opisu wpływa na jakość złożonych ofert i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia [...]**”*

*i kolejno:*

*„[...] Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia **ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia** przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie Pzp), **celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego** dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia [...]*”.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia odbywa się w oparciu o określone literą prawa zasady, dające się wyinterpretować już z literalnego brzmienia przytaczanej jednostki redakcyjnej.

Ustawodawca wskazał bezpośrednio, że 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 [...]**”*.

Są to kluczowe wytyczne dla zamawiających, gdzie skutki ich naruszenia, mogą objawiać się złamaniem jednej z ogólnych zasad rządzących prawem zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia, który nie precyzuje poszczególnych pozycji obmiarowych, czy też obowiązków (nie wskazuje konkretnego zakresu obowiązku do wyceny i rozliczenia), będzie skutkował przyjęciem pewnej dozy dowolności wśród wykonawców opracowujących swoje oferty. Będzie to oznaczać, że każdy z oferentów przyjmie mniejszy lub większy stopień ryzyka dla danego zdarzenia kontraktowego (obowiązku) i wyceni go w odmiennym zakresie. Takie działanie będzie znowu skutkowało otrzymaniem przez Zamawiającego ofert zawierających różny zakres wyceny, czyli *de facto* ofert nieporównywalnych.

Nieporównywalność ofert jest zjawiskiem o tyle niebezpiecznym, że przy dużym stopniu ogólności formularza ofertowego, za propozycję najkorzystniejszą zostanie uznana propozycja, która niekoniecznie musi zawierać w sobie pełen zakres ogłoszonego zadania inwestycyjnego lub też będzie zawierać propozycję zakładającą po prostu najmniejszy poziom ryzyka (zakładającą, że poszczególne zdarzenia nie będą miały miejsca w trakcie procesu realizacji).

Taki stan rzeczy będzie prowadzić do „zdobywania” zamówień publicznych nie przez wykonawców, którzy faktycznie przygotowali ofertę najkorzystniejszą, ale przez tych, którzy postawili na dużą dawkę szczęścia realizacyjnego albo nie potrafili zidentyfikować wszelkich zagrożeń.

Orzecznictwo KIO jest w tym zakresie dość jednoznaczne i powszechnie znane, jednak warto wskazać na doskonale pasującą tezę, postawioną w wyroku z dnia 22 stycznia 2014r. sygn. akt KIO 24/14: „[...] Zamawiający ma obowiązek **uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny**. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę [...]”.

Powyższe wytyczne mają tym większe znaczenie i wpływ na etap realizacji, jeżeli zamawiający zdecyduje się (co ma miejsce w tym przypadku) na określenie wynagrodzenia wykonawcy w formie ryczałtowej.

Sytuacja w niniejszym postępowaniu jest o tyle złożona, że do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia zostało wprowadzone wynagrodzenie ryczałtowe.

Samo wynagrodzenie ryczałtowe w przypadku umów o roboty budowlane budzi wiele kontrowersji.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że ta forma wynagrodzenia nie została szczegółowo uregulowana w przepisach dot. umowy o roboty budowlane, a tylko i wyłącznie w zakresie regulacji dotyczących umowy o dzieło. Ustawodawca ustalając zakres odpowiedniego stosowania rozwiązań dotyczących tej ostatniej, redagując treść art. 656 kc, pominął tę kwestię wynagrodzenia i dopiero orzecznictwo Sądu Najwyższego zezwoliło na stosowanie omawianej konstrukcji w drodze analogii.

Ponieważ mówimy tutaj o stosowaniu instytucji nieprzeznaczonej pierwotnie dla umowy o roboty budowlane, wręcz określanej przez niektórych przedstawicieli doktryny, jako mającej zastosowanie wyłącznie do prostych/niezłożonych realizacji („Wynagrodzenie ryczałtowe jest zwykle stosowane w odniesieniu do prostych stanów faktycznych umowy o dzieło, w wypadku gdy stronom znana jest wartość wykonanego dzieła, ewentualne koszty potrzebnych materiałów, spodziewany czas trwania prac itp.” - vide: G. Kozieł [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 632.), należy je stosować niezwykle ostrożnie i przy założeniu, że jesteśmy w stanie opisać przedmiot umowy w sposób precyzyjny.

W sytuacji, w której przedstawienie Wykonawcy zakresu robót przeznaczonych do realizacji napotyka na swojej drodze trudności, Inwestor/Zamawiający powinien raczej skorzystać z wynagrodzenia kosztorysowego, co pozwoliłoby na wykluczenie niemożliwych do przewidzenia ryzyk (co do zasady).

Wprowadzenie do umowy o roboty budowlane kwoty ryczałtowej (która ze swojej natury nie podlega zmianie, lub zmiana ta jest znacząco utrudniona), połączone z nieprecyzyjnym opisem zamówienia, w sposób zasadniczy może oddziaływać na ostateczny wynik finansowy wykonawcy, wypaczając faktyczny przebieg procesu budowlanego. Wykonawca w takich okolicznościach ponosi zupełnie zbędne (i niemożliwe do wyceny) ryzyko zawarcia w swojej ofercie elementów, których zamawiający z jakichś powodów nie był w stanie przedstawić w opisie przedmiotu zamówienia.

Przedstawiony wstęp, tak w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i wynagrodzenia ryczałtowego, w ocenie Odwołującego, powinien stanowić punkt wyjściowy dla omówienia większości zarzutów wysuniętych w niniejszym odwołaniu.

**5. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §1 ust. 2 PPU obowiązku wykonania nieprzewidzianych prac/robót.**

Zamawiający w § 1 ust. 2 PPU zawarł następujący zapis:

2. Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę wszystkich robót, które okażą się konieczne dla wykonania zadania określonego w ust. 1, a także wykonanie dokumentacji odbiorowej i wszelkich dokumentów wymaganych Umową. Szczegółowy zakres robót zawiera SWZ wraz z załącznikami, stanowiąca integralną część niniejszej Umowy. Ponadto, o ile dla wykonania robót budowlanych wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności, dokonanie zgłoszeń lub uzyskanie decyzji i zezwoleń, to Wykonawca wykona te roboty i czynności, dokona zgłoszeń oraz uzyska niezbędne decyzje i zezwolenia własnym kosztem i staraniem.

Mając na względzie literalną treść cytowanego zapisu, Zamawiający pozostawia sobie pewnego rodzaju „furtkę” na wypadek, gdyby opis przedmiotu zamówienia lub szeroko rozumiany SWZ pomijał pewne kwestie.

Wskazaną praktykę należy ocenić negatywnie z punktu widzenia podstaw wyceny oferty i późniejszej porównywalności złożonych Zamawiającemu propozycji.

Wykonawca podkreśla, że Zamawiający jest profesjonalistą, który wielokrotnie w swojej historii organizował postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, wobec czego jest w stanie przewidzieć ogół czynności tak z zakresu faktycznego wykonawstwa, jak i czynności natury formalnoprawnej. Ewentualne „niespodzianki” realizacyjne powinny być każdorazowo traktowane z perspektywy zapisów umożliwiających zmianę wynagrodzenia.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca dokonuje wyceny przede wszystkim w oparciu o przedstawioną mu dokumentację projektową, opis przedmiotu zamówienia czy pozostałe materiały dostarczone przez Zamawiającego. Na nałożony obowiązek wyceny (w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego) zdarzeń przyszłych - niepewnych należy patrzeć przez pryzmat możliwego nadużycia prawa podmiotowego ze strony Zamawiającego i adhezyjnego charakteru PPU.

W przedmiotowym zakresie rozstrzygała Izba w wyroku z dnia 03 października 2012 r. sygn. akt KIO 2015/12 i wskazała: „*W granicach kosztów obciążających wykonawcę w związku z wykonaniem umowy **powinny mieścić się koszty od wykonawcy zależne i wynikające z przyczyn od niego zależnych. Nie może natomiast obejmować cena kosztów, które nie mieszczą w granicach opisu przedmiotu zamówienia, a powstały w toku realizacji robót budowlanych i wynikają z konieczności udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających***”.

Zupełnie na marginesie zwracamy uwagę, że treść §1 ust. 2 PPU pozostaje w sprzeczności z §8 PPU, który znowu zezwala na zmianę wynagrodzenia w sytuacjach nieprzewidywalnych.

Zdaniem Odwołującego ww. rozbieżność powinna zostać usunięta, co też zabezpieczy mechanizm roszczeń, o których mowa we wspomnianym już §8 PPU.

**6. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, poprzez niepełne określenie w §2 ust. 1 PPU, hierarchii dokumentów.**

Odwołujący podnosi, iż dokonane przez Zamawiającego zestawienie jest niepełne i zbyt ogólne.

W niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia stanowi obszerny materiał, wobec czego ujęcie dokumentacji projektowej zbiorczo w jednym przepisie może prowadzić do braku możliwości znalezienia opracowania wiodącego w sytuacji, gdy dokumentacja projektowa będzie sprzeczna wewnętrznie.

**7. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez nakazanie w §7 ust. 3 pkt 1 PPU, obowiązku analizy i weryfikacji przez Wykonawcę dokumentacji projektowej.**

Zamawiający w PPU wprowadził następujący zapis:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:

1) analizy i weryfikacji dokumentacji projektowej, a w razie wykrycia wad, które uniemożliwią prawidłowe wykonanie robót, niezwłocznego pisemnego powiadomienia o tym fakcie Zamawiającego;

Problem odpowiedzialności za dokumentację projektową i wynikające z niej błędy był wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć tak Izby, jak i sądów powszechnych.

Przykładowo można wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 października 2018 r. sygn. akt VI AcA 738/18, gdzie orzeczono: „[...] Przepis, przewidujący obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, dotyczy każdego momentu w trakcie realizacji robót, w którym wykonawca dowiedział się o konkretnych nieprawidłowościach.

*Przepis ten **nie może być jednak odczytywany w sposób, że nakłada na wykonawcę obowiązki dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia założeń inwestora, wymagających specjalistycznych obliczeń, w celu wykrycia ewentualnych wad [...]***”

Orzecznictwo jest znacznie bogatsze w tym zakresie, jednak na obecnym etapie przywoływanie kolejnych rozstrzygnięć należy uznać za zbędne.

Kolejno, Odwołujący podnosi, że niniejsze postępowanie odbywa się w tzw. formule „buduj”, a co za tym idzie, Zamawiającego wiąże treść art. 647 kc i wynikające z niego obowiązki, a zgodnie z przytoczoną jednostką redakcyjną, za projekt odpowiada Inwestor (Zamawiający).

Mając to na względzie, poza przypadkami o których mowa w art. 651 kc (który zastosowanie znajdzie po rozpoczęciu robót budowlanych), wprowadzanie obowiązku analizy i weryfikacji dokumentacji przez Wykonawcę jest nieuprawnione i stanowi formę „przerzucania” ryzyka, którego wykonawca nie powinien ponosić, jako wynikającego z okoliczności zupełnie od niego niezależnych.

**8. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §7 ust. 3 pkt 5 PPU obowiązku stosowania przez Wykonawcę instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru.**

Zamawiający w PPU wprowadził następujący zapis:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:
- 5) stosowania instrukcji, procedur i poleceń wydawanych przez Zamawiającego oraz inspektorów nadzoru, niezbędnych dla zapewnienia prawidłowej realizacji Umowy, jakości oraz terminów wykonania robót;

Odwołujący podnosi, iż powyższy obowiązek, a tym samym uprawnienie Zamawiającego, są nazbyt daleko idące.

Poprzez brak sprecyzowania przedmiotowych instrukcji i procedur, jak też brak określenia zakresu możliwych do wydania poleceń (poprzez chociażby odniesienie do Ustawy Prawo budowlane), Zamawiający zyskuje bliżej nieokreślony wpływ na faktyczny przebieg realizacji. Zamawiający może w sposób dowolny kreować zakres obowiązków spoczywających na Wykonawcy, jak również modyfikować przedmiot umowy (sposób i zakres jego wykonania), co uniemożliwia przedstawienie rzetelnej wyceny oferty.

W toku realizacji, na skutek wydawanych poleceń, czy też wprowadzania nieokreślonych obecnie procedur, może dojść do sytuacji, w której wykonawca będzie zobligowany podejmować działania, których nie wycenił.

Jednocześnie różne – z punktu widzenia ryzyka kontraktowego – podejście do powyższego zagadnienia przez poszczególnych wykonawców może kreować stan nieporównywalności ofert.

**9. art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp poprzez sformułowanie w §7 ust. 3 pkt 33 PPU w zw. z pkt 4 ppkt 24 tiret czwarte OPZ obowiązku przeprowadzenia na terenie inwestycji rozpoznania saperskiego bez określenia jego faktycznego zakresu.**

Zamawiający wprowadził następujący obowiązek:

3. Wykonawca w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z niniejszej Umowy zobowiązuje się w szczególności do:

33) zapewnienia nadzoru archeologicznego i saperskiego;

**oraz**

- przed przystąpieniem do robót, jak też w trakcie wykonywania robót Wykonawca zobowiązany będzie przeprowadzić na terenie budowy rozpoznanie saperskie (poprzez wyspecjalizowaną firmę) i oczyścić teren budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych. Raporty z prowadzonego nadzoru saperskiego należy przekazywać Zamawiającemu na bieżąco. Koszty tego nadzoru należy ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Wykonawca co do zasady nie neguje obowiązku przeprowadzenia rozpoznania saperskiego w sytuacji, gdy przewidywane roboty budowlane mają być prowadzone na terenie, na którym istnieje zagrożenie odnalezienia niewybuchów.

Odwołujący zwraca jednak uwagę, że wycena ww. usługi (jako wykonywanej przez zewnętrzny podmiot, posiadający stosowne uprawnienia i zezwolenia) jest zależna od jej faktycznego zakresu.

Wyceniający powinien znać faktyczną powierzchnię jaka ma zostać sprawdzona, jak też głębokość do której rozpoznanie ma zostać przeprowadzone, albowiem znacząco wpływa to na koszt nadzoru saperskiego.

Dodatkowo nadmieniamy, że kwestia odnalezienia niewybuchów stanowi zdarzenie przyszłe niepewne, tak co do samego faktu jego wystąpienia, jak i co do zakresu/ilości możliwych znalezisk.

W sytuacji w której wykonawca nie posiada konkretnych danych do wyceny określonego obowiązku (brak zakresu rozpoznania), nie jest w stanie dokonać poprawnej wyceny.

Zamawiający, celem zadośćuczynienia treści art. 99 pzp, powinien wskazać szczegółowy opis rozpoznania saperskiego, w szczególności przez wskazanie głębokości do której należy go dokonać.

Omówione powyżej działania pomogą uniknąć spekulacji cenowych, jak również niczym niezawinionych strat finansowych po stronie wykonawcy.

**10. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 4 pzp poprzez sformułowanie w §8 ust. 5 PPU możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.**

Zamawiający wprowadził następujący zapis:

5. W przypadku ograniczenia zakresu robót, wysokość obniżenia wynagrodzenie ustalona zostanie w oparciu o sporządzone przez Wykonawcę i zweryfikowane przez Zamawiającego kosztorysy według wskazanego poniżej pierwszeństwa:

Jednocześnie Zamawiający nie określił limitu ograniczenia zakresu robót i obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, co stanowi klauzulę abuzywną, zgodnie z art. 433 pkt 4 pzp.

Bardzo pomocne w zrozumieniu celu przedmiotowego przepisu może być stanowisko wyrażone w orzeczeniu KIO z 11.01.2008 r., KIO/UZP 22/07, w którym Izba wskazała, że „niedopuszczalną praktyką jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. «Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (obecny art. 99 ust. 1 pzp), który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny». Izba uznała ponadto w tym przypadku, że zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

**11. Zarzut naruszenia art. 471 kc w zw. z art. 483 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie w §12 ust. 6 PPU prawa kumulacji kar umownych.**

Zamawiający wprowadził następujące zapisy:

2. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej:

1) za niedotrzymanie terminu:

- a) zakończenia robót określonego w § 4 ust. 1 pkt 1) Umowy – w wysokości **0,05 %** wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki,
- b) za niedotrzymanie terminu wystąpienia o wydanie Świadectwa Przejęcia Przedmiotu Umowy określonego w § 4 ust. 1 pkt 2) Umowy – w wysokości **0,025 %** wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki;

4) za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości **10 %** wynagrodzenia umownego;

6. Każda z kar umownych wymienionych w Umowie jest niezależna od siebie, a Zamawiający ma prawo dochodzić każdej z nich niezależnie od dochodzenia pozostałych.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, kumulacja kar umownych za odstąpienie i nienależyte wykonanie umowy nie jest dopuszczalna. Zgodnie z uchwałą SN z 18.07.2012 r. (III CZP 39/12) odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. Wskazujemy, iż skutek odstąpienia dochodzi do rozwiązania umowy ze skutkiem wstecznym, co oznacza, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Z tego względu po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy.

W klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy nie chodzi o swego rodzaju sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 kc, której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono.

Nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie sposób bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają.

**12. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 354 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, poprzez określenie w pkt 4 ppkt 26 OPZ, odpowiedzialności Wykonawcy za uszkodzenie niezinwentaryzowanego uzbrojenia na zasadzie ryzyka.**

Zamawiający określił następujący obowiązek:

zamawiającemu na bieżąco. Koszty tego nadzoru należy ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym.

4.26. Wykonawca odpowiada za instalacje i sieci na powierzchni ziemi i za urządzenia podziemne takie jak kable, rurociągi itp. oraz uzyska od podmiotów będących właścicielami tych urządzeń potwierdzenie informacji co do ich lokalizacji wykazanych na planszy uzbrojenia. Wykonawca zapewni właściwe oznaczenie i zabezpieczenie tych instalacji i urządzeń w czasie trwania budowy. Koszty z tym związane należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym.

Odwołujący pragnie ponownie odwołać się do cytowanego już orzeczenia Izby z dnia 3 października 2012 r. sygn. akt KIO 2015./12 i podkreślić, że nie może ponosić odpowiedzialności za zdarzenia przyszłe niepewne, uzależnione od realizacji swoich obowiązków przez podmioty trzecie.

W przypadku uzbrojenia niezainwentaryzowanego wykonawca nie ma możliwości jego wcześniejszego wykrycia (nie widnieje ono na planach, mapach oraz dokumentacji projektowej) ani zabezpieczenia.

Ponieważ wskazane uzbrojenie może pojawić się w dowolnym punkcie placu budowy (wszędzie gdzie będą prowadzone roboty ziemne), to wykonawca byłby zobligowany do prowadzenia wykopów z nadmierną ostrożnością (co i tak nie wykluczałoby uszkodzenia uzbrojenia), znacząco zmniejszającienne wydajności sprzętu, co bezpośrednio przekłada się na zysk i wykorzystanie czasu przeznaczonego na wykonanie zadania.

Wykonawca nie ma sposobności skalkulowania kosztów uszkodzeń uzbrojenia, o istnieniu którego nie ma pojęcia, albowiem nie zna rodzaju sieci (czy będzie to sieć elektroenergetyczna, gaz niskiego, średniego, wysokiego ciśnienia, woda, teletechnika) ani ich ilości pozostających w kolizji z prowadzonymi robotami zasadniczymi.

Wykonawca może zobowiązać się do usunięcia skutków uszkodzenia sieci i przebudowy kolizji, jednak powinno się to odbywać za dodatkowym wynagrodzeniem, ponieważ w innym wypadku brałby na siebie odpowiedzialność za nierzetelne działanie podmiotów odpowiedzialnych za umiejscowienie poszczególnych urządzeń przesyłowych, na których spoczywał obowiązek naniesienia ich na odpowiednie mapy i zgłoszenia do ośrodka geodezyjnego (vide: art. 43 Ustawy prawo budowlane).

Zupełnie na marginesie należy wskazać, że to Zamawiający powinien mieć najszerszą wiedzę w zakresie problemu sieci niezainwentaryzowanych i to Zamawiający powinien egzekwować obowiązek ich odpowiedniego wyszczególnienia, gdyż ośrodek geodezyjny jest jednostką podległą Miastu Gdańsk.

### **13. Podsumowanie**

Zamawiający w niniejszym postępowaniu postanowił skorzystać z wynagrodzenia w formie ryczałtowej. Wobec ograniczonej możliwości zmiany tej formy wynagrodzenia, określenie przedmiotu zamówienia musi zostać sformułowane w sposób niezwykle precyzyjny i niepozwalający na generowanie nieprzewidzianych kosztów na etapie realizacji.

Analiza OPZ i składających się na niego dokumentów pokazuje, że w wielu miejscach Zamawiającemu zabrakło precyzji. Uwidocznione rozbieżności będą w sposób oczywisty prowadzić do szacowania pewnych wartości, które mogą okazać zupełnie niepasujące do stanu faktycznego jaki wykonawca zastanie na terenie budowy.

Kolejnym problemem, będącym efektem niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, może okazać się stan nieporównywalności ofert. W przypadku rozbieżności danych stanowiących podstawę do wyceny, jak



zostało to wielokrotnie wskazane, wykonawcy mogą w różny sposób podejść do ich interpretacji, a finalnie do wyceny związanego z nimi ryzyka..

Mając na względzie przedstawioną argumentację, wnoszę i wywodzę jak dotychczas.

Kamil Furman

Dyrektor Działu Prawnego i Compliance

Załączniki:

1. Dowód wniesienia opłaty od odwołania,
2. Pełnomocnictwa, KRS Odwołującego wraz z opłatą od pełnomocnictw,
3. Dowód doręczenia Odwołania Zamawiającemu,
4. Projektowane Postanowienia Umowy,
5. Opis Przedmiotu Zamówienia.