

WYROK
z dnia 18 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2016 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie – sygn. akt KIO 1142/16,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Tesgas S.A. z siedzibą w Dąbrowie, „Izostal” S.A. z siedzibą w Kolonowskich, ZRUG Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrze, F.V.KG (GmbH&CO) z siedzibą w Tostedt – sygn. akt KIO 1150/16,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa „GAZOPROJEKT” S.A. z siedzibą we Wrocławiu, NAFTOREMONT-NAFTOBUDOWA sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1142/16 i KIO 1150/16 po stronie Odwołującego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Porr Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie, Denys NV z siedzibą w Wondelgem,

1

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1142/16 i KIO 1150/16 po stronie Odwołującego,

3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, PBG oil and gas sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1142/16 i KIO 1150/16 po stronie Odwołującego,
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Tesgas S.A. z siedzibą w Dąbrowie, „Izostal” S.A. z siedzibą w Kolonowskich, ZRUG Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrze, F.V.KG (GmbH&CO) z siedzibą w Tostedt, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16 po stronie Odwołującego,
5. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Mostostal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1150/16 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołania,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących i:
 - 2.1. zalicza w poczet jego kosztów kwotę w łącznej wysokości 40.000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od odwołujących na rzecz Zamawiającego kwoty po 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1142/16
KIO 1150/16

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 1000 MOP 8,4 MPa na odcinku od ZZU Czeszów do węzła Kielczów, w ramach budowy gazociągu granica RP (Lasów)-Taczalin-Radakowice-Gałów-Wierzchowice wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi” (znak sprawy: ZP/2015/08/0105/PI), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2015 r. pod nr 2015/S 174-317253.

W dniu Zamawiający, wraz z zaproszeniem do złożenia oferty, przekazał wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Postanowienia SIWZ zaskarżone zostały odwołaniami wniesionymi do Prezesa Izby w dniu 27 czerwca przez:

3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A. – sygn. akt: KIO 1142/16,
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Tesgas S.A., „Izostal” S.A., ZRUG Zabrze S.A., F.V.KG (GmbH&CO) – sygn. akt KIO 1150/16,

Sygn. akt KIO 1142/15

Odwołujący zaskarżył:

1. opisanie w SIWZ, w tym w projekcie umowy („PU”), przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ z uwagi na niejednoznaczność postanowień SIWZ wyłączona została możliwość złożenia przez wykonawców porównywanych ofert,

3

2. ukształtowanie postanowień PU w sposób niedający wykonawcy pewności co do treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego, w szczególności zakresu robót podlegających wykonaniu w trakcie realizacji zamówienia,
3. ukształtowanie postanowień PU z przekroczeniem granic swobody umów oraz dopuszczalnych zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami, a także w sposób naruszający istotę umowy o roboty budowlane przez sprzeczną z prawem modyfikację obowiązków stron,
4. niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia oraz brak pełnego opisu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonywania i odbioru robót budowlanych („STWiOR”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp przez obciążenie wykonawcy w definicji „Robót” (art. 1 PU) obowiązkiem wykonania wszelkich czynności faktycznych i prawnych (choćby nie były wyraźnie w PU wymienione),

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 K.c. przez obciążenie wykonawcy w art. 5 ust. 27 i 28 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 PU obowiązkiem wykonania za maksymalną, z góry określoną kwotę, urządzeń drenarskich nieobjętych Dokumentacją Projektową bez względu na rzeczywistą liczbę i wartość prac oraz warunki geologiczne,
3. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 i art. 651 K.c. przez obciążenie wykonawcy w art. 2 ust. 3 pkt 6 i 8., art. 3 ust. 13 pkt 18 oraz art. 5 ust. 1 i pkt 17 PU odpowiedzialnością za prawidłowość Dokumentacji Projektowej oraz nakazanie wykonania przedmiotu umowy w zgodzie z „wszelkimi planami i dokumentami” (nieobjętymi Dokumentacją Przetargową) oraz „kwestiami ogólnymi, lokalnymi, publicznymi i prawnymi”, a także „wykonania innych czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania Inwestycji” choćby wykraczały poza zakres określony w Dokumentacji Przetargowej,
4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 w zw. z art. 119 K.c. przez wyłączenie w art. 4 ust. 10-14 PU możliwości wydłużenia terminu realizacji oraz zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji niedopełnienia przez niego warunków określonych w ust. 10-11 PU w terminie 7 dni,
5. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 i art. 651 K.c. przez nałożenie na wykonawcę w art. 5 ust. 1 pkt 2 PU oraz pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) obowiązku

4

szczegółowej analizy Dokumentacji Przetargowej, w tym Dokumentacji Projektowej i sporządzenia szczegółowego raportu ewentualnych braków, nieprawidłowości itp. w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy, pod rygorem utraty prawa do zgłaszania roszczeń na dalszym etapie realizacji Inwestycji (w tym o zapłatę) odnośnie braków, nieprawidłowości itp. nieuwzględnionych w ww. raporcie,

6. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 i art. 651 K.c. przez ustalenie w art. 5 ust. 1 pkt 4 PU obowiązku polegającego na zapewnieniu nadzoru archeologicznego oraz wykonania badań ratunkowych (również) dla stanowisk nowoodkrytych w trakcie realizacji Robót, a także wykonania przed rozpoczęciem Robót, wstępnego rozpoznania archeologicznego całego pasa montażowego gazociągu pod względem występowania nieinwentaryzowanych stanowisk archeologicznych,
7. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 i art. 651 oraz art. 473 K.c. przez nałożenie na wykonawcę w art. 5 ust. 28 PU obowiązku właściwego określenia zakresu Robót oraz obowiązku ponoszenia kosztów i odpowiedzialności za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne,
8. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 i art. 651 K.c. przez ustalenie w art. 13 ust. 6 PU następujących obowiązków wykonawcy:
 - 8.1. nakazanie wykonawcy uwzględniania w wynagrodzeniu wszelkich ryzyk sprawdzenia planów i dokumentów SIWZ lub Dokumentacji Projektowej stanowiących podstawę złożenia przez wykonawcę oferty, w tym błędów rachunkowych, obmiarowych, przedmiarowych, pominięć, niedoszacowań, braku rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych,
 - 8.2. zastrzeżenie, że żadne błędy rachunkowe, obmiarowe, przedmiarowe, pominięcie, niedoszacowanie, brak rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych lub innych kosztów związanych z realizacją inwestycji nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, a wykonawca zrzeka się podnoszenia takich roszczeń,
 - 8.3. rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności wskazane w tym ustępie przez nałożenie na niego odpowiedzialności na zasadzie ryzyka,

9. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i K.c. przez nałożenie na wykonawcę w art. 18 ust. 8 PU obowiązku

5

wykonywania obsługi serwisowej w okresie rękojmi i gwarancji bez określenia zakresu tej obsługi (oraz jej kosztów w przypadku dostaw inwestorskich),

10. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i K.c. przez:
- 10.1. nałożenie na wykonawcę w art. 20 ust. 2 PU obowiązku naprawienia na swój koszt szkody, która wystąpi w inwestycji bez względu na to, kto będzie sprawcą szkody,
 - 10.2. brak limitów odpowiedzialności w art. 20 ust. 5 pkt 9 lit. e), g), j) k) n) oraz q) (Tabela nr 2 „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej”),
 - 10.3. nieokreślenie w art. 20 ust. 5 pkt 11 PU (Tabela 2 „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej”) zakresu niedopuszczalnych wyłączeń,
11. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 480 K.c. przez nieprawidłowe ustalenie w art. 29 ust. 7 PU zasad obciążania wykonawcy kosztami wykonania zastępczego,
12. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i K.c. przez nałożenie na wykonawcę w pkt 3.3 OPZ obowiązku sporządzenia wszelkich dokumentów wymaganych przepisami prawa, które nie zostały wyraźnie wskazane, że zostaną sporządzone przez Zamawiającego lub inspektora Nadzoru Inwestorskiego, a sporządzenie których jest niezbędne dla zapewnienia prawidłowego przebiegu Inwestycji.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1. zmiany definicji „Robót” (art. 1 PU) przez:
 - 1.1. skreślenie wyrazów: „wszelkie” na początku definicji, po wyrazie „oraz” oraz po wyrazach „a także”,
 - 1.2. skreślenie wyrażenia „(choćby nie były wyraźnie w Umowie wymienione)” i zastąpienie wyrażeniem „określone w Umowie”,
 - 1.3. skreślenie wyrażenia „a w przypadku braku stosowanych wytycznych co do standardu, zgodnym z przeznaczeniem i rodzajem inwestycji w uzgodnieniu z Zamawiającym”,
- 2. nadania art. 2 ust. 3 pkt 6 PU następującego brzmienia: „z należytą starannością zapoznał się Dokumentacją Przetargową oraz informacjami zawartymi Przetargowej dotyczącymi Terenu Budowy oraz stanu w Dokumentacji nieruchomości sąsiadujących, a także ma pełną znajomość i wiedzę aktualnie obowiązujących przepisów”,
- 3. nadania art. 2 ust. 3 pkt 8 PU następującego brzmienia: „z należytą starannością zapoznał się przekazaną przez Zamawiającego Dokumentacją Przetargową

6

dotyczącą Terenu Budowy oraz wskazanymi w niej warunkami fizycznymi oraz ograniczeniami odnoszącymi się do Terenu Budowy, nieruchomości sąsiadujących, dostępu, i funkcjonowania mediów, otoczenia, organizacji Terenu Budowy”,

- 4. skreślenia art. 3 ust. 13 pkt 18 PU,
- 5. zmiany art. 4 ust. 11-14 PU przez:
 - 5.1. wydłużenie w ust. 11 terminu na zgłaszanie okoliczności zagrażających dotrzymaniem terminów realizacji Inwestycji z 7 do 20 dni,
 - 5.2. skreślenie ust. 13 i 14,
- 6. zmiany art. 5 ust. 1 pkt 2 Pu przez skreślenie w zdaniu pierwszym wyrazu „szczegółowego” oraz skreślenie ostatniego zdania rozpoczynającego się od wyrazów: „Brak uwzględnienia w raporcie(...)”,
- 7. zmiany art. 5 ust. 1 pkt 4 PU przez skreślenie części postanowienia zaczynającego się od słów (zwrotu): „oraz stanowisk nowoodkrytych w trakcie realizacji Robót, a także(...)”,

8. skreślenia art. 5 ust. 1 pkt 17 PU,
9. zmiany art. 5 ust. 27 PU przez skreślenie wyrażenia „choćby nie były oznaczone na mapach do celów projektowych lub nie były oznakowane w terenie” i zastąpienie go wyrażeniem: „odbudowanych i naprawionych przez Wykonawcę w trakcie realizacji Inwestycji”,
10. zmiany art. 5 ust. 28 PU przez skreślenie wyrażenia: „określenie właściwego zakresu Robót”, zdania drugiego rozpoczynającego się od wyrazów: „Wykonawca ponosi koszty i ryzyko(…)” oraz zdania trzeciego rozpoczynającego się od wyrazów „Wykonawca ponosi również odpowiedzialność(…)”,
11. zmiany art. 13 ust. 2 pkt 2 PU przez skreślenie zdania pierwszego,
12. zmiany art. 13 ust. 6 PU przez skreślenie dotychczasowego zapisu i zastąpienie go zapisem w następującym brzmieniu: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Przetargową z należytą starannością i wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 2 pkt 1, obejmuje koszty realizacji Przedmiotu Umowy. W przypadku wystąpienia błędów, niedoszacowania, omyłek, braku rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych oraz pominięcia elementów z leżących po stronie przedmiotu zamówienia przyczyn Zamawiającego, w szczególności w Dokumentacji Projektowej i warunkach gruntowo-wodnych, Wykonawca jest uprawniony do wystąpienia z roszczeniem o zmianę wysokości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 2 pkt 1 powyżej oraz terminów realizacji”,

7

-
13. zmiany art. 18 ust. 8 PU przez określenie zakresu obsługi serwisowej wymaganej od wykonawcy w okresie rękojmi i gwarancji,
 14. zmiany art. 20 ust. 2 PU polegającej na doprecyzowaniu zapisu przez zastrzeżenie, że Wykonawca jest zobowiązany do naprawienia na swój koszt jedynie szkody w Inwestycji, która powstała z jego winy lub winy podmiotów, za które ponosi odpowiedzialność,
 15. zmiany art. 20 ust. 5 pkt 9 lit. e), g), j), k) n) oraz Q) PU (Tabela nr 2 „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej”) przez określenie limitów odpowiedzialności,
 16. zmiany art. 20 ust. 5 pkt 11 PU (Tabela nr 2 „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej”) przez określenie zakresu niedopuszczalnych wyłączeń,
 17. zmiany art. 29 ust. 7 PU przez skreślenie zapisu w dotychczasowym brzmieniu i zastąpienie go postanowieniem: „Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty różnicy pomiędzy kwotą, którą wydał na skutek skorzystania z wykonania zastępczego a kwotą, którą otrzymałby od niego Wykonawca, gdyby zobowiązanie zostało przez niego wykonane”,
 18. skreślenia pkt 3.3 OPZ,
 19. skreślenia pkt 3.8 OPZ.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz we wniesieniu odwołania. Podkreślił, że jest jednym z dziesięciu wykonawców, którzy otrzymali zaproszenie do złożenia oferty w Postępowaniu. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego

W uzasadnieniu odwołania przytoczono następującą argumentację.

Postanowienia art. 1 PU – definicja „Robót”, art. 2 ust. 3 pkt 6 i 8, art. 3 ust. 13 pkt 18, art. 5 ust. 1 pkt 17 i art. 5 ust. 28 PU oraz pkt 3.8 OPZ

W ocenie Odwołującego powołane postanowienia są niegodne z art. 29 i 31 ust. 1 Pzp w zakresie, w jakim zobowiązują wykonawcę do posiadania „pełnej znajomości Przedmiotu Umowy” oraz ustalania zakresu Przedmiotu Umowy w oparciu o dokumenty i informacje nieobjęte Dokumentacją Przetargową, tj. w oparciu „wszelkie plany i dokumenty niezbędne do wykonania prac budowlanych” oraz „znajomość innych kwestii – ogólnych, lokalnych, publicznych lub prywatnych w odniesieniu do wykonywanych prac budowlanych”, w tym „ograniczeń wynikających z funkcjonowania istniejących i prowadzonych działalności w sąsiedztwie Terenu Budowy oraz końcowego przeznaczenia, celu i użytkowania Inwestycji i całego Terenu Budowy”.

Dodatkowo art. 5 ust. 28 PU wprost nakłada na wykonawcę obowiązek ponoszenia kosztów i odpowiedzialności za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp.,

gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne.

Ponadto definicja „Robót” (art. 1 PU) zobowiązuje wykonawcę do wykonania wszelkich prac przygotowawczych, robót budowlanych, budowlano-montażowych oraz wszelkich innych prac, dostaw, usług, prac projektowych, czynności koordynacyjnych, czynności rozruchowych, a także wszelkich innych czynności faktycznych lub prawnych koniecznych do należytego wykonania Inwestycji (i uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie) lub usunięcia Wad (choćby nie były wyraźnie w Umowie wymienione), w standardzie określonym w Dokumentacji Przetargowej, a w przypadku braku stosownych wytycznych co do standardu, zgodnym z przeznaczeniem i rodzajem Inwestycji w uzgodnieniu z Zamawiającym.

Natomiast art. 3 ust. 13 pkt 18 PU nakazuje wykonawcy wykonanie innych, niewymienionych w art. 13 ust. 3 PU czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania Inwestycji, odbiorów i uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie, niezbędnych do prawidłowej eksploatacji Inwestycji.

Ponadto, w pkt 3.8 OPZ wykonawca został zobowiązany do dokonania analizy dotyczącej warunków geologiczno-hydrologicznych Terenu Budowy w terminie 60 dni od zawarcia Umowy, uwzględniającej w szczególności informacje nt. kompletności badań wykonanych przez Projektanta, a w razie stwierdzenia takiej potrzeby opracowania planu wykonania badań.

Odwołujący stwierdził, że ww. postanowieniami Zamawiający sugeruje, że przekazana wykonawcom Dokumentacja Przetargowa jest niekompletna, zawiera braki i błędy, co może spowodować konieczność wykonania wielu czynności (robót) dodatkowych, których koszty wykonawca musi w kalkulować w cenę ofertową. Zamawiający pomija jednocześnie okoliczność, że brak jakiegokolwiek opisu zakresu tych dodatkowych czynności (robót) uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie kosztu ich wykonania. Z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego formułę realizacji zamówienia, tj. w systemie „Buduj” oraz standardowy rozkład ryzyk w umowie o roboty budowlane, odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji oraz jej adekwatność do zagrożeń zidentyfikowanych oraz mogących wystąpić na Terenie Budowy, obciąża Zamawiającego. Natomiast zaskarżone postanowienia kształtują zakres odpowiedzialności i ryzyk wykonawcy w sposób charakterystyczny dla inwestycji realizowanej w systemie „Projektuj i buduj”, w którym na wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za prawidłowość Dokumentacji Projektowej.

Odwołujący stwierdził, że sposób rozkładu ryzyk w umowie o roboty budowlane znajduje odzwierciedlenie w art. 31 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą

dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Z tych dokumentów musi jednoznacznie wynikać zakres robót budowlanych, tj. wielkość, oczekiwana jakość, funkcja, warunki realizacji, warunki odbioru przedmiotu zamówienia. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający przerzuca na wykonawcę obowiązek rozpoznania Terenu Budowy i jego otoczenia oraz weryfikacji prawidłowości Dokumentacji Przetargowej, a także odpowiedzialność i koszty wykonania wszelkich dodatkowych czynności/robót będących następstwem nieuwzględnienia lub nieprawidłowego opisu tych ryzyk w Dokumentacji Projektowej.

W ocenie Odwołującego podkreślenia wymaga fakt, że podstawowy zakres zamówienia polega na budowie gazociągu wysokiego ciśnienia o długości 114 km. Teren Budowy obejmuje zatem znaczny obszar oraz odbiega, z uwagi na swój rozmiar i specyfikę realizacji inwestycji liniowych, od standardowych placów budowy. Ponadto, Zamawiający przerzucił na wykonawcę ryzyko warunków gruntowych i prawidłowości Dokumentacji Przetargowej, wyłączając jednocześnie możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej (pkt XXVII SIWZ) oraz ustalił bardzo krótki termin składania ofert, tj. od 17 czerwca 2016 r. (przekazanie zaproszenia do złożenia oferty) do dnia 19 lipca 2016 r. (termin składania ofert), a następnie krótki termin realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zauważył, że w ramach stosunku zobowiązaniowego strony mogą wprawdzie rozszerzyć zakres odpowiedzialnością jednej ze nich o ryzyka standardowo

nieobjęte tą odpowiedzialnością, jednak granicę tych zmian wyznacza art. 351 § 1 K.c., zgodnie z którym treść lub cel stosunku prawnego nie może być sprzeczna właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Zaskarżone postanowienia PU modyfikują zakres obowiązków i odpowiedzialności stron w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, a także są sprzeczne z art. 29 oraz art. 31 ust. 1 Pzp, tj. zwalniają Zamawiającego z ustawowego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Mogą również naruszać art. 140 ust. 1 Pzp, gdy w trakcie wykonywania Inwestycji okaże się, że wskutek nieprawidłowości i konieczności czynności/robót, Dokumentacji Przetargowej wykonania dodatkowych zakres zobowiązania umownego nie będzie tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Odwołujący zasygnalizował ponadto, że wydatkowanie środków publicznych powinno być racjonalne. Zamawiający formułując postanowienia PU w opisany powyżej sposób zmusza wykonawców do kalkulowania w cenę zamówienia, kosztu czynności/robót dodatkowych, które być może w ogóle nie wystąpią. Środki publiczne powinny być wydatkowane w sposób celowy, oszczędny i terminowy. Niedopuszczalna jest zatem możliwość ich wydatkowania bez uzasadnionej potrzeby i tylko dlatego, że Zamawiający niedokładnie opisał zakres zamówienia oraz warunki jego realizacji.

10

Postanowienie art. 4 ust. 11-14 PU

Zgodnie z art. 119 K.c. terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną. Zakaz określony w art. 119 K.c. wyłącza możliwość umawiania się co do innego okresu przedawnienia niż to wynika z ustawy. Umowę stron co do zmiany przewidzianego w ustawie terminu należy uznać za nieważną na podstawie art. 58 K.c. Zdaniem Odwołującego na podstawie art. 119 K.c. także określenie terminów prekluzyjnych nie podlega woli stron.

Natomiast w zaskarżonych postanowieniach Zamawiający kreuje procedurę zgłaszania okoliczności mogących spowodować opóźnienie w realizacji Inwestycji nie w celu zapewnienia sprawnej realizacji zamówienia publicznego, ale w celu przerzucenia na wykonawcę ryzyka ich wystąpienia, nawet gdy dana okoliczność stanowi ryzyko Zamawiającego. Niezgłoszenie tych okoliczności w terminie 7 dni od dnia ich zaistnienia powoduje utratę przez wykonawcę prawa do żądania wydłużenia terminu realizacji oraz żądania dodatkowych kosztów. W rzeczywistości zatem zaskarżone postanowienia PU skracają do 7 dni termin przedawnienia roszczeń wykonawcy, które mogą powstać w przypadku wystąpienia okoliczności stanowiących ryzyko Zamawiającego mających wpływ na dochowanie terminu realizacji.

Postanowienie art. 5 ust. 1 pkt 2 PU

Zgodnie z ww. postanowieniem, wykonawca jest zobowiązany w terminie 60 dni od dnia zawarcia Umowy, do dokonania analizy i sporządzenia szczegółowego raportu z przekazanej Dokumentacji Przetargowej (w tym Dokumentacji Projektowej), wraz ze wskazaniem ewentualnych braków, sprzeczności lub nieodpowiedniości zaprojektowanych rozwiązań materiałowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych, które wpłyną lub mogą niekorzystnie wpłynąć na proces realizacji Inwestycji zgodnie z Harmonogramem. Brak uwzględnienia w raporcie braków, sprzeczności lub nieodpowiedniości Dokumentacji Przetargowej skutkuje po stronie wykonawcy brakiem możliwości zgłoszenia skutecznego roszczenia, w tym roszczeń o zapłatę, na dalszym etapie realizacji Inwestycji.

Zdaniem Odwołującego wykonawca w formule „Buduj” nie może być obciążony odpowiedzialnością za błędy projektanta oraz Zamawiającego popełnione w trakcie opracowywania Dokumentacji Przetargowej. Brak jest również podstaw do żądania od wykonawcy przeprowadzenia szczegółowej analizy oraz zauważania wszelkich braków ww. dokumentacji.

Postanowienie art. 5 ust. 1 pkt 4 PU

Zgodnie z ww. postanowieniem, do obowiązków wykonawcy należy zapewnienie nadzoru archeologicznego oraz wykonanie badań ratunkowych dla stanowisk wskazanych

11

w wydanych decyzjach administracyjnych i Dokumentacji Przetargowej oraz stanowisk nowoodkrytych w trakcie realizacji Robót, a także wykonania przed rozpoczęciem Robót,

wstępnego rozpoznania archeologicznego całego pasa montażowego gazociągu pod względem występowania nieinwentaryzowanych stanowisk archeologicznych.

W ocenie Odwołującego wykonawca nie jest w stanie dokonać wyceny i sporządzić oferty w zakresie dotyczącym obowiązku polegającego na zapewnieniu nadzoru archeologicznego oraz wykonania badań ratunkowych dla stanowisk nowoodkrytych w trakcie realizacji Robót, a także wykonania przed rozpoczęciem Robót wstępnego rozpoznania archeologicznego całego pasa montażowego gazociągu pod względem występowania nieinwentaryzowanych stanowisk archeologicznych. Dokonanie odkryć archeologicznych (a w ich następstwie przeprowadzenie stosownych badań) ma duży wpływ, zarówno na harmonogram realizacji Umowy, jaki i na koszty ponoszone przez wykonawcę. Koszty te wiążą się z przestojami, koniecznością przesuwania sił itp. O ile Zamawiający przewidział zmianę Umowy w zakresie terminów (art. 24 ust. 2 pkt 3 PU), to nie przewidział możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku konieczności wykonania nieprzewidzianych badań archeologicznych, co – jak zostało wskazane powyżej – wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów przez wykonawcę, które nie są do przewidzenia na etapie opracowywania oferty.

Postanowienie art. 5 ust. 28 PU

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem wykonawca odpowiada za określenie właściwego zakresu Robót oraz wycenę Robót, Materiałów i Urządzeń. Wykonawca ponosi koszty i ryzyko wynikające z możliwych zmian i korekt wprowadzanych na wniosek wykonawcy na dalszych etapach realizacji Inwestycji. Wykonawca ponosi również odpowiedzialność i koszty za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne.

Ponadto obciążenie wykonawcy obowiązkiem ponoszenia odpowiedzialności i kosztów za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne, w sytuacji gdy Dokumentacja Przetargowa posiada istotne braki w tym zakresie, stwarza realne zagrożenie, że wysokość wynagrodzenia ryczałtowego zostanie ukształtowania w sposób przypadkowy, tj. w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów i kosztów prac.

Postanowienie art. 5 ust. 27-28 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 PU

Odwołujący podał, że wynagrodzenie za ewentualną odbudowę urządzeń drenarskich w zakresie nieobjętym Dokumentacją Przetargową będzie płatne na podstawie obmiarów

12

rzeczywiście wykonanych prac, w wysokości niezależnej od warunków geologicznych, zgodnie z ryczałtowym wynagrodzeniem jednostkowym za jeden metr bieżący naprawionego urządzenia drenarskiego. Jednocześnie jednak ustalona zostanie maksymalna kwota tego wynagrodzenia.

Zamawiający w poszczególnych postanowieniach PU zastrzega, że wynagrodzenie z tytułu wykonania odbudowy urządzeń drenarskich w zakresie nieobjętym Dokumentacją Przetargową nie będzie miało charakteru ryczałtowego oraz podaje jedynie szacunkową ilość tych robót. Jednocześnie jednak nakłada na wykonawcę obowiązek wskazania w ofercie maksymalnej kwoty tego wynagrodzenia. Ustalanie maksymalnej kwoty wynagrodzenia w sytuacji, gdy Zamawiający na etapie Postępowania nie jest w stanie określić zakresu tego rodzaju robót (tj. odbudowy urządzeń drenarskich) oraz nie zamieszcza go w Dokumentacji Przetargowej (podaje jedynie szacowaną liczbę tych robót) stanowi obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem kontraktowym. W sytuacji gdy rzeczywisty zakres robót będzie większy niż założony przez Zamawiającego (10.000 mb sieci drenarskiej) wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia z tego tytułu. Natomiast Zamawiający zapłaci mniej, gdy zakres robót okaże się mniejszy niż 10.000 mb sieci drenarskiej.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ma swobodę w ustaleniu rodzaju wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, jednak w tym przypadku ustalając wynagrodzenie mieszane za odbudowę urządzeń drenarskich naruszył zasady rozkładu ryzyk kontraktowych oraz poziom dopuszczalnego ryzyka przy kalkulacji wynagrodzenia. Ponadto jest to istotne naruszenie obowiązku jednoznacznego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Nakłada bowiem na wykonawcę obowiązek wykonania robót bez

jakichkolwiek informacji o umiejscowieniu istniejących sieci i urządzeń drenarskich, nakazuje ustalenie ryczałtowej ceny jednostkowej na takim samym poziomie bez względu na warunki geologiczne pomimo braku rozpoznania tych warunków w Dokumentacji Przetargowej. Stwarza zatem realne zagrożenie, że maksymalna wysokość wynagrodzenia z tego tytułu będzie przypadkowa, tj. oderwana od rzeczywistych rozmiarów i kosztów prac.

Postanowienie art. 13 ust. 6 PU

Odwolujący stwierdził, że cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jasnym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia i dopiero w takim przypadku może stanowić niezmienny element Umowy (art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 Pzp).

Natomiast zgodnie z art. 13 ust. 6 PU wykonawca zobowiązany jest do uwzględniania w wynagrodzeniu wszelkich ryzyk sprawdzenia planów i dokumentów SIWZ lub Dokumentacji Projektowej stanowiących podstawę złożenia przez wykonawcę Oferty, w tym błędów rachunkowych, obmiarowych, przedmiarowych, pominięć, niedoszacowań,

13

braku rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych. Ponadto zastrzeżono, że żadne błędy rachunkowe, obmiarowe, przedmiarowe, pominięcie, niedoszacowanie, brak rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań projektowych lub innych kosztów związanych z realizacją Inwestycji nie może być podstawą do żądania zmiany Wynagrodzenia, a wykonawca zrzeka się podnoszenia takich roszczeń. Rozszerzono również odpowiedzialność wykonawcy za wskazane w tym ustępie okoliczności, tj. wprowadzono odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Zdaniem Odwołującego wskazane postanowienia nakładają na wykonawcę obowiązek wliczenia w cenę ryzyk, których nie jest w stanie zidentyfikować oraz oszacować na etapie przygotowania oferty, a które mogą powstać wskutek braku należytej staranności Zamawiającego przy przygotowywaniu SIWZ oraz wykraczają poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej. Zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Przetargowej (w tym Dokumentacji Projektowej) nie mieści się bowiem w ryzyku dopuszczalnym przy kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego.

Zaskarżone postanowienia naruszają ponadto art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 Pzp przez zobowiązanie wykonawcy do wliczenia w cenę ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty, a przede wszystkim podstawową zasadę, że zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty. Zamawiający odpowiada bowiem za prawidłowość całej SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, której samodzielnie nie sporządza (np. projektu budowlanego dla inwestycji). Jako inwestor powinien bowiem zlecić projektantowi wykonanie projektu w odpowiedni sposób oraz zapewnić opracowanie SIWZ przez zespół posiadający odpowiednie kwalifikacje i kompetencje. Nie jest zatem uprawniony do przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za popełnione przez siebie błędy, niedoszacowania czy braki.

Postanowienie art. 18 ust. 8 PU

Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia na własny koszt, w okresie obowiązywania rękojmi i gwarancji, pełnej obsługi serwisowej wbudowanych w ramach Inwestycji Materiałów i Urządzeń. Serwis ma być prowadzony przez autoryzowanych serwisantów producenta urządzeń lub przez odpowiednio przeszkolonych serwisantów wykonawcy posiadających udokumentowane odbycie przeszkolenia przez serwis producenta urządzeń.

Odwolujący stwierdził ponownie, że przepis art. 29 Pzp określa jakimi cechami powinien się oznaczać opis przedmiotu zamówienia, tj. zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych

14

i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W odniesieniu do obowiązku obsługi serwisowej brak w Dokumentacji Przetargowej jakiegokolwiek opisu zakresu usług serwisowych, które ma zapewnić wykonawca w okresie rękojmi za wady i gwarancji jakości. Zamawiający nie wykonał zatem ciążącego na nim obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

W szczególności należy pamiętać o tym, że przedmiotowe zamówienie jest realizowane w formie dostaw inwestorskich, gdzie większość materiałów jest dostarczana przez Zamawiającego, w tym rury i większość kluczowej armatury. Wykonawca (siłą rzeczy) nie ma zatem wpływu na wybór (dobór) urządzeń i ich dostawców, nie może zatem na etapie przygotowywania oferty wycenić i wynegocjować warunków gwarancji lub serwisu urządzeń zakupionych przez Zamawiającego, w tym zakresie bowiem i dostawcy oraz warunki i koszty ich usług, są narzucane przez Zamawiającego. Do przygotowania zatem oferty, w przedmiotowym zakresie obsługi serwisowej urządzeń (materiałów) dostarczanych przez Zamawiającego, wykonawcy muszą znać ww. warunki (w tym koszty) obsługi serwisowej.

Odwołujący ocenił, że aktualne brzmienie PU umożliwia wykonawcom dowolną interpretację ww. postanowienia. Jednocześnie brak jakiegokolwiek opisu zakresu tych dodatkowych czynności (robót) – w szczególności w zakresie opisanych powyżej dostaw tzw. inwestorskich – uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie kosztu ich wykonania. Konieczność skalkulowania ww. kosztów uzasadniałaby powiększenie ceny ofertowej o dodatkowe znaczne kwoty z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia. Zamawiający formułując postanowienia PU w przedstawiony wyżej sposób wyłącza zatem możliwość złożenia porównywalnych ofert, ponieważ od dowolnej oceny wykonawcy zależy zakres i koszt usług serwisowych. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, nie wyczerpujący bądź pozostawiający dowolność w sposobie jego interpretacji uniemożliwia wiarygodną ocenę ofert.

Postanowienie art. 20 Umowy: (1) ust. 2. (2) tabela 2 pkt 9 lit. e). g), j). k). n), q) oraz (3) tabela 2 pkt 10

Zaskarżone postanowienia są, zdaniem Odwołującego, niejednoznaczne.

Zamawiający do opisu ubezpieczeń, które wykonawca jest zobowiązany przedłożyć, posłużył się bowiem pojęciami nieostrymi, np. pkt 10 tabeli 2 zastrzegł, że wyłączenia odpowiedzialności są dopuszczalne w zakresie zgodnym z aktualną dobrą praktyką rynkową. Zapis ten może być odmiennie interpretowany przez Zamawiającego i poszczególnych wykonawców. Ponadto zakres i koszt takich wyłączeń będzie uzależniony od możliwości negocjacyjnych poszczególnych wykonawców.

15

W konsekwencji na etapie sporządzania ofert spowoduje to wycenę tego ryzyka na różnym przez poszczególnych wykonawców, a więc niejednoznaczność zapisów SIWZ wyłącza możliwość złożenia porównywalnych ofert przez Wykonawców.

Ponadto brak podlimitów w pkt 9 tabeli nr 2 (art. 20 ust. 2 PU) nadmiernie podnosi koszty ubezpieczenia OC, a jednocześnie nie jest uzasadniony z uwagi na zakres ochrony standardowo stosowany w takich przypadkach.

Postanowienie art. 29 ust. 7 PU

Zgodnie z art. 29 ust. 7 PU, Zamawiający potrąci z wynagrodzenia wykonawcy wszystkie udokumentowane koszty związane z wykonaniem zastępczym, w szczególności koszt przeprowadzenia procedur niezbędnych do wyboru wykonawcy zastępczego, uzyskania zgód lub innych decyzji, jeśli będą wymagane dla dopuszczenia wykonawcy zastępczego do wykonania części inwestycji, wynagrodzenie wykonawcy zastępczego, koszt zakupu niezbędnych materiałów, a także udokumentowane koszty wszelkich działań wykonawcy zastępczego na Terenie Budowy i w jego bezpośrednim otoczeniu związanych z realizacją powierzonych mu obowiązków oraz koszt naprawienia szkód poniesionych przez osoby trzecie w okolicznościach, o których mowa w ust. 3-6.

Odwołujący stwierdził, że zaskarżone postanowienie niezgodnie z przepisami (art. 480 K.c.) ustala zasady i zakres kosztów wykonania zastępczego, których Zamawiający może żądać od wykonawcy. Koszty wykonania zastępczego, do pokrycia których zobowiązany jest dłużnik, nie mogą być bowiem „nadmiernymi kosztami”. W związku z tym wierzyciel, który skorzystał z instytucji wykonania zastępczego może żądać od dłużnika zapłaty różnicy pomiędzy kwotą, którą wydał na skutek skorzystania z wykonania zastępczego a kwotą, którą otrzymałby od niego dłużnik, gdyby zobowiązanie zostało przez niego wykonane. Nie można zatem obciążyć dłużnika wszystkimi kosztami wykonania zastępczego (całkowitymi kosztami wykonania umowy lub całkowitą ceną). Natomiast kwestia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych stanowi odrębne zagadnienie (art. 480 K.c.).

Postanowienie pkt 3.3 OPZ

Zgodnie z ww. postanowieniem wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia wszelkich dokumentów wymaganych przepisami prawa, które nie zostały wyraźnie wskazane, że zostaną sporządzone przez Zamawiającego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, a sporządzenie których jest niezbędne dla zapewnienia prawidłowego przebiegu Inwestycji.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający nie dołożył wystarczającej staranności przy przygotowywaniu Postępowania, skoro nie posiada

16

informacji o zakresie dokumentów, które należy sporządzić w celu zapewnienia prawidłowego przebiegu Inwestycji. Wykonawca w dacie sporządzania oferty nie wie jaki będzie zakres i tematyka tych dokumentów, w jakich terminach będzie zobowiązany je przedkładać oraz czy konieczne będzie powierzenie ich sporządzenia podmiotom trzecim, a w konsekwencji jaki będzie ich koszt oraz potencjalny wpływ na terminy realizacji Inwestycji.

Zamawiający przez wprowadzenie ww. postanowienia nie może się zwolnić z obowiązku przygotowania pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności w przypadku zadania wykonywanego w formule „Buduj” przy dołożeniu należytej staranności jest w stanie określić zamknięty katalog dokumentów niezbędnych do wykonania inwestycji, w tym uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Podsumowując powyższą argumentację Odwołujący stwierdził, że uchwalona przez Sejm z dnia 13 maja 2016 r. ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, stanowiąca implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., przewiduje istotną zmianę art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z proponowanym, nowym brzmieniem tego przepisu, zamawiający będzie zobowiązany do przygotowania i przeprowadza postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nowelizacja rozszerza zatem wprost zasadę proporcjonalności z warunków udziału w postępowaniu na wszystkie aspekty postępowania, a więc również na sposób rozkładu ryzyk kontraktowych pomiędzy zamawiającego i wykonawcę. Nowelizacja w sposób jednoznaczny potwierdza zatem konieczność kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne na zasadzie wzajemności, ekwiwalentności oraz równowagi praw

stron, również na i obowiązków. Nakłada Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, co powinno również znaleźć wyraz w sposobie formułowania postanowień SIWZ, w tym treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

Sygn. akt KIO 1150/16

Odwołujący zaskarżył:

1. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

- 1.1. przygotowanie Dokumentacji Przetargowej z istotnymi brakami w dokumentacji wykonawczej w odniesieniu do warunków geologicznych,
- 1.2. zaniechanie uregulowania w pkt 2.7 OPZ sytuacji, kiedy Dostawy Inwestorskie będą wadliwe lub opóźnione, w tym w szczególności wpływu tej sytuacji na termin realizacji zamówienia oraz wysokość wynagrodzenia wykonawcy,

17

- 1.3. pkt 3.25.8 OPZ – obowiązek stworzenia raportu końcowego badania rurociągu zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumencie „Specifications and requirements for intelligent pig inspection of pipelines, Version 2009” opublikowanym przez Pipeline Operators Forum, z pominięciem wskazania postanowień ww. dokumentu, które muszą znaleźć zastosowanie do raportu końcowego sporządzanego przez wykonawcę,

2. w zakresie wzoru umowy:

- 2.1. sformułowania w art. 1 PU definicji „Robot” jako wszelkich prac

oraz przygotowawczych, robót

budowlanych, budowlano-montażowych

wszelkich innych prac, dostaw, usług, prac projektowych, czynności

innych koordynacyjnych,

czynności a także wszelkich rozruchowych,

czynności faktycznych lub prawnych koniecznych do należytego wykonania inwestycji (i uzyskania pozwolenia na użytkowanie) lub usunięcia wad – choćby nie były wyraźnie w Umowie wymienione, w standardzie określonym w Dokumentacji Przetargowej, w przypadku braku stosowanych wytycznych co do standardu, zgodnym z przeznaczeniem i rodzajem inwestycji w uzgodnieniu z Zamawiającym,

2.2. uzależnienie – przez sformułowanie art. 4 ust. 13 i 14 PU –

z za zwolnienia wykonawcy odpowiedzialności skutki opóźnienia przez okoliczność nie po od spowodowanego jego stronie leżącą poinformowania o tej okoliczności Kierownika Projektu oraz pod warunkiem, że do chwili wystąpienia takiej okoliczności wykonawca nie przekroczył terminu realizacji Inwestycji, albo jego przekroczenie nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, pod rygorem uznania braku wpływu danej okoliczności na dochowanie terminu realizacji Inwestycji, a także przerzucenia na wykonawcę kosztów z tym związanych, także w przypadku, gdy okoliczność ta stanowi ryzyko Zamawiającego,

2.3. zobowiązanie wykonawcy w art. 5 ust. 1 pkt 2 PU do dokonania w terminie 60 dni od dnia zawarcia Umowy, analizy i sporządzenie szczegółowego raportu z przekazanej Dokumentacji Przetargowej, wraz ze wskazaniem ewentualnych braków, sprzeczności lub nieodpowiedniości zaprojektowanych rozwiązań materiałowych, technicznych, lub technologicznych organizacyjnych, które wpłyną lub mogą niekorzystnie wpłynąć na proces realizacji Inwestycji zgodnie z Harmonogramem, pod rygorem braku możliwości zgłoszenia skutecznego roszczenia, w tym roszczeń o zapłatę, na dalszym etapie realizacji Inwestycji,

18

2.4. obciążenie wykonawcy – w art. 5 ust. 21 PU – odpowiedzialnością za wszelkie wydatki, odszkodowania, straty, roszczenia oraz postępowania wynikające z przepisów prawa w przypadku uszkodzeń lub niedogodności w stosunku do osób oraz własności osób trzecich, spowodowanych przez zanieczyszczenia, skażenia, hałas lub inne przyczyny powstałe podczas prowadzenia Robót,

2.5. przerzucenie na wykonawcę – w art. 5 ust. 28 PU – odpowiedzialności za określenie właściwego zakresu Robót oraz wycenę Robót, Materiałów i Urządzeń oraz kosztów i ryzyka wynikającego z możliwych zmian i korekt wprowadzanych na wniosek wykonawcy na dalszych etapach realizacji Inwestycji, a także odpowiedzialności i kosztów za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne,

2.6. określenie – w art. 13 ust. 3 pkt 13 PU – że w zakres wynagrodzenia ryczałtowego wchodzi m.in. wszelkie koszty, do których poniesienia, zgodnie z wydanymi decyzjami i uzgodnieniami, zobowiązany jest Zamawiający jako Inwestor (z wyjątkiem kosztów wyraźnie wskazanych w art. 11 PU jako obciążających Zamawiającego), a w szczególności poniesieniem kosztów związanych z usunięciem szkód (podtopienia, podmycia, osuwiska, itp.) w przypadku niedotrzymania warunków określonych w decyzjach wodnoprawnych,

2.7. określenie – w art. 13 ust. 6 PU – że wynagrodzenie ryczałtowe pokrywa wszelkie ryzyka sprawdzenia planów i dokumentów SIWZ lub Dokumentacji Projektowej stanowiących podstawą złożenia przez wykonawcę Oferty, w tym błędów rachunkowych, obmiarowych, przedmiarowych, pominięć, braku rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań niedoszacowań, projektowych, a także że błędy te nie mogą być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, a wykonawca zrzeka się podnoszenia takich roszczeń,

2.8. ograniczenie praw wykonawcy przez wprowadzenie w art. 15 ust. 4 i 5 PU zobowiązania wykonawcy do złożenia we wniosku o płatność końcową oświadczenia o zrzeczeniu się roszczeń w stosunku do Zamawiającego ponad kwotę wskazaną we wniosku o płatność końcową, co w konsekwencji zmusza

- wykonawcę do zrzeczenia się roszczeń np. odszkodowawczych,
aby umożliwić sobie wypłatę wynagrodzenia,
- 2.9. **przerzucenie na wykonawcę – w art. 20 ust. 2 PU – kosztu powstania jakiegokolwiek szkody w Inwestycji, w tym w Materiałach, Urządzeniach lub ich części, niezależnie od przyczyny powstania szkody i sprawcy szkody,**

19

-
- 2.10. ustanowienia w art. 23 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) PU nieproporcjonalnie wysokich oraz zbyt restrykcyjnie określonych kar umownych, nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia,
- 2.11. ustanowienie w art. 23 ust. 4 PU maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 20% Wynagrodzenia umownego brutto, co nie tylko pozbawiłoby wykonawcę zysku, ale i spowodowało znaczną w stosunku do wysokości wynagrodzenia stratę,
- 2.12. ustanowienie w art. 25 ust. 3 pkt 11 PU prawa odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w wypadku naruszenia przez wykonawcę jakiegokolwiek istotnego postanowienia Umowy, bez określenia, które z postanowień Zamawiający uznaje za istotne,

Zdaniem odwołującego powyższe narusza:

1. w zakresie pkt 1, 2.1, 2.3 – 2.7, 2.9, 2.12 – art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,
2. w zakresie pkt 1.2. i 2 – art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 K.c. oraz art. 353 i K.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku określenia warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i uczciwej konkurencji,
3. w zakresie punktów 2.10 i 2.11 – art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5, art. 353 i K.c. oraz art. 483 K.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku:
 - 3.1. określenia warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji,
 - 3.2. przyznania Zamawiającemu uprawnienia do żądania od wykonawcy kar umownych w wysokości sprzecznej z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej oraz w przypadku wystąpienia okoliczności, na których wykonawca całkowicie nie ma wpływu, a także w przypadkach nieprecyzyjnie wskazanych, powodujących dowolność w ich nakładania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących zmian SIWZ:

20

-
1. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:
 - 1.1. usunięcie braków Dokumentacji Przetargowej przez uzupełnienie o dane dotyczące warunków dokumentacji wykonawczej wszystkie geologicznych inwestycji,
 - 1.2. zmianę pkt 2.7 OPZ przez dodanie postanowienia o następującej treści:
„Zamawiający ponosi wobec Wykonawcy odpowiedzialność za nieterminowe udostępnienie Dostaw Inwestorskich oraz za wady w materiałach dostarczanych przez Zamawiającego w ramach Dostaw Inwestorskich”,
 - 1.3. zmianę pkt 3.25.8 OPZ przez doprecyzowanie postanowień dokumentu „Specifications and requirements for intelligent pig inspection of pipelines, Version 2009” opublikowanego przez Pipeline Operators Forum, które mają zastosowanie do raportu końcowego sporządzanego przez wykonawcę,

2. w zakresie wzoru umowy:

- 2.1. zmianę definicji „Robót” z art. 1 PU przez usunięcie treści „(...)choćby nie były wyrażone w Umowie wymienione” oraz usunięcie zapisu: „w przypadku braku stosowanych wytycznych co do standardu, zgodnym z przeznaczeniem i rodzajem inwestycji w uzgodnieniu z Zamawiającym”,
- 2.2. usunięcie art. 4 ust. 13 i 14 PU,
- 2.3. usunięcie z art. 5 ust. 1 pkt 2 PU treści: „Brak uwzględnienia w Raporcie braków, sprzeczności bądź nieodpowiedniości Dokumentacji przetargowej skutkuje po stronie Wykonawcy brakiem możliwości zgłoszenia skutecznego roszczenia, w tym roszczeń o zapłatę, na dalszym etapie realizacji Inwestycji”,
- 2.4. usunięcie art. 5 ust. 21 PU,
- 2.5. usunięcie art. 5 ust. 28 PU,
- 2.6. usunięcie art. 13 ust. 3 pkt 13 PU,
- 2.7. usunięcie art. 13 ust. 6 PU,
- 2.8. usunięcie art. 15 ust. 4 i 5 PU,
- 2.9. zmianę art. 20 ust. 2 PU i nadanie mu następującej treści: „Jeżeli wystąpią szkody w Inwestycji, w tym w Materiałach, Urządzeniach lub w ich części, w okresie odpowiedzialności Wykonawcy, Wykonawca na swój koszt naprawi powstałe szkody tak, by Inwestycja odpowiadała w pełni postanowieniom Umowy, pod warunkiem, że szkody będą spowodowane przez Wykonawcę lub osoby, a które ponosi odpowiedzialność przy prowadzeniu Robót”,
- 2.10. zmianę art. 23 ust. 1 pkt 1 lit. a PU i nadanie mu następującej treści: „za opóźnienie w dokonaniu Odbioru Końcowego w terminie wskazanym w art. 1 ust 1 Umowy 0,005% Wynagrodzenia brutto wskazanego w art. 13

21

ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia” oraz usunięcie art. 23 ust. 1 pkt 1 lit. b PU,

- 2.11. zmianę art. 23 ust. 4 PU i nadanie mu następującej treści: „Łączna wysokość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie może przekroczyć 10% wartość Wynagrodzenia brutto wskazanego w art 13 ust 1 Umowy”.

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. i Pzp. Lider odwołującego się konsorcjum jest spółką prowadzącą działalność w zakresie świadczenia usług wykonawstwa, eksploatacji oraz projektowania obiektów gazowych, tj. usług zbieżnych z przedmiotem zamówienia, a tym samym podmiotem żywotnie zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia. W swojej dotychczasowej praktyce Odwołujący realizował wiele inwestycji, których przedmiot był zbliżony do zakresu zamówienia. Inwestycje te realizował samodzielnie, bądź w oparciu o wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, a czasem także jako członek konsorcjum.

W ocenie Odwołującego niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i przepisami prawa sformułowanie przez Zamawiającego warunków przetargu uniemożliwi rzetelną ocenę i porównanie składanych ofert, co może skutkować wyborem oferty innej niż Odwołującego, która nie będzie najkorzystniejsza. To w sposób oczywisty spowodować może szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego, co pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji.

Brak jednoznacznego i dokładnego opisu przedmiotu zamówienia; prawidłowe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższy przepis stawia zamawiającemu wymóg opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę o wszystkich wymaganiach i okolicznościach mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę. Celem wprowadzenia art 29 ust. 1 Pzp było więc ułatwienie wykonawcom sporządzania ofert. Specyfika zamówień publicznych prowadzi bowiem do zachwiania klasycznej zasady prawa cywilnego, tj. zasady równowagi stron

do wzoru umowy na gruncie K.c., z tym jednak zastrzeżeniem, że wykonawcy nie mogą indywidualnie negocjować odstępstw od tego wzoru.

Odwołujący podkreślił, że w świetle powyższego, tym bardziej istotne jest, by wykonawca na etapie sporządzania oferty miał pełną świadomość zakresu zobowiązania, które na siebie przyjmuje. Brak tej świadomości uniemożliwia prawidłowe sporządzenie oferty, co w każdym wypadku powodować będzie szkodę dla zamawiającego. W wypadku bowiem, gdy wykonawca zbyt wysoko oszacuje ryzyka związane z realizacją zamówienia, zamawiający zapłaci wyższą kwotę za wykonanie zamówienia, niż by zapłacił przy precyzyjnym opisie zamówienia. Jeżeli zaś wykonawca zbyt nisko oszacuje cenę ofertową, to i tak będzie on dążył do osiągnięcia zysku na zakładanym poziomie, wskutek czego prace przez niego świadczone będą często wykonywane w większym pośpiechu oraz z zastosowaniem materiałów gorszej jakości. Cel wykonawcy (osiągnięcie zysku) jest bowiem sprzeczny z celem zamawiającego (prawidłowa realizacja zamówienia).

Mając powyższe na uwadze, opis przedmiotu zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej. Tylko takie opisanie przedmiotu zamówienia może prowadzić do wypośrodkowania sprzecznych interesów wykonawcy i zamawiającego i wykonanie zamówienia w sposób rzetelny i prawidłowy, które jednocześnie przyniesie wykonawcy godziwy zysk.

Nieprawidłowe postanowienia PU jako naruszenie art. 29 Pzp

Odwołujący stwierdził, że art. 29 Pzp wskazuje sposób w jaki należy opisać przedmiot zamówienia. Nie wskazuje jednak jakie dokumenty składają się na ukształtowanie tego przedmiotu, tj. jaki jest możliwy zakres zaskarżenia dokumentów pochodzących od Zamawiającego. Oczywistym jest, że skarżona może być w tym kontekście w szczególności SIWZ, ponieważ jest ona podstawowym dokumentem, na podstawie którego ustalane są warunki zamówienia. Powstaje jednak pytanie, czy skarżone mogą być też inne dokumenty, dołączane do SIWZ, takie jak wzór umowy, formularz ofertowy, czy opis przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w doktrynie panuje dość jednoznaczne stanowisko, że przedmiotem zaskarżenia (w tzw. zamówieniach ponadprogowych) mogą zostać objęte wszystkie ww. dokumenty składające się na dokumentację przetargową, ponieważ kształtują one warunki przetargowe. Inne stanowisko prowadziłoby do absurdalnych sytuacji, w których Zamawiający mogliby w lakoniczny sposób formułować SIWZ, przerzucając niekorzystne dla wykonawców lub zagrażające konkurencji warunki do innych dokumentów przetargowych.

Potwierdza to także dyspozycja art. 36 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą SIWZ zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp), a także wzór umowy

(art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp). Wskazuje to, że opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 Pzp, odbywa się co najmniej przez ww. trzy dokumenty, tj. SIWZ, OPZ, oraz wzór umowy. Dokumenty te są bowiem komplementarne, wzajemnie się one uzupełniają. Powyższe wskazuje, że oparcie odwołania na zarzucie naruszenia art. 29 Pzp może obejmować swoim zakresem zaskarżenia tak same postanowienia SIWZ, jak i postanowienia OPZ czy wzoru umowy.

Wpływ nieprawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na podstawowe zasady prawa zamówień publicznych

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 29 Pzp nie tylko jest samodzielną podstawą odwoławczą, ale dodatkowo prowadzi do naruszenia dalszych przepisów i zasad zamówień publicznych. W szczególności uszczerbku doznają w tym wypadku kluczowe zasady przewidziane w art. 7 Pzp., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Odwołującego dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia powyższych kryteriów, ponieważ przede wszystkim nie jest

wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących, a wręcz mających wpływ na sporządzenie oferty,

Szczegółowe uzasadnienie nieprawidłowości opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia

Nieprawidłowości związane z dokumentacją wykonawczą w zakresie warunków geologicznych

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia m.in. za pomocą Dokumentacji Przetargowej, która zawiera istotne braki w dokumentacji wykonawczej w zakresie co art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, warunków geologicznych, narusza uniemożliwiając prawidłowe oszacowanie ceny ofertowej, z uwagi na brak wyczerpujących informacji o zakresie zadania do realizacji, przez co w konsekwencji utrudnia również uczciwą konkurencję.

Postanowienie pkt 2.7 OPZ

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał uregulowania w pkt 2.7 OPZ sytuacji, kiedy Dostawy Inwestorskie będą wadliwe lub opóźnione, w tym w szczególności wpływu tej sytuacji na termin realizacji zamówienia oraz wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy, co wpływa na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

24

Postanowienie pkt 3.25.8 OPZ

Zamawiający w pkt. 3.25.8 OPZ żąda stworzenia raportu końcowego badania rurociągu zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumencie „Specifications and requirements for intelligent pig inspection of pipelines, Version 2009” opublikowanym przez Pipeline Operators Forum, z pominięciem wskazania postanowień ww. dokumentu, które muszą znaleźć zastosowanie do raportu końcowego sporządzanego przez wykonawcę. W konsekwencji powoduje to nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

Postanowienie art. 1 wzoru umowy PU

Zamawiający sformułował w art. 1 PU definicję „Robót” jako wszelkich prac przygotowawczych, robót budowlanych, budowlano-montażowych oraz wszelkich innych prac, dostaw, prac projektowych, czynności koordynacyjnych, usług, czynności rozruchowych, a także wszelkich innych czynności faktycznych lub prawnych koniecznych do należytego wykonania inwestycji (i uzyskania pozwolenia na użytkowanie) lub usunięcia wad, choćby nie były wyraźnie w Umowie wymienione, w standardzie określonym w Dokumentacji Przetargowej. W przypadku braku stosowanych wytycznych co do standardu, zgodnym z przeznaczeniem i rodzajem inwestycji w uzgodnieniu z Zamawiającym.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający dopuszcza i przyznaje, że możliwe są braki w Dokumentacji Przetargowej, a wykonawca może być zobowiązany do wykonania robót nie uwzględnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to przejaw niedokładnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Postanowienie art. 5 ust. 1 pkt 2 PU

Zdaniem Odwołującego zobowiązanie wykonawcy do dokonania w terminie 60 dni od dnia zawarcia Umowy, analizy i sporządzenie szczegółowego raportu z przekazanej Dokumentacji Przetargowej, wraz ze wskazaniem ewentualnych braków, sprzeczności lub nieodpowiedniości zaprojektowanych rozwiązań materiałowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych, które wpłyną lub mogą niekorzystnie wpłynąć na proces realizacji inwestycji zgodnie z Harmonogramem, pod rygorem braku możliwości zgłoszenia skutecznego roszczenia, w tym roszczeń o zapłatę, na dalszym etapie realizacji Inwestycji, jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający dopuszcza i przyznaje, że możliwe jest istnienie braków w Dokumentacji Przetargowej, a wykonawca może być zobowiązany do wykonania robót nie uwzględnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to przejaw niedokładnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

25

Postanowienie art. 5 ust. 21 PU

Zamawiający obciąża Wykonawcę – w art. 5 ust. 21 PU – odpowiedzialnością za

wszelkie wydatki, odszkodowania, straty, roszczenia oraz postępowania wynikające z przepisów prawa w przypadku uszkodzeń lub niedogodności w stosunku do osób oraz własności osób trzecich, spowodowanych przez zanieczyszczenia, skażenia, hałas lub inne przyczyny powstałe podczas prowadzenia Robót. Tym samym nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy, co wpływa na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

Postanowienie art. 5 ust. 28 PU

Zamawiający przerzucił na Wykonawcę – w art. 5 ust. 28 PU – odpowiedzialność za określenie właściwego zakresu Robót oraz wycenę Robót, Materiałów i Urządzeń oraz kosztów i ryzyka wynikającego z możliwych zmian i korekt wprowadzanych na wniosek wykonawcy na dalszych etapach realizacji Inwestycji, a także odpowiedzialność i koszty za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte okazały się lub w Dokumentacji Przetargowej niewystarczające niedokładne.

Takie postanowienie jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający dopuszcza i przyznaje, że możliwe jest istnienie braków w Dokumentacji Przetargowej, a wykonawca może być zobowiązany do wykonania robót nie uwzględnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to przejaw niedokładnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Postanowienie art. 13 ust. 3 pkt 13 PU

Zamawiający w art. 13 ust. 3 pkt 13 wzoru umowy określił, że w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego wchodzi m.in. wszelkie koszty, do których poniesienia, zgodnie z wydanymi decyzjami i uzgodnieniami, zobowiązany jest Zamawiający jako Inwestor (z wyjątkiem kosztów wyraźnie wskazanych w art 11 PU jako obciążających Zamawiającego), w szczególności związane z usunięciem szkód (podtopienia, podmycia, osuwiska, itp.) w przypadku niedotrzymania warunków określonych w decyzjach wodnoprawnych. Tym samym nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy co wpływa na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

Postanowienie art. 13 ust. 6 PU

Zamawiający w art. 13 ust. 6 PU wskazał, że wynagrodzenie ryczałtowe pokrywa wszelkie ryzyka sprawdzenia planów i dokumentów SIWZ lub Dokumentacji Projektowej stanowiących podstawę złożenia przez wykonawcę Oferty, w tym błędów rachunkowych, obmiarowych, przedmiarowych, pominięć, niedoszacowań, braku rozpoznania,

26

czy doprecyzowania rozwiązań projektowych, a także że błędy te nie mogą być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, a wykonawca zrzeka się podnoszenia takich roszczeń. Tym samym nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy co wpływa na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

Postanowienie art. 20 ust. 2 PU

Zamawiający przerzucił na wykonawcę – w art. 20 ust. 2 PU – koszt powstania jakiegokolwiek szkody w Inwestycji, w tym w Materiałach, Urządzeniach lub ich części, niezależnie od przyczyny powstania szkody i sprawcy szkody. Tym samym nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy co wpływa na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia.

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję

Postanowienia utrudniające uczciwą konkurencję

Odwolujący podkreślił, że zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten w szczególności zabrania opisywania przedmiotu zamówienia przez odniesienie się do konkretnych modeli urządzeń, czy rodzajów technologii, np. przez podanie określonej marki, czy nazw własnych produktów. Ma on jednak dużo szersze zastosowanie, niż by to wynikało z jego pobieżnej analizy, ponieważ znajduje zastosowanie w tych wszystkich wypadkach, w których działanie zamawiającego może wpłynąć na uczciwą konkurencję.

Ciężar dowodu

Odwolujący podkreślił, że zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 2 Pzp ciężar wykazania, że dane zachowanie zamawiającego nie utrudnia uczciwej konkurencji, spoczywa na

zamawiającym. Odwołujący obowiązany jest bowiem wyłącznie uprawdopodobnić, że działanie zamawiającego może naruszyć uczciwą konkurencję. Przepis ten wprowadza więc domniemanie, że każde zachowanie zamawiającego, które nosi w sobie przesłanki potencjalnych naruszeń konkurencji, faktycznie narusza konkurencję. Domniemanie to może zostać obalone wyłącznie o tyle, o ile zamawiający udowodni, że jest inaczej.

W związku z powyższym Odwołujący skłonił, że w dalszej części odwołania, zasygnalizuje jedynie które z postanowień SIWZ, OPZ oraz PU mogą wpłynąć na uczciwą konkurencję. Szczegółową argumentację oraz dowody przeciwne powinien jednak przedstawić Zamawiający, zgodnie z ciężarem dowodowym z art. 29 ust. 2 Pzp.

27

Konsekwencje zastosowania przez Zamawiającego postanowień naruszających uczciwą konkurencję

Zdaniem Odwołującego Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przerzucił na wykonawców znaczną część ryzyk związanych z jego realizacją. Powoduje to, że wykonawcy szacując cenę ofertową muszą oszacować wartość prac związanych z tymi ryzykami oraz wkalkulować je w cenę. Powyższe w sposób oczywisty prowadzi do uprzywilejowania bardziej doświadczonych wykonawców. Wykonawcy ci, mając duże doświadczenie w branży, mogą bowiem bardziej precyzyjnie oszacować ryzyko. Pozostali wykonawcy muszą opierać się jedynie na swoich mniej lub bardziej przybliżonych przypuszczeniach, co może prowadzić do dużej różnicy w cenach ofertowych. Z dużym prawdopodobieństwem doprowadzi to także do zawyżenia cen mniej doświadczonych wykonawców. Wykonawcy ci, kierując się chęcią osiągnięcia zysku, będą bowiem z większą ostrożnością podchodzić do realizacji kontraktu. To zaś bezpośrednio godzić będzie w interes publiczny, gdyż Zamawiający uzyska zamówienie za stawkę wyższą, niż gdyby postanowień tych nie było. W ocenie Odwołującego jest to tym bardziej rażące w obliczu faktu, że inwestycja, której dotyczy Postępowanie jest pierwszą tego typu inwestycją w Polsce. Są to roboty na bardzo dużą skalę, których do tej pory w naszym kraju nie wykonywano. W konsekwencji nawet podmioty o kilkunasto-, czy kilkudziesięcioletnim doświadczeniu w branży, mogą mieć problem z oszacowaniem ryzyk i wartości prac na tej budowie.

Odwołujący podał, że w branży gazowniczej standardem są gazociągi o dużo mniejszych średnicach, od tego, którego dotyczy Postępowanie. Gazociąg ten ma bowiem osiągnąć średnicę rzędu 1000 mm, podczas gdy standardem były do tej pory gazociągi o średnicy 200-300 mm. Tak duża różnica w rozmiarze gazociągów prowadzi do tego, że zupełnie inne są problemy, które mogą wystąpić przy realizacji inwestycji. Co oczywiste, przy tak pionierskich projektach, szacowanie ryzyka musi zostać poprzedzone dogłębną analizą inżynierską. Brak precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia dokonanie takich szacunków. Istotnym jest, że w obliczu braku doświadczenia w realizacji takich inwestycji, jedyne na czym mogą oprzeć się wykonawcy przy szacowaniu ceny ofertowej są symulacje i zestawienia kadry inżynierskiej. Jeżeli pracownicy wykonawców nie dysponują precyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia, to sporządzenie takiej dokumentacji jest niemożliwe. W sposób oczywisty prowadzi to do uprzywilejowania wykonawców zagranicznych, którzy uczestniczyli przy tego typu inwestycjach za granicą.

Odwołujący podkreślił, że podstawowym celem zamówień publicznych jest złożenie przez wykonawców ofert porównywalnych i wybranie przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia sporządzenie

28

ofert porównywalnych nie będzie jednak możliwe. Oferty będą bowiem niespójne z uwagi na różne zakresy ryzyk przyjęte przez wykonawców.

Odwołujący stwierdził dodatkowo, że w zachwianie uczciwej konkurencji godzi także poziom ustanowionych przez Zamawiającego kar umownych. Co prawda Zamawiający nie udostępnił do wiadomości wykonawców szacunkowej wartości zamówienia, jednakże chociażby z wysokości ustanowionego wadium można wnioskować, że wartość ta wynosi nie mniej niż 100 mln zł (netto). Jednocześnie, kary umowne mogą łącznie osiągnąć poziom 20% wartości zamówienia. Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający kształtując stosunek zobowiązaniowy wprowadził kary umowne liczone od kwoty brutto

wynagrodzenia. Minimalna wysokości tego wynagrodzenia będzie więc, przy obecnie obowiązującej stawce VAT, wynosić 123 mln zł brutto, zaś 20% tej kwoty to 24,6 mln zł. Jednocześnie z nominalnej kwoty umowy, Odwołujący obowiązany będzie odprowadzić 23% podatku od towarów i usług, i to niezależnie od wysokości naliczonych i potrącanych kar umownych. Kary umowne stanowiące odszkodowanie nie są bowiem opodatkowane VAT, tym samym wykonawca nie może zapłacić go od kwoty wynagrodzenia realnie otrzymanego. Oznacza to, że w wypadku zastosowania maksymalnego progu kar umownych, kwotą otrzymaną przez wykonawcę będzie kwota 75,4 mln zł. Powyższe wyliczenia prowadzą do wniosku, że tak ukształtowane warunki zamówienia w sposób oczywisty faworyzują większych wykonawców, o ustabilizowanej sytuacji finansowej. Suma bilansowa Odwołującego, wykazana w sprawozdaniu finansowym z 2015 r. wyniosła bowiem 102.280.000,00 zł, a zysk netto – 914.000,00 zł. Przyrównanie maksymalnej kwoty kar umownych na poziomie 24.600.000,00 zł do ww. danych finansowych w sposób oczywisty wskazuje, że nałożenie na Odwołującego choć połowy maksymalnej wartości kar umownych może doprowadzić tego wykonawcę na skraj bankructwa. Do analogicznej sytuacji doprowadziłoby to większość wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający ukształtował warunki Postępowania w sposób zagrażający uczciwej konkurencji. Ponownie podkreślić należy, że wykonawcy mniejsi, o mniejszych obrotach, celem skompensowania ryzyk związanych z zastosowaniem tak wysokich kar umownych, zawyżać będą ceny ofertowe, by zostawić sobie pewien bufor bezpieczeństwa. Jednocześnie, duża konkurencja na rynku nie pozwoli wykonawcom na nadmierne zawyżenie cen ofertowych. Znow więc uprzywilejowane będą podmioty większe, o korzystniejszej sytuacji finansowej, które ewentualne straty na tym kontrakcie zbilansować będą mogły zyskami na innych inwestycjach. Wykonawcy mniejsi, dla których realizacja zamówienia będzie nieporównywalnie większa od innych realizowanych kontraktów, swobody takiej nie będą mieli. Tym samym, nieprzewidziane koszty przy realizacji zamówienia w sposób bezpośredni prowadzić mogą do ich upadłości.

29

Mając powyższe na uwadze, niewłaściwe ukształtowanie przez Zamawiającego warunków zamówienia prowadzić będzie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, przez preferowanie podmiotów bardziej doświadczonych (w szczególności podmiotów zagranicznych), z lepszą sytuacją finansową.

Szczegółowe uzasadnienie nieprawidłowości opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia

Postanowienie pkt 2.7 OPZ

Zamawiający zaniechał uregulowania w pkt 2.7 OPZ sytuacji, w której Dostawy Inwestorskie będą wadliwe lub opóźnione, w tym w szczególności wpływu tej sytuacji na termin realizacji zamówienia oraz wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Powoduje to rozłożenie ryzyka umownego niezgodne z zasadami współżycia społecznego, przerzucenie ryzyka umownego na wykonawcę w zakresie, który powinien przyjąć na siebie Zamawiający. W konsekwencji ceny ofertowe poszczególnych wykonawców mogą w różnym stopniu kalkulować związane z tym ryzyko, co narusza zasady uczciwej konkurencji.

Postanowienie art. 1 PU

Odwołujący przytoczył sformułowaną w art. 1 definicję Robót i stwierdził, że wskazuje ona jednoznacznie, że Zamawiający dopuszcza i przyznaje, że możliwe jest istnienie braków w Dokumentacji Przetargowej, a wykonawca może być zobowiązany do wykonania robót nie uwzględnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to przejaw niedokładnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto przerzuca to na wykonawcę ryzyko w sposób nieuprawniony, ponieważ prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia stanowi zobowiązanie Zamawiającego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i 5 K.c.

Postanowienie art. 4 ust. 13 i 14 PU

Odwołujący stwierdził, że przez sformułowanie art. 4 ust. 13 i 14 PU Zamawiający uzależnia zwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności za skutki opóźnienia spowodowanego przez okoliczność nie leżącą po jego stronie od poinformowania o tej okoliczności Kierownika Projektu oraz pod warunkiem, że do chwili wystąpienia takiej okoliczności wykonawca nie przekroczył terminu realizacji Inwestycji albo jego przekroczenie nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, pod rygorem uznania braku wpływu danej

okoliczności na dochowanie terminu realizacji Inwestycji, a także przerzuca na wykonawcę koszty z tym związanych, także w przypadku, gdy okoliczność ta stanowi ryzyko Zamawiającego. Tym samym obciąża to wykonawcę nieuzasadnionym ryzykiem. Wykonawca powinien mieć bowiem prawo powołania się na okoliczności, które wpływają na

30

możliwość realizacji zadania, a są niezależne od niego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i 5 K.c.

Postanowienie art. 5 ust. 1 pkt 2 PU

Zobowiązanie wykonawcy w art. 5 ust. 1 pkt 2 PU do dokonania w terminie 60 dni od dnia zawarcia Umowy, analizy i sporządzenie szczegółowego raportu z przekazanej Dokumentacji Przetargowej, wraz ze wskazaniem ewentualnych braków, sprzeczności lub nieodpowiedniości zaprojektowanych rozwiązań materiałowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych, które wpłyną lub mogą niekorzystnie wpłynąć na proces realizacji Inwestycji zgodnie z Harmonogramem, pod rygorem braku możliwości zgłoszenia skutecznego roszczenia, w tym roszczeń o zapłatę, na dalszym etapie realizacji Inwestycji, jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający dopuszcza i przyznaje, że możliwe jest istnienie braków w Dokumentacji Przetargowej a wykonawca może być zobowiązany do wykonania robót nie uwzględnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to przejaw niedokładnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto przerzuca to na wykonawcę ryzyko w sposób nieuprawniony, bo prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia stanowi zobowiązanie Zamawiającego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i art. 5 K.c.

Postanowienie art. 5 ust. 21 PU

Zamawiający obciąża wykonawcę – w art. 5 ust. 21 PU – odpowiedzialnością za wszelkie wydatki, odszkodowania, straty, roszczenia oraz postępowania wynikające z przepisów prawa w przypadku uszkodzeń (lub niedogodności w stosunku do osób oraz własności osób trzecich, spowodowanych przez zanieczyszczenia, skażenia, hałas lub inne przyczyny powstałe podczas prowadzenia Robót. Tym samym w nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy co wpływa na nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto narusza to normy wynikające z art. 7 Pzp i art. 5 K.c.

Postanowienie art. 5 ust. 28 PU

Zamawiający przerzucił na wykonawcę – w art. 5 ust. 28 PU – odpowiedzialności za określenie właściwego zakresu Robót oraz wycenę Robót, Materiałów i Urządzeń oraz kosztów i ryzyka wynikającego z możliwych zmian i korekt wprowadzanych na wniosek Wykonawcy na dalszych etapach realizacji Inwestycji, a także odpowiedzialności i kosztów za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne. Jednoznacznie wskazuje to, że Zamawiający dopuszcza i przyznaje, że możliwe jest istnienie braków w Dokumentacji przetargowej, a wykonawca może być zobowiązany do wykonania robót nie uwzględnionych w opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to przejaw

31

niedokładnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto przerzuca to na wykonawcę ryzyko w sposób nieuprawniony, bo prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia stanowi zobowiązanie Zamawiającego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i art. 5 K.c.

Postanowienie art. 13 ust. 3 pkt 13 PU

Zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienie PU nie dookreśla granic odpowiedzialności wykonawcy, co wpływa na nieprecyzyjność przedmiotu zamówienia. Ponadto przerzuca to na Wykonawcę ryzyko w sposób nieuprawniony, jako że prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia stanowi zobowiązanie Zamawiającego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i 5 K.c.

Postanowienie art. 13 ust. 6 PU

Odwołujący stwierdził, że w ww. postanowienie Zamawiający nie wyłączył ze zobowiązań wykonawcy ryzyk, które powinny obciążać Zamawiającego. W konsekwencji niedookreślone są granice odpowiedzialności wykonawcy co wpływa na nieprecyzyjność

przedmiotu zamówienia. Ponadto przerzuca to na wykonawcę ryzyko w sposób nieuprawniony, bo prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia stanowi zobowiązanie Zamawiającego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i art. 5 K.c.

Postanowienie art. 15 ust. 4 i 5 PU

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ogranicza prawa wykonawcy przez zobowiązanie go do złożenia we wniosku o płatność końcową oświadczenia o zrzeczeniu się roszczeń w stosunku do Zamawiającego ponad kwotę wskazaną we wniosku o płatność końcową, co w konsekwencji zmusza wykonawcę do zrzeczenia się roszczeń np. odszkodowawczych, aby umożliwić sobie wypłatę wynagrodzenia. Narusza to art. 5 K.c. i art. 7 Pzp.

Postanowienie art. 20 ust. 2 PU

Odwołujący podkreślił, że zaskarżone postanowienie obciąża wykonawcę nieuzasadnionym ryzykiem, ponieważ powinien on mieć możliwość przewidzenia zakresu swojej odpowiedzialności, a jej granice muszą być zgodne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem umowy i zasadami współżycia społecznego. Narusza to zatem normy wynikające z art. 7 Pzp i 5 K.c.

Postanowienie art. 23 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) oraz ust. 4 PU

Zamawiający ustanowił w art. 23 ust. 1 pkt 1 iit. a) i b) PU nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz zbyt restrykcyjne kary umowne, natomiast w art. 23 ust. 4 PU ustanowił maksymalną wysokość kar umownych na poziomie 20% Wynagrodzenia

32

umownego brutto, co nie tylko pozbawiłoby wykonawcę zysku, ale i spowodowało znaczną w stosunku do wysokości wynagrodzenia stratę. Godzi to w gospodarczy cel umowy i zasady współżycia społecznego, a zatem narusza normy z art. 7 Pzp i art. 5 K.c.

Sformułowanie warunków umownych w sposób skutkujący rażącym naruszeniem równości stron stosunku cywilnoprawnego

Zakaz wykorzystywania przez zamawiającego pozycji dominującej

Odwołujący stwierdził, że wiele postanowień PU oraz OPZ zostało przez Zamawiającego sformułowanych w sposób, który przerzuca wszelkie ryzyka realizacji zamówienia, w tym ryzyka leżące po stronie Zamawiającego, na wykonawcę. Zachowanie takie jest naruszeniem nie tylko zasad wskazanych w art. 7 Pzp, lecz też podstawowych zasad prawa cywilnego, które przez art. 14 oraz 139 ust. 1 Pzp znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

W szczególności zastosowanie tutaj znajdzie art. 5 K.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby 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. Przy formułowaniu stosunku zobowiązaniowego należy zaś stosować się do art. 353 § 1 K.c., tzn. ukształtować go w taki sposób, by jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Odwołującego kluczowy w tej sprawie jest fakt, że Postępowanie prowadzone jest w formule „Buduj”. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia nie jest zaprojektowanie inwestycji. W konsekwencji, to na Zamawiającym, jako organizatorze Postępowania ciąży obowiązek prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia i sporządzenia Zamawiający w wielu dokumentacji projektowej. Tymczasem postanowieniami PU przerzuca na wykonawcę ryzyko za błędy tej dokumentacji. Co więcej, niektóre z wręcz zastosowanych przez Zamawiającego postanowień sugerują, że dokumentacja ta jest niekompletna i obciążona błędami (tu przykładowo pkt 2.7 OPZ, definicja „Robót” z art. 1 PU, czy też art. 5 ust. 1 pkt 2, art. 5 ust. 21, art. 13 ust. 6 i art. 20 ust. 2 PU).

Bezprawne obarczanie wykonawcy ryzykami inwestycyjnymi

Odwołujący podał, że wynagrodzenie za wykonanie Zamówienia ma co do zasady charakter ryczałtowy. Oznacza to, że wszelkie ryzyka i koszty związane z realizacją Zamówienia powinny zostać skalkulowane w cenę ofertową, co przy tak nieprecyzyjnie sformułowanym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe.

33

Z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że bez względu na rzeczywisty wymiar prac, ponoszonych nakładów, zmieniających się okoliczności realizacji zamówienia, czy też jego poszczególnych elementów wynagrodzenie to będzie niezmiennie.

Zresztą niezmiennosc tego wynagrodzenia wzmacniają także bardzo rygorystyczne postanowienia Pzp, a w szczególności art. 144 Pzp. W konsekwencji wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wyjątkowo dokładnie i precyzyjnie oszacować nakład pracy, zakres wykonywanych czynności, nakłady rzeczowe, niezbędne zakupy i inne elementy stanowiące koszt realizacji zamówienia.

Mając na uwadze rozmiar tego zamówienia (wartość szacunkowa całości zamówienia to co najmniej kwota 100 mln zł netto), najmniejsza pomyłka w tym zakresie może skutkować ogromnymi szkodami dla wykonawcy, w tym, w skrajnym przypadku, nawet jego upadłością i likwidacją prowadzonej działalności. Trudności w tym zakresie pogłębia jeszcze ogromna presja cenowa na rynku, albowiem dla wielu podmiotów z branży pozyskanie tego zamówienia to tzw. „być albo nie być” – jest to bowiem zamówienie o dużo większym kalibrze niż zamówienia zazwyczaj pojawiające się w branży. Co więcej fakt, że najistotniejszym elementem kryteriów oceny ofert jest cena, trudność w tym zakresie istotnie wzrasta.

Oczywistym jest przy tym to, że aby wykonawca, nawet najbardziej doświadczony w branży gazowniczej, mógł dokonać takiej wyceny musi dysponować wszelkimi niezbędnymi do tego danymi. Dane te muszą być pewne, precyzyjne, pełne i aktualne. Tylko wówczas wykonawca może oszacować swoje wynagrodzenie. Dodatkowa trudność w tym zakresie wynika z tego, że nawet doświadczony wykonawca, nie jest w stanie wszystkiego przewidzieć, ponieważ ze względu na innowacyjny charakter inwestycji, niniejsze zamówienie jest pierwszym tego rodzaju zamówieniem.

Odwolujący zwrócił również uwagę na fakt, że Zamawiający nie przewidział żadnej możliwości renegotiacji, czy też automatycznej zmiany (w trybie zgodnym z art. 144 Pzp) ceny, w szczególności wówczas gdy podawane przez niego szacunkowe dane okażą się inne niż dane rzeczywiste. Zatem choć dane te podaje Zamawiający w SIWZ to nie bierze za nie w praktyce żadnej odpowiedzialności, przerzucając całe ryzyko ich niezgodności z rzeczywistym stanem rzeczy na wykonawców.

Kary umowne

Odwolujący wyjaśnił, że z definicji legalnej kary umownej zawartej w art. 483 § 1 K.c. wynika, że kara umowna jest swoistym zastrzeżeniem umownym. Zastrzeżenie to może być umieszczone praktycznie w każdej umowie, zarówno tej nazwanej, jak i w umowach nienazwanych, w umowach rezultatu jak i starannego działania. Nie ma również przeszkód,

aby kara umowna zastrzeżona została już we wzorcu umownym, bądź w innym akcie umownym niż ten, który kreuje stosunek zobowiązaniowy.

Wysokość świadczenia pieniężnego stanowiącego przedmiot kary umownej najczęściej określana jest kwotowo (jako kwota stała odnosząca się do poszczególnych naruszeń) albo procentowo (jako np. procent wartości danego świadczenia).

Z uwagi na to, że zakres odpowiedzialności z tytułu kar umownych pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności kontraktowej, przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej należy określać przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, do których należy zaliczyć: (1) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, (2) fakt poniesienia szkody oraz (3) związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą.

Symplifikacyjna funkcja kary umownej powoduje jednak konieczność zmodyfikowania ogólnych przesłanek odpowiedzialności kontraktowej mającą na celu ułatwienie dochodzenia roszczeń wynikających z kar umownych. Z tego też powodu powstanie obowiązku zapłaty kary umownej uzależnione jest wyłącznie od jednoczesnego wystąpienia dwóch przesłanek pozytywnych i braku wystąpienia przesłanek negatywnych. Pierwszą z przesłanek pozytywnych jest istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej, a drugą jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Skuteczność zastrzeżenia umownego dotyczącego kary umownej podlega badaniu w kontekście ewentualnych ograniczeń zasady swobody zawierania umów (art. 353 i K.c.),

obejścia prawa (art. 58 § 1 K.c.), czy też sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 K.c.),

Istotne znaczenie przy wykazaniu wystąpienia powyższych przesłanek ma rozkład ciężaru dowodowego, który został podzielony przez ustawodawcę w taki sposób, że wierzyciel zobowiązany jest do wykazania przesłanki pierwszej, natomiast obowiązek wykazania przez wierzyciela drugiej przesłanki został ograniczony wyłącznie do faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, do którego odnosi się zastrzeżona kara umowna. W odróżnieniu od ogólnych przesłanek dochodzenia odpowiedzialności kontraktowej wierzyciel nie został zobowiązany zarówno do wykazania faktu powstania szkody oraz jej wysokości, co jest przejawem funkcji symplifikacyjnej kary umownej, jak również do wykazania odpowiedzialności dłużnika.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż niektóre z postanowień zawartych w PU, odnoszące się do kar umownych,

35

naruszają przepisy prawa przewidując niejasne kryteria ich naliczenia, rażąco wygórowaną wysokość.

W szczególności, nieproporcjonalnie wysokie oraz zbyt restrykcyjnie określone kary umowne zostały ustanowione w art. 23 ust 1 pkt 1 lit. a) i b) PU. Ustalenie kar na poziomie 0,02% oraz 0,04% wartości zamówienia brutto, przy przewidywanej wartości zamówienia, stanowi kary na poziomie 24.600,00 zł i 49.200,00 zł za jeden dzień opóźnienia. 30 dni opóźnienia (co przy robotach budowlanych nie jest niestety okresem nieprawdopodobnym) prowadzić będzie do naliczenia kary umownej w wysokości 738.000,00 zł. Dodatkowe 24 dni opóźnienia (a więc łącznie 54 dni) prowadzić będą do naliczenia kary umownej przekraczającej wartość zysku osiągniętego przez Odwołującego w całym roku 2015 – tj. w kwocie 1.914.000,00 zł.

Mając na uwadze specyfikę kontraktu oraz jego pionierski charakter, ustanowienie kar umownych na tak wysokim poziomie stanowi dla wykonawcy olbrzymie ryzyko. Jak już bowiem wskazano wyżej, nieprzewidziane problemy przy realizacji inwestycji mogą skutkować nałożeniem na niego kar, które łącznie przekraczać będą jego majątek (maksymalna wysokość kar to, zgodnie z art. 23 ust. 4 PU, 20% Wynagrodzenia umownego brutto, tj. co najmniej 24.600.000,00 zł). Kary te są nieproporcjonalne do realiów rynkowych, nadmiernie zawyżone i godzą w zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołania wniósł o ich oddalenie argumentując jak niżej.

Na wstępie, w odpowiedzi na zarzuty obydwu odwołań, Zamawiający zauważył, że zgodnie z powszechnie przyjętym w doktrynie stanowiskiem w odniesieniu do zamówień publicznych, zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego. Umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne, co wynika z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym i to on, podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, określa istotne warunki przyszłej umowy. Uznaje się, że ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Naturalną konsekwencją działania w dobrze pojętym interesie publicznym jest dążenie do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców za należyte wykonanie zamówienia przez obciążenie ich ponadstandardowym – z punktu widzenia relacji między przedsiębiorcami – ryzykiem. Jest to szczególnie istotne w przypadku złożonych przedsięwzięć infrastrukturalnych, z jakim mamy do czynienia w Postępowaniu.

36

Zamawiający stwierdził, że błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Za dopuszczalną uznawana jest nawet taka sytuacja, w której wykonawcę obarczać będzie znaczna część ryzyka kontraktowego. W takiej sytuacji, co do zasady, zabezpieczenie interesów wykonawcy powinno być gwarantowane przez wkalkulowanie w cenę oferty ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka.

Zamawiający oświadczył, że w pełni świadomie przewidział zwiększoną odpowiedzialność wykonawców, licząc się z uwzględnieniem tego w cenach ofertowych. W jego ocenie istotne jest, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, wymagania określone w SIWZ pozwalają wykonawcom – będącym w założeniu profesjonalistami mogącymi wykazać się odpowiednim doświadczeniem w porównywalnych zadaniach (wszak powinni spełniać restrykcyjne warunki udziału w Postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia) – zidentyfikować zarówno oczekiwania Zamawiającego, jak i ryzyka na nich ciążące, w sposób pozwalający na właściwe przygotowanie w pełni porównywalnych ofert.

Sygn. akt KIO 1142/16

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający stwierdził, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 3 Pzp przez sposób sformułowania w art. 1 Umowy definicji pojęcia „Roboty”

Zamawiający wskazał, że definicja ta występuje także w umowach zawieranych przez niego z różnymi wykonawcami w latach poprzednich, które to umowy były już wielokrotnie przedmiotem kontroli Prezesa UZP. We wszystkich przypadkach uznana została poprawność umów, a Prezes UZP nie wniósł żadnych zastrzeżeń, na dowód czego Zamawiający przedstawił informacje o wynikach kontroli. Świadczenie wykonawcy polega na wykonaniu zaplanowanych robót budowlanych i prac instalacyjno-montażowych, jak również na wykonaniu wszystkich czynności, które mogą okazać się konieczne do prawidłowego spełnienia świadczenia umownego. Jak wynika z kontraktowej definicji robót czynności te polegają w szczególności (lecz nie wyłącznie) na dodatkowych usługach, pracach koordynacyjnych i rozruchowych. Przedmiot zamówienia został opisany zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp za pomocą Dokumentacji Projektowej oraz za pomocą dodatkowych wymagań Zamawiającego co jest zgodne z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób możliwie precyzyjny, co pozwala na pełne oszacowanie nakładu pracy i środków potrzebnych do osiągnięcia zamierzonego rezultatu, co pozostaje w zgodzie z art. 29 i art. 31 Pzp. Wiedza, doświadczenie i dorobek wykonawców zajmujących się profesjonalnie działalnością w branży robót budowlanych

37

w zakresie budowy rurociągów do przesyłu paliw płynnych (doświadczenie w tym zakresie było jednym z kryteriów kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do składania ofert) pozwala na dokonanie na tej podstawie prawidłowej analizy skali trudności przedsięwzięcia oraz antycypowanie zakresu niezbędnych prac i dostosowanie do tego swoich ofert. Ponadto Zamawiający wskazał, że głównym składnikiem zobowiązania wykonawcy, tak pod względem ilościowym, jak i finansowym, będzie wykonanie robót budowlanych związanych z układaniem gazociągu. Ten zakres został opisany precyzyjnie. Świadczenie wykonawcy obejmować będzie zarówno wykonanie robót głównych, jak i czynności i prac nieujętych wprost w Dokumentacji Przetargowej, które mogą być potrzebne do prawidłowego wykonania świadczenia wykonawcy, nawet jeśli nie były początkowo przewidywane. Z powyższych względów nie jest wskazane formułowanie zamkniętego katalogu takich czynności.

Zamawiający stwierdził, że nie można zgodzić się z Odwołującym, iż definicja Robót czy wskazane w odwołaniu postanowienia PU i OPZ nie dają wykonawcy pewności co do zakresu robót. Przedmiotem Umowy jest bowiem kompleksowe wykonanie inwestycji, przez co definicja Robót nie jest jedynym sposobem, w jaki Zamawiający definiuje przedmiot Umowy. Dodatkowo wskazał, że uwzględnienie wniosku Odwołującego co do zmiany definicji „Robót” nie wpłynie na zakres obowiązków wykonawcy wyłonionego w wyniku Postępowania – w dalszym ciągu będzie to kompleksowe zrealizowanie inwestycji. Uwzględnienie wniosku Odwołującego mogłoby wręcz ograniczyć konkurencję przez wyłonienie wykonawcy, który powyższą zmianę odczytałby jako zmianę zakresu przedmiotu Umowy. Definicja „Robót” w obecnym brzmieniu ma na celu jasne i jednoznaczne wskazanie zakresu prac składających się na przedmiot Umowy i jej zmiana mogłaby doprowadzić do odmiennych interpretacji, co z kolei byłoby niekorzystne zarówno dla Zamawiającego, jak i dla oferentów, ponieważ doprowadziłoby do zaoferowania przez poszczególnych wykonawców wynagrodzenia obliczonego na podstawie różnych zakresów prac.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i w zw. z art. 647 K.c. dotyczący art. 5 ust. 27 i 28 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 PU (urządzenia drenarskie)

Zamawiający wyjaśnił, że w Dokumentacji Projektowej zaprojektowano odbudowę urządzeń drenarskich w bardzo szerokim zakresie. Przedmiary robót zawierają pozycję 2.11 („Wykonanie przerwanych połączeń rurociągów drenarskich”). Dodatkowo, w celu właściwego określenia wartości kontraktu, Zamawiający wprowadził do Umowy odbudowę do 10 km niezainwentaryzowanej sieci drenarskiej, co jest wystarczającym zabezpieczeniem ewentualnej konieczności wykonania przez wykonawcę prac w tym zakresie. Niezależnie od powyższego, w przypadku przekroczenia wskazanego limitu, co – zdaniem Zamawiającego

38

– nie powinno mieć miejsca, biorąc pod uwagę długość sieci do odbudowy założoną przez projektanta, jest on uprawniony do udzielenia wykonawcy zamówień uzupełniających, co zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i przy szacowaniu wartości zamówienia.

Zamawiający wskazał na nieprawidłową interpretację PU przez Odwołującego. Zgodnie z art. 5 ust. 20 PU wykonawca będzie na jej podstawie zobowiązany do odbudowy określonej ilości mb sieci drenarskiej. Postanowienie art. 5 ust. 20 PU stanowi zatem uszczegółowienie postanowień Umowy w zakresie obowiązków wykonawcy i nie nakłada na niego w tym przypadku obowiązku odbudowy urządzeń drenarskich w zakresie większym niż tam wskazany.

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 5 ust. 27 PU, to w świetle wskazanych wyjaśnień jest on nieuzasadniony, dodatkowo przychylenie się do wniosku i wprowadzenie żądanej zmiany oznaczałoby pozbawienie tego postanowienia sensu, ponieważ wykonawca byłby zobowiązany do naprawy np. urządzeń drenarskich, które naprawił w trakcie realizacji inwestycji.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i oraz art. 647 i art. 651 K.c. przez nałożenie na wykonawcę obowiązków wynikających z art. 2 ust. 3 pkt 6 i 8, art. 3 ust. 13 pkt 18 oraz art. 5 ust. 1 pkt 17 PU, a także z pkt 3.8 OPZ

Zamawiający stwierdził, że kwestionowane klauzule umowne mają na celu zapewnienie by profesjonalny wykonawca, dysponujący doświadczeniem w realizacji robót budowlanych polegających na budowie gazociągów, dokonał weryfikacji warunków panujących na Terenie Budowy oraz przeanalizował Dokumentację Przetargową pod kątem wykonalności przyjętych przez projektanta rozwiązań projektowych i zgłosił Zamawiającemu ewentualne zastrzeżenia i uwagi, które mogą mieć wpływ na termin wykonania inwestycji lub realność wykonania części Inwestycji zgodnie z Dokumentacją Przetargową.

Ze od części Dokumentacji Zamawiający podał, oczekuje wykonawcy wskazania Przetargowej, które wykonawca, bazując na swoim doświadczeniu w zakresie realizacji robót budowlanych, uważa za problematyczne lub niewykonalne. Uzyskując powyższe zestawienie Zamawiający zakłada zgłoszenie ich do projektanta zastrzegając jednocześnie, że skutki wprowadzenia ewentualnych zmian do Dokumentacji Przetargowej nie obciążają wykonawcę. Ustalenie terminu 60 dni na przekazanie Zamawiającemu powyższego zestawienia ma na celu pozyskanie przez Zamawiającego wiedzy o konieczności wprowadzenia korekt do Dokumentacji Przetargowej w początkowej fazie realizacji Umowy przez wykonawcę, co umożliwi dochowanie terminu końcowego, co dla Zamawiającego jest kluczowym aspektem w ramach realizacji niniejszej Inwestycji. Ponadto Zamawiający stwierdził, że od wykonawcy będącego partnerem w realizacji niezwykle trudnego

39

i wymagającego przedsięwzięcia, jakim jest budowa gazociągu przesyłowego, oczekuje m.in. profesjonalnej weryfikacji dostępnych dokumentów i danych oraz ewentualnych uwag i to z tego względu daje wykonawcy dodatkowy okres 60 dni od daty zawarcia Umowy na pogłębioną analizę Dokumentacji Przetargowej. Zamawiający zasygnalizował, że jest to okres dodatkowy, bowiem wykonawca dysponuje pełną Dokumentacją Przetargową już na etapie przygotowania oferty, a także po wyborze oferty a przed zawarciem Umowy. W konsekwencji rzeczywisty czas na analizę Dokumentacji Przetargowej jest jeszcze dłuższy niż termin określony w art. 5 ust. 1 pkt 2 PU.

Z kolei pkt 3.8 OPZ ma na celu zobowiązanie wykonawcy do dokonania weryfikacji wykonanych przez projektanta badań geologiczno-hydrogeologicznych w celu stwierdzenia czy są one wystarczające do dokonania wyboru przez niego technologii prowadzenia robót ziemnych i odwodnieniowych i w razie potrzeby ich uzupełnienie, co wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w cenie oferty jako ryzyko wykonawcy. Zamawiający stanowczo podkreślił, że przekazana Dokumentacja Projektowa jest kompletna i nie wymaga uszczegóławiania przez Projektanta, który sporządził ją zgodnie z obowiązującymi przepisami, jednakże nie narzuca wykonawcy zastosowania konkretnych technologii i urządzeń do prowadzenia robót ziemnych i odwodnieniowych poza przypadkami wyraźnie określonymi w Dokumentacji Projektowej (przewierty HDD, przewierty i przeciski poziome itp.). Dobór metod prowadzenia robót jest obowiązkiem wykonawcy w zakresie zgodnym z Prawem Budowlanym, a zatem do niego należy również decyzja o konieczności (lub jej braku) wykonania dodatkowych badań gruntu.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, w zakresie art. 5 ust. 1 pkt 2 i art. 5 ust. 28 PU, że obowiązki wynikające ze wskazanych postanowień stanowią rozszerzenie obowiązków ciążących na wykonawcy na podstawie art. 651 K.c. Takie rozszerzenie obowiązków wykonawcy jest możliwe, pod warunkiem jednoznacznego ich określenia w umowie. Należy również wskazać, że ani art. 647, ani art. 651 K.c. nie stanowią przepisów bezwzględnie obowiązujących, a zatem nie wykluczają umownego ich modelowania, zwłaszcza w zakresie obowiązków stron, o ile nie jest to sprzeczne z przepisami K.c. oraz właściwością stosunku prawnego. Przyjąć zatem należy, że art. 651 K.c. zakłada jedynie pewne minimum ustawowych zobowiązań wykonawcy. Nie jest to tożsame z zakazem umownego uregulowania zobowiązań wykonawcy w szerszym zakresie i nałożenie na niego na mocy umowy, nie ustawy, dodatkowych obowiązków. W ramach swobody umów możliwe jest umowne przyjęcie przez wykonawcę obowiązków wykraczających poza normę art. 651 K.c., w tym również w zakresie związanym z weryfikacją Dokumentacji Projektowej w zakresie szerszym niż ustawowe minimum.

Odnosząc się do kwestionowanego przez Odwołującego obowiązku ponoszenia odpowiedzialności i kosztów za rozpoznanie terenu, warunków gruntowowodnych, itp.

40

Zamawiający podał, że również charakter inwestycji (tj. inwestycja liniowa o długości ok. 32,5 km wiążąca się z posadowieniem obiektu pod ziemią) uzasadnia taki rozkład ryzyka kontraktowego.

Zamawiający stwierdził, że charakter przedmiotowej inwestycji tym bardziej uzasadnia opisanie przedmiotu zamówienia bez wskazania wprost wszystkich prac koniecznych do wykonania, a jedynie przez wskazanie jej rezultatu i uszczegółowienie go niezamkniętą listą obowiązków wykonawcy.

W zakresie wniosku Odwołującego co do zmiany art. 2 ust. 3 pkt 6 i pkt 8 Zamawiający oświadczył, że ww. postanowienia w obecnym brzmieniu nie są sprzeczne z prawem czy właściwością umowy, a zatem wniosek ten jest bezpodstawny.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o wykreślenie postanowienia art. 3 ust. 13 pkt 18 Umowy Zamawiający wskazuje, że wniosek ten jest bezpodstawny, ponieważ ww. postanowienie nie jest sprzeczne z prawem czy właściwością umowy. Dodatkowo, z uwagi na fakt, że Umowa i tak przewiduje kompleksowe wykonanie inwestycji, jego usunięcie nie wpłynie na zakres świadczeń wykonawcy, a może jedynie co do tego zakresu wprowadzić niepewność.

W zakresie wniosku Odwołującego o modyfikację art. 5 ust. 1 pkt 2 PU Zamawiający podał, że wobec wykazania dopuszczalności rozszerzenia zakresu obowiązków wykonawcy ponad te wskazane w art. 651 K.c, wniosek jest bezpodstawny.

W zakresie wniosku Odwołującego o wykreślenie postanowienia art. 5 ust. 1 pkt 17 Umowy Zamawiający wskazał, że wniosek ten jest bezpodstawny, ponieważ ww. postanowienie nie jest sprzeczne z prawem czy właściwością umowy. Dodatkowo, z uwagi na fakt, że i tak przewiduje ona kompleksowe wykonanie inwestycji, jego usunięcie nie wpłynie na zakres świadczeń wykonawcy, a może jedynie co do tego zakresu wprowadzić niepewność.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353⁵ oraz art. 647 i art. 119 K.c. przez włączenie do PU postanowień art. 4 ust. 10-14.

Zamawiający wyjaśnił, że oczekuje od wykonawcy bieżącego monitorowania postępu prac i analizowania sytuacji pod kątem wpływu bieżących okoliczności na umowne terminy wykonania robót. Takie działania wykonawcy są zwyczajowo spotykane na rynku, czego przykładem są rozpowszechnione umowy oparte na wzorcach kontraktowych organizacji FIDIC. Zastosowanie tego rodzaju klauzul stanowi wyraz profesjonalizmu w realizacji zaciągniętych zobowiązań. Nie powinno być wobec tego traktowane jako coś ponadstandardowego.

41

Postanowienia art. 4 ust. 11-14 PU w żaden sposób nie modyfikują ustawowych terminów przedawnienia roszczeń, a jedynie określają zakres odpowiedzialności stron Umowy i sposób, w jaki wykonawca może się od odpowiedzialności z tytułu opóźnienia w realizacji Umowy ekskulować. Zgodnie z art. 4 ust. 14 PU jeżeli wykonawca nie dopełni warunków, o których mowa w ust. 10-11 powyżej, uznaje się, że wykonawca ocenił i zdecydował, że skutki danej okoliczności nie mają wpływu na dochowanie terminu realizacji inwestycji, a ewentualne koszty z tym związane mieszczą się w wynagrodzeniu. *A contrario* – ww. postanowienia nie mają na celu pokrzywdzenia wykonawcy przez uszczuplenie jego ustawowych uprawnień, a przeciwnie – mają umożliwić mu uniknięcie poniesienia odpowiedzialności z tytułu opóźnienia w realizacji Umowy. Natomiast 7-dniowy termin na powiadomienie Zamawiającego o okolicznościach mających wpływ na dochowanie terminu realizacji inwestycji stanowi rezultat wyważenia interesu wykonawcy (co do możliwości ekskulowania się od opóźnienia) i interesu Zamawiającego, który stanowi tak naprawdę interes publiczny. Należy bowiem zwrócić uwagę, że budowa gazociągu Czeszów-Kielców stanowi inwestycję towarzyszącą inwestycjom w zakresie terminalu w rozumieniu ustawy z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu. Tym ważniejsze jest zatem zawarcie przez Zamawiającego umowy na generalną realizację ww. inwestycji na warunkach umożliwiających sprawne i terminowe jej zrealizowanie.

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę terminu określonego w art. 4 ust. 11 PU 7 do 20 dni nie został on uwzględniony. Odwołujący ograniczył się do zakwestionowania tej instytucji co do zasady, powód wydłużenia terminu nie został natomiast w ogóle przedstawiony, wniosek nie powinien zatem zostać uwzględniony.

Uwzględnienie wniosku o wykreślenie art. 4 ust. 13-14 PU spowoduje z kolei powstanie wątpliwości w zakresie skutków wywołanych zgłoszeniem Zamawiającemu okoliczności mogących zagrażać terminowi realizacji Umowy. Z całą pewnością taka niepewność jest niekorzystna dla wykonawcy i celowym jest pozostawienie ww. zapisów, aby możliwe było uniknięcie przez wykonawcę odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji inwestycji, w przypadku prawidłowego zastosowania procedury z art. 4 ust. 11-14 PU.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp w zw. z art. 353 i oraz art. 647 i art. 651 K.c. przez ustalenie w art. 5 ust. 1 pkt 4 PU obowiązku zapewnienia nadzoru archeologicznego oraz wykonania badań ratunkowych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy, co znajduje wyraz w art. 13 PU. Oznacza to, że wynagrodzenie obejmować będzie cały zakres świadczenia określony w Umowie i Dokumentacji Przetargowej. Ten rodzaj wynagrodzenia polega na ustaleniu określonej kwoty, za którą wykonawca realizuje

42

wszystkie zaplanowane roboty, niezależnie od ich rzeczywistego rozmiaru oraz kosztu. Obie strony ponoszą zatem ryzyko związane z wystąpieniem różnic między planowanym a rzeczywiście wykonanym zakresem pracy. Dla wykonawcy jest to ryzyko konieczności wykonania większej niż zakładana ilości pracy. Dla Zamawiającego zaś jest to ryzyko zapłacenia wynagrodzenia wyższego w stosunku do rzeczywiście wykonanej pracy w przypadku gdy jest ona mniejsza od zakładanej. Tego rodzaju sposób rozliczenia między stronami jest często spotykany na rynku usług budowlanych, w tym w realizacji inwestycji publicznych. Od wykonawcy jako profesjonalisty w dziedzinie budownictwa, dysponującego doświadczeniem w realizacji inwestycji polegających na budowie gazociągów, wymaga się by przygotował ofertę nie tylko w wyniku starannej analizy dostępnej Dokumentacji Przetargowej, ale również z uwzględnieniem ryzyka związanego m.in.

z ewentualnym odkryciem nowych stanowisk archeologicznych. Możliwość nałożenia takiego ryzyka na wykonawcę, zwłaszcza w przypadku inwestycji liniowych, z całą pewnością mieści się w dopuszczalnych granicach

Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z PU,

w realizacji Umowy będące wystąpienie udokumentowanych opóźnień

skutkiem

prowadzenia prac archeologicznych stanowi przesłankę do zmiany terminu realizacji Umowy.

Zarzut naruszenia art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1

Pzp w zw. z art. 353 i oraz art. 647 i art. 651 K.c. przez nałożenie na wykonawcę

obowiązków wynikających z art. 5 ust. 28 Umowy

Zamawiający przytoczył zapatrywania Odwołującego na charakter wynagrodzenia i stwierdził, że nie oznacza on jednak możliwości swobodnego modyfikowania zakresu umowy w trakcie jest wykonywania. Przepisy Pzp mówiące o konieczności dokładnego opisanie przedmiotu umowy nie wyłączają możliwości uzgodnienia w kontrakcie

za jego interpretuje ryczałtowego wynagrodzenia wykonanie. Odwołujący błędnie postanowienie art. 5 ust. 28 PU jako możliwość dokonywania przez Zamawiającego dowolnych zmian na dalszych etapach realizacji Inwestycji. Zasady dokonywania zmian PU zostały uregulowane w jej art. 24. Z kolei art. 5 ust. 28 PU odnosi się do zmian, których inicjatorem byłby wykonawca. Zatem to on miałby decydujący wpływ na ich zakres i koszt oraz ewentualne skutki dla terminów kontraktowych.

Wniosek Odwołującego o zmianę art. 5 ust. 28 Pzp, w świetle wskazanych wyjaśnień, jest on nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139

ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i oraz art. 647 i art. 651 K.c. przez nałożenie na wykonawcę

obowiązków wynikających z art. 13 ust. 6 PU

43

Zamawiający stwierdził ponownie, że wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy co znajduje wyraz w art. 13 PU. Oznacza to, że wynagrodzenie obejmować będzie cały zakres świadczenia Wykonawcy określony w Umowie i Dokumentacji Przetargowej. Od wykonawcy jako profesjonalisty w dziedzinie budownictwa, w realizacji inwestycji na budowie dysponującego doświadczeniem polegających gazociągów, wymaga się by przygotował ofertę w wyniku starannej analizy dostępnej Dokumentacji Przetargowej. Dokumentacja ta została sporządzona w oparciu o istniejącą dokumentacją Terenu Budowy oraz profil geologiczny wykonany na podstawie typowych założeń dla obszaru wchodzącego w skład Terenu Budowy. Cechą charakterystyczną inwestycji budowlanych prowadzonych na dużą skalę i na rozległym terenie (łączna długość przedmiotowego gazociągu to ok.32,5 km) jest znaczny stopień komplikacji i wielka ilość czynników wpływających na proces planowania oraz realizacji robót. Okoliczności te występują przy realizacji wszystkich inwestycji liniowych i z tego względu każdy przedsiębiorca zajmujący się profesjonalnie wykonawstwem tego typu przedsięwzięć winien być z nimi dobrze obeznany. Ta wiedza i doświadczenie umożliwiają odpowiednią weryfikację przedstawionej Dokumentacji Przetargowej oraz identyfikację występujących w niej ewentualnych braków, błędów, niedoszacowań itp. Wykonawca winien jednak zaakceptować pewien stopień ryzyka polegającego na tym, że nawet jemu jako doświadczonemu profesjonalście może być trudno dostrzec z wyprzedzeniem wszystkie możliwe braki Dokumentacji Przetargowej.

Zamawiający podkreślił, że celem wprowadzenia do Umowy postanowień art. 13 ust. 6 PU jest zmotywowanie wykonawców do rzetelnego skalkulowania swoich ofert i poprzedzenia ich złożenia dogłębną analizą Dokumentacji Przetargowej. Takie stanowisko Zamawiającego jest na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych jak najbardziej dopuszczalne i służy ochronie konkurencji. Intencją Zamawiającego jest uzyskanie w Postępowaniu ofert, które będą uwzględniały wszelkie możliwe ryzyka i nie będą narażały Zamawiającego na roszczenia o wypłatę dodatkowego wynagrodzenia, którymi wyłoniony wykonawca starałby zrekompensować sobie niedoszacowanie swojej oferty (dzięki czemu uzyskał przewagę nad pozostałymi wykonawcami).

Podsumowując, przyjęcie w Umowie wynagrodzenia ryczałtowego uwzględniającego wszystkie ryzyka wykonawcy ma na celu ochronę konkurencji poprzez wymuszenie na wykonawcach dogłębnej analizy Dokumentacji Przetargowej i rzetelnego skalkulowania

składanych ofert, tak by wykonawcy nie zakładali zaniżenia oferty, a następnie rekompensaty w drodze roszczeń o wynagrodzenie dodatkowe.

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 13 ust. 2 pkt 2 Umowy, Zamawiający wskazał, że wprowadzenie żądanej zmiany pozbawiłoby to postanowienie sensu.

44

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 13 ust. 6 PU Zamawiający uznał, że w świetle przedstawionych wyjaśnień jest on nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 353 i K.c. przez nałożenie na wykonawcę obowiązków wynikających z art. 18 ust. 8 PU

Zamawiający oświadczył, że jego intencją jest, aby zgodnie z postanowieniami PU wykonawca udzielił Zamawiającemu 3-letniej gwarancji na całość Inwestycji, w tym zarówno na wykonane przez siebie Roboty, jak również wszelkie dostarczone przez niego i wbudowane urządzenia. Celem zaskarżonych postanowień jest uzyskanie zabezpieczenia gwarancyjnego w formie rozszerzonej w stosunku do standardowych okresów gwarancyjnych udzielanych przez producentów poszczególnych urządzeń zwykle ustalanych na 12 miesięcy. Rolą wykonawcy jest dokonanie zakupu na potrzeby realizacji Inwestycji urządzeń od tych producentów, którzy zapewnią rozszerzoną gwarancję na prawidłową pracę urządzeń lub udzielenie takiej gwarancji bezpośrednio przez wykonawcę, co powinien uwzględnić w cenie oferty jako ryzyko. Zamawiający zastrzegł, że czynności serwisowe, o których mowa w kwestionowanym postanowieniu obejmują wyłącznie zdarzenia, które zostaną określone do dokumentacji Urządzeń, które zostaną dopiero zakupione przez wykonawcę, w związku z czym nie jest możliwe ich enumeratywne wymienienie w Umowie. Ponadto, wykonawca jest zobowiązany do wykonywania czynności serwisowych, które w Dokumentacji Urządzeń zostały wyraźnie zastrzeżone do wykonania wyłącznie przez przedstawicieli ich producenta lub wykonawcy albo w przypadku stwierdzenia Wady, która uniemożliwia korzystanie z danego urządzenia zgodnie z jego przeznaczeniem i instrukcją obsługi. Wszelkie czynności eksploatacyjne opisane w dokumentacji Urządzeń i niezastrzeżone do wykonania przez przedstawicieli ich producenta lub wykonawcy będą realizowane przez służby własne Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że żądana przez Odwołującego zmiana jest nieuzasadniona.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 353 i K.c. przez nałożenie na wykonawcę obowiązków i ograniczeń wynikających z art. 20 PU, w szczególności art. 20 ust. 2, ust. 5 lit. e, g, j, k, n, q PU (tabela nr 2) oraz ust. 5 pkt 11 Umowy (tabela nr 2)

Zamawiający wyjaśnił, że:

1. art. 20 ust. 2 PU stanowi kontraktową aplikację zasad odpowiedzialności wynikających z art. 434 oraz art. 652 K.c. – wg. tych przepisów to wykonawca robót ponosi odpowiedzialność za teren budowy oraz znajdujące się na nim urządzenia i materiały, a także za ewentualne szkody w mieniu osób trzecich,

45

2. art. 20 ust. 5 pkt 9 lit. e), g), j), k), n) oraz q) PU – z uwagi na treść art. 20 ust. 5 pkt 5 Umowy w zw. z art. 20 ust. 5 pkt 9 PU dla wskazanych przez Odwołującego ryzyk limitem odpowiedzialności ubezpieczyciela jest wysokość sumy gwarancyjnej; nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego dotyczącym zasadności wprowadzenia podlimitów odpowiedzialności dla wskazanych ryzyk, dla których w PU nie wprowadzono takiego ograniczenia odpowiedzialności; wymagania w tym zakresie zostały opracowane na podstawie analizy ryzyka i doświadczeń związanych z wcześniej prowadzonymi inwestycjami tego typu; argument Odwołującego dotyczący braku limitów odpowiedzialności dla wskazanych ryzyk nie ma żadnego związku z przedmiotem odwołania i wynika ze niewłaściwej postanowień PU; prawdopodobnie interpretacji limity odpowiedzialności dla wszystkich ryzyk zostały określone, a tylko dla niektórych ryzyk – wskazanych w pkt. 9 – Zamawiający dopuszcza zastosowanie podlimitów odpowiedzialności; wymagania te są jednoznaczne i jednakowe dla

wszystkich oferentów,

3. art. 20 ust. 5 pkt. 11 PU – Zamawiający zakwestionował stanowisko Odwołującego, który podnosi, że postanowienie ma charakter nieostry, ponieważ odnosi się do aktualnej praktyki rynkowej; obecnie stosowane przez zdecydowaną większość ubezpieczycieli działających na polskim rynku, ogólne warunki ubezpieczenia (dalej: „OWU”) odpowiedzialności cywilnej posługują się zbliżonym, lub wręcz jednolitym katalogiem wyłączeń; OWU te są również powszechnie dostępne; katalog ten jest zatem znany oferentom lub mają oni możliwość, bez większych trudności, jego ustalenia; jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że ze względu na charakter ubezpieczenia OC (all risk), wprowadzenie jednego, stałego i uniwersalnego katalogu wyłączeń jest niemożliwe; z uwagi na pozostałe zapisy umów ubezpieczenia OC (wyrażone na polisie lub OWU) zastosowanie wyłączenia w konkretnym, wskazanym przez Zamawiającego, brzmieniu może stanowić dla oferenta (jego ubezpieczyciela) poważną trudność; argument Odwołującego odnoszący się do różnej wyceny ryzyka związanego z ubezpieczeniem poszczególnych wykonawców nie ma żadnego związku z przedmiotem odwołania; zakres ubezpieczenia jakiego wymaga Zamawiający został wskazany jednoznacznie na takim samym poziomie dla wszystkich wykonawców; różna wycena ryzyka związanego z zawarciem umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej poszczególnych wykonawców dokonana przez ubezpieczycieli będzie wynikać nie z odmiennych warunków ubezpieczenia tylko z charakterystyki prowadzonej przez nich działalności wyrażającej się m.in. w wysokości generowanych obrotów,

46

dotychczasowego doświadczenia w wykonywaniu prac objętych umową ubezpieczenia, historii szkodowej itp.; to te czynniki będą powodowały, że dwaj wykonawcy mogą otrzymać różne warunki cenowe za zawarcie ubezpieczenia z takim samym zakresem i przedmiotem ubezpieczenia u tego samego ubezpieczyciela; z podobną sytuacją wykonawcy spotykają się na innych rynkach niż ubezpieczeniowy; wobec powyższego zarzut Odwołującego dotyczący braku możliwości zakupu usług (w tym ubezpieczeń) i materiałów po takich samych cenach jak jego konkurenci i wobec tego braku możliwości złożenia przez wykonawców porównywalnych ofert, jest bezpodstawny.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 353 i . oraz art. 480 K.c. przez określenie zasad rozliczenia kosztów wykonania zastępczego w art. 29 ust. 7 PU

Zamawiający wskazał, że niezgodność kontraktowej zasady obciążania wykonawcy kosztami wykonania zastępczego z przywołanymi przepisami K.c. nie występuje. Rzekomej niezgodności postanowień PU Odwołujący nie uzasadnił. Przepis art. 480 K.c. wyraźnie wskazuje, że zamawiający nie tylko może wykonania czynności na koszt wykonawcy, ale również zachowuje dodatkowe roszczenia odszkodowawcze, jeżeli nienależyte wykonania przez wykonawcę umowy lub konieczność skorzystania z wykonania zastępczego spowodują u Zamawiającego powstanie straty. Żądanie przez Odwołującego ograniczenia roszczeń Zamawiającego w przypadku uruchomienia procedury wykonania zastępczego jedynie do różnicy kosztów wykonania zastępczego i kwoty, jaką wykonawca otrzymałby za prawidłowe wykonania tej części Umowy, stanowi daleko idące ograniczenie kodeksowej ochrony Zamawiającego na wypadek nienależytego wykonywania Umowy przez wykonawcę.

Zamawiający podał ponadto, że art. 480 K.c. nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, a strony mogą swobodnie kształtować swoje wzajemne stosunki umowne związane z przesłankami i zasadami realizacji oraz rozliczania wykonania zastępczego, co jest stałą praktyką rynkową. Proponowane przez Odwołującego przerzucenie większości kosztów wykonania zastępczego na Zamawiającego jest nieuzasadnione i prowadzi do utraty przez postanowienia Umowy w zakresie wykonania zastępczego ich zasadniczej funkcji, tj. możliwości zapewnienia prawidłowej i terminowej realizacji inwestycji w przypadku nienależytego jej wykonywania przez Wykonawcę.

Art. 29 ust. 7 PU wskazuje że Zamawiający będzie miał prawo do obciążenia wykonawcy kosztami spełniającymi dwa warunki: udokumentowanymi oraz związanymi

z wykonaniem zastępczym. W dalszej części kontestowanej przez Odwołującego klauzuli umownej znajduje się przykładowe wyliczenie kosztów jakie zazwyczaj stanowią typowe

47

składniki szkody ponoszonej przez inwestora w przypadku konieczności zlecenia wykonania zastępczego, w tym m. in. uzyskanie decyzji administracyjnych [wymaganych dla wykonawcy zastępczego], zakup materiałów oraz wynagrodzenia wykonawcy zastępczego.

W pozostałym zakresie Zamawiającemu przysługiwać będą roszczenia odszkodowawcze.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 353 i K.c. przez nałożenie na wykonawcę obowiązków wynikających z pkt 3.3 OPZ

Zamawiający podał, że sporządzenie wszelkich wymaganych odpowiednimi przepisami dokumentów niezbędnych do realizacji inwestycji, co do których Zamawiający nie zadeklarował wprost iż to on odpowiada za ich sporządzenie lub uzyskanie, mieści się w zakresie innych niż roboty główne czynności, do wykonania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach realizacji Umowy. Ze względu na to, iż przedmiot Umowy stanowi typowy zakres pracy podejmowanej przez wykonawcę w ramach realizacji inwestycji liniowych Zamawiający może uważać go za doświadczonego profesjonalistę w tym zakresie. Od profesjonalisty należy oczekiwać, że zakres dokumentów jakie należy sporządzić podczas realizacji tego rodzaju inwestycji jest mu znany lub co najmniej możliwy do przewidzenia. Zatem Wykonawca może oszacować ilość, rodzaj i koszt przygotowania takich dokumentów jak i czas niezbędnych do ich sporządzenia.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Odwołujący nie kwestionuje prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie jakichkolwiek braków, błędów czy nieścisłości w dokumentacji projektowej czy specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a jedynie przez sugerowanie (co Zamawiający kwestionuje co do zasady), że wskazane postanowienia PU, czy OPZ wskazują na przerzucenie odpowiedzialności za ewentualne ww. braki, błędy bądź nieścisłości na wykonawcę. Wobec tego nieuprawnione i w pełni bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy przygotowywaniu Postępowania. W szczególności nie sposób uznać, że Odwołujący udowodnił jakiegokolwiek uchybienia Zamawiającego w tym zakresie.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący również w tej części odwołania błędnie interpretuje sposób, w jaki Zamawiający opisał przedmiot Umowy.

a tym jest Przedmiotem Umowy, samym przedmiotem zamówienia, kompleksowe zrealizowanie określonej inwestycji. Taki sposób opisu przedmiotu umowy jest zgodny z konstrukcją umowy o roboty budowlane przewidzianą art. 647 K.c., który zakłada, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu. Wobec tego obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie samego obiektu

48

budowlanego, w przypadku zamówień publicznych za pomocą opracowań wskazanych powyżej (których prawidłowości Odwołujący nie kwestionuje). Zamawiający w przypadku tego typu umowy nie ma obowiązku, a nawet nie ma możliwości enumeratywnie wymienić wszystkich, szczegółowych obowiązków wykonawcy. Właśnie na tym w swej istocie polega umowa na generalną realizację inwestycji, tj. wykonawca realizuje ją w całości, kompleksowo.

Wniosek o wykreślenie pkt 3.3 i 3.8 OPZ jest zatem nieuzasadniony.

Zamawiający nadmieniał, że wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego, z wyjątkiem zarzutu wobec art. 5 ust. 1 pkt 4 PU, były już przedmiotem orzeczenia Izby, która wyrokiem z dnia 5 lipca 2016 r. (sygn. akt KIO 1101/16) oddaliła w całości odwołanie o niemal identycznej treści, wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Porr Polska Infrastructure S.A. oraz OT INDUSTRIES-KW CONTRACTOR CO. LTD, w prowadzonym równolegle przez Zamawiającego analogicznym postępowaniu dotyczącym budowy gazociągu Lwówek-Odolanów.

Sygn. akt KIO 1150/16

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów podniesionych przez Odwołującego

Zamawiający stwierdził, co następuje.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów podniesionych przez Odwołującego, należy zauważyć, co następuje.

1.1

Odnosnie rzekomych braków w zakresie dokumentacji geologicznej Zamawiający wskazał, że Dokumentacja Projektowa została opracowana przez Projektanta w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, w tym m.in. zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 27 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych oraz normą PN-EN 1997-2: Eurokod 7: Projektowanie geotechniczne – Część 2: Rozpoznanie i badanie podłoża gruntowego – badania podłoża gruntowego, które wskazuje, iż badania te wykonuje się etapowo:

1. badania wstępne mające na celu wybór lokalizacji i koncepcji budowli – wykonana została opinia geotechniczna,
2. badania do celów projektowania – wykonana została dokumentacja badań podłoża gruntowego oraz dokumentacja geologiczno-inżynierska,
3. kontrola i monitoring – wykonane zostaną podczas prowadzenia robót budowlanych.

49

Dla przedmiotowego gazociągu, wykonano 169 otworów badawczych (ich lokalizacja wynika z mapy załączonej do Dokumentacji badania podłoża gruntowego) oraz dodatkowo 39 otworów, zgodnie z Dokumentacją badań podłoża gruntowego uzupełniającą.

W ramach Dokumentacji Przetargowej Zamawiający przekazał wszystkim uczestnikom Postępowania również opracowaną pełną geologiczno- inżynierską dla potrzeb projektowanego gazociągu, która została zatwierdzona na mocy decyzji administracyjnej Marszałka Województwa Dolnośląskiego nr 1/2016.

Wykonawca robót jest zobowiązany do sprawdzenia, czy podłoże budowlane odpowiada założonym warunkom. Projektant w Dokumentacji Projektowej wskazał, które odcinki trasy gazociągu wymagają szczególnego potwierdzenia warunków geologicznych, co jest zgodne z zasadami Dokumentowania podłoża opisanego w normie PN-EN 1997-2. Wyraźne wskazanie odcinków wymagających zweryfikowania budowy geologicznej pozwala zmniejszyć ryzyko wykonawcy. W Dokumentacji Projektowej podano dokładnie ilość otworów oraz głębokość badań geologicznych, które należy wykonać, co pozwala oszacować zarówno zakres jak i koszt tych prac.

1.2.

W ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący braku regulacji sytuacji, kiedy Dostawy Inwestorskie będą wadliwe lub opóźnione, jest niezasadny.

W art. 24 ust. 2 pkt 4 PU („Przesłanki zmiany umowy”) przewidziano możliwość zmiany terminu Umowy w sytuacji opóźnień w przekazaniu Dostaw Inwestorskich. Wobec powyższego nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie uregulował sytuacji, kiedy Dostawy Inwestorskie będą wadliwe lub opóźnione.

z 12 ust. 3 pkt 4 Zamawiający podał, że zgodnie art. PU w toku Odbioru Dostaw Inwestorskich, wykonawca potwierdzi dokonanie kontroli Dostaw Inwestorskich w zakresie jakościowym i ilościowym. Tym samym, w przypadku uzasadnionych zastrzeżeń wykonawcy np. co do jakości przedmiotu dostaw, wykonawca będzie uprawniony do odmowy odbioru Dostaw Inwestorskich. To z kolei oznacza, że równoważne w skutkach będzie przygotowanie przez Zamawiającego Dostaw Inwestorskich wadliwych, jak i opóźnienie w przygotowaniu ich do odbioru w ogóle. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Umowy, w przypadku opóźnień w przekazaniu Dostaw Inwestorskich, wykonawca uprawniony będzie do wystąpienia z wnioskiem o zmianę Umowy w zakresie terminów jej realizacji. Tym samym nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego wskazanym w pkt 1.2 odwołania.

50

1.3

W ocenie Zamawiającego opis zarzutu wobec pkt 3.25.8 OPZ jest nieprecyzyjny i nie

pozwała w pełni odczytać jego treści. Odwołujący nie wskazuje w jakim zakresie Zamawiający pominął czy też naruszył postanowienia „Specifications and requirements for intelligent pig inspection of pipelines, Version 2009” opublikowane przez Pipeline Operators Forum i w jakim zakresie przekłada się to na niemożność dokładnego odczytania zakresu przyszłego zobowiązania Odwołującego. Postanowienia Dokumentacji Przetargowej, w szczególności PU i OPZ są spójne i wewnętrznie niesprzeczne, również w zakresie postanowień dotyczących operacji tłokowania. W punkcie 3.25 OPZ sprecyzowano rodzaje tłokowania, które powinny być wykonane na etapie Odbioru Eksploatacyjnego – są to badania tłokiem geometryczny i mapping. W pkt 6.7.2 dokumentu „Specifications...” wskazano co powinien zawierać raport z badania tłokiem geometrycznym. Skoro Zamawiający nie określił, żadnych dodatkowych wymagań co do raportu tłoka geometrycznego, które zgodnie z przywołanym punktem publikacji mogą (co należy odczytywać jako uprawnienie, a nie obowiązek) być ustalone pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, to oznacza to, iż wymaga dla raportu z przebiegu tłoka geometrycznego tylko wymagań określonych w ww. punkcie dokumentu (czyli w zakresie właściwym dla badania tłokiem geometrycznym). W związku z powyższym wykonawca, tworząc raport końcowy badania gazociągu, powinien odnieść się do tych zapisów przywołanego opracowania, które odnoszą się do zakresu, w jakim Zamawiający zobowiązał wykonawcę do jego stosowania (w sposób analogiczny rozstrzygnięto kwestię badania tłokiem magnetycznym, co ma odzwierciedlenie w dalszych postanowieniach OPZ).

2.1.

W zakresie zarzutu związanego z definicją „Robót” Zamawiający zasadniczo powtórzył argumentację z odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16.

2.2.

Zarzut wobec art. 4 ust. 13 i 14 PU Zamawiający uznał za bezzasadne.

Poza argumentacją przywołaną w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16 Zamawiający stwierdził, że wykreślenie art. 4 ust. 13-14 PU zrodzi wątpliwość, jakie skutki wywołuje zgłoszenie Zamawiającemu okoliczności mogących zagrażać terminowi realizacji Umowy. Z całą pewnością taka niepewność jest niekorzystna dla wykonawcy i celowym jest pozostawienie tych postanowień, aby możliwe było uniknięcie przez wykonawcę odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji inwestycji, w przypadku prawidłowego zastosowania procedury z art. 4 ust. 11-14 PU.

51

2.3.

Zarzut wobec art. 5 ust. 1 pkt 2 PU

Zamawiający przytoczył argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16 i sprecyzował, że wykonawcy dysponują Dokumentacją Projektową od 17 czerwca 2016 r.

2.4.

Zarzut wobec art. 5 ust. 21 PU

Zgodnie z art. 5 ust. 21 Umowy, Wykonawca zobowiązany będzie do naprawienia szkód poniesionych przez Zamawiającego i osoby trzecie w wyniku okoliczności, o których mowa w tym ustępie tj. efekty wywołane prowadzeniem robót (hałas, zanieczyszczenie itp.). Postanowienie to stanowi kontraktową emanację zasady odpowiedzialności profesjonalisty za szkody wyrządzone w związku z powierzeniem mu wykonania określonego zobowiązania umownego wyrażonej w art. 429 K.c. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, jakoby na podstawie art. 5 ust. 21 Umowy Zamawiający przerzucał na wykonawcę obciążające go ryzyka. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia publicznego zostały ukształtowane w taki sposób, iż z całą pewnością wykonawca będzie profesjonalistą trudniącym się w zakresie swojej działalności zawodowej czynnościami powierzonymi mu na podstawie Umowy. Tym samym Zamawiający nie będzie ponosił tzw. winy w wyborze i szkody wyrządzone podczas wykonywania Umowy obciążać będą Wykonawcę.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że taki rozkład odpowiedzialności jest typowy dla umowy o roboty budowlane. Zgodnie z art. 652 K.c. wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody wynikłe na terenie budowy pod warunkiem jego protokolarnego przejęcia. Zgodnie z art. 6 ust. 2 PU, Teren Budowy będzie protokolarnie przekazany wykonawcy. Wobec tego art. 5 ust. 21 Umowy jest odzwierciedleniem postanowień art. 652 k.c. i jako taki nie może być uznany za sprzeczny z przepisami prawa, nieprecyzyjny czy naruszający

zasady uczciwej konkurencji.

2.5.

W zakresie zarzutu wobec art. 5 ust. 28 PU Zamawiający powtórzył argumentację z odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16.

2.6. i 2.7.

W zakresie zarzutu wobec art. 13 ust. 3 pkt 13 i art. 13 ust. 6 PU Zamawiający powtórzył argumentację z odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16.

52

2.8.

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 15 ust. 4 i 5 PU Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nieprawidłowo odczytuje postanowienia PU. Zgodnie z art. 15 ust. 4 PU, zrzeczenie obejmuje jedynie te roszczenia, które nie zostały wskazane we wniosku o płatność końcową. Natomiast wyłączenie odpowiedzialności Zamawiającego określone w art. 15 ust. 5 PU nie dotyczy roszczeń złożonych zgodnie z art. 14 ust. 3 PU, zgodnie z którym wykonawca będzie miał obowiązek uwzględniać w każdym wniosku o płatność wszelkich roszczeń o zapłatę z tytułu części inwestycji, której dotyczy płatność (analogicznie we wniosku o płatność końcową w zakresie całej inwestycji). Wobec powyższego kwestionowane przez Odwołującego postanowienia PU nie zmuszają wykonawcy do zrzekania się wszelkich swoich roszczeń, a jedynie mają na celu zdyscyplinowanie go i występowanie ze wszystkimi roszczeniami przy osiąganiu danego kamienia milowego, a nie np. tuż przed upływem terminu przedawnienia. Powyższe postanowienia mają zatem za zadanie pomóc Zamawiającemu w terminowym i sprawnym rozliczeniu inwestycji.

W ocenie Zamawiającego zgodnie z zasadami współzycia społecznego oraz w pełni uzasadnione jest oczekiwanie od wykonawcy będącego profesjonalistą, że w momencie końcowego rozliczania umowy będzie w stanie określić, jaka jest wysokość jego roszczeń w stosunku do Zamawiającego.

2.9.

W zakresie zarzutu wobec art. 20 ust. 2 PU Zamawiający powtórzył argumentację z odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16.

2.10.

Zamawiający stwierdził, że stosowanie kar umownych za opóźnienie w realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego jest praktyką powszechnie występującą w obrocie gospodarczym. Również stopniowanie wysokości kar w zależności od długości opóźnienia jest często stosowane na rynku. Wobec tego zarówno sama kara jak i zasady uwzględniania jej efektu w ofercie winny być wykonawcy znane. Co ważne, opóźnienie robót jest jednym z największych problemów związanych z realizacją inwestycji infrastrukturalnych, którego skutkiem może być istotna strata po stronie Zamawiającego wynikająca z opóźnienia w oddaniu gazociągu do użytku komercyjnego, a także korekta dofinansowania unijnego dla realizowanego projektu co będzie stanowiło znaczną szkodę w jego majątku.

Tak duże ryzyko uzasadnia zastosowanie kar na poziomie wskazanym w kontestowanych postanowieniach PU.

53

Odwołujący błędnie ocenia wysokość zastrzeżonych kar umownych jedynie przez pryzmat ich wielkości w porównaniu do całego wynagrodzenia wykonawcy. Zastrzeżenie kar umownych pełni funkcję gwarancyjną i represyjną wobec dłużnika, w pierwszej kolejności zwiększając prawdopodobieństwo właściwego wykonania umowy ze względu na zagrożenie karą, później dopiero umożliwiając szybsze i łatwiejsze zaspokojenie się przez poszkodowanego wierzyciela. Wobec tego kary umowne zastrzeżone w odpowiednich wysokościach mają przede wszystkim zdyscyplinować wykonawcę do terminowego realizowania inwestycji.

Odnosząc się do funkcji odszkodowawczej kary umownej Zamawiający wskazał, że przedmiot Umowy stanowi wykonanie gazociągu o bardzo dużej przepustowości (średnica DN 1000 i maksymalne ciśnienie robocze 8,4 MPa), a zatem opóźnienie w jego zrealizowaniu i oddaniu do eksploatacji stanowić może również źródło utraty dużych korzyści z tytułu świadczenia usługi przesyłania.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreślił, że wykonawca, w przypadku nadmiernego wygórowania kary umownej w konkretnych, zaistniałych okolicznościach, będzie mógł skorzystać z dobrodziejstwa instytucji sądowego miarkowania kary umownej.

2.11.

W ocenie Zamawiającego kwestionowany przez Odwołującego limit kar umownych w żaden sposób nie wpływa na zakres jego odpowiedzialności. Zgodnie z art. 20 ust. 1 PU wykonawca odpowiada za inwestycję w pełni. Wobec tego określony limit kar umownych nie wpływa na zakres jego odpowiedzialności, a jedynie upoważnia Zamawiającego do domagania się zryczałtowanego odszkodowania do tego limitu. Niemniej jednak wykonawca w każdym czasie będzie chroniony za pomocą instytucji miarkowania kary umownej.

Natomiast w kontekście przesłanek odstąpienia od Umowy, wyższy limit kar umownych jest, w przekonaniu Zamawiającego, dla wykonawcy korzystny. Zgodnie z art. 25 ust. 3 pkt 5 PU osiągnięcie limitu kar umownych stanowi przesłankę do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego. Wobec tego pozostawienie limitu kar umownych w obecnej wysokości jest dla wykonawcy korzystne, a nie zmniejsza w praktyce jego odpowiedzialności odszkodowawczej. Wobec tego wniosek o zmianę Umowy poprzez zmniejszenie tego limitu jest nieuzasadniony.

2.12.

W ocenie Zamawiającego przesłanka odstąpienia uregulowana w art. 25 ust. 3 pkt 11 PU jest określona wyczerpująco i nie wymaga uściślenia. Odnosi się ona do „istotnych postanowień umowy”. W przypadku umowy o roboty budowlane, za postanowienia istotne

(tzw. *essentialia negotii*) w zakresie obowiązków wykonawcy uważa się zobowiązanie się wykonawcy do wykonania obiektu, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

Dodatkowo, wobec tego, że Umowa zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazówką interpretacyjną ww. przestanki powinno być również rozumienie istotnych postanowień umowy na gruncie Pzp. Za istotne należy więc uznać te postanowienia umowy, których zmiana powodowałaby zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. W tym kontekście informacje co do istotnych postanowień Umowy znajdują się w art. 24 PU. Skoro Zamawiający określa tam warunki zmian Umowy w zakresie terminów jej realizacji oraz w zakresie samego sposobu realizacji inwestycji, to oczywistym jest w świetle art. 144 ust. 1 Pzp, że te postanowienia Umowy uznaje za istotne.

Wobec powyższego niemożliwym jest uściślenie ww. postanowienia PU przez enumeratywne wymienienie postanowień, których naruszenie będzie podstawą do odstąpienia od niej. Wystąpienie tej przesłanki należy każdorazowo badać poddając analizie wagę postanowienia Umowy ale również skalę jego naruszenia i związane z tym konsekwencje. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że ta przesłanka odstąpienia uzależniona jest dodatkowo od bezskutecznego upływu wyznaczonego wykonawcy dodatkowego terminu na usunięcie naruszenia.

Zamawiający ponownie zauważył, że część zarzutów odwołania pokrywa się z zarzutami w sprawie o sygn. akt KIO 1101/16, które zostały przez Izbę oddalone.

W sprawie o sygn. akt KIO 1142/16 Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym przytoczył następującą argumentację.

Podkreślił na wstępie, że wyroki Izby i sądów nie mają waloru źródeł prawa i nie są wiążące w innych postępowaniach. Przypomniał, że przedmiot zamówienia publicznego musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym ceny. Nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny, czy taki, który wprowadziłby w błąd wykonawcę. Obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, m.in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na Zamawiającym

Odwołujący podał również, że postanowienia SIWZ powinny być także zgodne z właściwością (naturą) stosunku cywilnoprawnego oraz z zasadami współżycia społecznego, a także nie mogą przekraczać granic swobody umów. Najistotniejszą cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego,

w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki i postanowienia SIWZ nie mogą się temu sprzeciwiać. Podał, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych, czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnej i rozważnej podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. A skoro Zamawiający (1) zajmuje pozycję monopolisty i w stosunkach gospodarczych (w przedmiotowym zakresie) jest stroną niewspółmiernie silniejszą niż Odwołujący oraz (2) jest spółką akcyjną, w której 100% akcji posiada Skarb Państwa, to tylko tym bardziej zasady współżycia społecznego i cel ustawowy oraz zaufanie do Państwa i jego agend winny być brane pod uwagę.

Odnosnie terminów, o których mowa w art. 4 ust. 11-14 oraz art. 5 ust. 1 pkt 2 PU oraz konsekwencji ich niedotrzymania przez wykonawcę Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe postanowienia są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami K.c., tj. art. 119 K.c. (zakaz modyfikowania terminów przedawnienia roszczeń). Istnieje bogate orzecznictwo sądowe dotyczące analogicznego zapisu – subklauzuli 20.1 Warunków Kontraktowych FIDIC (na której Zamawiający się wzorował, co sam przyznaje w odpowiedzi na odwołania).

Następnie Odwołujący stwierdził, że przepis art. 5 ust. 28 PU wprost nakłada na wykonawcę obowiązek ponoszenia kosztów i odpowiedzialności za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej

okazały się niewystarczające lub niedokładne. Wykonawca nie ma możliwości dokonania jakiegokolwiek rozpoznania terenu, warunków gruntowo-wodnych, oszacowania trudności związanych z ukształtowaniem terenu itp. gdyż nie posiada możliwości wejścia w teren wcześniej aniżeli po podpisaniu umowy. Inwestycja ma charakter liniowy o znacznej długości (ponad 30 km). Jakiegokolwiek oznaczenie inwestycji w terenie, na który wykonawca nie posiada prawa wejścia przed zawarciem Umowy może zostać dokonane jedynie za pomocą geodezyjnego oznaczenia trasy gazociągu. Przed rozstrzygnięciem przetargu i przekazania terenu budowy wykonawcy, nikt nie ma prawa prowadzić na tym terenie jakichkolwiek robót w tym również prac geodezyjnych.

Odwołujący zasygnalizował również, że wykonawca przygotowuje ofertę na podstawie OPZ przygotowanego Zamawiającego, na który składa się dokumentacja projektowa w fazie projektu budowlanego i wykonawczego wraz ze wszelkimi uzgodnieniami i pozwoleniami niezbędnymi do wykonania robót. Zarówno rozpoznanie terenu, jak i określenie warunków gruntowo-wodnych, są pracami poprzedzającymi roboty budowlane i co do zasady stanowią integralną część projektu budowlanego. Projekt powinien być opracowany na zaktualizowanych mapach do celów projektowych oraz zawierać wyniki badań geologiczno-inżynierskich wraz z ustaleniem geotechnicznych warunków

obiektów Ministra Transportu, posadowienia budowlanych (Rozporządzenie

Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, Dz.U.2012.462).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien sprecyzować jakie inne czynności niewymienione w art. 13 ust. 3 PU powinny zostać ujęte w ofercie wykonawcy. Przedmiot zamówienia powinien być opisany jednoznacznie i wyczerpująco, jednocześnie dając możliwość wykonawcom przygotowania porównywalnych ofert.

Ponadto w pkt 3.8 OPZ wykonawca został zobowiązany do dokonania analizy dotyczącej warunków geologiczno-hydrologicznych Terenu Budowy w terminie 60 dni od zawarcia Umowy, uwzględniającej w szczególności informacje nt. kompletności badań wykonanych przez Projektanta, a w razie stwierdzenia takiej potrzeby opracowania planu wykonania badań. Wskazany termin może się okazać niewystarczający w sytuacji kiedy wymagane byłoby opracowanie projektu prac geologicznych wraz z uzyskaniem zatwierdzenia w organach administracji publicznej a następnie wykonanie badań w terenie i opracowaniem samej dokumentacji wraz z zatwierdzeniem. Wykonawca nie jest w stanie dokonać sprawdzeń i analizy dokumentacji projektowej w tym dokonania pomiarów, badań (np.: warunków geologiczno-hydrologicznych na odcinku kilkudziesięciu kilometrów) w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy, mając na względzie, że Projektant na opracowanie dokumentacji projektowej w tym dokonanie badań, pomiarów i analiz miał ponad dwa lata (opracowanie dokumentacji projektowej w latach 2013-2015).

57

Wykonawca przed podpisaniem Umowy na roboty budowlane nie ma prawa wejścia na teren budowy (inwestycja liniowa o długości ponad 30 km). Aby dokonać rozpoznania terenu budowy, jego otoczenia oraz weryfikacji prawidłowości dokumentacji przetargowej, konieczne jest między innymi dokonanie przekopów kontrolnych w celu weryfikacji ilości oraz umiejscowienia infrastruktury podziemnej. Ponadto prawdopodobny termin podpisania umowy po rozstrzygnięciu przetargu i przystąpieniu do robót to okres jesienno-zimowy. W okresie tym możliwe jest wykonywanie robót przygotowawczych,

kontraktowej, geodezyjne, formalnych (opracowanie dokumentacji

wytyczenie

wycinka zieleni zgodnie z decyzjami środowiskowymi itp.) Pora roku wyklucza z reguły prowadzenie robót ziemnych, dokonywanie przekopów kontrolnych czy też analiza warunków geologiczno-hydrologicznych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego art. 5 ust. 1 pkt 4 PU Odwołujący wskazał, że wykonawca nie jest w stanie dokonać wyceny i sporządzić oferty w zakresie dotyczącym obowiązku polegającego na zapewnieniu nadzoru archeologicznego oraz wykonania badań ratunkowych dla stanowisk nowoodkrytych w trakcie realizacji Robót, a także wykonania przed rozpoczęciem Robót, wstępnego rozpoznania archeologicznego całego pasa montażowego gazociągu pod względem występowania niezainwentaryzowanych stanowisk archeologicznych. Wykonawca opracowując ofertę nie ma możliwości oszacowania ilości potencjalnych stanowisk, które zostałyby odkryte podczas wykonania robót ziemnych na etapie realizacji inwestycji. Szacowanie przez wykonawców rozbieżnych ilości nowoodkrytych stanowisk oraz następstw związanych z wstrzymaniem robót spowoduje, że oferty nie będą porównywalne. Zamawiający mając wiedzę jak podobne działania Zamawiającego miały wpływ na realizację inwestycji (budowa gazociągów DN700 w latach 2012-2015) gdzie ilość wskazanych przez Zamawiającego stanowisk archeologicznych po dokonaniu badań powierzchniowych zwiększała się o około 200% ponownie obarcza Wykonawcę koniecznością ponoszenia ryzyka którego w żaden sposób nie można przewidzieć ani oszacować na etapie przygotowywania oferty. Koszty kilkukrotnych przerzutów ciężkiego sprzętu budowlanego oraz brygad roboczych związanych z brakiem możliwości prowadzenia robót na terenie podlegającym badaniom archeologicznym są tak znaczne, że ich jakakolwiek próba oszacowania i ewentualnego ujęcia w ofercie może całkowicie wypaczyć wartość oferty. Ponadto Zamawiający obarcza również wykonawcę kosztami przesunięcia harmonogramu inwestycji w przypadku zainwentaryzowania dodatkowych stanowiska archeologicznych i koniecznością prowadzenia na nich badań powierzchniowych czy też ratunkowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniach i dalszych

pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełniania przez wszystkich wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłanek, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić ich w charakterze przystępujących po stronie odwołujących.

Izba dopuścił i przeprowadziła dowód z treści SIWZ. Skład orzekający uznał, że przedstawiony w odwołaniach stan faktyczny (brzmienie zaskarżonych postanowień SIWZ) nie był przedmiotem sporu, wobec czego nie zachodzi konieczność jego ponownego przytaczania. Oceny wymagała natomiast ich zgodność z przepisami Pzp i K.c.

I. Rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1142/16

I.1. Uwagi ogólne

Na wstępie Izba wskazuje, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych w odwołaniu żądań co do jego nowej treści. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (zob. art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy, etc.). Natomiast w przypadku treści postanowień SIWZ dalsza ich kreacja, poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń, gdyż inaczej prowadziłyby to do sytuacji, że odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na rozprawie.

Podniesione żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku – w przypadku uznania ich zasadności – nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ.

Wydaje się również zasadne ostrożne podejście do stawianych przez odwołujących żądań usunięcia kwestionowanych postanowień SIWZ. Z samego tylko twierdzenia, że określone treści są, zdaniem odwołującego, niejednoznaczne, czy niezrozumiałe, nie można wyprowadzać niejako automatycznie wniosku o konieczności ich eliminacji, bez rozważenia możliwości ich doprecyzowania, czy wyjaśnienia. W przeciwnym wypadku może dojść do sytuacji, w których przez proste eliminowanie określonych elementów opisu przedmiotu zamówienia nie tylko nie będzie on uwzględniał potrzeb zamawiającego,

ale stanie się niekompletny, czy niespójny, uniemożliwiając, bądź utrudniając złożenie oferty, czy realizację zamówienia. Podobnie jest w przypadku postanowień wzoru umowy, w odniesieniu do którego usuwanie ich w całości, bądź części prowadzić może do powstania stanu niepewności odnośnie zakresu spoczywających na stronach umowy obowiązków.

Odnosząc się następnie do kontroli postanowień wzoru umowy w postępowaniu odwoławczym Izba wskazuje, że stosunki obligacyjne na gruncie zamówień publicznych ukształtowane są na zasadzie nierówności stron. W klasycznych stosunkach cywilnoprawnych możliwość ukształtowania umowy na zasadzie nierówności stron wynika już z samego przepisu art. 353 ¹ K.c., choć wymaga oczywiście zgodnej woli kontrahentów na taki rozkład praw i obowiązków, który w uprzywilejowanej sytuacji stawiać będzie jedną ze stron umowy.

Na gruncie zamówień publicznych powyższa zasada podlega dalszym modyfikacjom, ponieważ uprzywilejowana pozycja zamawiającego nie wymaga akceptacji wykonawcy. Zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konstruującemu wzór umowy, bądź jej istotne postanowienia, przysługuje pozycja dominująca, wyrażająca się w istocie narzucaniem wykonawcy określonego kształtu przyszłego stosunku obligacyjnego.

Takie uprzywilejowanie zamawiającego znajduje uzasadnienie m.in. w okoliczności, że wydatkuje on środki publiczne, a udzielane przez niego zamówienia niejednokrotnie mają na celu nie tyle zaspokajanie potrzeb związanych *stricte* z jego funkcjonowaniem,

ale potrzeb o charakterze publicznym. Źródła dominującej pozycji zamawiającego w stosunkach umownych zawieranych na gruncie zamówień publicznych należy upatrywać również w braku po stronie zamawiającego możliwości swobodnego wyboru kontrahenta – zamówienie udzielane jest podmiotowi, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i którego oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Ponadto zamawiającemu nie przysługuje zasadniczo możliwość negocjowania ceny, za jaką wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia oferuje jego realizację. Określenie tego elementu oferty, będącego niejako odpowiedzią na wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, jest wyłącznym uprawnieniem wykonawcy. Stąd utożsamianie nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku obligacyjnego (jakkolwiek na gruncie zamówień publicznych jest ona specyficznie pojmowana) nie wydaje się uprawnione. Niezależnie bowiem od tego w jak dużym stopniu ryzyka kontraktowe obciążać będą wykonawcę, jest on w stanie przewidzieć koszty z nimi związane i uwzględnić je w cenie oferty. Z uwagi na powyższe nie sposób również twierdzić o istnieniu w umowie w sprawie zamówienia publicznego uniwersalnego wzorca rozkładu ryzyk.

60

Ponadto, wykonawca – poza wspomnianym uprawnieniem – dysponuje instrumentami umożliwiającymi mu oddziaływanie na postanowienia projektu umowy, chociażby w postaci możliwości składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy wniesienia odwołania wobec jej postanowień. Należy jednak pamiętać, że wykonawca podający w wątpliwość postanowienia wzoru umowy nie może pod pretekstem stwierdzonych naruszeń przepisów zmierzać do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny, czyli niejako negocjować w postępowaniu odwoławczym kształt przyszłego zobowiązania. Jego rolą jest wykazanie takiego naruszenia przepisów, które uniemożliwia, bądź utrudnia mu dostęp do zamówienia.

I.2. Zarzuty dotyczące art. 1 (definicja „Robót”), art. 2 ust. 3 pkt 6 i 8 PU, art. 3 ust. 13 pkt 18, art. 5 ust. 1 pkt 17, art. 5 ust. 28 PU oraz pkt 3.3 OPZ

Zarzuty podlegały oddaleniu.

Kwestią wymagającą oceny było, czy posłużenie się przez Zamawiającego w zaskarżonych postanowieniach PU i OPZ klauzulami generalnymi, obarczającymi odpowiedzialnością za kompletność i poprawność dokumentacji projektowej, stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w jednoznaczny, wyczerpujący i zrozumiały sposób i precyzyjnie istocie umowy o roboty budowlane.

Izba stwierdziła, że powyższe zagadnienie należy rozstrzygnąć z uwzględnieniem charakteru przewidzianego wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia, mającego co do zasady postać ryczałtu. Skład orzekający stoi bowiem na stanowisku, że obowiązki zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (patrz art. 29 ust. 1 Pzp) nie mają w takim wypadku charakteru nieograniczonego.

W nawiązaniu do powyższego zauważyć należy, że w obrocie gospodarczym przyjęciu ryczałtu jako formy rozliczenia się stron za realizację umowy, powszechnie towarzyszą zastrzeżenia, zgodnie z którymi wykonawca w ramach określonego z góry wynagrodzenia odpowiada za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do wywiązania się ze swojego zobowiązania. Jest to nie tylko wyraz genetycznego podobieństwa do umowy o dzieło, która – podobnie jak umowa o roboty budowlane – jest umową rezultatu, nie zaś starannego działania, ale również implikacja wynikająca z przepisu art. 632 § 1 *in fine* K.c. reguły, w myśl której ryczałt obejmuje również te prace, których rozmiarów lub kosztów nie można było przewidzieć w czasie zawarcia umowy.

W konsekwencji skład orzekający nie przychylił się do generalnego twierdzenia Odwołującego, jakoby zaskarżonymi postanowieniami PU i OPZ Zamawiający *de facto* przeniósł ciężar przygotowania Postępowania (sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia)

61

na wykonawców. Znacząca jest przy tym okoliczność, że Odwołujący, będący – jak podkreślał – podmiotem posiadającym doświadczenie w branży budowlanej, nie wskazał, chociażby przykładowo, w jakim zakresie przekazana wykonawcom dokumentacja

projektowa powinna zostać uzupełniona. Jakkolwiek, w płaszczyźnie zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia, na odwołującym spoczywa obowiązek jedynie uprawdopodobnienia okoliczności stanowiących podstawy zarzutów, tym niemniej nie mogło być uznane za wystarczające jedynie gołosłowne odwołanie się do wspomnianych klauzul.

Izba nie podzieliła zapatrywań Odwołującego, jakoby wskazanie w definicji robót, że obejmują one wszelkie prace przygotowawcze, roboty budowlane, itd., choćby nie były wyraźnie (podkreślenie lzby) w Umowie wymienione sugerować miało konieczność wykonania wielu czynności (robót) dodatkowych nieopisanych w Dokumentacji Przetargowej (przy czym nie wiadomo, czy Odwołujący wskazał na roboty dodatkowe w rozumieniu przepisu art. 630 K.c., odnoszącego się do sposobu rozliczenia stron przy wynagrodzeniu kosztorysowym, czy na roboty dodatkowe w rozumieniu PU, które Zamawiający utożsamiał z zamówieniami dodatkowymi). Zdaniem składu orzekającego komentowane postanowienie ogranicza się do prac, robót, dostaw, usług itd., które pozostają w normalnym związku z pracami, robotami, itd. ujętymi w Dokumentacji Przetargowej, tzn. do takich, których wykonanie możliwe jest do przewidzenia, biorąc pod uwagę profesjonalizm wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, na podstawie wspomnianej dokumentacji. Powyższe nie dotyczy natomiast prac (robót), których nie przewidziano w Dokumentacji Przetargowej, a których przewidzenia na jej podstawie nie można racjonalnie od wykonawcy oczekiwać. Ryczałt nie oznacza bowiem obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością absolutną za przewidzenie w ofercie i wycenienie wszystkich robót, których konieczność wykonania może pojawić się na etapie realizacji danej inwestycji. Wspomniane roboty można ewentualnie kwalifikować jako przedmiot zamówień dodatkowych, o ile zachodzić będą przesłanki do ich udzielenia.

W konsekwencji brak jest podstaw do przyjęcia, że bezprawnie nałożono na wykonawcę obowiązki niewynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Izba nie dopatrzyła się również wadliwości w postanowieniu nakazującym wykonawcy uzgodnienie standardu Robót z Zamawiającym, w braku stosownych wytycznych w tym zakresie. Należy mieć bowiem na uwadze obowiązującą na gruncie stosunków obligacyjnych, w tym także w umowach w sprawach zamówień publicznych, zasadę współdziałania stron w wykonaniu zobowiązań, do której w istocie zaskarżony fragment definicji Robót referuje.

Skład orzekający uznał ponadto, że powstały na gruncie definicji Robót spór o możliwość udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających nie był objęty zarzutami odwołania, wobec czego znalazł się poza zakresem rozpoznania (argument z art. 192 ust. 7 Pzp).

62

Jedynie na marginesie Izba wskazuje zatem, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego Zamawiający przewidział możliwość udzielania zamówień uzupełniających (zob. Sekcja VI.3).27 ogłoszenia o zamówieniu). Co zaś dotyczy zamówień dodatkowych możliwość ich udzielenia nie została wcale wyłączona przez szerokie zdefiniowanie „Robót”.

że wątpliwe wydaje się, mógł Abstrahując od okoliczności, aby Zamawiający postanowieniami umowy wyłączyć możliwości udzielania zamówień dodatkowych, trudno jest mówić w ogóle o ujęciu w przedmiocie zamówienia konieczności ich wykonania, skoro *ex definitione* dotyczą one takich rodzajowo robót, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

W odniesieniu do kwestionowanych postanowień art. 2 ust. 3 pkt 6 i 8 skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie uzasadnił przyczyn żądania ich modyfikacji.

Izba uznała, że uzupełnieniem zakresu świadczeń objętych sformułowaną w art. 1 PU definicją „Robót” są postanowienia art. 3 ust. 13 pkt 18, art. 5 ust. 1 pkt 17 i ust. 28 PU. Przykładowo, w art. 5 ust. 1 pkt 17 PU Zamawiający wskazał wprost, że wynagrodzenie obejmuje wszelkie prace niezbędne do zrealizowania Inwestycji, także te, których konieczność wykonania ujawniła się w trakcie realizacji Robót, a które powinny zostać m.in. na podstawie przewidziane przez wykonawcę analizy Dokumentacji Przetargowej. Nie sposób przy tym dokonywać takiej wykładni wspomnianych postanowień PU, która miałaby obarczać wykonawcę ryzykiem nieprzewidzenia wykonania takich prac (robót), których konieczność ujawni się dopiero w toku realizacji zamówienia.

Przywołane postanowienia PU i OPZ nie naruszają, jak twierdził Odwołujący, istoty umowy o roboty budowlane. Należy mieć na względzie, że przepis art. 647 K.c. stanowi ogólny, podstawowy rozkład świadczeń wzajemnych w umowie o roboty budowlane,

którego modyfikacje podlegają woli stron (*ad casum*, ze względu na specyfikę umowy w sprawie zamówienia publicznego, woli Zamawiającego).

I.3. Zarzuty dotyczące art. 4 ust. 10-14 PU

Zarzuty nie potwierdziły się.

Zdaniem Izby Odwołujący niezasadnie utożsamił instytucję przedawnienia roszczeń ze zrzeczeniem się uprawnienia wynikającego z braku wykonania obowiązku przekazywania Zamawiającemu informacji istotnych dla zapewnienia terminowego wykonania Umowy. W pierwszym przypadku chodzi o niemożność skutecznego zgłaszania roszczeń z racji upływu czasu od wydarzenia powodującego powstanie roszczenia, w drugim – o konsekwencje niewykonania powinności umownej w określonym czasie.

I.4. Zarzut dotyczący art. 5 ust. 1 pkt 2 PU

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

63

Izba doszła do przekonania, że zobowiązanie wykonawcy do sporządzenia szczegółowego raportu z Dokumentacji Przetargowej nie narusza przywołanych przez Odwołującego w *petitum* odwołania przepisów.

Zamawiający trafnie argumentował, że kwestionowane postanowienie stanowi w istocie dozwoloną modyfikację odpowiedzialności wykonawcy za przekazaną dokumentację (por. art. 651 K.c.). Nie podważa ono istoty umowy o roboty budowlane, niezależnie od przyjętej formuły realizacji zamówienia. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że przepis art. 651 K.c. nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy za dokumentację projektową, chociażby nie był on jej autorem. Z kolei samo ograniczenie terminu na wskazanie Zamawiającemu uchybień w dokumentacji, które mogły i powinny, biorąc pod uwagę profesjonalizm wykonawcy, zostać zauważone w oparciu o jej treść powinno usprawnić proces inwestycyjny i zapobiegać sporom o zakres świadczeń wykonawcy przez wyeliminowanie sytuacji, w których wykonawca jeszcze przed rozpoczęciem realizacji umowy, a także w jej trakcie, usiłowałby negocjować z zamawiającym zmianę należnego mu wynagrodzenia. Na marginesie należy zauważyć, że lektura odwołań prowadzi do wniosku, że odwołujący dostrzegają jednak potrzebę przeprowadzenia audytu Dokumentacji Przetargowej, a polemizują jedynie z jego zakresem i konsekwencjami.

W pozostałej części argumentacja z odwołania Konsorcjum B sprowadzała się w istocie do przytoczenia ogólnych poglądów wyrażanych w judykaturze,

T do na możliwość braków natomiast Konsorcjum wskazywania istnienia w Dokumentacji Przetargowej, bez odniesienia się w tym zakresie do konkretnych przykładów.

Z kolei wyrażone na rozprawie stanowisko, jakoby zaskarżone postanowienie było próbą wymuszenia na wykonawcy zaangażowania znacznych zasobów ludzkich i finansowych w sprawdzenie dokumentacji przed uzyskaniem zamówienia, stanowiło nie tylko nieuprawnione uzupełnienie zarzutu odwołania, ale również nie znajdowało oparcia w treści komentowanego postanowienia, ponieważ kwestionowany wymóg ma zostać zrealizowany już po zawarciu Umowy.

Izba nie poddała również merytorycznej ocenie argumentacji Odwołującego dotyczącej długości terminu na wykonanie omawianego zobowiązania stwierdzając, że nie znalazła ona odzwierciedlenia ani w zarzutach, ani w żądaniach odwołania

I.5. Zarzut dotyczący art. 5 ust. 1 pkt 4 PU

Zarzut nie potwierdził się.

Twierdzeniom Odwołującego o braku podstaw do dokonania wyceny zakresu prac polegających na zapewnieniu nadzoru archeologicznego i wykonaniu badań ratunkowych

64

przeczy wyrażone przez niego w piśmie procesowym i na rozprawie stanowisko dotyczące wymiaru takich obowiązków przy realizacji wcześniejszych obiektów liniowych. Nie zachodzi zatem okoliczność braku podstaw do skalkulowania konieczności wykonania tych prac.

Co więcej, wydaje się zasadne, aby w omawianym zakresie Zamawiający polegał na wspomnianych powyżej doświadczeniach wykonawcy, tym bardziej że Odwołujący nie wskazał w jaki inny sposób Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia, aby bez uszczerbku dla jego interesu zasadna była rezygnacja z części omawianego postanowienia

PU.

I.6. Zarzut dotyczący art. 5 ust. 28 PU

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Skład orzekający uznał, że do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu nie było wystarczające odwołanie się do poglądów judykatury i niepoparte żadną argumentacją twierdzenie, że brak zmiany PU doprowadzi stwarza ryzyko określenia wynagrodzenia w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów i kosztów prac.

Komentowane postanowienie PU należy, w płaszczyźnie wskazanych w nim ryzyk, rozpatrywać w kontekście obowiązku wynikającego z art. 5 ust. 1 pkt 2 PU. Odnosi się ono do możliwych zmian i korekt wprowadzanych na wniosek wykonawcy, te zaś mają być wynikiem analizy Dokumentacji Przetargowej udostępnionej jeszcze przed zawarciem umowy.

I.7. Zarzuty dotyczące art. 5 ust. 27 i 28 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 PU

Zarzuty nie potwierdziły się.

Nie ulega wątpliwości, że w odniesieniu do odbudowy urządzeń drenarskich Zamawiający odstąpił od wynagrodzenia ryczałtowego, o czym świadczy treść art. 13 ust. 2 pkt 2 PU. W konsekwencji uwzględniono zawartą w odpowiedzi na odwołanie argumentację, że w takiej sytuacji obowiązkiem wykonawcy jest wycena tych robót w zakresie przewidzianym przez samego Zamawiającego. Natomiast w przypadku przekroczenia wskazanego limitu odbudowy urządzeń drenarskich możliwe będzie udzielenie zamówienia uzupełniającego, co – jak wspomniano – przewidziane zostało w ogłoszeniu o zamówienie.

I.8. Zarzut dotyczący art. 13 ust. 6 PU

Izba uznała, że zarzut był nieuzasadniony.

Jakkolwiek zgodzić należy się z Odwołującym, że przyjęcie ryczałtu jako formy wynagrodzenia nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zgodnego z przepisami Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, tym niemniej – jak wspomniano – Odwołujący nie wskazał

65

na brakujące elementy charakterystyki świadczenia wykonawcy, poprzestając generalnie na twierdzeniach o jej niekompletności.

Niezależnie od powyższego skład orzekający uznał, że kwestionowane postanowienie PU stanowi konsekwencję przyjętej formy wynagrodzenia, oderwanego od rzeczywistych nakładów poniesionych na realizację przedmiotu zamówienia.

I.9. Zarzut dotyczący art. 18 ust. 8 PU

Zarzut Odwołującego należało oddalić.

Kwestią eksponowaną w jego uzasadnieniu był brak wpływu wykonawcy na jakość dostaw inwestorskich. Odwołujący pominął przy tym okoliczność, że zaskarżone postanowienie do nich się nie odnosi, o czym wnioskować należy z definicji „Urządzeń” i „Materiałów” zawartych w art. 1 PU. Wyłączają one *expressis verbis* dostawy inwestorskie spod desygnatów wspomnianych pojęć.

I.10. Zarzuty dotyczące art. 20 ust. 2, art. 20 ust. 5 PU (Tabela nr 2 pkt 9 lit. e), g), j), k), n), q) oraz pkt 11)

Zarzuty nie potwierdziły się.

W zakresie art. 20 ust. 2 PU Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia dla sformułowanych w *petitum* odwołania zarzutów.

W kwestii podlimitów skład orzekający uznał, że Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób ich brak wpływa nadmiernie na wzrost kosztów ubezpieczenia. Trzeba mieć na względzie, że określane są one za pomocą czynników takich jak: doświadczenie i wiarygodność finansowa wykonawcy, przedmiot ubezpieczenia i działalności wykonawcy, suma ubezpieczenia, szkodowość w poprzednich okresach ubezpieczenia, czy analiza prawdopodobieństwa wystąpienia szkody danego rodzaju w okresie ubezpieczenia.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przepisów w określeniu, że dopuszczalne wyłączenia mają być zgodne z aktualną dobrą praktyką rynkową. Odwołujący nie pokusił się o analizę obowiązujących u różnych ubezpieczycieli OWU, celem wykazania, że wynikający z nich zakres wyłączeń odpowiedzialności różni się w jakimkolwiek stopniu. Ponadto, wbrew zapatrywaniom Odwołującego, różnice w kosztach uzyskania wymaganego ubezpieczenia nie wynikają wyłącznie ze zdolności negocjacyjnych wykonawcy, a także, a nawet przede wszystkim, ze wskazanych wcześniej czynników.

I.11. Zarzut dotyczący art. 29 ust. 7 PU

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

66

Skład orzekający nie podzielił prezentowanego przez Odwołującego rozumienia pojęcia „nadmiernych kosztów”; w szczególności nie jest wiadome dlaczego Zamawiający miałby pomniejszać należną mu z tego tytułu kwotę wykonania zastępczego o wartość świadczenia, które miałby spełnić na rzecz wykonawcy, gdyby ten wykonał ciężące na nim zobowiązanie.

Takie ograniczenie kosztów wykonania zastępczego sprowadzałoby je do kosztów związanych z wykonaniem czynności poprzedzających faktyczne wykonanie zastępcze, czyli realizację świadczeń zaniechanych przez wykonawcę. Stanowiłoby to nieuzasadnione uprzywilejowanie dłużnika, a wręcz zachętę do rezygnacji z wykonania kosztownych i skomplikowanych świadczeń za cenę zwrotu zamawiającemu kosztów, które są niewspółmiernie niskie.

Istotą wykonania zastępczego jest skompensowanie wierzycielowi kosztów poniesionych w związku z realizacją zamówienia, bądź jego części przez innego wykonawcę, na które składają się również koszty, które poniesione zostałyby na rzecz pierwotnego wykonawcy.

I.12. Zarzut dotyczący pkt 3.3 OPZ

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W uzupełnieniu wcześniejszej argumentacji dotyczącej charakteru wynagrodzenia i jego wpływu na opis przedmiotu zamówienia, a także rozkładu podstawowych obowiązków stron skład orzekający wskazuje, że zgodne z naturą stosunku obligacyjnego – umową o roboty budowlane jest oczekiwanie od wykonawcy przewidzenia konieczności sporządzenia dokumentacji niezbędnej do umożliwienia Zamawiającemu korzystania z obiektu budowlanego zgodnie z jego przeznaczeniem i ujęcia związanych z tym kosztów w ryczałcie za realizację przedmiotu zamówienia.

II. Rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1150/16

II.1. Uwagi wstępne

W uzupełnieniu argumentacji zawartej w pkt II.1 uzasadnienia Izba wskazuje, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego daleko idące ograniczenia zasady swobody umów powodują, że o tym, którą ze stron obciąża określone ryzyko kontraktowe decyduje w przeważającej mierze treść umowy w sprawie zamówienia publicznego. Gdyby chcieć poszukiwać typowego, charakterystycznego dla stosunków obligacyjnych nawiązywanych na gruncie zamówień publicznych rozkładu ryzyk należałoby powiedzieć, że spoczywają one w przeważającej mierze na wykonawcy, a nie – jak próbował to przedstawić Odwołujący – na Zamawiającym.

67

Skład orzekający podkreśla również, że kontrola postanowień wzoru umowy dokonywana jest zarówno przez pryzmat przepisów K.c., jak i Pzp. Trzeba mieć przy tym jednak na względzie, że jakkolwiek przepis art. 353 ¹ K.c. może stanowić wzorzec kontroli postanowień umowy, to jednak – z uwagi na daleko idące ograniczenia zasady swobody kontraktowania na gruncie zamówień publicznych – nie może być uznane za wystarczające odwołanie się wyłącznie do tej regulacji. Podobnie należy ocenić odwoływanie się li tylko do przepisów art. 5 K.c., który należy postrzegać jako środek służący do obrony przed roszczeniem, nie zaś mający na celu jego dochodzenie oraz art. 7 Pzp, który konstytuuje generalną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i z uwagi na swój ogólny charakter nie może stanowić, w ocenie składu orzekającego, samodzielnej podstawy zarzutu.

II.2. Zarzut braków w dokumentacji wykonawczej w zakresie warunków geologicznych

Zarzut nie został przez Odwołującego choćby uprawdopodobniony.

Odwołujący ograniczył się w istocie do stwierdzenia, że dokumentacja wykonawcza zawiera istotne braki w zakresie badań geologicznych, bez wskazania na konkretne badania, których rzekomy brak narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba – wobec braku w tym zakresie stanowiska Odwołującego – uwzględniła przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumentację,

w świetle której dokumentację wykonano zgodnie z obowiązującymi przepisami i została ona zatwierdzona przez właściwy organ.

II.3. Zarzut dotyczący pkt 2.7 OPZ

Zarzut nie potwierdził się.

Skład orzekający nie przychylił się do argumentacji Odwołującego, jakoby granice odpowiedzialności wykonawcy związanej z dostawami inwestorskimi nie były ograniczone.

Izba stwierdziła, że postanowienia PU umożliwiają wykonawcy sprawowanie kontroli nad jakością dostaw inwestorskich (argument z art. 12 ust. 3 pkt 4 PU) oraz przedłużenie terminu realizacji Inwestycji w sytuacji ich niedostarczenia, bądź dostarczenia materiałów wadliwych (zob. art. 24 ust. 2 pkt 4 PU). W konsekwencji wykonawca nie ponosi ryzyka nieterminowej realizacji umowy w omawianych przypadkach.

Odwołujący nie wskazał natomiast w jaki sposób wadliwe/nieterminowe dostawy inwestorskie miałyby oddziaływać negatywnie na wynagrodzenie wykonawcy.

II.4. Zarzut dotyczący pkt 3.25.8 OPZ

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

68

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wskazał na czym polega nieprecyzyjność postanowienia, zgodnie z którym raport końcowy powinien być zgodny z wymaganiami zawartymi w dokumencie, do którego referuje zaskarżone postanowienie SIWZ. Ponadto w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wytłumaczył w jaki sposób należy rozumieć omawiany wymóg, co powoduje, że nie ma podstaw do uznania, że narusza on wskazane przez Odwołującego przepisy.

II.5. Zarzut dotyczący art. 1 PU – definicja „Robót”

Zarzut nie potwierdził się.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie zawarto w pkt I.2. uzasadnienia.

II.6. Zarzut dotyczący art. 4 ust. 13-14 PU

Zarzut nie potwierdził się.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie zawarto w pkt I.3. uzasadnienia.

W uzupełnieniu wyrażonych tam zapatrywań Izba wskazuje, że uczynienie zadość żądaniu Odwołującego i usunięcie przedmiotowych postanowień PU spowodowałoby, że procedura wynikająca z art. 4 ust. 10-14 PU byłaby niekompletna. W szczególności, jak trafnie sygnalizował Zamawiający, nie byłoby wiadome jakie skutki w płaszczyźnie praw i obowiązków stron wywołuje zgłoszenie Zamawiającemu okoliczności mogących zagrażać ustalonym terminom realizacji inwestycji.

II.7. Zarzut dotyczący art. 5 ust. 1 pkt 2 PU

Zarzut nie potwierdził się.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie zawarto w pkt I.4. uzasadnienia.

II.8. Zarzut dotyczący art. 5 ust. 21 PU

Zarzut podlegał oddaleniu.

Skład orzekający doszedł do wniosku, że zaskarżone postanowienie PU znajduje oparcie w przepisie art. 652 K.c., stanowiącym o odpowiedzialności wykonawcy za protokolarnie przejęty od inwestora (zamawiającego) teren budowy. Odwołujący nie wyjaśnił, które z wynikających z komentowanego postanowienia PU ryzyk i dlaczego powinny obciążać wyłącznie Zamawiającego.

II.9. Zarzut dotyczący art. 5 ust. 28 PU

Zarzut nie potwierdził się.

69

Uzasadnienie rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie zawarto w pkt I.6. uzasadnienia.

II.10. Zarzuty dotyczące art. 13 ust. 3 pkt 13 i ust. 6 PU

Zarzuty nie potwierdziły się.

Zaskarżone postanowienia PU są, w ocenie składu orzekającego, konsekwencją przyjęcia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego za realizację

przedmiotu zamówienia. Ponadto, ponownie należy podkreślić, że Odwołujący nie wyjaśnił, które z wynikających z komentowanego postanowienia PU ryzyk i dlaczego powinny obciążać wyłącznie Zamawiającego.

II.11. Zarzuty dotyczące art. 15 ust. 4 i 5 PU

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zaskarżone postanowienia nie zmuszają wykonawcy do zrzeczenia się roszczeń (przykładowo, odszkodowawczych) w celu zapewnienia możliwości wypłaty wynagrodzenia, a jedynie nakładają na wykonawcę obowiązek ujęcia takich roszczeń w treści wniosku o płatność końcową.

Ponadto, Izba zwróciła uwagę, że poza zakresem zaskarżenia znalazły się analogiczne postanowienia dotyczące wniosków o płatności częściowe (zob. art. 14 ust. 3 PU), co powoduje, że uwzględnienie tego zarzutu spowodowałoby dysonans pomiędzy zasadami rozliczania płatności częściowych i płatności końcowej, dla którego Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia.

II.12. Zarzut dotyczący art. 20 ust. 2 PU

Zarzut podlegał oddaleniu.

Skład orzekający wyraża zapatrywanie, że zaskarżone postanowienie PU stanowi wyraz odpowiedzialności wykonawcy za przejęty od Zamawiającego Teren Budowy, o której mowa w przepisie art. 652 K.c.

II.13. Zarzuty dotyczące art. 23 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) i ust. 3 PU

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

W ocenie Izby samo tylko wyliczenie przewidywanej wartości zamówienia i wysokości kar umownych (oraz ich maksymalnego pułapu) nie stanowi obiektywnych powodów uzasadniających twierdzenie o ich nadmiernym wygórowaniu. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że nie wydaje się w ogóle właściwe wychodzenie przez Odwołującego z założenia, że wykonywaniu przez niego zamówienia towarzyszyć będzie obciążenie go karami umownymi w maksymalnej, wynikającej z postanowień PU, wysokości.

70

Odnosząc się do przedstawionej w odwołaniu argumentacji skład orzekający stwierdza, że jej rzetelności przeczy okoliczność, że Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia w konsorcjum, podczas gdy – jak się wydaje – twierdzenia dotyczące wpływu obciążenia karami w przewidzianej w PU wysokości na jego kondycję finansową odnosić należy wyłącznie do jednego z wykonawców – lidera konsorcjum.

Należy również pamiętać, że ukształtowanie kar umownych na zaskarżonym poziomie nie zamyka Odwołującemu możliwości kwestionowania ich wysokości

w tym z w konkretnym przypadku ich nałożenia, jeżeli

powstanie zakresie spór

Zamawiającym, który będzie podlegać rozstrzygnięciu sądu powszechnego.

II.14 Zarzut dotyczący art. 25 ust. 3 pkt 11 PU

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Stwierdzono, że w powyższym zakresie Odwołujący nie tylko nie przedstawił uzasadnienia stwierdzonego przezeń naruszenia przepisów Pzp i K.c., ale nawet nie sformułował żadnego żądania odnośnie kwestionowanego postanowienia PU.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący:

71