

WYROK
z dnia 5 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, OT INDUSTRIES-KVV CONTRACTOR CO.LTD w Siófok (Węgry) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy IDS-BUD S.A. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, PGNiG Technologie S.A. w Krośnie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, OT INDUSTRIES-KVV CONTRACTOR CO.LTD w Siófok (Węgry) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, OT INDUSTRIES-KVV CONTRACTOR CO.LTD w Siófok (Węgry) tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, OT INDUSTRIES-KVV CONTRACTOR CO.LTD w Siófok (Węgry) na rzecz Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w

1

Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa gazociągu Lwówek-Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego: Etap I - gazociąg Lwówek-Krobia, Etap II – gazociąg Krobia-Odolanów”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 089-160687. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 10 czerwca 2016 r. zaproszenia do złożenia oferty wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Porr Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, OT INDUSTRIES-KVV CONTRACTOR CO.LTD w Siófk (Węgry) wnieśli odwołanie dotyczące części I zamówienia 20 czerwca 2016 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- „- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp polegający na braku w Dokumentacji Przetargowej projektów przekroczeń bezwzględnych (załącznik nr 1 do niniejszego odwołania) oraz istotne braki w dokumentacji wykonawczej geologicznej występujące w miejscach z naniesioną uwagą „Brak weryfikacji budowy geologicznej” (załącznik nr 2);
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez obciążenie Wykonawcy w definicji „Robót” art. 1 Umowy obowiązkiem wykonania wszelkich czynności faktycznych i prawnych (choćby nie były wyraźnie w Umowie wymienione);
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez obciążenie Wykonawcy w art. 5 ust. 27 i ust. 28 Umowy oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 Umowy obowiązkiem wykonania za maksymalną, z góry określoną kwotę urządzeń drenarskich nieobjętych Dokumentacją Projektową bez względu na rzeczywistą liczbę i wartość prac oraz warunki geologiczne;
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. poprzez obciążenie Wykonawcy w art. 2 ust. 3 pkt 6 i pkt 8, art. 3 ust. 13 pkt 18 oraz art. 5 ust. 1 pkt 17 Umowy odpowiedzialnością za

3

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;

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 119 k.c. poprzez wyłączenie w art. 4 ust. 10 - 14 Umowy możliwości wydłużenia terminu realizacji Umowy oraz zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji niedopełnienia przez Wykonawcę warunków określonych w ust. 10-11 w terminie 7 dni;
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. poprzez nałożenie na Wykonawcę w art. 5 ust. 1 pkt 2 Umowy oraz pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia obowiązku 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;
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 473 k.c. poprzez nałożenie na Wykonawcę w art. 5 ust. 28 Umowy 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;
- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. poprzez ustalenie w art. 13 ust. 6 Umowy następujących obowiązków Wykonawcy: (i) 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, (ii) zastrzeżenie, że żadne błędy rachunkowe, obmiarowe, przedmiarowe, pominięcia, 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 oraz (iii) rozszerzenie zakresu odpowiedzialności

Wykonawcy za okoliczności wskazane w tym ustępie poprzez nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka;

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. poprzez nałożenie na Wykonawcę w art. 18 ust. 8 Umowy obowiązku wykonywania obsługi serwisowej w okresie rękojmi i gwarancji bez określenia zakresu tej obsługi;

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. poprzez: (i) nałożenie na Wykonawcę w art. 20 ust. 2 Umowy obowiązku naprawienia na swój koszt szkody, która wystąpi w Inwestycji bez względu na to, kto będzie sprawcą szkody, (ii) brak limitów odpowiedzialności w art. 20 ust. 5 pkt 9 lit. ek q). il. k). nl oraz q) (Tabela nr 2 „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej”), (iii) nieokreślenie w art. 20 ust. 5 pkt 11 (Tabela 2 Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej) zakresu niedopuszczalnych wyłączeń;

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. w zw. z art. 480 k.c. poprzez nieprawidłowe ustalenie w art. 29 ust. 7 Umowy zasad obciążania Wykonawcy kosztami wykonania zastępczego;

- art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k.c. poprzez nałożenie na Wykonawcę w pkt 3.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia 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 dokonania następujących zmian SIWZ:

„- przekazania Wykonawcom projektów przekroczeń bezwypokopowych w zakresie określonym w załączniku nr 1 do niniejszego odwołania oraz usunięcia braków w dokumentacji wykonawczej geologicznej w zakresie określonym w załączniku nr 2 do niniejszego odwołania;

- definicja „Robót” art. 1 Umowy) - (i) skreślenie wyrazów: „wszelkie” na początku definicji, po wyrazie „oraz” oraz po wyrazach „a także”, (ii) skreślenie wyrażenia „(choćby nie były wyraźnie w Umowie wymienione)” i zastąpienie wyrażeniem „określne w Umowie” oraz (iii) skreślenie wyrażenia „a w przypadku braku stosowanych wytycznych co do standardu, zgodnym z przeznaczeniem i rodzajem inwestycji w uzgodnieniu z Zamawiającym”;

- art. 2 ust. 3 pkt 6 Umowy - zmianę zapisu poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „z należytą starannością zapoznał się Dokumentacją Przetargową oraz informacjami zawartymi

w Dokumentacji Przetargowej dotyczącymi Terenu Budowy oraz stanu nieruchomości sąsiadujących, a także ma pełną znajomość i wiedzę aktualnie obowiązujących przepisów”,

- art. 2 ust. 3 pkt 8 Umowy - zmianę zapisu poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „z należytą starannością zapoznał się przekazaną przez Zamawiającego Dokumentacją Przetargową dotyczącą Terenu Budowy oraz wskazanymi w niej warunkami fizycznymi oraz ograniczeniami odnoszącymi się do Terenu Budowy, nieruchomości sąsiadujących, dostępu, mediów, otoczenia, organizacji i funkcjonowania Terenu Budowy.”;

- art. 3 ust. 13 pkt 18 Umowy - skreślenie postanowienia;

- art. 4 ust. 11-14 Umowy - (i) wydłużenie w ust. 11 terminu na zgłaszanie okoliczności zagrażających dotrzymaniem terminów realizacji Inwestycji z 7 dni do 20 dni; (ii) skreślenie ust. 13; (iii) skreślenie ust. 14;

- art. 5 ust. 1 pkt 2 Umowy - skreślenie w zdaniu pierwszym wyrazu „szczegółowego” oraz skreślenie ostatniego zdania rozpoczynającego się od wyrazów: „Brak uwzględnienia w raporcie (...)”;

- art. 5 ust. 1 pkt 17 Umowy - skreślenie postanowienia;

- art. 5 ust. 27 Umowy - zmianę zapisu poprzez skreślenie wyrażenia „choćby nie były oznaczone na mapach do celów projektowych lub nie były oznakowane w terenie” i zastąpienie wyrażeniem: „odbudowanych i naprawionych przez Wykonawcę w trakcie

realizacji Inwestycji”;

- art. 5 ust. 28 Umowy - skreślenie wyrażenia: „określenie właściwego zakresu Robót” oraz zdania drugiego rozpoczynającego się od wyrazów: „Wykonawca ponosi koszty i ryzyko” oraz zdania trzeciego rozpoczynającego się od wyrazów: „Wykonawca ponosi również odpowiedzialność (...)”;
- art. 13 ust. 2 pkt 2 Umowy - skreślenie zdania pierwszego;
- art. 13 ust. 6 Umowy - 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 przedmiotu zamówienia z przyczyn leżących po stronie 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”;
- art. 18 ust. 7 Umowy - określenia zakresu obsługi serwisowej wymaganej od Wykonawcy w okresie rękojmi i gwarancji;

6

- art. 20 ust. 2 Umowy - doprecyzowanie zapisu poprzez 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;
- art. 20 ust. 5 pkt 9 lit. e), qh i), kh n) oraz q) (Tabela nr 2 Ubezpieczenie odpowiedzialności) Umowy - określenie limitów odpowiedzialności,
- art. 20 ust. 5 pkt 11 (Tabela nr 2 Ubezpieczenie odpowiedzialności) Umowy - określenie zakresu niedopuszczalnych wyłączeń;
- art. 29 ust. 7 Umowy - 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”;
- pkt 3.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia - poprzez skreślenie zapisu;
- pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia - poprzez skreślenie zapisu.

Odwołujący wniósł również o zwrot na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący uzasadnił zarzuty w następujący sposób:

„ brak w Dokumentacji Przetargowej projektów przekroczeń bezwykopowych (załącznik nr 1 do niniejszego odwołania) oraz istotne braki w dokumentacji wykonawczej geologicznej (załącznik nr 2 do niniejszego odwołania):

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, wymagające pozwolenia na budowę, które Wykonawca ma zrealizować za kwotę wynagrodzenia ryczałtowego (art. 13 ust. 2 pkt 1 Umowy).

Ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 Pzp).

W przypadku robót budowlanych opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zakres i formę dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004r, w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j.Dz.U.2013.1129). Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia, w przypadku robót wymagających pozwolenia na budowę

7

dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektów wykonawczych;
- 3) przedmiaru robót;
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Ponadto w myśl § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia, projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych.

Wskazane przepisy nakładają na Zamawiającego (nie na Wykonawcę) obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego przygotowania w ściśle określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Brak projektów wskazanych w załącznikach nr 1 i nr 2 do niniejszego odwołania stanowi naruszenie ww. przepisów i uniemożliwia prawidłową identyfikację ryzyk wiążących się z realizacją Inwestycji oraz prawidłowe skalkulowanie wynagrodzenia ryczałtowego, a następnie uniemożliwi prawidłową realizację Przedmiotu Umowy.

art. 1 definicja „Robót”, art. 2 ust. 3 pkt 6 oraz pkt 8. art. 3 ust. 13 pkt 18. art. 5 ust. 1 pkt 17 oraz art. 5 ust. 28 Umowy oraz pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 3):

Powołane zapisy są niegodne z art. 29 Pzp 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 nie objęte Dokumentacją Przetargową, tj. „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 Umowy 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) 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 nakazuje Wykonawcy wykonanie innych, niewymienionych w art. 13 ust. 3 Umowy czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania Inwestycji, odbiorów i uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie, niezbędnych do prawidłowej eksploatacji Inwestycji.

Ponadto w pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia, 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.

Poprzez ww. zapisy Zamawiający sugeruje, że przedłożona przez niego 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. Potwierdzeniem ww. okoliczności są luki w dokumentacji już zidentyfikowane przez Wykonawcę i wskazane w załącznikach nr 1 i 2 do

niniejszego odwołania.

Z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego formułę realizacji niniejszego zamówienia, tj. system „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 zapisy 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.

Sposób rozkładu ryzyk w umowie o roboty budowlane znajduje odzwierciedlenie w art. 31 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji

9

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. Natomiast w niniejszym postępowaniu 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 nieujęcia lub nieprawidłowego opisu tych ryzyk w Dokumentacji Projektowej. Podkreślenia wymaga fakt, że podstawowy zakres niniejszego 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 przerzucając na Wykonawcę ryzyko warunków gruntowych i prawidłowości Dokumentacji Przetargowej wyłączył jednocześnie możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej (pkt XXVII SIWZ) oraz ustalili bardzo krótki termin składania ofert, tj. od 10.06.2016r. (przekazanie zaproszenia o złożeniu oferty) do dnia 12.07.2016r. (termin składania ofert), a następnie krótki termin realizacji Umowy.

W ramach stosunku zobowiązaniowego strony mogą wprawdzie rozszerzyć zakres odpowiedzialnością jednej ze nich o ryzyka standardowo nie objęte 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. Natomiast zaskarżone postanowienia Umowy modyfikują zakres obowiązków i odpowiedzialności stron w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, a także są sprzeczne z art. 29 Pzp 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 Dokumentacji Przetargowej i konieczności wykonania dodatkowych czynności/robót, zakres zobowiązania umownego nie będzie tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18.05.2015r. (sygn. akt: KIO 897/15) „obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

Ponadto wydatkowanie środków publicznych powinno być racjonalne. Natomiast Zamawiający formułując ww. postanowienia Umowy w opisany sposób zmusza

10

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.

art. 4 ust. 11-14 Umowy:

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 (por. wyrok SN z dnia 30.06.2010r., sygn. akt: V CSK 454/09; wyrok SN z dnia 28.08.2013 r.; V CSK 362/12). Umowę stron co do zmiany przewidzianego w ustawie terminu należy uznać za nieważną na podstawie art. 58 k.c.

„Na podstawie art. 119, w drodze rozumowania *a minori ad maius* należy wyprowadzić wniosek, że tym bardziej określenie terminów prekluzyjnych nie podlega woli stron”. „Fakt, że mechanizm prekluzji pozostaje poza dyspozycją stron, pociąga za sobą doniosłe konsekwencje. Po pierwsze - nie wchodzi w grę zrzeczenie się korzystania z niej przez pozwanego” (Księżak Paweł (red.), Pyziak-Szafnicka Małgorzata (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, wyd. II). Natomiast w zaskarżonych zapisach Zamawiający kreuje procedurę zgłaszania okoliczności mogących spowodować opóźnienie 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 bowiem ww. okoliczności w terminie 7 dni od dnia ich zaistnienia powoduje utratę przez Wykonawcę prawa do żądania wydłużenia terminu realizacji oraz żądania dodatkowych kosztów. Wykonawca traci prawo na powoływanie się na ww. okoliczności. W rzeczywistości zatem zaskarżone zapisy Umowy skracają do 7 dni termin przedawnienia roszczeń Wykonawcy, które mogą powstać w przypadku wystąpienia okoliczności stanowiących ryzyko Zamawiającego mających wpływ na dochowanie terminu realizacji.

art. 5 ust. 1 pkt 2 Umowy:

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

11

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.

Wykonawca w formule „Buduj” nie może być obciążony odpowiedzialnością za błędy projektanta oraz Zamawiającego popełnione w trakcie opracowywania Dokumentacji Przetargowej, a także brak podstaw do żądania od Wykonawcy przeprowadzenia szczegółowej analizy oraz zauważania wszelkich braków ww. dokumentacji.

„Z całościowej regulacji przepisów ustawy P.z.p. i aktów wykonawczych wynika bezsprzeczny obowiązek zamawiającego polegający na konieczności precyzyjnego, jednoznacznego i przygotowanego w ściśle określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Ww. przepisy ustawy P.z.p. znajdują się w dziale II (postępowanie o udzielenie zamówienia) w rozdziale 2 ustawy P.z.p., zatytułowanym przygotowanie postępowania, za którą to czynność odpowiada kierownik zamawiającego”. W związku z tym „wnioskiem wynikającym z ww. obowiązków jest to, że na gruncie ustawy Pzp sprawdzenie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót może być wyłącznie prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych” (wyrok KIO z dnia 9.05.2013 r., sygn. akt KIO 809/12).

Powyższa zasada obowiązuje również na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. W wyroku z dnia 27.03.2000 r. (sygn. akt: III KKN 629/98) SN podkreślił, że „wykonawca nie ma ustawowego obowiązku szczegółowego zbadania dokumentacji projektowej”.

Ponadto należy wskazać, że w orzecznictwie „nie podziela się poglądu, iż wykonawca dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialność, gdyż skrajnie prowadziłoby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 k.c. nie dotyczy przejęcia odpowiedzialności przez wykonawcę za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji (w sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy i działa na zlecenie zamawiającego) i z wykonawcą robót nie wiąże go żaden stosunek umowny, w oparciu o

który wykonawca mógłby poszukiwać rekompensaty, z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu" (wyrok KIO z dnia 2.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 184/10).

art. 5 ust. 28 Umowy:

Zgodnie z zaskarżonym zapisem Umowy, 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

12

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.

„Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej" (wyrok KIO z dnia 18.05.2015 r., sygn. akt KIO 897/15). Zaskarżone postanowienie narusza zatem art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. oraz art. 473 k.c.

Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją. Ryczałt nie może obejmować tego, czego Zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 Pzp na roboty dodatkowe (wyrok KIO z dnia 2.03.2010r., sygn. akt KIO/UZP 184/10). 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 (załącznik nr 2 do niniejszego odwołania), stwarza realne zagrożenie, że wysokość wynagrodzenia ryczałtowego zostanie ukształtowania w sposób przypadkowy, tj. w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów i kosztów prac.

art. 5 ust. 27 i ust. 28. art. 13 ust. 2 pkt 2 Umowy:

Wynagrodzenie za wykonanie, w razie takiej konieczności, odbudowy urządzeń drenarskich w zakresie nieobjętym Dokumentacją Przetargową będzie płatne na podstawie obmiarów 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.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w poszczególnych postanowieniach projektu Umowy 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 przetargowego nie jest w stanie określić zakresu tego rodzaju robót (tj.

13

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 (8.000 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 8.000 mb sieci drenarskiej.

Zamawiający ma swobodę w ustaleniu rodzaju wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, tj. ryczałtowe lub kosztorysowe. Jednak w niniejszym 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.

art. 13 ust. 6 Umowy:

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 Umowy, 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, 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. Ponadto rozszerzono odpowiedzialność Wykonawcy za wskazane w tym ustępie okoliczności, tj. wprowadzono odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Wskazane postanowienia nakładają na Wykonawcę obowiązek wliczenia w cenę ryzyk, których nie jest w stanie zidentyfikować oraz oszacować na etapie przygotowania

14

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. Ponadto naruszają art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 Pzp poprzez 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 (por. wyrok KIO z dnia 14 listopada 2012 r.; sygn. akt KIO 2421/12). Nie jest zatem uprawniony do przenoszenia na Wykonawcę odpowiedzialności za popełnione przez siebie błędy, niedoszacowania czy braki.

„Dalej idącym skutkiem przywołanej regulacji ustawy Pzp jest to, że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 KC cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Pzp. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy Pzp. Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 ustawy Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ” (wyrok KIO z dnia 9.05.2012 r. sygn. akt KIO 809/12). Ponadto kwestionowane postanowienia Umowy mogą spowodować naruszenie art. 140 Pzp, ponieważ w trakcie realizacji Inwestycji może okazać się, że zakres zobowiązania umownego nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie (por. wyrok KIO z dnia 30.04.2013 r.; sygn. akt KIO 871/13; KIO 875/13), tj. gdy wskutek pominięć czy braków powstanie konieczność wykonania dodatkowych czynności. W wyroku z dnia 18.05.2016 r. (sygn. akt KIO 897/15) KIO podkreśliła, że „nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa

właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ".

15

„Niedopuszczalne jest również przerzucenie na wykonawcę skutków finansowych nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Nawet na gruncie przepisów prawa cywilnego, gdzie obowiązek precyzyjnego opisu nie jest tak eksponowany uznaje się, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej” (wyrok KIO z dnia 9.05.2012 r. sygn. akt KIO 889/12). Ponadto należy wskazać, że „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651 k.c.) (...) z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej” (wyrok SN z dnia 27.03.2000 r. sygn. akt III CKN 629/98). W wyroku z dnia 17.06.2015 r. (sygn. akt: V ACa 731/14) Sąd Apelacyjny w Katowicach podkreślił, że „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania, musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”).

art. 18 ust. 8 Umowy:

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.

Przepisy art. 29 Pzp określają, jakimi cechami powinien się oznaczać opis przedmiotu zamówienia, tj. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W

16

odniesieniu do obowiązku obsługi serwisowej brak w Dokumentacji Przetargowej jakiegokolwiek opisu zakresu usług serwisowych, które ma zapewnić Wykonawca w okresie rękojmi i gwarancji. Zamawiający nie wykonał zatem ciążącego na nim obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Umożliwia to Wykonawcom dowolną interpretację ww. zapisu, a jednocześnie brak jakiegokolwiek opisu zakresu tych dodatkowych czynności (robót) 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 Umowy 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.

art. 20 Umowy: (i) ust. 2. (ii) tabela 2 pkt 9 lit, e). g), i), k). h) oraz g): (iii) w pkt 10 tabeli 2:

Zaskarżone zapisy są 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. 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 Umowy) nadmiernie podnosi koszty ubezpieczenia OC, a jednocześnie nie jest uzasadniony z uwagi na zakres ochrony standardowo stosowany w takich przypadkach.

art. 29 ust. 7 Umowy:

Zgodnie z art. 29 ust. 7 Umowy 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

17

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.

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” (Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II).

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.).

pkt 3.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia:

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. Obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli „dany dokument nie jest w posiadaniu zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia to winien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu” (wyrok KIO z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

Sposób sformułowania powyższego zapisu wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający nie dołożył wystarczającej staranności przy przygotowywaniu niniejszego postępowania, skoro nie posiada 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.

18

Zamawiający poprzez zamieszczanie ww. postanowienia nie może się zwolnić z obowiązku przygotowania pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia poprzez rzeczywiste szczegółowe określenie wymagań stawianych Wykonawcom. W szczególności w przypadku zadania wykonywanego w formule "Buduj" przy dołożeniu należytej staranności jest w stanie określić zamknięty katalogu dokumentów niezbędnych do wykonania inwestycji, w tym uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 29 czerwca 2016 r. nie zgodził się z postawionymi zarzutami i wniósł o oddalenie odwołania. Zajął następujące stanowisko: „(...) Zamawiający pragnie zauważyć, 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 (por. np. wyrok KIO sygn. akt KIO 283/14), Umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne (por. wyrok KIO 694/09), co wynika z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym, i to zamawiający, 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 interesie dobrze pojętego interesu publicznego jest dążenie do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców z należyte wykonanie zamówienia poprzez 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 przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu (wyrok z dnia 14.04.2008 r., sygn: akt X Ga 67/08), błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Za dopuszczalną uznawana jest nawet taka sytuacja, w której zamawiający przerzuci na wykonawcę znaczną część ryzyka kontraktowego. W takiej sytuacji, co do zasady, zabezpieczenie interesów wykonawcy powinno być gwarantowane poprzez wkalkulowanie w cenę oferty ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka.

Ponadto KIO w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. KIO 2272/12 stwierdziła: „Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlegają badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi

19

stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 581 art 353 i k.c. W przypadku zamówienia publicznego zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalia negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje jednak w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, może też do tego typu stosunku umownego w ogóle nie przystąpić, nie składając oferty. Przez złożenie oferty wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków wynikających z umowy w sprawie zamówienia. Z wyrażonej w art. 353 i k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron." W wyroku KIO 1286/14 czytamy: „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów art. 353 i k.c., które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje

interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości skoro stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę."

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pełni świadomie przewidział zwiększoną odpowiedzialność wykonawców, licząc się i uwzględnieniem tego w cenach ofertowych. Przy czym w ocenie Zamawiającego 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 przedmiotowym postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia) - zidentyfikować zarówno oczekiwania Zamawiającego, jak i ryzyka na nich ciążyące, w sposób pozwalający na

20

właściwe przygotowanie w pełni porównywalnych ofert. Również zarzuty nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia są całkowicie bezzasadne".

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów odwołania zamawiający podniósł, że:

„1. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 31 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp odnośnie braku projektów przekroczeń bezwykopowych oraz istotnych braków w dokumentacji wykonawczej geologicznej.

Zamawiający wyjaśnia, że w odniesieniu do projektów przekroczeń bezwykopowych wszelkie rysunki w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego znajdują się w Projekcie Wykonawczym. Ich zestawienie wraz z numerami projektów znajduje się w załączniku nr 1 do odwołania (kolumna: „Symbol przekroczenia”). W załączniku nr 1 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje konkretne miejsca w dokumentacji projektowej, w których znajdują się rysunki ww. przekroczeń bezwykopowych. Przedmiotowy zarzut jest więc całkowicie bezzasadny i wynika zapewne z niedopatrzenia Odwołującego.

Odnosnie do rzekomych braków wskazanych w załączniku nr 2 do odwołania, dotyczących braków w zakresie dokumentacji geologicznej Zamawiający wskazuje, 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 normy 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:

- badania wstępne mające na celu wybór lokalizacji i koncepcji budowli - wykonana została opinia geotechniczna,

- badania do celów projektowania - wykonana została dokumentacja badań podłoża gruntowego oraz dokumentacja geologiczno-inżynierska,

- kontrola i monitoring - wykonane zostaną podczas prowadzenia robót budowlanych.

Przywołane regulacje sugerują, aby odstęp między punktami badań podłoża dla rurociągów wynosiły do 200 m, jednakże Projektant co do zasady wykonał badania w mniejszych odstępach niż zalecane, co zapewnia większy poziom dokładności sporządzenia profilu geologicznego, który w przypadku inwestycji liniowych sporządza się poprzez interpolację punktowych badań gruntu w założonych odstępach. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający stoi na stanowisku, że dokumentacja badań geotechnicznych została sporządzona przez Projektanta w sposób prawidłowy i nie wymaga uzupełnienia. (...)

21

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 podano dokładnie ilość otworów oraz głębokość badań geologicznych, które należy wykonać, co pozwala oszacować zarówno zakres jak i koszt tych prac.

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

Zamawiający wskazuje, że definicja ta występuje także w umowach zawieranych przez Zamawiającego z różnymi wykonawcami w latach poprzednich, które to umowy były już wielokrotnie przedmiotem odwołań oraz kontroli Prezesa UZP. We wszystkich przypadkach uznana została poprawność umów, a Prezes UZP nie wniósł żadnych zastrzeżeń (w załączeniu 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 Wykonawcy. 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. 3) ust. 1 p. z. p. 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 dokonany 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. 33 Pzp. Wiedza, doświadczenie i dorobek Wykonawców, zajmujących się profesjonalnie działalnością w zakresie wykonawstwa robót budowlanych 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 wskazać należy, 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. Świadczenia Wykonawcy obejmować będzie zarówno wykonanie robót głównych jak i do czynności i prac

22

nie ujętych 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.

Nie można zgodzić się z Wykonawcą, iż definicja Robót czy wskazane w tirecie drugim Szczegółowego uzasadnienia zarzutów postanowienia Umowy lub OPZ nie dają Wykonawcy pewności co do zakresu robót. Należy wskazać, że przedmiotem umowy jest kompleksowe wykonanie inwestycji. Definicja Robót nie jest zatem jedynym sposobem, w jaki Zamawiający definiuje przedmiot umowy. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok Izby z 29 lipca 2015 r. KIO 1371/15; KIO 1383/15: w przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określone w ofercie, przy czym cena oferty określa je ostatecznie (wynagrodzenie ryczałtowej lub w sposób przybliżony, z dokładnym określeniem podstaw do ustalenia jego ostatecznej wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowej. Wobec tego w niniejszej sprawie nie sposób oczekiwać od Zamawiającego szczegółowego wymienienia wszystkich prac składających się na realizację przedmiotu umowy, ponieważ ze specyfiki umowy o roboty budowlane wynika, iż jej przedmiotem jest kompleksowe wykonanie obiektu budowlanego.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że uwzględnienie wniosku Odwołującego co do zmiany definicji „Robót” nie wpłynie w jego ocenie na zakres obowiązków wykonawcy wyłonionego w wyniku przeprowadzenia postępowania. W dalszym ciągu będzie to kompleksowe zrealizowanie inwestycji. Uwzględnienie wniosku Odwołującego mogło by wręcz ograniczyć konkurencję, poprzez wyłonienie wykonawcy, który powyższą zmianę odczytał by 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 mogła by doprowadzić do odmiennych interpretacji, co z kolei było by

niekorzystne zarówno dla Zamawiającego, jak i dla oferentów, ponieważ doprowadziło by do zaofiarowania przez poszczególnych wykonawców wynagrodzenia obliczonego na podstawie różnych zakresów prac.

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

Zamawiający wyjaśnia, że w Dokumentacji Projektowej zaprojektowano odbudowę urządzeń drenarskich w bardzo szerokim zakresie. Przedmiary robót zawierają pozycję pi

23

„Układanie korytek pod drenaże...”, w której zostały określone zakładane długości sieci drenarskiej do odbudowy, przy uwzględnieniu założonej szerokości pasa zdrenowanego i rozstawu sączków. Na podstawie powyższych dokumentów sumaryczna długość sieci drenarskiej dla Etapu I przewidziana przez projektanta do odbudowy wynosi 233 260 m, a dla Etapu II odpowiednio 208 351 m. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający w celu właściwego określenia wartości kontraktu wprowadził do Umowy ograniczenie ilościowe na odbudowę niezainwentaryzowanej sieci drenarskiej na poziomie odpowiednio dla Etapu I - 8 km i dla Etapu II - 5 km, co zdaniem Zamawiającego jest wystarczającym zabezpieczeniem ewentualnej konieczności wykonania przez Wykonawcę prac w tym zakresie wg stawek określonych w ofercie i Umowie. Niezależnie od powyższego, w przypadku przekroczenia wskazanego limitu, co zdaniem Zamawiającego nie powinno mieć miejsca, biorąc pod uwagę długość sieci do odbudowy założoną przez projektanta. Zamawiający jest uprawniony do udzielenia Wykonawcy zamówień uzupełniających, co zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i szacowaniu wartości zamówienia.

Zamawiający zwraca uwagę na nieprawidłową interpretację umowy przez Wykonawcę. Zgodnie z art. 5 ust. 20 umowy Wykonawca będzie na jej podstawie zobowiązany do odbudowy określonej ilości mb sieci drenarskiej. Postanowienie art. 5 ust. 20 umowy 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 umowy, 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.

4. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp w zw. i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k. c. oraz art. 647 i art. 65 k. c. poprzez 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 Urnowy, a także z pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ)

Zamawiający wyjaśnia iż 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 Projektową pod kątem wykonalności przyjętych przez projektanta rozwiązań projektowych i zgłoszenie Zamawiającemu ewentualnych

24

zastrzeżeń i uwag, które mogą mieć wpływ na termin wykonania inwestycji lub realność wykonania części Inwestycji zgodnie z Dokumentacją Projektową. Zamawiający oczekuje od wykonawcy wskazania części Dokumentacji Projektowej, 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 Projektowej 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 projektowej w początkowej fazie realizacji umowy przez Wykonawcę, co umożliwi dochowanie terminu

realizacji Inwestycji, co dla Zamawiającego jest kluczowym aspektem w ramach realizacji niniejszej inwestycji. Ponadto wskazać należy, iż od Wykonawcy jako partnera w realizacji niezwykle trudnego i wymagającego przedsięwzięcia, jakim jest budowa gazociągu przesyłowego Zamawiający oczekuje m. in. profesjonalnej weryfikacji dostępnych Dokumentów i danych oraz ewentualnych uwag. Z tego względu Zamawiający daje Wykonawcy dodatkowy okres 60 dni od daty zawarcia umowy na pogłębioną analizę dokumentacji. Podkreślić należy, że jest to okres dodatkowy bowiem Wykonawca dysponuje pełną Dokumentacją już na etapie przygotowania oferty a także po wyborze oferty a przed zawarciem umowy. W rzeczy samej Dokumentacja została przekazana Wykonawcom, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu już dnia 25 marca 2016 r. Zatem rzeczywisty czas na analizę Dokumentacji jest znacznie dłuższy niż termin określony w art. 5 ust. 1 pkt 2 umowy. Z kolei pkt. 3.8 OPZ ma na celu zobowiązanie Wykonawcę do dokonania weryfikacji wykonanych przez projektanta badań geologiczno-hydrogeologicznych w celu stwierdzenia czy są one wystarczające do dokonania wyboru przez Wykonawcę technologii prowadzenia robót ziemnych i odwodnieniowych i w razie potrzeby ich uzupełnienie, co Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w cenie oferty jako ryzyko Wykonawcy. Zamawiający z całą stanowczością podkreśla, że przekazana Dokumentacja Projektowa jest kompletna i nie wymaga uszczegółowienia 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 Wykonawcy należy również decyzja o konieczności (lub jej braku) wykonania dodatkowych badań gruntu.

Dodatkowo, w zakresie art. 5 ust. 1 pkt 2 i art. 5 ust. 28 Umowy, należy zwrócić uwagę, że obowiązki wynikające ze wskazanych postanowień umowy stanowią rozszerzenie

25

obowiązków ciążących na Wykonawcy na podstawie art. 651 k.c. Takie rozszerzenie obowiązków wykonawcy jest możliwe, pod warunkiem jednoznacznego ich określenia w umowie. W tym warto przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. III CKN 629/98: „z takiego sformułowania treści umowy nie wynika, aby pozwany przyjął na siebie obowiązki dalej idące niż wynikające z art. 651 k.c. Jakkolwiek bowiem strony umowy mogą rozszerzyć zakres obowiązków określonych ustawą, jednak wymaga to jednoznacznego określenia.”

Należy również wskazać, że ani art. 647 k.c. 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 (tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27.03.2000 r. sygn.. III CKN 629/98). A zatem 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. W wyroku KIO 318/09 zauważono, iż: „(...) wobec ograniczanej jedynie przepisami prawa swobody zamawiającego w ułożeniu treści stosunku zobowiązaniowego, dla zgłoszenia uprawnionego żądania jego zmiany, konieczne jest wskazanie bezwzględnie obowiązujących przepisów, które naruszono formułując postanowienia siwz (...). Zasada wolności umów dla wykonawcy sprowadza się tu jedynie do pełnej swobody co do przyjęcia tego typu zobowiązań. W przypadku rozpoznania, iż zamawiający w umowie przewiduje i nakłada obowiązki umowne, którym wykonawca nie będzie mógł sprostać, czy też ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest z punktu widzenia racjonalnego podjęcia się realizacji zbyt wielkie, dany wykonawca może i powinien z ubiegania się o takie zamówienia zrezygnować,”

Stosunki pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą są w tym zakresie stosunkami o charakterze cywilnoprawnym, a rozwiązania przyjęte w Umowie nie naruszają jakichkolwiek przepisów prawa, w tym zasady swobody umów.

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

należy zwrócić uwagę, że również charakter inwestycji (tj. inwestycja liniowa o długości ok. 115 km wiążąca się z posadowieniem obiektu pod ziemią) uzasadnia taki rozkład ryzyka kontraktowego. W tym miejscu należy przywołać wyrok KIO 212/13, gdzie Izba wskazała: „Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie robot

26

budowlanych polegających na przebudowie zabytkowego, stuletniego obiektu Muzeum Narodowego we Wrocławiu, znajdującego się pod ochroną konserwatorską, wpisanego na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO, Izba stwierdziła, że przy tego typu pracach naturalnym jest że zamawiający na etapie sporządzania dokumentacji projektowej nie jest w stanie przewidzieć pełnego zakresu i rozmiaru robot jakie będą konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, uzyskania oczekiwanego efektu. W trakcie procesu budowlanego, którego przedmiot obejmuje m.in.: prace rozbiórkowe czy roboty renowacyjne mające na celu przywrócenie obiektowi dawnego wyglądu, może okazać się, że istotnie szereg robot i czynności oraz ich wielkość i ilość będzie możliwa do oszacowania dopiero po wykonaniu określonych działań. Stąd, zdaniem Izby dopuszczalne są sformułowania użyte w projekcie wykonawczym, a kwestionowane przez odwołującego typu "po wykonaniu rozbiórek, demontażach i oczyszczeniach elementów konstrukcyjnych możliwa będzie ocena ilości stropów wymagających wzmocnienia" czy "po odkryciu górnych powierzchni stropodachów oraz kopuł możliwa będzie ocena ich stanu technicznego i nośności". Na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej nie jest możliwe także przewidzenie i precyzyjne określenie wielkości i zakresu robot archeologicznych, geologicznych, saperskiego rozpoznania terenu czy wskazanie występowania miejsc gniazdowania ptaków i rozrodu nietoperzy. Okoliczność tą przyznał sam odwołujący w toku rozprawy, stąd żądanie odwołującego określone w pkt 1.4 co do podania przez zamawiającego wielkości i zakresu tych robot jest niemożliwe do spełnienia. Niewątpliwie wykonawca, kalkulując cenę oferty, która w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy ponosi ryzyko związane z koniecznością pokrycia ewentualnych kosztów prac archeologicznych, geologicznych, saperskich oraz ryzyko związane z instalacją budek lęgowych dla ptaków lub schronień dla nietoperzy, których ilość nie jest na etapie przygotowania dokumentacji sprecyzowana. W warunkach ceny ryczałtowej ryzyko uwzględnienia wszystkich prac wymaganych dla realizacji całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem tego przedmiotu dokonany przez zamawiającego, w formie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów, spoczywa bowiem na wykonawcy. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie z góry wynagrodzenia za całość prac w stałej kwocie, która ma co do zasady charakter niezmienny."

Odnosząc powyższe stanowisko KIO do okoliczności niniejszej sprawy należy stwierdzić, że charakter przedmiotowej inwestycji Zamawiającego tym bardziej uzasadnia opisanie przedmiotu zamówienia bez wskazania wprost wszystkich prac koniecznych do wykonania, a jedynie poprzez wskazanie jej rezultatu i uszczegółowienie go niezamkniętą listą obowiązków Wykonawcy. Dodatkowo KIO stwierdziło, że możliwe jest w takim przypadku przewidzenie w umowie wynagrodzenia ryczałtowego i to na wykonawcy ciąży

27

ryzyko uwzględnienia w takim wynagrodzeniu ryzyk związanych z rzeczywistym zakresem prac koniecznych do wykonania w celu zrealizowania opisanego przedmiotu umowy.

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

W zakresie 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 Umowy - 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 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.

5. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 p. z. p. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k. c. oraz art. 647 i art. 119 k. c. poprzez włączenie do Umowy postanowień art. 4 ust. 10-14

Zamawiający wyjaśnia, iż 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.

Postanowienia art. 4 ust. 11 - 14 Umowy 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 ekskulpować. Zgodnie z Art. 4 ust. 14 Umowy jeżeli Wykonawca nie dopełni warunków, o których mowa w ust. 10-11 powyżej, uznaje się, że Wykonawca ocenił i

28

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 poprzez uszczuplenie jego ustawowych uprawnień, a wręcz 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 ekskulpowania się od opóźnienia) i interesu Zamawiającego, który stanowi tak naprawdę interes publiczny. Należy bowiem zwrócić uwagę, że budowa gazociągu Lwówek - Odolanów stanowi inwestycję towarzyszącą inwestycjom w zakresie terminalu w rozumieniu Ustawy o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu z dnia 24 kwietnia 2009 r. 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 Umowy z 7 do 20 dni --wniosek ten nie jest przez Odwołującego uzasadniony. 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.

W zakresie wniosku o wykreślenie art. 4 ust. t3 -14 Umowy w takim przypadku pojawi się 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 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 Umowy.

6. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 p. z. p. w zw. z art. 139 ust. 1 p. z. p. w zw. z art. 353 i k. c. oraz art. 647 i art. 651 k. c. poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków wynikających z art. 5 ust. 28 Umowy.

Zamawiający wyjaśnia, że przyjęła formuła realizacji Inwestycji zakłada ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy. Ten rodzaj wynagrodzenia polega na ustaleniu określonej kwoty, za którą Wykonawca realizuje 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

29

rzeczywiście wykonanej pracy w przypadku gdy jest ona mniejsza od zakładanej. Tego rodzaju sposób rozliczenia między stronami jest często spotykany na tynku usług budowlanych, w tym w realizacji inwestycji publicznych. Nie oznacza on jednak możliwości swobodnego modyfikowania zakresu umowy w trakcie jej wykonywania. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, mówiące o konieczności dokładnego opisanie przedmiotu umowy, nie wyłączają możliwości uzgodnienia w kontrakcie ryczałtowego wynagrodzenia za jego wykonanie. Odwołujący błędnie interpretuje postanowienie art. 5 ust. 28 Umowy jako możliwość dokonywania przez Zmawiającego dowolnych zmian na dalszych etapach realizacji Inwestycji. Zasady dokonywania zmian Umowy zostały uregulowane w jej art. 24. Art. 5 ust. 28 Umowy 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,

Również w tym zakresie adekwatny jest wskazany już powyżej wyrok KIO 212/13 w zakresie dopuszczalności zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego i konieczności uwzględnienia w nim ryzyka wykonawcy.

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 5 ust. 28 Umowy, to w świetle wskazanych wyjaśnień jest on nieuzasadniony.

7. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 i k. c. oraz art. 647 i art. 651 k. c. poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków wynikających z art. 13 ust. 6 Umowy.

Zamawiający wskazuje, że wynagrodzenie Wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy co znajduje wyraz w art. 13 Umowy. Oznacza to, że wynagrodzenie obejmować będzie cały zakres świadczenia Wykonawcy określony w umowie i Dokumentacji Projektowej. Od wykonawcy jako profesjonalisty w dziedzinie budownictwa, dysponującego doświadczeniem w realizacji inwestycji polegających na budowie gazociągów, wymaga się by przygotował ofertę w wyniku starannej analizy dostępnej Dokumentacji Projektowej, Dokumentacja ta została sporządzona w oparciu o istniejącą dokumentację 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 gazociągu Lwówek - Odolanów to ok. 165 km w tym Etap I obejmujący ok. 115 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

30

weryfikację przedstawionej Dokumentacji oraz identyfikację występujących w niej

braków, itp.. winien ewentualnych błędów, niedoszacowań Wykonawca jednak zaakceptować pewien stopień ryzyka polegającego na tym, że nawet jemu jako doświadczonemu profesjonalście może być trudno dostrzec z wyprzedzeniem wszystkie możliwe braki Dokumentacji.

Zamawiający wskazuje również, że celem wprowadzenia do Umowy postanowień art. 13 ust. 6 jest zmotywowanie wykonawców do rzetelnego skalkulowania swoich ofert i poprzedzenia ich złożenia dogłębną analizą dokumentacji przetargowej. Takie stanowisko Zamawiającego jest na gruncie prawa zamówień publicznych jak najbardziej dopuszczalne i służące 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 się zrehabilitować swoje niedoszacowanie swojej oferty (dzięki czemu uzyskał przewagę nad pozostałymi wykonawcami). Zbieżne z powyższym stanowiskiem stanowisko zajęła KIO w wyroku KIO 493/13: „zdaniem Izby, założeniem obiektywnym jest, iż każdy wykonawca w celu prawidłowego sporządzenia oferty powinien zapoznać się z wszystkimi wskazanymi przez zamawiającego uwarunkowaniami prowadzenia robót budowlanych. I powyższych względów, weryfikacja otrzymanej od zamawiającego dokumentacji jak i dokonanie wizji lokalnej, powinny umożliwić wykonawcy przygotowanie rzetelnej oferty uwzględniającej rzeczywiste i możliwe do przewidzenia oraz skalkulowania ryzyka wynikające z udostępnionej przez zamawiającego w przetargu dokumentacji W przypadku, gdy

wykonawca, którego oferta została wybrana, zaniechał dokonania czynności opisanych powyżej, o których mowa w kwestionowanym postanowieniu i sporządził ofertę która nie uwzględnia powyższych ryzyk, zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku profesjonalizmu po stronie takiego wykonawcy. „

Podobnie KIO w wyroku KIO 636/09: „Wykonawca - jako profesjonalny podmiot, mając na względzie doświadczenie zawodowe, może już na etapie kalkulacji ceny oferty, dokonać wyceny szacunkowej ryzyk.”

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 wskazuje, że wprowadzenie żądanej zmiany pozbawiłoby to postanowienie sensu.

31

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 13 ust. 6 Umowy, to w świetle wskazanych wyjaśnień jest on nieuzasadniony,

8. 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 k. c. poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków wynikających z art. 18 ust. 8 Umowy.

Zamawiający wyjaśnia, że Intencją Zamawiającego jest aby, zgodnie z zapisami Umowy, Wykonawca udzielić Zamawiającemu 3-letniej gwarancji na całość inwestycji, w tym zarówno na wykonane przez siebie Roboty, jak również wszelkie dostarczone przez Wykonawcę i wbudowane urządzenia. W szczególności, celem tych zapisów 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 Wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty jako ryzyko. Zamawiający zastrzega, że czynności serwisowe, o których mowa w kwestionowanym zapisie obejmują wyłącznie zdarzenia, które zostaną określone do Dokumentacji Urzęda 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 Urzędów 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 Urzędów i niezastrzeżone do wykonania przez przedstawicieli ich producenta lub Wykonawcy będą realizowane przez służby własne Zamawiającego.

W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 18 ust. 7 Umowy, to w świetle wskazanych wyjaśnień jest on nieuzasadniony.

9. 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 k. c. poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków i ograniczeń wynikających z art. 20 Umowy, w szczególności art. 20 ust. 2, ust. 5 lit. e, g, j, k, n, q Umowy (tabela nr 2) oraz ust. 5 pkt 11 Umowy (tabela nr 2).

Zamawiający wyjaśnia, że:

(i) art. 20 ust. 2 Umowy stanowi kontraktową aplikację zasad odpowiedzialności wynikających z art. 434 k. c. oraz art. 652 k. c. - wg tych przepisów to Wykonawca robót

32

ponosi odpowiedzialność za teren budowy oraz, znajdujące się na nim Urządzenia i materiały a także za ewentualne szkody w mieniu osób trzecich (zob. wyrok SN z 15.12.1963 r. (OSNCP 1964, poz. 230) oraz wyrok SN z 18.3.1971 r. (OSNCP 1972 poz. 6).

(ii) Art. 20 ust. 5 pkt. 9 lit. e), g), j), k), n] oraz q) Umowy - z uwagi na treść art. 20 ust. 5 pkt. 5

Umowy w związku z art. 20 ust. 5 pkt 9 Umowy 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 we wzorze umowy nie wprowadzono takiego ograniczenia odpowiedzialności. Wymagania w tym zakresie zostały opracowane na podstawie analizy ryzyka i doświadczeń związanych z wcześniej prowadzonymi inwestycjami tego typu. Należy zauważyć, że argument Odwołującego dotyczący braku limitów odpowiedzialności dla wskazanych ryzyk nie ma żadnego związku z przedmiotem odwołania i wynika prawdopodobnie ze niewłaściwej interpretacji zapisów wzoru umowy. 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.

(iii) Art. 20 ust. 5 pkt. 11 Umowy - Zamawiający nie może zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który podnosi, że zapis 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 zaznaczamy, że ze względu na charakter ubezpieczenia OC, 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, dotychczasowego doświadczenia w wykonywaniu prac objętych umową

33

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.

10. 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 k. c. oraz art. 480 k. c. poprzez określenie zasad rozliczenia kosztów wykonania zastępczego w art. 29 ust. 7 Umowy.

Zamawiający wyjaśnia iż niezgodność zasad kontraktowej zasady obciążania Wykonawcy kosztami wykonania zastępczego z przywołanymi przepisami Kodeksu cywilnego nie występuje. Rzekomej niezgodności postanowień umowy z art. 353 i k. c. oraz art. 480 k. c. Odwołujący nie uzasadnił. 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 wobec Odwołującego 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. 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 Umowy wskazuje iż 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 składniki szkody ponoszonej przez inwestora w przypadku konieczności zlecenia wykonania

34

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. W zakresie wniosku Odwołującego o zmianę art. 29 ust. 7 Umowy, to w świetle wskazanych wyjaśnień jest on nieuzasadniony.

11. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w 'w. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w 'w. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 353 i k. c. poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków wynikających z pkt 3.3 OPZ

Zamawiający wyjaśnia iż 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. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie kwestionuje prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie jakichkolwiek braków, błędów czy nieścisłości w dokumentacji projektowej czy specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a jedynie poprzez sugerowanie (co Zamawiający kwestionuje co do zasady), że wskazane postanowienia Umowy 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 niniejszego postępowania. W szczególności nie sposób uznać, że Odwołujący udowodnił jakiegokolwiek uchybienia Zamawiającego w tym zakresie.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że Odwołujący również w tej części odwołania błędnie interpretuje sposób, w jaki Zamawiający opisał przedmiot Umowy, Przedmiotem Umowy, a tym samym przedmiotem zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie, jest kompleksowe zrealizowanie określonej inwestycji. Taki sposób opisu przedmiotu umowy

35

jest zgodny z konstrukcją umowy o roboty budowlane przewidzianą w 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 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 swe) istocie polega umowa na generalną realizację inwestycji, tj. wykonawca realizuje ją w całości, kompleksowo.

W zakresie wniosku Odwołującego o wykreślenie pkt 3.3 i 3.8 OPZ, to w świetle wskazanych wyjaśnień jest on nieuzasadniony.”

Przystąpienie do postępowania odwoławczego dotyczącego, jak ustalono powyżej wyłącznie części I zamówienia, zgłosili: IDS-BUD S.A. w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. w Warszawie, PGNiG Technologie S.A. w Krośnie. Przystępujący opowiedzieli się po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący cofnął zarzut dotyczący przekroczeń bezwykopowych oraz ograniczył żądanie związane z ubezpieczeniem wyłącznie do przesłanek egzoneracyjnych wskazanych w art. 435 k.c.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnia przesłanki wymagane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przywoływanie kwestionowanych przez odwołującego postanowień wzoru umowy jest zbędne. Brzmienie tych postanowień nie jest sporne i jasno wynika z powołanych *in corpore* w części historycznej stanowisk stron. Przedmiotem sporu jest zgodność tych postanowień z przepisami prawa i do tego należy odnieść się w uzasadnieniu.

Izba co do zasady podzieliła argumentację prawną zamawiającego znajdującą uzasadnienie w przeważającej i ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych sprawujących kontrolę instancyjną rozstrzygnięć wydanych w postępowaniach odwoławczych. Wobec przyjęcia większości powołanych w odpowiedzi na

36

odwołanie poglądów prawnych i wywiedzionych z nich ocen za własne ich powielanie przez Izbę jest zbędne.

W niektórych aspektach Izba nie podzieliła wykładni projektowanej umowy prezentowanej przez zamawiającego. Uznała jednak, że nie powoduje to konieczności zmiany postanowień wzoru umowy, a jedynie prawidłowej w świetle orzecznictwa sądów powszechnych interpretacji.

Zachowując systematykę odwołania - Izba wskazuje, co następuje:

Ad. brak w Dokumentacji Przetargowej projektów przekroczeń bezwykopowych (załącznik nr 1 do niniejszego odwołania) oraz istotne braki w dokumentacji wykonawczej geologicznej

Zarzut dotyczący przekroczeń bezwykopowych został wycofany przez odwołującego i nie był rozpoznawany przez Izbę.

Zarzut dotyczący dokumentacji wykonawczej geologicznej nie znalazł potwierdzenia.

Izba uznała, że wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązek zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska wykonawca. Nie można pomijać, że ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na roboty nie zawiera w tym zakresie żadnych odrębnych norm, jedynie w art. 31 ust. 1 wskazuje wspólne dla wszystkich zamówień na roboty budowlane niezbędne elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji przy poszukiwaniach odpowiedzi na pytanie o opis przedmiotu zamówienia w przypadku zamówień na roboty budowlane, gdzie przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe, należy stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp odwołać się do przepisów kodeksu cywilnego. Ten zaś w art. 632 § 1 stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Z brzmienia powołanego przepisu k.c. jasno wynika, że brak przesądzenia rozmiaru

prac albo nieuwjęcia wszystkich elementów kosztotwórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba uznała również, że jeśli do przedmiotu zamówienia albo jego części odnoszą się przepisy prawa albo normy wyznaczające standard opisu, pewne niezbędne minimum, to co

37

do zasady uznać należy, że zadośćuczynienie tym wymaganiom, oznacza spełnienie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wynikającemu z Pzp.

Nie ma sporu co do tego, że dokumentacja wykonawcza geologiczna spełnia wymagania stawiane projektom. Izba uznała zatem, że zamawiający nie dopuścił się zarzucanych mu naruszeń prawa.

Ad. art. 1 definicja „Robót”, art. 2 ust. 3 pkt 6 oraz pkt 8. art. 3 ust. 13 pkt 18. art. 5 ust. 1 pkt 17 oraz art. 5 ust. 28 Umowy oraz pkt 3.8 Opisu Przedmiotu Zamówienia

Nie podzielono poglądu odwołującego, że postanowienia umowy zobowiązujące wykonawcę do posiadania „pełnej znajomości Przedmiotu Umowy” oraz ustalania zakresu swego zobowiązania 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” naruszają art. 29 oraz 31 ust. 1 Pzp.

Jak już wskazano powyżej ryczałtowy charakter wynagrodzenia daje zamawiającemu pewien margines niedookreślenia przedmiotu zamówienia, gdyż płatne jest ono za osiągnięcie określonego rezultatu, nie zaś wyłącznie za realizację zamkniętego katalogu czynności. Zgodnie z brzmieniem art. 632 § 1 k.c. wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko wynikające z tego, że rozmiar i koszt prac może być większy niż wynikający z dokumentacji projektowej i ryzyko to winien uwzględnić w cenie oferty. Trafność wyszacowanie tego ryzyka, ocena rozmiaru prac zależy w ocenie Izby przede wszystkim od profesjonalizmu wykonawcy, którego zamawiający ma słuszne prawo oczekiwać.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r. sygn. akt V ACa 846/13 (orzeczenia.gdansk.sa.gov.pl data dostępu: 13 lipca 2016 r.) „Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje”.

Ponieważ zatem w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie wszelkich prac niezbędnych do realizacji robót budowlanych, nawet jeśli nie są one uwzględnione w projekcie, oczekiwanie zamawiającego, zawarte w kwestionowanych

38

postanowieniach, aby profesjonalny wykonawca poznał wszelkie uwarunkowania mogące mieć znaczenie w toku wykonywania umowy, jest adekwatne do charakteru umowy.

Izba nie dopatrzyła się w kwestionowanych postanowieniach naruszenia przepisów ustawy mających w dacie wydawania wyroku wpływ na wynik postępowania. Istotne dla tej konstatacji jest również dopuszczenie przez zamawiającego możliwości dokonania wizji lokalnej.

Wobec dania wykonawcom możliwości zapoznania się z teren przyszłej budowy wymagania zawarte w art. 2 ust. 3 pkt 6 i 8 nie jest niczym innym niż zapisanym w umowie oczekiwaniem kierowanym do profesjonalnego wykonawcy, który powinien mieć wiedzę faktyczną dotyczącą wykonywania umowy oraz znajomość obowiązującego prawa

Nie podzielono poglądu odwołującego, że przez sformułowanie użyte w art. 1 definiującym pojęcie „Robót” o treści „choćby nie były wyraźnie w umowie wymienione” zamawiający przerzuca na wykonawcę całość ryzyk związanych z wykonaniem umowy a wynikającym z braku właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Izba nie zgadza się z odwołującym, że brzmienie kwestionowanego postanowienia daje możliwość obciążenia

wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i daje sobie przyzwolenie na błędy i pominięcia w opisie przedmiotu zamówienia. Wykładnia tego postanowienia przy uwzględnieniu charakteru zamówienia prowadzi do odmiennych wniosków. W ocenie Izby kwestionowane sformułowanie dotyczy czynności lub wad wskazanych w umowie albo wynikających z umowy (będących naturalną konsekwencją procesu budowlanego) i jedynie zezwala na to, by nie były one nazwane w sposób precyzyjny.

W ocenie Izby skarżone postanowienie odnosi się właśnie do takich sytuacji, które dotyczą prac niezbędnych w normalnym toku wykonywania przedmiotu zamówienia i możliwe są do przewidzenia przez profesjonalnego wykonawcę.

Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, że bezprawnie nałożono na wykonawcę obowiązki nie wskazane w umowie. Nie dopatrzono się również wadliwości nakazania stronom umowy uzgodnienia standardu świadczenia wykonawcy z zamawiającym. W umowach w sprawach zamówienia publicznego, do których znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, nie został wyłączony obowiązek współdziałania stron (por. wyrok SN z 5 czerwca 2014 IV CSK 626/13) i kwestionowane postanowienie do tej wzajemnej powinności stron stosunku zobowiązaniowego się odwołuje.

Z powołanych przyczyn również nałożenie na wykonawcę w art. 5 ust. 28 kosztów i odpowiedzialności za rozpoznanie terenu, warunków gruntowo-wodnych itp., gdyby informacje zawarte w Dokumentacji Przetargowej okazały się niewystarczające lub niedokładne nie narusza prawa. Natomiast postanowienie dotyczące kosztów i ryzyka wynikające ze zmian i korekt wprowadzonych na wniosek wykonawcy dotyczy zgodnie z

39

brzmieniem umowy „dalszych etapów Inwestycji”, zatem takich zmian i korekt, których wykonawca nie zgłosił zamawiającemu w terminie 60 dni przewidzianym na sporządzenie raportu z oceny dokumentacji i zgłasza je na dalszych etapach inwestycji.

Ad. art. 4 ust. 11-14 Umowy

Zarzut jest niezasadny. Odwołujący błędnie utożsamia 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.

Kwestionując Art. 5 ust. 1 pkt 2 Umowy odwołujący powoływał dwa argumenty. Pierwszy że nałożenie na wykonawcę robót budowlanych odpowiedzialności za sprawdzenie dokumentacji projektowej jest niedopuszczalne. Drugi, że okres 60 dni jest zbyt krótki.

Izba nie podziela tych zapatrywań. Przede wszystkim sam art. 651 k.c. zakłada możliwość oceny dostarczonej dokumentacji projektowej przez wykonawcę, zatem konsekwencją tego jest również brak naruszenia art. 353 i k.c.

Z art. 651 k.c. nie wynika brak jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu. Przeciwnie z przepisu tego wynika, że wykonawca jest obowiązany zawiadomić inwestora o dostrzeżonych brakach w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 27 marca 2000 r. (sygn. III CKN 629/98) przyznał i nie wykluczył istnienia obowiązków związanych z weryfikacją dokumentacji wynikających z art. 651 k.c. W ślad za stanowiskiem doktryny („System prawa cywilnego” pod. red. J. Ralskiego, C.H. Beck, Warszawa 2001, t. 7 str. 314) przyjąć można, iż obowiązkiem wykonawcy jest sprawdzenie czy dostarczone projekty są kompletne, zatwierdzone przez właściwe organy i czy nie zawierają wad lub błędów dających się wykryć przy zachowaniu poziomu należytej staranności wymaganego w stosunkach danego rodzaju.

Istotne jest zatem ustalenie natury stosunku łączącego strony umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tej mierze należy zauważyć, że stosunek zobowiązaniowy nawiązany pomiędzy zamawiającym a wykonawcą wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, różni się od stosunku nawiązywanego pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na rynku. Wynika to nie tylko z tego, że zamawiający działa w interesie publicznym i konsekwencje niepowodzenia w realizacji umowy nie obciążają jedynie zamawiającego, ale dotkną szerszej zbiorowości, ale również z tego, że na zamawiającym

40

wydatkującym środki publiczne ciążą szczególne rygory związane z terminowością dokonywania wydatków.

Dla nieuwzględnienia zarzutu odwołania znaczenie miało również to, że odwołujący nie wykazał przed Izbą na czym miałyby polegać zakładana przez niego należyta staranność przy sprawdzeniu projektu. W związku z tym Izba uznała prymat prawa zamawiającego do ukształtowania obowiązków wykonawcy sprzyjających terminowemu wykonaniu umowy nad nieokreślonym standardem należytej staranności mającym chronić wykonawcę.

Pogląd, że okres 60 dni jest zbyt krótki, pozostał całkowicie gołosłowny. Zdaniem Izby dysponując dokumentacją projektową od 26 marca (niesporna data przekazania jej przez zamawiającego) wykonawca dysponował znaczącym okresem czasu i miał możliwość, aby zmobilizować potencjał osobowy umożliwiający spełnienie wymagań umowy.

Izba uznała zatem, że z samego faktu, że zamawiający ustalił wzajemne powinności stron inaczej niż w modelowym rozwiązaniu formuły „Buduj” nie należy wywodzić sprzeczności projektu umowy z prawem.

Ad. art. 5 ust. 28 Umowy:

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych powyżej.

Ad. Art. 5 ust. 27 i 28 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 umowy (urządzenia drenarskie):

Izba uznała, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia. Przede wszystkim nie zostało wykazane przez odwołującego, że – biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia w zakresie długości sieci drenarskiej przeznaczonej do odbudowy oraz założonej rezerwy na sieć nie ujętą w dokumentacji projektowej – że szacunki co do długości obciążone są ryzykiem błędu. Uwzględniono również to, że postanowienia art. 5 ust. 20 wzoru umowy, że na jej podstawie wykonawca zobowiązany jest do odbudowy określonej długości sieci drenarskiej, zatem deklaracje zamawiającego, co do udzielenie wykonawcy zamówień dodatkowych, w razie zaistnienia konieczności odbudowy dłuższych odcinków sieci drenarskiej, są uzasadnione na gruncie oceny umowy.

Tym samym brak jest wskazywanego przez odwołującego ryzyka złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, wynikających z tego, że w toku wykonywania umowy może zaistnieć konieczność wykonania prac nie uwzględnionych w dokumentacji przetargowej.

Ad. art. 13 ust. 6 Umowy:

Izba uznała zarzut za niepotwierdzony. W świetle tego, że wykonawca jest na gruncie art. 651 k.c. zobowiązany do oceny dokumentacji projektowej oraz, że czas na jej analizę jest realnie znacznie dłuższy niż przewidziany we wzorze umowy, gdyż – co jest bezsporne

41

wykonawcy otrzymali od zamawiającego dokumentację projektową już w marcu – twierdzenie odwołującego, że zamawiający przerzuca na wykonawcę całość ryzyka w sytuacji gdy zbadanie dokumentacji w tak krótkim czasie jest niemożliwe, nie jest prawdziwe.

Natomiast kwestionowane postanowienie umowy nie może być wykładane jako oczekiwanie całkowitego – niezależnego od rozmiaru prac, które nie zostały wskazane w dokumentacji, a będą konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy - wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za ewentualne prace dodatkowe.

„Konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza przecież żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową, zwłaszcza jeśli skutkiem wykonania tych prac dodatkowych zamawiający miałby otrzymać korzyść majątkową. W takim wypadku dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu”(za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r., o sygn. akt I CSK 568/13 – www.sn.pl data dostępu 13 lipca 2016 r.).

Izba nie podzieliła poglądu stron, że kwestionowane postanowienie umowne statuuje odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka. Tego rodzaju odpowiedzialność za szkodę jako wyjątek od podstawowej odpowiedzialności na zasadzie winy wskazana jest w przepisach kodeksu cywilnego (vide przykładowo: art. 430, 434 i 435 k.c.).

W ocenie Izby treścią kwestionowanego postanowienia nie jest ukształtowanie odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka (bo ta dotyczy wyrządzonej szkody), ale

raczej rozszerzenia zakresu zobowiązania wykonawcy. Innymi słowy nie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka w rozumieniu przyjętym na gruncie kodeksu cywilnego, ale przyjęciem na siebie przez wykonawcę ryzyka kontraktowego związanego z oceną dokumentacji projektowej i adekwatną kalkulacją oczekiwanego wynagrodzenia ryczałtowego.

Spójnie z postanowieniem nakazującym sprawdzenie projektu zamawiający zastrzegł, że ryzyka związane ze sprawdzeniem planów i dokumentów obciążają wykonawcę, gdyż tkwiące w nich ich usterki (z zastrzeżeniem zgłoszonych w 60-dniowym terminie ustalonym przez zamawiającego) nie stanowią podstawy do podwyższenia wynagrodzenia. W ocenie Izby wykonawca obciążony jest konsekwencjami własnych działań polegających na niedołożeniu należytej staranności przy sprawdzeniu projektu. Nie jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, natomiast wykonawca ryzyko wynikające z uchybień projektu musi wliczyć w cenę złożonej przez siebie oferty.

Ad. art. 18 ust. 8 Umowy:

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego co do nieokreśloności przedmiotu zamówienia uznała bowiem, że pojęcie pełna obsługa serwisowa jest wystarczająco jasne.

42

Oznacza mianowicie największy zakres obsługi oferowany przez danego producenta, a skoro okres obowiązywania gwarancji i rękojmi jest określony przez zamawiającego, brak jest podstaw ku temu, aby uznać, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy wycenienie oferty.

Ad. art. 20 Umowy: (i) ust. 2. (ii) tabela 2 pkt 9 lit. e), g), i), k). h) oraz g): (iii) w pkt 10 tabeli 2:

Zarzut ten został ograniczony przez odwołującego do żądania zawężenia odpowiedzialności do przesłanek egzoneracyjnych wskazanych w art. 635 k.c. W tym stanie sprawy Izba uznała, że postanowienia umowne pozostają w zgodzie z zasadami odpowiedzialności wynikającymi z art. 434 k. c. oraz art. 652 k. c. W pełni podzielono pogląd prezentowany w odpowiedzi na odwołanie.

Ad. art. 29 ust. 7 Umowy:

Nie podzielono poglądu odwołującego, że może on zostać obciążony nadmiernymi kosztami wykonania zastępczego. Dostrzec należy przede wszystkim, że obowiązkiem wykonawcy jest rzetelne obliczenie ceny oferty. Jeśli zostanie to uczynione, cena ta nie tylko pokryje koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia ale też powinna zapewnić wykonawcy godziwy zysk. W tej sytuacji trudno przypuszczać, że w sytuacji gdy miałoby dojść do wykonania zastępczego koszty tego wykonania będą nadmierne, zwłaszcza, że obowiązki nałożone na wykonawcę zastępczego są tymi samymi powinnościami, które musi wykonać wykonawca.

Ad. pkt 3.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia:

Zarzut okazał się całkowicie chybiony. W ślad za argumentacją przytoczoną wcześniej przypomnieć należy, że sporządzenie dokumentów wymaganych przepisami prawa niezbędnych dla zapewnienia prawidłowego przebiegu inwestycji odpowiada naturze prawnej umowy o roboty budowlane. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego rezultatem wykonania umowy jest dzieło-robota budowlana, z której zamawiający może korzystać zgodnie z przeznaczeniem, a obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie wszelkich niezbędnych prac, nawet jeśli nie zostały one wskazane wprost w dokumentacji projektowej. W tak rozumianym zakresie powinności profesjonalnego wykonawcy mieści się sporządzenie wszelkich dokumentów wymaganych przepisami prawa i niezbędnych do zapewnienia prawidłowego przebiegu inwestycji.

Podsumowując Izba wyraża pogląd, że wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w

43

spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu za osiągnięcie umówionego rezultatu. Sąd Apelacyjny w

Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt. I ACa 160/14 (orzeczenia.bialysok.sa.gov.pl data dostępu 13 lipca 2016 r.) wskazał, że „W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub kosztów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie. Należy przyjąć, że jest ono dopuszczalne z perspektywy zasady swobody umów (art. 353 § 1 k.c.), zwłaszcza, że ryzyko przyjmującego zamówienie równoważy sytuacja prawna zamawiającego, który nie może żądać obniżenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, nawet w wypadku, gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści, na przykład wskutek poniesienia niższych od zakładanych kosztów rzeczywistych”.

Darmo też powołuje odwołujący zasady proporcjonalności i przejrzystości. Na gruncie przepisów ustawy obowiązujących w toku badanego postępowania zasady te nie obowiązują. Czynności zamawiającego mogą być oceniane w świetle zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a te nie zostały naruszone przez zamawiającego. Projektowany wzór umowy jest taki sam dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: