

SKANSKA

Kraków, 26 października 2018 r.

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

Zamawiający: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**, ul. Głowackiego 56, 30-085 Kraków, tel. +48 12 446 58 10, +48 12 446 57 01; fax. +48 12 446 57 02, e-mail: i.gesiarz@zdw.krakow.pl;

Odwołujący: **SKANSKA S.A.**, Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa, adres do korespondencji: SKANSKA SA Budownictwo Inżynieryjne Obszar Kraków, ul. Szyb Franciszek 7, 41-803 Zabrze tel. +48 32 606 70 00, faks +48 22 560 83 66, e-mail: inzynieria.katowice@skanska.pl, zast. przez radcę prawnego Emila Mikułę.

Przedmiot zamówienia:

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Połączenie drogowego węzła autostradowego A-4 Bochnia z DK nr 94 – etap I” (nr ref. ZDW-DN-4-271-87/18).

Ogłoszenie o zamówieniu: zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S 200-453498.

ODWOŁANIE

na treść SIWZ

I.

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” – zwanej dalej: pzp) wnoszę odwołanie w toku w/w postępowania **na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** (dalej jako SIWZ), a to:

SKANSKA

- 1) Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i niejednoznaczny za pomocą niepełnej dokumentacji projektowej, która nie zawiera następujących koniecznych elementów:
 - a) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych dla wszystkich branż;
 - b) projektów wykonawczych dla branży drogowej;
 - c) projektu nasadzeń/ zieleni;
 - d) projektu docelowej organizacji ruchu;
 - d) w zakresie sieci elektroenergetycznych:
 - warunków technicznych (znak: TD/OTR/OMD/2017-12-13/0000001),
 - porozumień i uzgodnień z operatorami sieci,
 - tabel montażowych w projekcie wykonawczym;
 - e) w zakresie oświetlenia ulicznego:
 - warunków przyłączeniowych,
 - uzgodnień z operatorami sieci;
 - f) w zakresie sieci wysokiego napięcia:
 - warunków technicznych (znak: TD/OTR/OME/2018-02-01/0000002),
 - porozumień i uzgodnień z operatorami sieci;
 - g) decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID);

- 2) Postanowienie §3 ust. 10 wzoru Umowy, jako integralnej części SIWZ, o treści:

„10. Poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w umowie uznaje się, że Wykonawca uwzględnił wszelkie dodatkowe elementy zamówienia, nieokreślone szczegółowo, ale niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie w całości obejmuje wszelkie ryzyko i wszelkie okoliczności zaistniałe w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, w tym ceny wszelkich materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki dodatkowe, bądź inne czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione, bądź określone w umowie czy nie, które albo są nieodzowne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy, albo mogą się stać nieodzowne w celu przewyciężenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed wykonaniem przedmiotu umowy.”

- 3) Postanowienia §14 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) wzoru Umowy, jako integralnej części SIWZ, o treści:

„1. Za niewykonanie lub nienależyte wykonywanie przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych w szczególności z tytułu:

- 1) opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3 ust. 2, za każdy kalendarzowy dzień opóźnienia,*

SKANSKA

licząc od ustalonego w § 4 ust. 4 terminu wykonania przedmiotu umowy z uwzględnieniem § 4 ust 5 przy ustalaniu dnia wykonania przedmiotu umowy,

2) opóźnienia w usunięciu wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w § 3 ust. 2, za każdy kalendarzowy dzień opóźnienia, licząc od wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad, a w przypadku braku jego wyznaczenia z upływem terminu określonego w ust. 4.”

4) Postanowienie §10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy, jako integralnej części SIWZ, o treści:

„3) Odbioru końcowego dokonuje się w terminie 14 dni kalendarzowych po całkowitym zakończeniu wszystkich robót bez wad składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia Kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane, potwierdzonych przez Zamawiającego. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich wad stwierdzonych przez Zamawiającego.”

II.

Odwołujący wskazuje, że opisane wyżej postanowienia SIWZ naruszają następujące przepisy prawa:

- 1) **art. 29 ust. 1 i 2 pzp** oraz **art. 31 ust. 1 pzp** oraz **§4, §5, §12 - §14 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego** (dalej jako Rozporządzenie),
- 2) **art. 29 ust. 1 i 2 pzp** w zw. z **art. 140 ust. 1 pzp**, **art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) pzp** oraz **art. 353¹ kodeksu cywilnego** w zw. z **art. 647 kodeksu cywilnego** w zw. z **art. 139 ust. 1 pzp**

- poprzez bezprawne (niezgodne z Ustawą pzp, kodeksem cywilnym i naturą stosunku zobowiązaniowego w postaci umowy o roboty budowlane, a także zasadami współżycia społecznego) przyjęcie przez Zamawiającego możliwości opisanego przedmiotu niniejszego zamówienia i objęcie go ryczałtowym wynagrodzeniem umownym Wykonawcy bez precyzyjnego wyszczególnienia całego zakresu robót budowlanych w dokumentacji projektowej i SIWZ przy jednoczesnym przerzuceniu wszelkich bliżej niezidentyfikowanych i niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk na Wykonawców oraz nie dochowania w

SKANSKA

tym zakresie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - co w konsekwencji prowadzi do obejścia w/w przepisów;

3) **art. 36 ust. 1 pkt 16) pzp** w zw. z **art. 471, 472, 483 § 1** i **art. 353¹ kodeksu cywilnego** w zw. z **art. 139 ust. 1 pzp**

- poprzez ukształtowanie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia oraz terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy Wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów;

4) **art. 36 ust. 1 pkt 16) pzp** w zw. z **art. 353¹ kodeksu cywilnego** oraz **art. 647 k.c.** w zw. z **art. 139 ust. 1 pzp**

- poprzez zamieszczenia we wzorze Umowy wymogu usunięcia wszelkich wad, bez względu na to czy będą mieć one charakter istotny czy też nieistotny, przed odbiorem końcowym, w sytuacji gdy wykonanie robót budowlanych z drobnymi usterkami lub wadami nieistotnymi nie stanowi o niewykonaniu zobowiązania umownego wykonawcy i jednocześnie w świetle przepisów kodeksu cywilnego rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania odbioru końcowego;

5) **art. 7 ust. 1 pzp** poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

III.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści postanowień SIWZ poprzez:

1) uzupełnienie SIWZ o brakujące dokumenty wskazane powyżej w punkcie I podpunkt 1) niniejszego Odwołania;

2) wykreślenie postanowienia ust. 10 w §3 wzoru Umowy w całości, ewentualnie nadanie mu brzmienia:

„10. Poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w umowie uznaje się, że Wykonawca uwzględnił wszelkie elementy zamówienia niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie w całości obejmuje ceny wszelkich materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki, które są nieodzowne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy.”

SKANSKA

- 3) nadanie postanowieniom §14 ust. 1 pkt 1) i pkt 2) wzoru Umowy następującej treści:

„1. Za niewykonanie lub nienależyte wykonywanie przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych w szczególności z tytułu:

1) zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 3 ust. 2, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki, licząc od ustalonego w § 4 ust. 4 terminu wykonania przedmiotu umowy z uwzględnieniem § 4 ust 5 przy ustalaniu dnia wykonania przedmiotu umowy,

2) zwłoki w usunięciu wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto o którym mowa w § 3 ust. 2, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki, licząc od wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad, a w przypadku braku jego wyznaczenia z upływem terminu określonego w ust. 4.”

- 4) nadanie postanowieniu §10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy następującej treści:

„3) Odbioru końcowego dokonuje się w terminie 14 dni kalendarzowych po całkowitym zakończeniu wszystkich robót bez istotnych wad składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia Kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane, potwierdzonych przez Zamawiającego. Potwierdzenie takie następuje po usunięciu wszystkich istotnych wad stwierdzonych przez Zamawiającego.”

IV.

Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia i zamierza złożyć ofertę oraz może zostać wybrany jako wykonawca przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji spowoduje to zobowiązanie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecną treścią SIWZ ustaloną przez Zamawiającego, którą Odwołujący uważa za niezgodną z obowiązującymi przepisami, w szczególności norm prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego.

V.

Termin na złożenie odwołania

SKANSKA

Zamawiający w dniu 17 października 2018 r. roku opublikował SIWZ, w tym wzór umowy, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Połączenie drogowego węzła autostradowego A-4 Bochnia z DK nr 94 – etap I” (nr ref. ZDW-DN-4-271-87/18) w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane. Pomimo obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający temu zobowiązaniu nie sprostął. Dokumentacja projektowa nie zawiera bowiem wszystkich wymaganych elementów określonych w §4, §5 i §12 - §14 Rozporządzenia. Brakuje następujących, niezbędnych dokumentów, co nie pozwala na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny:

- a) brak specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych dla wszystkich branż;
- b) brak projektów wykonawczych dla branży drogowej;
- c) brak projektu nasadzeń/ zieleni;
- d) brak projektu docelowej organizacji ruchu;
- d) w zakresie sieci elektroenergetycznych:
 - brak warunków technicznych (znak: TD/OTR/OMD/2017-12-13/0000001)
 - brak porozumień i uzgodnień z operatorami sieci
 - brak tabel montażowych w projekcie wykonawczym
- e) w zakresie oświetlenia ulicznego:
 - brak warunków przyłączeniowych
 - brak uzgodnień z operatorami sieci
- f) w zakresie sieci wysokiego napięcia:
 - brak warunków technicznych (znak: TD/OTR/OME/2018-02-01/0000002)
 - brak porozumień i uzgodnień z operatorami sieci;
- g) brak decyzji ZRID.

Przepisy art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 pzp oraz Rozporządzenia nie pozostawiają Zamawiającemu dowolności w tym zakresie, gdyż precyzyjne, pełne, nie budzące wątpliwości opisanie zakresu robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia oraz warunków ich wykonania jest nieodzowne, aby wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli złożyć porównywalne oferty. Tym samym konieczne jest uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o wskazane, brakujące dokumenty, gdyż ich brak stanowi naruszenie ww. przepisów i uniemożliwia prawidłową identyfikację zakresu robót budowlanych do wykonania w ramach zamówienia oraz

SKANSKA

ryzyk wiążących się z jego realizacją oraz prawidłowe skalkulowanie wynagrodzenia ryczałtowego, a następnie uniemożliwił prawidłową realizację robót budowlanych.

2. Jednocześnie przy tak ubogim opisie przedmiotu zamówienia (o czym wyżej) Zamawiający, który przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia za jego wykonanie, zamieścił we wzorze Umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) w §3 ust. 10 postanowienie o następującej treści:

„10. Poza przypadkami wyraźnie przewidzianymi w umowie uznaje się, że Wykonawca uwzględnił wszelkie dodatkowe elementy zamówienia, nieokreślone szczegółowo, ale niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie w całości obejmuje wszelkie ryzyko i wszelkie okoliczności zaistniałe w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, w tym ceny wszelkich materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki dodatkowe, bądź inne czy to odrębnie lub szczegółowo wymienione, bądź określone w umowie czy nie, które albo są nieodzwonne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy, albo mogą się stać nieodzwonne w celu przewyciężenia takich ryzyk lub nieprzewidzianych okoliczności przed wykonaniem przedmiotu umowy.”

Postanowienie to przerzuca na Wykonawcę wszelkie – ale bliżej niesprecyzowane – ryzyka oraz wszelkie - również niedookreślone - okoliczności zaistniałe w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, w tym nieprzewidziane, a także zobowiązuje go do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich dodatkowych elementów zamówienia, prac i elementów dodatkowych, nawet ogólnie nie określonych w umowie. Takie szerokie, a jednocześnie ogólnikowe określenie ryzyk, nieprzewidzianych okoliczności oraz prac i elementów dodatkowych sprawia, że każdy z wykonawców będzie elementy te identyfikował, a w konsekwencji szacował zupełnie odmiennie.

Jest tak dlatego, że jeżeli Zamawiającemu w §3 ust. 10 wzoru Umowy chodziło jedynie o ryzyka związane z samym tylko rozmiarem lub kosztem prac, o którym mowa w art. 632 § 1 k.c. stosowanym odpowiednio, to nie sposób tego jednoznacznie wywnioskować z treści kwestionowanego postanowienia.

Nie wiadomo zatem czy zamiarem Zamawiającego nie jest to, aby Wykonawca ponosił np. ryzyko ujawnionych dopiero na etapie realizacji błędów projektowych, czy też odmiennych niż przyjęte w dokumentacji projektowej warunków gruntowych, hydrologicznych, napotkanych kolizji z niezinventaryzowanymi sieciami itp., które co do zasady w zamówieniach na roboty budowlane są ryzykami Zamawiającego. A takie sformułowanie ww. postanowienia wzoru Umowy może być interpretowane jako rozszerzenie ustawowej odpowiedzialności Wykonawcy. O ile więc Zamawiającemu chodziło o taki skutek tj. rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy, to zakres rozszerzonej (przerzuconej na Wykonawcę) odpowiedzialności powinien być sprecyzowany. Ponadto takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego przekracza dopuszczalną swobodę kontraktowania (art. 353¹ k.c.), gdyż wypacza istotę umowy o

SKANSKA

roboty budowlane jako umowy wzajemnej z ekwiwalentnymi świadczeniami jej stron (art. 647 k.c.). W ramach stosunku zobowiązaniowego strony mogą wprawdzie rozszerzyć zakres odpowiedzialności jednej z nich o ryzyka standardowo nie objęte tą odpowiedzialnością, ale jedynie w granicach określonych w art. 353¹ k.c., zgodnie z którym treść lub cel stosunku prawnego nie może być sprzeczny właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Natomiast zaskarżone postanowienie wzoru Umowy modyfikuje zakres obowiązków i odpowiedzialności stron w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane, a także jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 2 pzp, gdyż zwalnia Zamawiającego z ustawowego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert.

Narusza również art. 140 ust. 1 pzp. Należy zauważyć, że SIWZ ponadto nie przewiduje dopuszczalnych zmian umowy, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1) pzp w zakresie wynagrodzenia w przypadku wystąpienia robót dodatkowych lub zamiennych mogących być skutkiem np. usunięcia wad projektowych, czy też ujawnieniem odmiennych warunków gruntowych, hydrologicznych, napotkanych kolizji z niezainwentaryzowanymi sieciami itp., co może stanowić ważną wskazówkę interpretacyjną. Przy czym w §15 ust. 2 pkt 2) wzoru Umowy w przypadkach podanych przykładowo powyżej – oraz szeregu innych, całkowicie niezależnych od Wykonawcy – przewiduje wyłącznie możliwość zmiany terminu wykonania zamówienia. Dlatego też analiza wzoru Umowy, który ponadto wprost stanowi, że wynagrodzenie umowne jest niezmiennie poza przypadkami wyraźnie wskazanymi w §3 ust. 4 Umowy (§3 ust. 3 oraz §11 ust. 1 pkt 1) wzoru Umowy), nasuwa wniosek, że być może Zamawiający wbrew treści art. 140 ust. 1 pzp zamierza egzekwować od Wykonawcy bez dodatkowego wynagrodzenia wykonanie świadczeń nieobjętych ofertą z tej przyczyny, że niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty, co w konsekwencji doprowadzi do sytuacji, w której zakres zobowiązania umownego nie będzie tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Tego typu praktykę, polegającą na opisywaniu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zakres świadczeń Wykonawcy uzależniony będzie od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, które nie są określone nawet co do kategorii należy uznać za niedopuszczalną (por. wyrok KIO 2479/15 z dn. 25.11.2015 r.).

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

SKANSKA

wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO 897/15 z dn.18.05.2015 r.).

A istnieje duże ryzyko, iż treść §3 ust. 10 wzoru Umowy będzie wykorzystana na etapie realizacji zamówienia jako podstawa do żądania przez Zamawiającego znaczącego rozszerzenia zakresu świadczeń Wykonawcy, wykraczających poza przedmiot jego oferty i to bez zmiany wynagrodzenia.

Takie działanie Zamawiającego nie leży wbrew pozorom w interesie publicznym, jako że może skłaniać wykonawców do bardzo ostrożnego wyceniania ofert i w konsekwencji ich zawyżania ze względu na szeroki i niedookreślony zakres ryzyk i nieprzewidzianych okoliczności, przekładających się na zakres świadczeń, których Zamawiający może żądać od Wykonawcy na etapie realizacji, a które niekoniecznie ostatecznie się zaktualizują.

3. Zgodnie z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., które zgodnie z ustalonym w literaturze i orzecznictwie poglądem mają zastosowanie do kar umownych, o których mowa w art. 483 § 1 k.c., dłużnik – w niniejszym przypadku Wykonawca - ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy. Tym samym co do zasady kary umowne za niedotrzymanie terminów umownych (czy to wykonania zamówienia, czy to usuwania wad) powinny być ukształtowane jako kary umowne za zwłokę, które jest opóźnieniem zawinionym. Oczywiście istnieje możliwość przyjęcia odpowiedzialności także w szerszym zakresie, jednakże stosownie do treści art. 473 § 1 k.c. wymaga to sprecyzowania okoliczności, których taka rozszerzona odpowiedzialność miałaby dotyczyć. A wzór Umowy takich okoliczności nie precyzuje. Tym samym Zamawiający może naliczać Wykonawcy kary umowne za niedotrzymanie terminów umownych bez względu na przyczynę opóźnienia, w skrajnych przypadkach także z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Jest to w niniejszym przypadku o tyle prawdopodobne, że mogą ujawnić się braki, błędy w brakujących obecnie dokumentach składających się na dokumentację projektową, w tym w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający ponadto nie dysponuje obecnie decyzją odpowiedniego organu uprawniającą do rozpoczęcia i wykonywania robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia (ZRID), nie wskazał też we wzorze Umowy w jakim terminie zostanie ona przekazana Wykonawcy. Te okoliczności (wskazane przykładowo) mogą mieć w sposób oczywisty wpływ na termin wykonania zamówienia – z przyczyn zależnych nie od Wykonawcy, lecz od Zamawiającego. Dlatego też tego typu postanowienie wzoru Umowy nie mieści się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c., gdyż narusza zasady współżycia społecznego.

SKANSKA

Należy przy tym zauważyć, że w przypadku innych zamówień publicznych Zamawiający we wzorach umów wprowadzając kary umowne za opóźnienie jednocześnie zamieszczał dodatkowe postanowienie, iż kary te nie będą naliczane, jeżeli Wykonawca wykaże, że dane opóźnienie wynika z przyczyn od niego niezależnych, a czego w niniejszym przypadku z nieuchwytnych przyczyn zaniechał.

4. Także uprawnienie Zamawiającego do uzależnienia odbioru końcowego od usunięcia wszystkich wad przedmiotu umowy, nawet drobnych, nieistotnych i nie uniemożliwiających jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie mieści się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c. Postanowienie §10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy jest bowiem nie tylko sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 k.c., ale także narusza zasady współżycia społecznego. Należy wyraźnie wskazać, iż zgodnie z art. 647 k.c. dokonanie odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane od Wykonawcy jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego i Zamawiający nie może uchylić się od dokonania odbioru z powodu wystąpienia wad/ usterek nadających się do usunięcia, szczególnie jeżeli są one nieistotne. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2004r. (sygn. akt I CK 24/03) w którym stwierdzono, iż:

„...jeżeli Wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, Inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art.647 kc). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997r. II CKN 28/97 OSNC 1997/6-7 poz.90).”

Zatem odbiór powinien być dokonany niezależnie od wystąpienia wad, które mogą być usuwane już po dokonaniu odbioru, a oczekiwanie na odbiory bezusterkowe nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów kodeksu cywilnego i prowadzi do wydłużenia uznania przedmiotu umowy za wykonany. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o "odbiorze robót" a nie o "bezusterkowym" czy "bezwarunkowym" odbiorze robót.

Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obarczone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi. Postanowienie, które uzależnia odbiór przedmiotu umowy od jego bezusterkowego wykonania – a do

SKANSKA

czego sprowadza się treść postanowienia §10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy - skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między Zamawiającym a Wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia, skutkującym możliwością naliczenia kar umownych.

5. Należy zważyć, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających nie tylko wszystkie wymagania, ale i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie doprecyzował go w sposób umożliwiający dokonanie przez wykonawców wyceny i porównanie ofert, w szczególności poprzez precyzyjne wskazanie jakie świadczenia są objęte przedmiotem zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na Wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Co więcej, okoliczność braku możliwości przewidzenia w chwili opracowania dokumentacji przetargowej rozmiaru prac, czy okoliczności ich wystąpienia, nie może stanowić podstawy do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki dokonał tego Zamawiający w SIWZ, ponieważ ustawodawca umożliwił doprecyzowanie opisu z wykorzystaniem odpowiednich „narzędzi” przewidzianych w ustawie Pzp.

Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnienia udzielone w toku postępowania. Zakres robót – możliwość (ryzyko) ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiony domyślności Wykonawcy, podobnie jak zakres nałożonej nań odpowiedzialności.

Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 pzp – uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale przede wszystkim prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Brak dokładnego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia skutkuje brakiem wiedzy co do sposobu dokonania wyceny oferty, bowiem niewiadomą pozostaje co i w jakich ilościach, wielkościach winno być w cenie ujęte, a co jest zbędne. Na etapie oceny ofert braki we wskazanym zakresie będą skutkować całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy

SKANSKA

wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności oraz ryzyk do wyceny.

Z tych przyczyn wnoszę jak na wstępie.

Za Wykonawcę – pełnomocnik

RADCA PRAWNY

Emil Mikula
BD-P 235

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu,
2. kopia wiadomości e-mail informującej Zamawiającego o wniesionym odwołaniu
3. odpis z KRS
5. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej