

Szczecin, dnia 9 sierpnia 2012 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

**Urząd Zamówień Publicznych
w Warszawie**
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa
Fax: + 48 224 587 700

Odwołujący: ERBUD S.A.
ul. Puławska 300 A
02 – 819 Warszawa

Adres do doręczeń:

ERBUD S.A. Oddział Szczecin
ul. Mostnika 22
70 – 672 Szczecin
Faks: + 48 914 895 031

Zamawiający: Gmina Miasto Szczecin
Biuro ds. Zamówień Publicznych
Urzędu Miasta Szczecin
pl. Armii Krajowej 1, pok. 397
70 – 456 Szczecin
Tel: +48 914 245 108
Fax: +48 914 245 104

ODWOŁANIE

**wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pt.:
Budowa „Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju”**

Na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010r. nr 113, poz. 759 ze zmianami – dalej: „ustawa PZP”), działając w imieniu ERBUD S.A., ul. Puławska 300 A, 02 – 819 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), składam

odwołanie

od treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) opublikowanej w dniu 30 lipca 2012 r. na stronach Biuletynu Informacji Publicznej i tablicy ogłoszeń Urzędu Miasta Szczecin, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, żądając zmiany opisanych niżej postanowień SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pt.: Budowa „Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju”.

Mając powyższe na uwadze żądam zmiany opisu świadczenia, jaki sposobu jego spełnienia, poprzez nakazanie Zamawiającemu zmianę poszczególnych postanowień SIWZ, jak i stanowiących jej integralną treść: projektu Umowy o roboty budowlane (załącznik nr 7 do SIWZ), Warunków Szczególnych Kontraktu (załącznik nr 8 do SIWZ) jak i innych postanowień opisu przedmiotu zamówienia (dalej: "OPZ").

Zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania

1. Interes w uzyskaniu zamówienia:

Gmina Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin (dalej: „Zamawiający”) wszczęła przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu celem jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2012r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2012r. (sobota), jednak SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono na stronie Biuletynu Informacji Publicznej i tablicy ogłoszeń Urzędu Miasta Szczecin w dniu 30 lipca 2012 roku. Treść i zakres podnoszonych zarzutów dotyczą wyłącznie treści SIWZ, a nie dotyczą treści Ogłoszenia o zamówieniu. Wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartości kwoty 4.845.000,00 euro.

Odwołujący ma **interes w uzyskaniu zamówienia (prawny)** poprzez wniesienie niniejszego Odwołania, gdyż domaga się zmiany niektórych postanowień SIWZ, w sposób który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przepisów ustawy PZP i niektórych innych ustaw, w tym przepisów prawa cywilnego. Jak

wskazano w wyroku z dnia 9 stycznia 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO/UZP 1493/08):

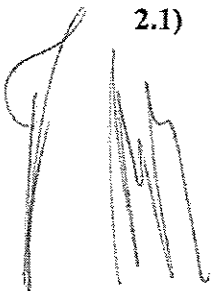
„Interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).”

Powyższe orzeczenie ma zastosowanie także do interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Poprzez opisane niżej postanowienia SIWZ Zamawiający naruszył przepisy art. 7, 29 i nast., 46 ustawy PZP oraz art. 14 i 139 ustawy PZP w związku z art. 353(1), 630, 647, 649 Kodeksu cywilnego w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP, a także art. 23 i 61 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Bez wątplenia pozostawienie w SIWZ sformułowań naruszających fundamentalne zasady systemu zamówień publicznych może stać się przeszkodą zarówno w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jak i może skutkować szkodą w postaci ewentualnych konsekwencji prawnych realizacji umowy zawartej w wyniku wadliwie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji Odwołującemu przysługuje interes rozumiany szeroko, „sensu largo”, w zakresie niniejszego odwołania, albowiem prawidłowe sformułowanie zakwestionowanych postanowień SIWZ da mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie złożenia oferty.

2. Odniesienie się do poszczególnych przesłanek odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy PZP:

2.1) W sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy PZP:



Zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych. Zamawiający jest więc podmiotem obowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych z mocy art. 3 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP.

2.2) Odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony:

Odwołujący działa poprzez uprawniony do tego organ, którym jest Zarząd, a odwołanie podpisują osoby uprawnione do reprezentacji Odwołującego, zgodnie z zasadami udostępnianymi stronom stosunków cywilno – prawnych w aktualnym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego (w załączeniu).

2.3) Odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie PZP:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lipca 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 144-240562. Na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej i tablicy ogłoszeń Urzędu Miasta Szczecin ogłoszenie wraz z treścią SIWZ zostały zamieszczone w dniu 30 lipca 2012 roku. Zgodnie zaś z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy PZP:

„Art. 182. 2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;...”

Jak wskazano w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2012 roku (sygn. akt: KIO 233/12): "Odwołanie wobec treści siwz - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp - wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej zamawiającego (art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp). Nie jest sporne, iż zamawiający zamieścił siwz na swojej stronie internetowej w dniu 25 stycznia 2012 r., a zatem termin na wniesienie

odwołania minął w dniu 4 lutego 2012 r. (sobota). Zatem, w celu zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 Pzp, odwołujący zobligowany był do przekazania zamawiającemu kopii odwołania najpóźniej w dniu 4 lutego 2012 r."

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie w formie pisemnej, poprzez jego osobiste doręczenie bezpośrednio do siedziby Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie (ul. Postępu 17a, 02 – 676 Warszawa) w dniu 9 sierpnia 2012r.

2.4) Odwołujący się nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Odwołanie nie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu:

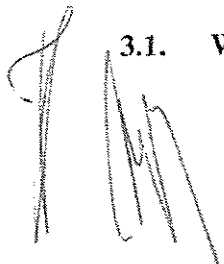
W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Krajowa Izba Odwoławcza nie wydała jeszcze rozstrzygnięcia w sprawie wniesionych środków ochrony prawnej.

2.6) Odwołujący się przekazał kopię odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy PZP:

W dniu 9 sierpnia 2012r. Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie w formie pisemnej, poprzez jego osobiste doręczenie bezpośrednio do siedziby Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie. W tym samym dniu Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z wszelkimi wymaganymi załącznikami Zamawiającemu (dowód przekazania w załączeniu do niniejszego odwołania).

3. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

3.1. Wadium (naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy PZP):



W rozdziale VIII SIWZ, zatytułowanym: "Wadium" Zamawiający pouczył wykonawców w pkt 7., że:

"7. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w sytuacji, gdy:

1) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) spowodował, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie,"

Powyższe pouczenie wprowadza wykonawców w błąd. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy PZP, wnoszone wadium jest zatrzymywane przez zamawiających w razie ziszczenia się jednej z przesłanek enumeratywnie wymienionych w ustawie PZP. Należą do nich cztery okoliczności wymienione w art. 46 ust. 4a i 5, tj:

1. *"Art. 46 ust. 4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie."*

2. *"Art. 46 ust. 5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:*

1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy."

Sformułowanie użyte przez Zamawiającego prowadzi do składania przez wykonawców wadium w postaci innej niż pieniężna (co ze względu na jego wysokość będzie raczej przeważało) zawierającego sformułowania, które będą powodowały skutek w postaci możliwości uznania w razie sporu, że wadium nie zostało należycie wniesione. Podmiot gwarantujący wypłatę wadium, poprzez użycie zaproponowanych przez Zamawiającego sformułowań, ograniczy zakres okoliczności skutkujących koniecznością jego wypłaty do określonych sytuacji, których nie przewidział prawodawca.

Okolicznością skutkującą możliwością zatrzymania wadium wniesionego zgodnie z pouczeniem Zamawiającego będzie obowiązek udowodnienia, że Wykonawca spowodował (tj. zawinił), że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Tymczasem prawodawca nie nakłada na uprawnionego z gwarancji - jej beneficjenta, takich obowiązków w zakresie ciężaru dowodowego. Dla zatrzymania wadium wystarczające jest w świetle przepisów ustawy PZP, aby zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, niezależnie od tego czy okoliczność tę spowodował dany wykonawca czy na przykład podmiot trzeci, czy też ma ona charakter obiektywny, niezależny od woli i działań człowieka. Różnica jest zasadnicza i przypomina różnicę pomiędzy cywilistycznymi instytucjami odpowiedzialności na zasadzie winy, którą zawsze trzeba udowodnić, (co bywa trudne a czasami wręcz niemożliwe), a odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka.

W świetle przepisów ustawy PZP zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, w sytuacji gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w okolicznościach niezależnych od wykonawcy, jak na przykład: śmierci osób piastujących funkcje w organach reprezentujących podmiot, co spowoduje ułomność reprezentacji i czasowy brak możliwości działania, wprowadzenia stanu wyjątkowego w miejscu siedziby wykonawcy (np.: innym państwie) czy zaistnienie tzw. siły wyższej (np.: działanie sił przyrody, itp.), która dotknie wykonawcę, a z definicji jest niezależna od człowieka, itp. Ww. okoliczności bez wątpienia winny skutkować zatrzymaniem wadium wobec stwierdzenia, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednak nie spowoduje zatrzymania wadium wniesionego przez wykonawców, dla których gwaranci wystawią je zgodnie z pouczeniem Zamawiającego. W tym przypadku gwarant zapłaci jedynie za zawinione przez danego wykonawcę doprowadzenie do sytuacji, skutkującej brakiem możliwości zawarcia umowy.

3.2. Projekty technologiczno - wykonawcze i warsztatowe (naruszenie art. 29 ust. 1 i 31 ustawy PZP):



Zamawiający w rozdziale XV, pkt 5 (5. Projekty i opracowania objęte przedmiotem zamówienia), w ppkt 7) zażądał aby wykonawcy przedłożyli., m. in: "7) *Projekty technologiczno-wykonawcze i warsztatowe niezbędne do prawidłowego wykonania robót.*"

Powyższe przenosi na wykonawców obowiązki, które spoczywają na Zamawiającym. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy PZP, przedmiot zamówienia winien być sporządzony w sposób kompletny z punktu widzenia celu, któremu ma służyć, z zastosowaniem wskazówek interpretacyjnych zawartych w ww. przepisie.

Z powyższego przepisu wprost (literalnie) wynika, że opis przedmiotu zamówienia winien stanowić dla wykonawców całokształt wiedzy na temat przyszłego zakresu ich świadczenia. W efekcie, tylko z treści tego opisu wykonawcy powinni uzyskać wszystkie informacje pozwalające im na sporządzenie oferty. Wykonawcy powinni więc w oparciu o sporządzony opis uzyskać informacje pozwalające im ocenić jaki jest dokładny zakres ich przyszłego świadczenia, aby móc zaoferować jego wykonanie (spełnienie). Zgodnie bowiem z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego:

„Art. 66. § 1. Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.”

Tak więc, z jednej strony zamawiający obowiązany jest opisać jakiego świadczenia oczekuje od wykonawców, a z drugiej strony wykonawcy w oparciu o powyższą wiedzę mogą złożyć oferty na określonych warunkach, co do, np.: ceny, terminu wykonania, gwarancji, jakości, trwałości, parametrów technicznych, walorów użytkowych, itp.

Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia wykonawca ma więc uzyskać od zamawiającego wszystkie informacje „mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”, tj. wszystkie informacje o przyszłym świadczeniu.

Dla potwierdzenia powyższej tezy wskazać można na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, w których stwierdza się, m.in.:

„Zamawiający jest uprawniony opisać wymagania co do przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający jego odpowiednią wartość użytkową w dostosowaniu do jego potrzeb, jednakże

takie uwarunkowania muszą wynikać z SIWZ. Za nieuprawnione należy uznać działanie zamawiającego, zmierzające do ustalania wymagań stanowiących podstawę oceny ofert po ich złożeniu. Ocena zgodności oferty wykonawcy może następować wyłącznie o warunki i wymagania określone w SIWZ."

[Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1303/10]

oraz

„Niedopuszczalnym jest przenoszenie przez zamawiającego pełnego ryzyka postępowania administracyjnego prowadzonego przez Prezesa UKE na wykonawców. Zgodnie z regulacją ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia pełną informację o wszystkich czynnikach mających wpływ na ukształtowanie przez wykonawców swoich ofert. Wykonawcy mają prawo oczekiwać od zamawiającego zapewnienia im możliwości uzyskania z treści SIWZ wszystkich istotnych dla skonstruowania oferty informacji."

[Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1100/10]

Jeżeli podstawowym celem stawianym opisowi przedmiotu zamówienia jest określenie zakresu przyszłego świadczenia wykonawców (i w konsekwencji umożliwienie im zaoferowania jego wykonania na określonych warunkach), to dla osiągnięcia tego celu opis winien być stworzony w oparciu o podstawowe zasady wskazane w art. 29 ust. 1 ustawy PZP.

Oczywiście możliwe jest zamawianie robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wybuduj, ale w tym przypadku konieczne jest przedstawienie wykonawcom programu funkcjonalno-użytkowego, obejmującego opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. SIWZ nie zawiera natomiast programu funkcjonalno - użytkowego, w zakresie dokumentów składających się na zakres opisu przedmiotu zamówienia, ani opisanych wyżej wytycznych do projektowania (np.: przeznaczenia, minimalnych wymagań). Użyte przez Zamawiającego w pkt 7) sformułowanie, prowadzi raczej do wniosku, że nie chodzi tu o zaprojektowanie określonego zakresu robót w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy w systemie "zaprojektuj i wybuduj", ale o wypełnienie braków opisu przedmiotu zamówienia poprzez przeniesienie z

projektanta na wykonawcę obowiązku doprojektowania (doprecyzowania, poprawienia) dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w miejscach, w których projektant niewystarczająco, a zatem nieprawidłowo opisał zakres świadczenia. Powyższe ma tym większe znaczenie, że w ramach warunków kontraktowych FIDIC zaprojektowanie danego zakresu robót jest równoznaczne z przejęciem na wykonawcę odpowiedzialności za projekt i wady obiektu w oparciu o ten projekt wykonane. Powyższe jest działaniem niedopuszczalnym, albowiem bez uzasadnienia przenosi na wykonawcę ryzyka, które winny spoczywać i co do zasady spoczywają, na inwestorze. Projekty technologiczno-wykonawcze, ale także projekty warsztatowe winny być przedstawione przez zamawiającego i stanowić dla wykonawców podstawę do złożenia oferty.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w jednym z wyroków:

„Zamawiający tak musi opisać przedmiot zamówienia, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi i jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą (muszą) zaoferować zamawiającemu, aby ten uznał ich ofertę za spełniającą wymagania specyfikacji, a przy tym, jak tę ofertę skonstruować, by mogła być ona uznana za najkorzystniejszą. [...] Za sposób sporządzenia specyfikacji, w tym również dokumentacji projektowej, odpowiada zamawiający.”

[Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1021/08]

3.3. Kolejność prowadzenia prac (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Zamawiający wskazał w ppkt 11) pkt 9 rozdziału XV SIWZ, że zastrzega sobie możliwość częściowego przekazywania placu budowy oraz możliwość narzucenia kolejności prowadzenia prac w zależności od bieżących potrzeb związanych z realizacją całej inwestycji. "Taka sytuacja nie może powodować dodatkach roszczeń finansowych i czasowych u wykonawcy."

Tymczasem ww. sytuacja musi skutkować roszczeniami o pokrycie kosztów ww. działania Zamawiającego. Pamiętać należy, że wykonawca ponosi stałe koszty

zorganizowania i utrzymania terenu budowy, w tym zaplecza socjalno-biurowego budowy. Przenoszenie wykonawcy na określone odcinki robót musi skutkować zwiększeniem kosztów stałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a nie wykonawcy. Dodatkowo wskazać należy, że poprzez ww. sformułowanie Zamawiający przyznaje sobie uprawnienie do jednostronnego, swobodnego kształtowania faktycznej sytuacji potencjalnych wykonawców, która może skutkować i faktycznie będzie skutkować zarówno w zakresie roszczeń finansowych jak i co do czasu wykonania zobowiązania.

3.4. Umowa o roboty budowlane - wynagrodzenie (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 630 Kodeksu cywilnego):

Umowa o roboty budowlane, której wzór stanowi załącznik numer 7 do SIWZ zawiera postanowienia rozdziału VII (Wynagrodzenie), wskazujące, że umowa sporządzona jest w oparciu o kosztorysowo - ryczałtowy model wynagrodzenia. Powyższe sformułowanie może oznaczać, że w razie gdy obmiar wykonanych faktycznie prac doprowadzi do wniosku, że wykonano ich mniej niż zakładały przedmiary, wynagrodzenie wykonawcy zostanie zmniejszone w stosunku do wynagrodzenia wynikającego z treści oferty wykonawcy i zawartej umowy. Jeżeli natomiast zakres obmierzonych powykonawczo prac przekroczy przedmiar, to wykonawca nie uzyska za ww. przekroczenie wynagrodzenia w ramach zawartej umowy, albowiem Zamawiający powoła brzmienie § 23 umowy, zgodnie z którym co do zasady wartość wynagrodzenia jest niezmienna. Dodatkowo zastosowanie znajdują postanowienia § 51 umowy, zgodnie z którymi:

"Jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykroczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, Wykonawca może żądać podwyższonego wynagrodzenia w oparciu o art. 630 k.c.

Wyplata podwyższonego wynagrodzenia nastąpić może po rozliczeniu końcowym zadania, z wyjątkiem sytuacji, gdy rzeczywista ilość robót wykrocza poza 10 % ilości robót określonych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W takim przypadku na wniosek Wykonawcy zmiana ta może zostać wprowadzona aneksem do umowy w trakcie trwania Robót."

ale powyższe rozwiązanie jest dla wykonawców niemożliwe do zaakceptowania, albowiem prowadzi do pokrzywdzenia potencjalnych wykonawców.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stosownie do treści art. 629 Kodeksu cywilnego wynagrodzenie kosztorysowe obliczane jest stosownie do zakresu faktycznie wykonanych prac, po ich wykonaniu. Zmniejszenie lub zwiększenie zakresu pracy wpływa

wprost na wysokość faktycznie wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia, a obydwie strony umowy godzą się na to. W tym przypadku treść oferty stanowi jedynie podstawę do obliczenia przyszłego wynagrodzenia, zawiera bowiem zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów.

W przypadku ceny ryczałtowej natomiast zakres faktycznie wykonywanej pracy nie ma znaczenia dla sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia, chyba że inwestor oczekuje wykonania prac, które nie są ujęte w dokumentacji (dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarach) i nie są konieczne dla prawidłowego wykonania podstawowego przedmiotu zamówienia (osiągnięcia celu umowy). W przypadku ceny ryczałtowej zasada określenia sposobu wynagrodzenia oparta jest o założenie, że wykonawca składając ofertę uwzględnia w jej treści także ryzyko wykonywania nieprzewidywanych prac, które jednak okażą się niezbędne do wykonania podstawowego przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że opis przedmiotu zamówienia może być w tym przypadku mniej dokładny. Wręcz przeciwnie – ryczałtowy charakter wynagrodzenia może być stosowany wtedy, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia literalnie wypełniając wymagania art. 29 ust. 1 ustawy PZP. W przeciwnym razie potencjalni wykonawcy będą przy każdej spornej okoliczności realizacji zamówienia podnosili, że dany zakres czy element prac wykracza poza opis przedmiotu zamówienia i jako taki nie może być przez nich świadczony w ramach zawartej umowy. Argumentacja stron – w przypadku zamówień na roboty budowlane – przeniesie się na grunt takich klauzul generalnych, jak:

- zasady wiedzy technicznej,
- sztuka budowlana,
- domniemanie profesjonalnego charakteru przedsiębiorstwa wykonawcy, itp.

Każda taka sytuacja będzie wiązała się z ryzykiem kontraktowym obciążającym przede wszystkim wykonawcę. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której ryzyko (a więc także ewentualny koszt) nieprzewidywanych prac, niezbędnych dla wykonania zamówienia ma ponieść wykonawca, a w razie zmniejszenia się zakresu prac wskutek "dookreślenia" zakresu podczas wykonywania zamówienia, ewentualne „oszczędności” mają przypaść zamawiającemu (inwestorowi). Tak jednostronne określenie zasad wynagrodzenia byłoby krzywdzące dla wykonawcy i godziłoby w zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego.

W przypadku ceny kosztorysowej w razie zmniejszenia się faktycznego zakresu robót w stosunku do zawartego w opisie, wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie, ponieważ nie zostaną one wykonane – świadczenie zamawiającego (zapłata wynagrodzenia) nie będzie ekwiwalentem świadczenia (nakładu pracy, użytych materiałów) wykonawcy. W razie natomiast zwiększenia się tego zakresu w stosunku do zawartego w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę za opisane prace w ramach zawarcia aneksu do istniejącej lub w ramach osobnej umowy. Powyższe wymaga złożenia oświadczenia woli przez obydwie strony, co może nie nastąpić. Wskazana jest więc taka konstrukcja umowy, która najdzie zastosowanie niezależnie od woli stron.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zawieranie ww. aneksów w opisanej wyżej sytuacji jest już negowane przez podmioty kontrolujące poprawność wydatkowania środków unijnych, z których także częściowo finansowane będzie przedmiotowe zamówienie. Niektórzy audytorzy i kontrolerzy prezentują bowiem pogląd, że takie aneksy mogą być nieważne z mocy samego prawa. Gdyby ww. poglądy stały się dominujące - inwestor mógłby odmówić podpisania aneksu, a w konsekwencji wykonawca zmuszony byłoby wykonywać prace bez wynagrodzenia lub domagać się jego zapłaty w drodze postępowania sądowego, co także generuje kolejne koszty i jest czasochłonne.

Zamawiający nie ma prawa oczekiwać, że wykonawca wykona bez osobnego wynagrodzenia zakres objęty opisem przedmiotu zamówienia ale nie objęty wynagrodzeniem wobec przekroczenia jego limitu, tylko dlatego, że umówiono się na określony sposób podania cen, np.: wynagrodzenie ryczałtowe albo kosztorysowe lub mieszane.

3.5. Umowa o roboty budowlane - gwarancja bankowa płatności dla podwykonawców (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) i art. 649 Kodeksu cywilnego):

Zgodnie z postanowieniami § 34 ust. 3 umowy Zamawiający zobowiązuje wykonawców aby do umowy z podwykonawcą lub jej projektu, przedkładanych w celu uzyskania zgody na wprowadzenie podwykonawców Wykonawca dołączył gwarancję bankową (lub jej promesę) bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie podwykonawcy w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia w całości lub części przez Wykonawcę. W treści umowy podwykonawca powinien być zobowiązany, przed zgłoszeniem roszczeń wobec Zamawiającego, do realizacji uprawnień z gwarancji, pod rygorem utraty roszczeń o zapłatę wobec Zamawiającego. Zamawiający udzieli zgody lub jej odmówi w terminie 14 dni od przedstawienia umowy lub jej projektu.

Powyższe stanowi niedopuszczalną ingerencję w treść swobody zawierania umów pomiędzy przedsiębiorcami. Wykonawca zwraca uwagę, że prawo żądania wystawienia ww. gwarancji faktycznie przysługuje określonym przedsiębiorcom z mocy art. 649 Kodeksu cywilnego, ale wola zażądania gwarancji winna być zawsze pozostawiona umawiającym się stronom, w tym przede wszystkim podwykonawcom. Odwołujący wskazuje, że współpracuje z licznymi podwykonawcami, którzy nie oczekują od niego przedkładania jakichkolwiek gwarancji albowiem zawsze wypłacane jest im należne wynagrodzenie, a czasem są oni nawet przez niego kredytowani. W tej sytuacji narzucenie obowiązku zawierania tego rodzaju umów uznać należy za bezprawne. Dodatkowo nie chroni ono inwestora w razie uchylenia się ubezpieczyciela od wypłaty gwarantowanej kwoty do czego może w praktyce dojść, najczęściej na skutek sporu co do zakresu zawartej umowy.

W tej sytuacji Zamawiający winien wprowadzić raczej znane i powszechnie praktykowane, a przede wszystkim skuteczne zabezpieczenie swoich interesów, polegające, przykładowo, na żądaniu oświadczeń podwykonawców o zaspokojeniu ich roszczeń finansowych przez generalnego wykonawcę. Takie rozwiązanie nie generuje dodatkowych kosztów.

3.6. Warunki szczególne Kontraktu - wykreślenie punktu (b) z subklauzuli 1.19 (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Zgodnie z treścią subklauzuli 1.19: "Wykonawca powiadomi Inżyniera jeżeli pojawi się możliwość opóźnienia lub przerwania Robót z powodu opóźnienia dostarczenia Wykonawcy jakiegokolwiek rysunku lub instrukcji w racjonalnie określonym czasie. Powiadomienie winno obejmować szczegóły koniecznych rysunków lub instrukcji, wyjaśnienie dlaczego i kiedy powinny one być wydane, oraz szczegóły o charakterze i wielkości opóźnienia lub przerwy, które przypuszczalnie nastąpią w razie opóźnienia.

Jeżeli Wykonawca dozna uszczerbku przez opóźnienie i/lub ponieść Koszt w wyniku uchybienia Inżyniera, który dostarczy wymagane w powiadomieniu rysunki lub instrukcje z opóźnieniem w stosunku do uzasadnionego żądania Wykonawcy, to Wykonawca winien wystąpić do Inżyniera z odpowiednim wnioskiem, przy czym w nawiązaniu do Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] będzie on uprawniony do:

(a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie], jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz

(b) ~~płatności za jakikolwiek taki Koszt plus rozsądny zysk, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej."~~

Wykreślenie treści ww. punktu służy jedynie nieuzasadnionemu ograniczeniu roszczeń finansowych wykonawcy przy jednoczesnym przyznaniu mu uprawnienia do żądania przedłużenia terminu wykonania zamówienia. Oznacza to, że co do samej zasady Zamawiający poczuwa się do odpowiedzialności za powstałe opóźnienie, ale uchyla się od poniesienia jego kosztów. Tym czasem, jak wskazywano wyżej, wykonawca obowiązany jest ponosić koszty stałe zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy, ochrony i ubezpieczenia, itp., które miesięcznie mogą wynosić nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych. Odmowa pokrycia ww. kosztów, w sytuacji gdy do przedłużenia terminu wykonania zobowiązania dochodzi wyłącznie z przyczyn leżących po stronie inwestora stanowi naruszenie zasady równości stron stosunku cywilno-prawnego i jako takie nie powinno mieć miejsca, w szczególności w przypadku zamawiających w rozumieniu przepisów ustawy PZP. Tym samym konieczne jest nakazanie Zamawiającemu zaniechania skreślenia ww. lit (b) w subklauzuli 1.19 Warunków kontraktowych FIDIC.

3.7. Warunki szczególne Kontraktu - przeniesienie autorskich praw majątkowych (naruszenie art. 23 i 61 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych):

Zgodnie z postanowieniami zmienionej warunkami szczególnymi Kontraktu subklauzuli 1.10 Wykonawca zobowiązany jest w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej przenieść na Zamawiającego własność przysługujących mu autorskich praw majątkowych, przy czym przeniesienie autorskich praw majątkowych na Zamawiającego obejmuje pola eksploatacji, m. in.: "wykorzystania Dokumentów Wykonawcy do każdej kolejnej budowy Zamawiającego."

Powyższe stoi w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, które zakładają, że nabycie od twórcy egzemplarza projektu architektonicznego lub architektoniczno-urbanistycznego obejmuje prawo zastosowania go

tylko do jednej budowy, a prawo do nieodpłatnego korzystania z już rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego nie upoważnia do budowania według cudzego utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego, chyba że dotyczy to własnego użytku naukowego niezwiązanego z celem zarobkowym.

Wprawdzie art. 61 ma charakter normy typu *ius dispositivum*, ale jednak wprowadzane modyfikacje winny uwzględniać cele przyświecające racjonalnemu prawodawcy, a te zostały w przepisie wyraźnie sformułowane. Mając powyższe na uwadze konieczne jest wykreślenie ww. postanowienia z warunków szczególnych Kontraktu.

3.8. Warunki szczególne Kontraktu - zastąpienie części treści subklauzuli 1.13 postanowieniami nie zawierającymi określenia maksymalnego terminu przekazania wymaganych dokumentów uniemożliwiających rozpoczęcie realizacji robót (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Dotychczasową treść subklauzuli 1.13 Warunków kontraktowych FIDIC Zamawiający zastąpił zdaniem: *"Zamawiający w trakcie przekazania Placu Budowy przekaze Wykonawcy decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, decyzję o pozwoleniu na budowę oraz Dziennik Budowy."* Inwestor nie określił jednak maksymalnego terminu na przekazanie ww. dokumentów oraz nie wprowadził żadnej sankcji za uchybienie ww. terminowi przekazania dokumentów lub ich nieprzekazanie. Bez otrzymania ww. dokumentów nie jest natomiast możliwe rozpoczęcie robót. Wykonawca, bez ww. dokumentów nie będzie mógł organizować procesu inwestycyjnego i rozpocząć realizacji robót, w tym przygotowawczych. Wykonawca dozna więc opóźnienia, za które dodatkowo będzie ponosił odpowiedzialność (w tym finansową), a Zamawiający - pomimo, że przyczyny opóźnienia będą leżały po jego stronie - nie zostanie obciążony żadnymi konsekwencjami swojego postępowania (działania) lub zaniechania.

Dodatkowo w subklauzuli 1.13 wprowadzono także lit. (c), w której wskazano, że: *"Wykonawca zadba o to by Kontrakt był realizowany zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wszelkie działania podjęte przez Wykonawcę, naruszające powszechnie obowiązujące przepisy prawa będą w pełni obciążać Wykonawcę."*

Powyższe budzi poważne wątpliwości, albowiem zazwyczaj dochodzone roszczenie oparte jest o podstawę prawną, którą pozwany podmiot naruszył swoim działaniem lub

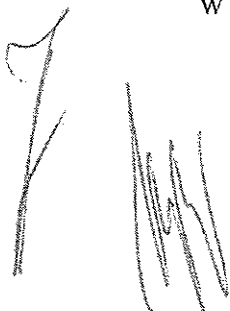
zaniechaniem. Oczywiście jest, że wykonawca obowiązany jest realizować umowę zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ale już przeniesienie wyłącznej odpowiedzialności za naruszenia tego prawa wyłącznie na wykonawcę nie jest uzasadnione, w szczególności w sytuacji gdy wykonawca realizuje umowę w oparciu o dokumentację zamawiającego, której wykonanie może do takiego naruszenia prawa prowadzić. Zdanie drugie ww. dopisanej do subklauzuli 1.13 winno być usunięte, jako naruszające zasadę swobody zawierania umów.

3.9. Warunki szczególne Kontraktu - zastąpienie części treści subklauzuli 3.1 postanowieniami zmieniającymi sens funkcjonowania Inżyniera Kontraktu w sposób wypaczający zasady Warunków kontraktowych FIDIC (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

W zmienionej subklauzuli 3.1. Warunków kontraktowych FIDIC wprowadzono obowiązek uzyskania każdorazowo aprobaty Zamawiającego przed podjęciem działań wynikających z następujących subklauzul Warunków Kontraktu:

- a) Warunek 3.2 Delegowanie przez Inżyniera;
- b) Warunek 3.5 Określenia;
- c) Warunek 4.3 Przedstawiciel Wykonawcy;
- d) Warunek 4.4 Podwykonawcy;
- e) Warunek 8.4 Przedłużenie czasu na ukończenie;
- f) Warunek 8.6 Szybkość postępu pracy;
- g) Warunek 8.8 Zawieszenie pracy;
- h) Warunek 10.3 Przeszkoda w próbach końcowych;
- i) Warunek 13.1 Prawo do zmieniania;
- j) Warunek 13.2 Inżynieria wartości;
- k) Warunek 13.7 Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego;
- l) Warunek 17.4 Skutki zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego;
- m) Warunek 20.1 Roszczenia Wykonawcy.

W dalszej treści zmodyfikowanej subklauzuli 3.1 wskazuje się:



"Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w swoich działaniach czas na uzyskanie uzgodnień Inżyniera z Zamawiającym i nie może rościć z tego tytułu prawa do zmiany czasu na ukończenie, chyba że czas na uzgodnienie zmiany jest dłuższy niż 28 dni."

Powyższe prowadzi do faktycznego uniemożliwienia wykonawcy wykonania przedmiotu umowy w umówionym terminie z przyczyn, które mogą tkwić w opieszałości Inżyniera lub Zamawiającego. Praktycznie miesiąc przestoju przy każdym opisanym wyżej przypadku zwrócenia się o aprobatę Zamawiającego obarcza umowę istotnym ryzykiem kontraktowym, przed którym nie można się praktycznie zabezpieczyć. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a z Inżyniera Kontraktu czyni podmiot niedecyzyjny, faktycznie zbędny w procesie budowlanym. Powyższe subklauzule mogą prowadzić do paraliżu procesu budowlanego i nie obarczają jakkolwiek sankcją z tego tytułu inwestora. Jako takie winny być usunięte lub co najmniej zmodyfikowane poprzez przyznanie Inżynierowi Kontraktu należnych mu kompetencji lub skrócenie czasu na wyrażenie aprobaty.

3.10. Warunki szczególne Kontraktu - dodanie części treści do subklauzuli 4.1, które rozciąga zakres odpowiedzialności wykonawcy do odpowiedzialności także za teren sąsiadujący z teren budowy (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

W subklauzuli 4.1 dodano zdanie o treści: "Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie szkody, bez względu na ich przyczynę, jakie powstaną w toku lub przy okazji realizacji Kontraktu, a które dotyczyć będą nawierzchni drogowych, rowów melioracyjnych, sieci uzbrojenia technicznego lub innych obiektów i urządzeń budowlanych znajdujących się na Placu Budowy oraz w jego sąsiedztwie.

Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia na własny koszt i ryzyko szkód o jakich mowa powyżej oraz przeprowadzenia dalszych prac naprawczych poleconych przez Inżyniera."

Wykonawca ma więc ponosić odpowiedzialność za szkody, także te powstałe z przyczyn leżących po stronie, np.: wad projektowych czy zaniechań Zamawiającego lub jego służb. Powyższe obarcza kontrakt ryzykiem, którego równowartości nie można nawet

oszacować na etapie składania ofert i uwzględnić w cenie oferty. Powyższe winno być usunięte.

3.11. Warunki szczególne Kontraktu - wykreślenie części treści subklauzuli 4.6, które powoduje, że wykonawca poniesie odpowiedzialność za działania podmiotów trzecich i nie uzyska z tego tytułu żadnego wynagrodzenia (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Subklauzula 4.6 (Współdziałanie) nakazuje Wykonawcy zapewnienie odpowiednich możliwości wykonania swojej pracy:

- a) Personelowi Zamawiającego,
- b) jakimkolwiek innym wykonawcom zatrudnionym przez Zamawiającego, oraz
- c) personelowi wszelkich prawnie ustanowionych władz publicznych, którzy mogą być zatrudnieni do wykonania, na terenie lub w pobliżu Placu Budowy, jakiejkolwiek pracy nie będącej częścią Kontraktu.

Subklauzula zakładała pierwotnie, że każde takie polecenie będzie stanowiło Zmianę, jeżeli spowoduje i do tego stopnia, w jakim spowoduje, że Wykonawca poniesie Nieprzewidywalny Koszt. Usługi dla tego personelu i innych wykonawców, mogą obejmować użycie Sprzętu Wykonawcy, Robót Tymczasowych lub środków dostępu, za które jest odpowiedzialny Wykonawca. Jeżeli według Kontraktu wymaga się od Zamawiającego, aby dał Wykonawcy w użytkowanie jakikolwiek fundament, konstrukcję, urządzenie lub środki dostępu zgodnie z Dokumentami Wykonawcy, to Wykonawca przedłoży takie dokumenty Inżynierowi w czasie i w sposób podany w Specyfikacji.

Powyższe jednak wykreślono, co powoduje, że wykonawca obowiązany będzie udostępnić teren budowy, na którym poczynił określone nakłady (wykonał fundamenty, utwardził dojazd, zagęścił, itp.), innym podmiotom wskazanym przez Zamawiającego (np.: innym wykonawcom robót budowlanych), które będą mogły ten plac zniszczyć lub wstrzymać prace wykonywane przez wykonawcę i z tego tytułu wykonawca nie będzie mógł występować do Zamawiającego z jakimikolwiek roszczeniami. Dodatkowo aktualny staje się problem odpowiedzialności kierownika budowy za działania wszelkich podmiotów na terenie placu budowy. Powyższe winno być usunięte.

3.12. Warunki szczególne Kontraktu - zmiana treści subklauzuli 4.10, która powoduje, że opis przedmiotu zamówienia narusza postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy PZP:

W zmienionej subklauzuli 4.10 wskazano: „Informacje o Placu Budowy będące w posiadaniu Zamawiającego zawarte zostały w SIWZ. Pozostałe dane Wykonawca uzyska we własnym zakresie.”

Powyższe oznacza, że wykonawcy obowiązani zostali faktycznie do przeprowadzenia wizji lokalnej. Zobowiązanie ich do uzyskania we własnym zakresie pozostałych niż zawarte w SIWZ informacji o placu budowy wpisane w celu wyciągnięcia konsekwencji z faktu stwierdzenia w trakcie realizacji rozbieżności między stanem wynikającym z opis przedmiotu zamówienia a stanem faktycznym terenu inwestycji na niekorzyść wykonawcy stanowi rażące naruszenie przepisów prawa. W ustawie zawarty jest bowiem zakaz odsyłania do innych okoliczności czy faktów, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a nie są częścią opisanego przedmiotu zamówienia. Analiza treści art. 29 ust. 1 ustawy PZP, wprost prowadzi do wniosku, że jeżeli całokształt wiedzy o przyszłym świadczeniu wykonawcy ma wynikać z opisanego (słownie, graficznie, itp.) przedmiotu zamówienia, to nie może wynikać, np.: z tzw. wizji lokalnej, która z definicji nie stanowi „opisu”. Jedynie wyjątkowo dopuszczalne jest odsyłanie do innych dokumentów, które są powszechnie dostępne na równych zasadach dla wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie mogą być zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, np.: ze względu na ochronę praw autorskich. Można tu za przykład przywołać Warunki Kontraktowe FIDIC, oficjalne dokumenty, takie jak programy i strategie rozwoju, np.: województwa, obszarów wiejskich, itp.

Powyższe ma fundamentalne znaczenie, albowiem w orzecznictwie sądów powszechnych zdarzają się wyroki, które wbrew treści art. 29 ust. 1 ustawy PZP i pomimo przytaczania stosownego orzecznictwa przez stronę, oparte są o tezę, że jeżeli wykonawca miał prawo przeprowadzenia wizji lokalnej na terenie inwestycji przed złożeniem oferty i z tego prawa nie skorzystał, to ponosi konsekwencje wynikające z rozbieżnego w stosunku do opisanego w SIWZ stanu placu budowy.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest jednak jednogłośne w tej sprawie, praktycznie jeszcze od czasów, gdy odwołania rozstrzygali arbitrzy w ramach zespołów. Dla

przykładu wskazać tu można więc na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 czerwca 2004r., w którym stwierdza się:

„Za niewystarczający dla opisu przedmiotu zamówienie należy uznać zapis SIWZ iż "zaleca się, aby wykonawca zdobył wszelkie informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty, oraz realizacji zamówienia." Podobnie należy ocenić odpowiedź na pytanie, w której Zamawiający podaje, iż wykonawca powinien dokonać wizji lokalnej w terenie, skalkulować cenę oferty biorąc pod uwagę całą powierzchnię zasobu.”

[Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 czerwca 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-952/04]

Dodatkowo, powyższe spowoduje, że część poniesionego wydatku będzie niekwalifikowana, a instytucje audytu i kontroli nałożą stosowną korektę finansową. Jako naruszające opisane wyżej zasady, ww. postanowienia winny być usunięte.

3.13. Warunki szczególne Kontraktu - zmiana treści subklauzuli 4.12, która powoduje, że wykonawca poniesie odpowiedzialność za warunki fizyczne terenu obiektywnie nieprzewidywalne i nie uzyska z tego tytułu żadnego wynagrodzenia, w tym pokrycia poniesionych kosztów (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Użyte pojęcie: „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez warunki fizyczne człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które napotyka Wykonawca na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne.

Za zaistnienie powyższych wykonawca nie nabędzie prawa do płatności za jakkolwiek tak poniesiony koszt, albowiem wykreślony postanowienia lit. (b), które dawały takie uprawnienie. Konieczne jest przywrócenie oryginalnej treści subklauzuli 4.12.

3.14. Warunki szczególne Kontraktu - dodanie treści subklauzuli 4.25, która powoduje, że wykonawca podejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z Placem Budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Opisane wyżej sformułowanie prowadzi wprost do nieuprawnionego przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za wszelkie szkody powstałe w bliżej niezdefiniowanym sąsiedztwie placu budowy. Powyższe winno być usunięte jako naruszające zasadę swobody zawierania umów, ale także zasady systemu zamówień publicznych.

3.15. Warunki szczególne Kontraktu - dodanie treści akapitu do subklauzuli 8.12, powodujące, że wykonawca podejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe (w tym straty) powstałe z tytułu zawieszenia robót przez Inżyniera Kontraktu, z jakichkolwiek przyczyn (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

W klauzuli 8.12, regulującej zasady zawieszenia wykonywania robót na polecenie Inżyniera Kontraktu dodano zdanie o treści:

„Naprawienie dostrzeżonych strat nastąpi w całości na koszt i ryzyko Wykonawcy.”

Powyższe wprost narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za działania lub zaniechania Inżyniera Kontraktu, które mogą być bezprawne, wynikać z przyczyn innych niż merytoryczne, itp. Powyższe jest niedopuszczalne i jako takie winno być usunięte z treści umowy.

3.16. Warunki szczególne Kontraktu - skreślenie części treści subklauzuli 9.2, powodujące, że wykonawca nie nabędzie prawa do przedłużenia terminu wykonania zamówienia ani roszczenia finansowego pomimo, że Próby Końcowe zostaną bez uzasadnienia opóźnione przez Zamawiającego (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

W subklauzuli 9.2 skreślono pierwszy akapit, który powodował, że wykonawca mógł nabyć prawo do przedłużenia terminu wykonania zamówienia lub roszczenie finansowe w sytuacji gdy Próby Końcowe zostałyby bez uzasadnienia opóźnione przez Zamawiającego. Powyższe wprost narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Jako działanie niedopuszczalne powyższe winno być usunięte z treści umowy.

3.17. Warunki szczególne Kontraktu - skreślenie części treści subklauzuli 17.3 oraz . 19.1, powodujące, że wykonawca poniesie wszelkie ryzyko ewentualnego natrafienia w trakcie robót ziemnych na amunicję wojskową czy materiały wybuchowe (naruszenie art. 14 ustawy PZP w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego):

Zamawiający zmodyfikował treść subklauzul 17.3 i 19.1 Warunków kontraktowych FIDC w ten sposób, że wykreślił z ich treści wystąpienie amunicji wojskowej czy materiałów wybuchowych jako zagrożeń stanowiących jego ryzyko bądź jeden z elementów definicyjnych siły wyższej. Powyższe wprost narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jako działanie niedopuszczalne powyższe winno być usunięte z treści umowy.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak we wstępie.

CZŁONEK ZARZĄDU

Józef Zubelewicz
.....

PROKURENT

Maciej Wyrzykowski
.....

ERBUD S.A.
ul. Puławska 300A
02-819 Warszawa
NIP 879-01-72-253

W załączeniu:

1. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego;
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
3. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.