

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: AK NOVA sp. z o.o., adres: ul. Mrągowska 3, 60 -161 Poznań, mail:
biuro@aknova.com.pl, rydz@aknova.com.pl, tel.: 61 662 33 93 .

Zamawiający: Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina”, Pl. Św. Józefa 5, 62 –
800 Kalisz, adres korespondencyjny:
Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych „Orli Staw”, Orli Staw 2, 62 –
834 Ceków, mail: przetargi@czystemiasto.pl, tel.: +48 627635654

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na „*Zaprojektowanie i budowa instalacji fermentacji oraz wiaty i boksów magazynowych w ZUOK Orli Staw*”

Ogłoszenie o zamówieniu nr 498289-2019-PL z dnia 23 października 2019r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec **czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa warunków umowy**, tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego **zarzucam** naruszenie:

art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez wyłączenie możliwości żądania przez wykonawców dodatkowych kosztów wykonania zamówienia powstałych na skutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, podmiotów trzecich lub działania siły wyższej lub siły przyrody,

co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, w tym ryzyka związanego z nienależytym przygotowaniem dokumentacji postępowania przez Zamawiającego i brakiem współdziałania przez Zamawiającego z wykonawcą na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, które to ryzyko na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego i przepisów Pzp spoczywa na Zamawiającym, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Taki opis przedmiotu zamówienia przerzuca na wykonawcę ryzyka, których oszacować się nie da, w tym okoliczności nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia i ich skutków, co uniemożliwia sporządzenie porównywalnych ofert i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję.

Powyższe świadczy także o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 353¹ k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 647 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, w szczególności poprzez naruszenie granic swobody umów poprzez ukształtowanie Wzoru umowy stanowiącego III część SIWZ – Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (dalej jako WSK) z naruszeniem właściwości (natury) stosunku prawnego i zasad współżycia społecznego, tj. usunięcie możliwości domagania się przez Wykonawcę od Zamawiającego zwrotu wydatków poniesionych przez Wykonawcę w przypadkach opisanych poniżej (tj. naprawienia szkody w postaci rzeczywistej straty - *damnum emergens*), nawet w przypadkach, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę** o:

nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez przywrócenie do WSK zapisów z Warunków Ogólnych Kontraktu (dalej WOK) – Rozdziału 2 Części III SIWZ (Warunki Kontraktu), jak następuje:

- odpowiednio klauzuli (dalej jako kl.) 4.7 WOK akapit trzeci, kl. 5.1 WOK akapit trzeci i czwarty, kl. 8.9 WOK, kl. 12.2 WOK, w zakresie pokrycia/zwrotu Kosztu oraz
- odpowiednio w kl. 1.9 WOK, 2.1 WOK, kl. 4.12 WOK, kl. 4.24 WOK, kl. 7.4 WOK, kl. 10.3 WOK, kl. 16. 1 WOK, kl. 19.4 WOK usuniętych z tych postanowień zapisów kreujących po stronie wykonawcy uprawnienie do uzyskania od Zamawiającego dodatkowej płatności za jakikolwiek dodatkowy Koszty Wykonawcy.

ewentualnie

o nakazanie Zamawiającemu dookreślenia w SIWZ, iż:

- przedmiotowe zapisy WSK, wyłączające uprawnienie wykonawcy do pokrycia Kosztu, nie wyłączają możliwości domagania się przez wykonawcę od Zamawiającego naprawienia szkody na zasadach ogólnych,
- § 6 Aktu Umowy (Rozdział 1, Części III SIWZ – Wzór umowy) obejmuje zmiany wynagrodzenia (Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej) także w przypadkach objętych wyżej wymienionymi klauzulami WSK, w szczególności w przypadkach, gdy Wykonawcy przysługuje uprawnienie do zmiany Czasu na Ukończenie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *„na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)”* (tak KIO w wyroku z dnia 23.08.2012 r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12).

Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i przerzucenie na wykonawcę wszelkich, w tych niemożliwych do ustalenia obecnie, uniemożliwia skalkulowanie w cenie ofertowej w pełni ryzyk, jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia.

Uzasadnienie

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 października 2019r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zaprojektowanie i budowa instalacji fermentacji oraz wiaty i boksów magazynowych w ZUOK Orli Staw”*. W tym samym dniu na stronie Zamawiającego opublikowana została SIWZ dla tego postępowania (co powoduje, że niniejsze odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 Pzp).

Szczegółowa analiza zapisów dokumentów składających się na SIWZ, w tym przede wszystkim Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej: „WSK”) prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył obowiązujące przepisy prawa, w sposób jednostronny kształtując zakres obowiązków wykonawcy

i przerzucając na niego wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, w tym przede wszystkim ryzyka, które z istotny stosunku umownego, jakim jest umowa o roboty budowlane, obciążają Zamawiającego (inwestora). I tak:

Zamawiający z następujących postanowień Warunków Ogólnych Kontraktu (tzw. żółty FIDIC – dalej: „WOK”) usunął uprawnienie Wykonawcy wynikające z WOK o zgłoszenie do Zamawiającego roszczenia o zapłatę Kosztu w sytuacjach, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a nawet w sytuacjach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający:

Kl. 1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego: zgodnie z kl. 1.1.1.5 WSK „Wymagania Zamawiającego” oznaczają SIWZ, w szczególności OPZ. Zgodnie z WOK: *jeżeli wskutek błędu w Wymaganiach Zamawiającego powstaną opóźnienia czy też Wykonawca poniesie Koszt, a błąd nie jest taki, jaki doświadczony Wykonawca powinien wykryć w trakcie należytego starannego badania Wymagań...*

Kl. 2.1 Prawo dostępu do Terenu Budowy – Zgodnie z WSK w obecnym brzmieniu: *Zamawiający przekazuje Wykonawcy prawo dostępu do budowy ... W przypadku niedopełnienia przez Zamawiającego przekazania dostępu do Terenu budowy w odpowiednim czasie, Wykonawca ... będzie uprawniony na mocy kl. 20.1 (Roszczenie Wykonawcy) do wydłużenia czasu z powodu takiego opóźnienia na mocy kl. 8.4, jeżeli wykonanie Robót zostanie opóźnione.*

Kl. 4.7 Wytyczenie – Zgodnie z WSK Zamawiający jest odpowiedzialny za wszelkie błędy w danych odniesienia, jednak bez jakichkolwiek konsekwencji, o których mowa w WOK.

Kl. 4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne – zgodnie z kl. 1.1.6.8. „Nieprzewidywalne”, oznacza nie dające się w racjonalny sposób przewidzieć przez doświadczonego Wykonawcę przed dniem złożenia Oferty. Zgodnie z WOK „warunki fizyczne” oznaczają warunki fizyczne, i inne fizyczne przeszkody i skażenia, które Wykonawca napotka na Terenie Budowy w trakcie wykonywania Robót, ale z wyłączeniem warunków klimatycznych. Mimo to zgodnie z WSK, jeżeli Wykonawca napotka Nieprzewidywalne warunki fizyczne, to będzie uprawniony jedynie do wydłużenia Czasu na Wykonanie, jeżeli wykonanie jest lub będzie opóźnione.

Kl. 4.24 Wykopaliska – w WSK wprowadzono regulację identyczną jak w kl. 4.12 powyżej.

Kl. 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe – usunięto obowiązek wykonawcy zbadania Wymagań Zamawiającego i elementów odniesienia (dot. Wytyczenia) i zawiadomienia zamawiającego o stwierdzonych wadach w tym zakresie, a w konsekwencji możliwość zastosowania subkl. 13 Zmiany i korekty. Tym samym ryzyko z tego tytułu przerzucono na wykonawcę.

Kl. 7.4 Próby – ta klauzula odnosi się do wszystkich prób wymienionych w Kontrakcie poza Próbami Eksploatacyjnymi. Zgodnie WSK, *jeżeli z powodu wykonania polecenia Inżyniera lub opóźnienia, za*

które Zamawiający jest odpowiedzialny, nastąpi opóźnienie, to Wykonawca ... będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie, jeżeli wykonanie jest lub będzie opóźnione.

Kl. 8.9 Następstwa zawieszenia – Zgodnie z WSK, jeżeli w wyniku zastosowania się do polecenia Inżyniera wydanego zgodnie z klauzulą 8.8. (Zawieszenie Robót) wystąpi opóźnienie, Wykonawcy przysługuje jedynie uprawnienie o zmianę Czasu na Ukończenie. Tymczasem zgodnie z klauzulą 8.8. WOK Inżynier może polecić Wykonawcy zawieszenie wykonywania części lub całości Robót z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.

Kl. 10.3 Zakłócanie Prób Końcowych – klauzula ta reguluje sytuację, gdy Wykonawcy uniemożliwione zostanie wykonanie Prób Końcowych z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający, tak że opóźnią się one o więcej niż 14 dni. W takim przypadku Wykonawcy przysługuje jedynie uprawnienie o zmianę Czasu na Ukończenie.

Kl. 12.2 Próby opóźnione – wykreślono klauzulę w całości. Reguluje ona sytuację, gdy Wykonawca poniesie koszt na skutek nieuzasadnionego opóźnienia Prób Eksploatacyjnych przez Zamawiającego.

Kl. 16.1 Uprawnienia Wykonawcy do zawieszenia Robót – klauzula ta reguluje sytuacje, gdy Inżynier z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy nie wystawia Przejściowych Świadectw Płatności lub Zamawiający nie dokonuje zapłaty. Kontrakt uprawnia wówczas Wykonawcę do zawieszenia Robót lub zmniejszenia ich tempa. Jednak w takim przypadku Wykonawcy przysługuje zgodnie z WSK jedynie uprawnienie do przedłużenia Czasu na Wykonanie.

Kl. 19.4 Następstwa Siły Wyższej – Zgodnie z klauzulą 19.1 „Siła wyższa” oznacza wyjątkowe wydarzenie lub okoliczność, na którą Strona nie ma wpływu, przeciwko której nie mogła w sposób racjonalnych się zabezpieczyć przed zawarciem Kontraktu, której nie mogła w racjonalny sposób uniknąć lub jej przezwyciężyć. Mimo to zgodnie z WSK, jeżeli wystąpi Siła Wyższa, Wykonawcy przysługuje zgodnie z WSK jedynie uprawnienie do przedłużenia Czasu na Wykonanie.

Zgodnie z kl. 1.1.4.3 WOK „**Koszt**” oznacza wszelkie uzasadnione wydatki poniesione przez Wykonawcę na Terenie Budowy lub poza nim, włącznie z narzutami i innymi obciążeniami, lecz z wyłączeniem zysku.

Podsumowując, Zamawiający w WSK usunął zapisy, które uprawniały Wykonawcę do uzyskania od Zamawiającego „płatności za jakikolwiek Koszt plus rozsądny zysk, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej”, tj. zmodyfikował brzmienie klauzul w taki sposób, że wyłączone zostało po stronie Wykonawcy uprawnienie, o którym mowa, względnie zrezygnował z całej klauzuli zawierającej takie uprawnienie dla Wykonawcy.

Na podstawie postanowień WSK w sytuacjach, do których odnoszą się powyżej wskazane klauzule, WOK wykonawca będzie uprawniony wyłącznie do przedłużenia czasu przewidzianego na wykonanie zamówienia, zgodnie z subkl. 8.4 Przedłużenie Czasu na Ukończenie.

Znamienne przy tym pozostaje, że sytuacje, do których odnoszą się przywołane powyżej klauzule WOK, są sytuacjami, do których dochodzi z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, względnie, jak np. przypadku subkl. 4.12 WOK czy subkl.19.4 WOK, są niezależne od stron umowy i nie sposób nich przewidzieć w dniu sporządzenia oferty.

Jako przykładem można posłużyć się kl. 1.9 [Błędy w wymaganiach Zamawiającego]. Zgodnie z tą klauzulą (WOK):

*Jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia **i/lub poniesie Koszt**, w wyniku jakiegoś błędu w Wymaganiach Zamawiającego, a doświadczony wykonawca zachowując należyłą staranność nie wykryłby tego błędu badając Wymagania Zamawiającego według Subklauzuli 5.1 [Ogólne zobowiązania projektowe], to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] do:*

a) Przedłużenia czasu

b) Płatności za jakikolwiek taki Koszt plus rozsądny zysk

Zamawiający, zgodnie z subkl. 1.9 WSK: W Klauzuli 1.9 w pierwszym akapicie skreśla się wyrazy „**czy też Wykonawca poniesie Koszt**” oraz skreśla się **lit. b)**.

W praktyce oznacza to, że wykonawca w razie stwierdzenia błędu w Wymaganiach Zamawiającego nie będzie mógł dochodzić od Zamawiającego dodatkowych kosztów, jakie powstaną po jego stronie w związku z nieprawidłowymi działaniami Zamawiającego (pokrycia szkody).

Trudno przy tym znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienie dla takiego ukształtowania zakresu odpowiedzialności stron umowy, skoro to Zamawiający zarówno na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego (art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 651 kc), jak i przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 29 Pzp) odpowiada za należyte przygotowanie robót, w tym prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia. Podobnie sytuacja wygląda w pozostałych przywołanych powyżej postanowieniach WSK.

Jak wskazuje się w literaturze, obowiązkiem inwestora w umowie o roboty budowlane jest – na gruncie art. 647 k.c. - ich właściwe przygotowanie, m.in., przekazanie lub udostępnienie terenu budowy, umówionych maszyn, urządzeń czy narzędzi. Inwestor winien także dokonać wymaganych przez właściwe przepisy czynności warunkujących podjęcie robót budowlanych. Przyjęcie wniosku, iż obowiązek dokonania przez inwestora wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych

z przygotowaniem robót obciąża go jako wierzyciela, wpływa bezpośrednio na opis konsekwencji związanych z jego niewykonaniem czy nienależytym wykonaniem. Ustawodawca kwestii tej w przepisach umowy o roboty budowlane nie reguluje w żaden szczególny sposób, co oznacza potrzebę poszukiwania odpowiednich norm poza przepisami Tytułu XVI Księgi trzeciej k.c. Obowiązek wierzycielskiego współdziałania z dłużnikiem nie jest obwarowany ogólną bezpośrednią sankcją, poza sytuacjami dającymi podstawę do przyjęcia zwłoki wierzyciela, a zatem kiedy wierzyciel bez uzasadnionego powodu bądź uchyli się od przyjęcia zaoferowanego świadczenia, bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź też oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie. **W razie zwłoki wierzyciela (tu: Zamawiającego) dłużnik może na podstawie art. 486 §1 k.c. żądać naprawienia szkody stąd wynikłej**, a nadto może złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego; tej ostatniej możliwości nie będzie miał jednak wykonawca w umowie o roboty budowlane, ze względu na cechy jej przedmiotu.

Taka możliwość została przez Zamawiającego wyłączona, co sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku i zasadom współżycia społecznego.

W związku ze zwłoką Zamawiającego jako wierzyciela czy powstaniem Nieprzewidzianych Warunków Fizycznych (i innych zdarzeń objętych wskazanymi wyżej klauzulami, mających charakter wyjątkowych, nie dających się przewidzieć) nie mogą się wiązać jedynie roszczenia o zmianę Czasu na Wykonanie, w sytuacji gdy już sama zmiana Czasu na Wykonanie wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie Wykonawcy (koszty ogólne, zaplecze Terenu Budowy, ubezpieczenie, dodatkowe wynagrodzenie personelu, zabezpieczenie należytego wykonania umowy etc.), niezależnie od powstania innych Kosztów.

Strony umowy, będące nawet profesjonalistami w zakresie prowadzonej działalności, nie są w stanie przewidzieć czy skalkulować ryzyka, którego niż znają i w okolicznościach danej umowy nie są w stanie go przewidzieć i skalkulować. Nabiera to szczególnego znaczenia w świetle okoliczności, za które Zamawiający ponosi odpowiedzialność i które mają wpływ na zmianę Czasu na Wykonanie. Wyłączenie domagania się od Zamawiającego pokrycia Kosztu poniesionego przez Wykonawcę z tego tytułu jest przejawem nadużycia ze strony Zamawiającego, rażąco jaskrawego naruszenia granic swobody umów, o której mowa w art. 353(1) k.c. Przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego, jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym

niedbalstwem) swojej przewagi (tak Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10). Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w tym postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również wykonawcy przed działaniami, które mogą być ocenione jako zwłoka wierzyciela.

Warto w tym miejscu przywołać wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 roku (KIO 892/15), gdzie Izba wskazała, iż uprawnienie Zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, bowiem **Zamawiający nie może nadużywać swego prawa podmiotowego**. Również i w tym zakresie obowiązują go bowiem zasady przewidziane porządkiem prawnym.

Jak się wielokrotnie podkreśla, składając odwołania na SIWZ, szczególna pozycja Zamawiającego wynikająca z piastowania pieczy nad wydatkowaniem środków publicznych nie sankcjonuje prawa do żądania uwzględnienia przez wykonawcę w swojej ofercie ryzyk, które nie są możliwe do zidentyfikowania na tym etapie. A co warto podkreślić, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego zamówienia, gdzie Zamawiający oczekuje od wykonawców, że przewidzą oni zdarzenia nadzwyczajne, nieprzewidywalne, wyjątkowe, które mają lub mogą nastąpić w przyszłości, właściwie je zidentyfikują, oszacują skalę ich negatywnych następstw, a następnie wycenią i uwzględnią je w swoich ofertach. Co warto zauważyć, kalkulacje takie, o ile w ogóle możliwe, byłyby wyłącznie spekulacjami, a to z kolei prowadziłyby do przygotowania nierzetelnych ofert i złożenia ofert nieporównywalnych.

Istotne przy tym pozostaje, że taki sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy świadczy nie tylko o naruszeniu istoty stosunku zobowiązaniowego, który zostanie nawiązany przez strony poprzez zawarcie umowy o zamówienie publiczne (poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyk czy obowiązków, które na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego spoczywają na zamawiającym), ale także o dokonaniu w niniejszym postępowaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia bowiem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca, składając ofertę i ustalając jej cenę ofertową, powinien bowiem w tej sytuacji oszacować wystąpienie ryzyk, do których odnoszą się ww. postanowienia WOK, i koszty z tym związane ująć w cenie ofertowej. Obiektywnie jednak nie da się oszacować ryzyka wystąpienia, np. zdarzeń kwalifikowanych jako Siła Wyższa czy Nieprzewidywalne Warunki Fizyczne, Wykopaliska, a co za tym idzie nie da się złożyć Zamawiającemu w tej sytuacji poprawnie skonstruowanej oferty. Każdy wykonawca przy tym może w sposób odmienny oceniać ryzyko wystąpienia zdarzeń, o których mowa w przywoływanych postanowieniach umownych i kosztów z tym

związanych, a co za tym idzie, jeśli wykonawcy zdecydują się na złożenie ofert przy tak ukształtowanym opisie przedmiotu zamówienia, ich oferty będą nieporównywalne.

Odwołujący wskazuje, że skutków usunięcia z ww. postanowień WSK zapisów uprawniających wykonawcę do uzyskania od Zamawiającego „dodatkowych Kosztów” nie niweluje postanowienie § 6 Aktu umowy. We wskazanym postanowieniu Zamawiający przewidział wprawdzie, na zasadzie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, podstawy do zmiany umowy, w tym podstawy do zmiany wynagrodzenia, jednakże odnotować należy, że:

Po pierwsze, trudno ustalić, jaka jest relacja postanowienia § 6 Aktu umowy do zmienionych postanowień WSK, w szczególności, czy sytuacje, do których odnoszą się powołane na wstępie klauzule WSK, mogą stanowić podstawę do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w trybie § 6 Aktu umowy, jeżeli Zamawiający celowo z postanowień WSK wykreślił możliwość dochodzenia przez wykonawcę „dodatkowego Kosztu”. Pytanie to jest tym bardziej zasadne, że w każdym ze wskazanych na wstępie postanowień WSK (tych, które nie zostały całkowicie usunięte z umowy) Zamawiający pozostawił uprawnienie wykonawcy do żądania przedłużenia Czasu na Ukończenie i jednocześnie w § 6 ust. 2 pkt 1 Aktu umowy określił (dodatkowe) podstawy do zmiany umowy w zakresie Zmiany Czasu na Wykonanie. Tym samym podstawy do żądania Zmiany czasu na Wykonanie, w tym także poprzez zmianę umowy, są w umowie niejako zdublowane, tj. występują zarówno w § 6 Aktu umowy, jak i w poszczególnych postanowieniach WSK. W przypadku „dodatkowych Kosztów”/zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia postawy takie nie występują w WSK, co właśnie otwiera dyskusję odnośnie do sposobu rozumienia przez Zamawiającego omówionych w niniejszym odwołaniu postanowień umownych.

Po drugie, określone w § 6 ust. 2 pkt 3 Aktu umowy podstawy do zmiany wynagrodzenia (poza powieleniem rozwiązania wynikającego z art. 142 ust. 5 Pzp) są określone dużo wężiej, a zarazem ogólniej niż klauzule usunięte przez Zamawiającego z WSK. W § 6 ust. 1 pkt 3 Aktu umowy mówi się mianowicie o zmianach wynagrodzenia:

- b) w przypadku dokonania zmian w zakresie Czasu na Wykonanie Przedmiotu zamówienia lub zmiany sposobu wykonania Umowy lub rezygnacji przez Zamawiającego z wykonania części Przedmiotu zamówienia – o kwotę wynikającą z tych zmian, przy czym punktem wyjścia do ustalenia nowego wynagrodzenia będą ceny wynikające z Wykazu Cen, a w przypadku braku możliwości ustalenia takich cen, na podstawie cen wynikających z katalogu SEKOCENBUD;
- c) w przypadku zmniejszenia zakresu Przedmiotu zamówienia określonego w Kontrakcie, pod warunkiem, że wykonanie całości Przedmiotu zamówienia napotyka istotne trudności,

w szczególności spowodowane jest brakiem uzyskania planowanego dofinansowania ze środków zewnętrznych, jak również w przypadku, rezygnacji przez Zamawiającego z wykonania części (elementów) Przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy ich wykonanie będzie zbędne do prawidłowego zrealizowania Przedmiotu zamówienia i osiągnięcia założonego celu, z zastrzeżeniem, iż w takiej sytuacji Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w wysokości rzeczywiście wykonanych Robót, ustalone na podstawie cen wynikających z Wykazu Cen, a w przypadku braku możliwości ustalenia takich cen, na podstawie cen wynikających z katalogu SEKOCENBUDU. Wykonawcy nie przysługują jakiegokolwiek roszczenia związane z ograniczeniem zakresu realizacji Umowy;

- d) W przypadku zmian zakresu Przedmiotu zamówienia, o kwotę wynikającą z tych zmian, przy czym punktem wyjścia do ustalenia nowego wynagrodzenia będą ceny wynikające z Wykazu Cen, a w przypadku braku możliwości ustalenia takich cen, na podstawie cen wynikających z katalogu SEKOCENBUDU;

Zmiany wynagrodzenia w przypadkach, o których mowa w powołanych postanowieniach Aktu umowy, nie mają charakteru samoistnego, a każdorazowo powiązane są ze zmianą Czasu na Wykonanie lub zmianą sposobu wykonania Umowy lub z rezygnacją przez Zamawiającego z wykonania części Przedmiotu zamówienia. W praktyce natomiast nie w każdym przypadku, gdy powstanie po stronie wykonawcy dodatkowych koszt z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub z uwagi np. na działania podmiotów trzecich, sytuacja ta będzie wiązała się z jedną z wymienionych tu zmian w OPZ (np. wykonawca może zmienić na skutek „wykopalisk” organizację swojej pracy, ponosząc z tego tytułu dodatkowe koszty, co pozwoli mu dochować pierwotny Czas na Wykonanie).

Po trzecie, odnotowania wymaga, że usunięte przez Zamawiającego postanowienia klauzul WOK kreują po stronie wykonawcy uprawnienie (do dodatkowego Kosztu), które skorelowane jest z powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku (tu: wypłaty dodatkowego kosztu), tymczasem § 6 Aktu umowy kreuje po stronie Zamawiającego jedynie uprawnienie do zawarcia umowy do aneksu, które nie jest równoznaczne z obowiązkiem zawarcia takiego aneksu. Zamawiający może więc odmówić wykonawcy zawarcia aneksu w sytuacjach wskazanych w § 6 ust. 1 pkt 3 Aktu umowy, a wobec tego po stronie wykonawcy nie powstanie roszczenie o wypłatę dodatkowej kwoty wynagrodzenia. Skoro zaś podstawą do takiego roszczenia nie będą mogły być wykreślone postanowienia WOK, zasadne staje się pytanie, czy takie roszczenia wykonawca w ogóle będzie mógł dochodzić od Zamawiającego na zasadach ogólnych.

Znów trudno przyjąć, kierując się zasadami ogólnymi Kodeksu cywilnego oraz zasadą wynikającą z art. 7 Pzp, by takie jednostronne ukształtowanie praw i obowiązków stron umowy miało jakiegokolwiek uzasadnienie.

Jak słusznie zauważono w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 97/08: *„Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowanie treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”*.

Na szczególną uwagę zasługuje wyrok KIO z dnia 1 marca 2011r., sygn. akt: KIO 298/11, w którym Izba podniosła, że: *„Zakres kompetencji stron do kształtowania treści stosunków zobowiązaniowych ustawodawca wyznaczył na dwa sposoby. Po pierwsze, w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą "ułożyć stosunek prawny". Po drugie, komentowany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wskazując granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykraczać. Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego [por. wyrok SN z dnia 25 maja 2011r., sygn. akt: II CSK 528/10] Redakcja powołanego przepisu wyraźnie wskazuje, iż nie jest możliwe ukształtowanie treści umowy w sposób, który prowadziłby do naruszenia przepisów ustawy. (...) Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.*

Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi także badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, czy równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (to jest dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego).

Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi."

W tym miejscu żądania odwołania znajdują szczególne uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 2 marca 2010r., KIO/UZP 184/10, gdzie stwierdza się m.in.: *Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, podziela pogląd wyrażony wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r.: "...obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty" (wyrok KIO z 14 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09).(...)* **Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp**, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp. (...) *Postanowienia § 1 ust. 6 wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust. 1 i 2 art. 31 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim wymagają od wykonawcy realizacji na jego koszt prac w wyniku zaleceń organów uprawnionych, a nie ujętych w dokumentacji ani nie podanych wprost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba, iż zalecenia te zostały wydane wskutek stwierdzenia wadliwości prowadzenia robót, czy innych przyczyn leżących po stronie wykonawcy. (...)*

*Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż **wykonawca dobrowolnie może przejść wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialność. Skrajnie prowadziłyby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej.*** Przepis art. 473 § 1 K.c. odnosi się do rozszerzenia odpowiedzialności strony umowy za nienależyte wykonanie własnego zobowiązania. *Natomiast nie dotyczy to przejścia odpowiedzialności za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji (w sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy) 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. Izba*

w pełni podziela stanowisko odwołującego, iż nie może on ponosić odpowiedzialności, nawet rozszerzonej, zwalniając zamawiającego od wypełnienia jego obowiązków wzajemnych i współdziałania przy realizacji umowy. Umowne rozszerzenie odpowiedzialności dopuszczalne jest w granicach zasady swobody umów, jednakże Izba uznaje, iż żądanie rozszerzenia umownej odpowiedzialności wykonawcy na przypadki nieujawnionych wad i luk projektów technicznych, w odniesieniu do których służą zamawiającemu roszczenia względem projektanta o ich naprawienie, narusza przepisy i stanowi nadużycie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy oraz stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

Podobne poglądy Izba wyraża także w najnowszym orzecznictwie, wskazując m. in.:

Zamawiający, jako gospodarz postępowania może opisać przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, wykonawcy zaś w ograniczony sposób mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Pod warunkiem, że opis ten czyni zadość zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ponadto jest wyczerpujący, pełny i jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy zainteresowani są złożeniem oferty. **Nażalenie jednak na przedsiębiorców obowiązku przewidzenia i wyceny sytuacji niemożliwych do przewidzenia nie wpisuje się w przesłankę pełnego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z regułami określonymi w art. 29 p.z.p.. Wówczas bowiem każdy z wykonawców w odmienny sposób zakreśli katalog okoliczności podlegających wycenie, co doprowadzi do nieporównywalności ofert. Co więcej, na etapie oceny ofert Zamawiający w żaden wymierny sposób nie będzie mógł prawidłowości takiego katalogu zweryfikować. Nie można bowiem zapominać przy tworzeniu wzorca umowy o przepisach dotyczących oceny ofert, choćby wskazujących na konieczność badania, czy mamy w postępowaniu do czynienia z rażąco niską ceną i arytmetycznym wskaźnikiem badania ceny oferty, zastosowania którego nie wyłącza ryczałtowy charakter wynagrodzenia.** (tak wyrok KIO z dnia 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 1985/18).

W podobnym duchu wypowiedziała się Izba także w wyroku z dnia 12 października 2018 r., sygn. akt KIO 1951/18, wyjaśniając, że: **za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć.**

Jak słusznie zauważa Izba w cytowanym wyroku, zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić, może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Izba jednoznacznie stwierdziła, że **nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.**

Stanowisko wyrażane przez Izbę w powyżej powołanych wyrok uznać należy za w pełni aktualne i zarazem adekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia usunął z WOK wszystkie te postanowienia, która dawały wykonawcy uprawnienie do żądania od Zamawiającego dodatkowych kosztów, jakie mogą powstać po jego stronie w toku wykonywania umowy na skutek działań samego Zamawiającego, osób trzecich, czy sił przyrody. Oznacza to, że ryzyko wystąpienia takich właśnie sytuacji, w tym przede wszystkim ryzyko prawidłowego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, zostało w całości przerzucone na wykonawcę, który nie może ryzyka tego ani przewidzieć, składając ofertę, ani tym bardziej skalkulować w ofercie kosztów jego wystąpienia, co prowadzi do tego, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań z art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

Wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Z wyrazami szacunku,

Andrzej Bednarek

Prezes Zarządu

Załączniki:

- odpis aktualny KRS z którego wynika zasada reprezentacji odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.