

Warszawa, dnia 29 października 2020 roku

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

Zamawiający:
Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Szczecinie
ul. Mieszka I 33, 71-011 Szczecin
tel. 91 888 42 49, fax. 91 888 42 33
e-mail: m_optacy@999.szczecin.pl,
b.sochanowski@999.szczecin.pl

Odwołujący:
ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.
ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz

reprezentowana przez:

adwokata Jana Rolińskiego
radcę prawnego Michała Mielnika

z kancelarii WKB Wierciński Kwieciński Baehr sp.k.
pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa
tel.: 22 201 00 00, fax: 22 201 00 99
e-mail: jan.rolinski@wkb.pl, michal.mielnik@wkb.pl,

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa siedziby Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego przy ul. Twardowskiego w Szczecinie” – dalej jako „**Postępowanie**”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 19 października 2020 r. pod nr 2020/S 203-492410.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „**ALSTAL**” lub „**Odwołujący**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego - Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Szczecinie (dalej jako „**Zamawiający**”) polegającej na ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „**SIWZ**”), w tym w szczególności wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia - Obowiązków Wykonawcy stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ (dalej jako „**OW**”), w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami PZP i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „**KC**”).

Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie w formularzu oferty, w pkt 1.3 i 1.19 OW oraz w § 7 ust. 2 i 3 wzoru umowy, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia także te, których nie można było przewidzieć w chwili złożenia oferty, podczas gdy odpowiedzialność za precyzyjny oraz wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, na podstawie którego możliwe jest ujęcie przez wykonawcę wszystkich kosztów wykonania zamówienia spoczywa na Zamawiającym, a wystąpienie okoliczności, których nie można było przewidzieć przed złożeniem oferty nie mogą powodować ponoszenia przez wykonawcę ich negatywnych skutków, w tym w szczególności takie koszty nie mogą być ujęte w wynagrodzeniu wykonawcy wynikającym z oferty,
2. art. 577 § 1 i 2 KC oraz art. 580 § 2 w zw. z art. 638 § 2 KC i art. 656 § 1 KC, i art. 353¹ KC, w zw. z art. 14 PZP i 139 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez zastrzeżenie w § 13 ust. 4 oraz § 14 ust. 7 wzoru umowy, obowiązku usunięcia wad i usterek powstałych w okresie gwarancji jakości w terminie nieuwzględniającym technicznych i technologicznych możliwości ich usunięcia.

W związku z powyższym, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP zmianę postanowień wzoru umowy oraz SIWZ zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania.

Ponadto **wnoszę o:**

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania oraz przywołanych w treści odwołania, a znajdujących się w dokumentach Postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu),
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP i KC. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Z tego względu w interesie ALSTAL leży, aby postanowienia SIWZ, w szczególności

postanowienia wzoru umowy oraz OW odnoszące się do etapu realizacji zamówienia, były zgodne z prawem, a także zasadami swobody umów, proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Tymczasem sposób ich ukształtowania przez Zamawiającego nie spełnia tych wymogów. Zasady realizacji zamówienia wynikające ze wzoru umowy oraz opis przedmiotu zamówienia wynikający z OW uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) wskazuje się przy tym, że uprawnienie do złożenia odwołania wobec postanowień SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przykładowo zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2017 r. na etapie publikacji SIWZ **„wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”¹.**

Zasygnalizowane powyżej zastrzeżenia, zostały szczegółowo opisane i wyjaśnione w uzasadnieniu do niniejszego odwołania. Już w tym miejscu nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ:

- zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone w wyniku rozstrzygnięcia tego Postępowania,
- może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, co pozbawia ALSTAL szansy na udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania

Zamawiający zamierza przeprowadzić Postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych oraz ustalić warunki wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami PZP i KC, a przez to – jak wskazano powyżej – uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik Postępowania.

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2017 r. KIO 21/17.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 19 października 2020 r. wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ust. 1), został zachowany.

UZASADNIENIE

1. Zarzut 1 – nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia

- 1.1. Zgodnie z § 7 ust. 1 Zamawiający za wykonanie przedmiotu zamówienia przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe. Przy takim charakterze wynagrodzenia istotne jest, aby Zamawiający precyzyjnie określił zakres robót jakie wykonawca jest zobowiązany wykonać. W przypadku bowiem niedokładności wynikających z przekazanego zakresu prac do realizacji, ich wycena może okazać się niemożliwa.
- 1.2. Natomiast zgodnie z wzorem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawca składający ofertę składa jednocześnie oświadczenie o treści:
Oświadczamy, że nie będziemy żądali podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac koniecznych do wykonania, w celu umożliwienia użytkowania i funkcjonowania obiektu zgodnie z przepisami. Takie oświadczenie zostało powtórzone w § 7 ust. 2 wzoru umowy.
- 1.3. Ponadto, z § 7 ust. 3 wzoru umowy wynika, że ryzyko niedoszacowania, pominięcia czy też braków rozpoznania przedmiotu i zakresu zamówienia ponosi wykonawca. Jednocześnie cena ofertowa ma obejmować wszystkie prace konieczne do prawidłowego wykonania i oddania do użytkowania przedmiotu zamówienia.
- 1.4. Z kolei, zgodnie z pkt. 1.3 OW w zakresie odnoszącym się do warunków gruntowo wodnych (str. 8) Zamawiający oczekuje, aby wykonawca w ofercie uwzględnił ryzyko wystąpienia nieprzewidywanych warunków gruntowych. Ponadto, zgodnie z pkt. 1.19 OW wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia robót pod nadzorem archeologiczno – konserwatorskim w sytuacji wystąpienia na terenie budowy znalezisk archeologicznych. Koszt takiego nadzoru wykonawca powinien uwzględnić w ofercie.
- 1.5. Postanowienia § 7 ust. 2 i 3 wzoru umowy, oświadczenie znajdujące się we wzorze oferty oraz postanowienia pkt 1.3 i 1.19 OW stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 PZP, gdyż nakładają na wykonawcę obowiązek wyceny robót i innych czynności, które nie zostały wskazane w SIWZ. Zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy oraz kompletny. Należy podkreślić, że to Zamawiający przekazuje Wykonawcy projekt, na podstawie którego zrealizowany ma zostać przedmiot zamówienia i tym samym to on odpowiada za kompletność dokumentacji.

Za jakiegokolwiek błędy w dokumentacji projektowej nie może więc ponosić odpowiedzialności wykonawca. Tym samym, konieczność wykonania innych prac nieprzewidzianych w przekazanej dokumentacji projektowej powinna zostać objęta dodatkowym aneksem lub zmianą dokumentacji projektowej.

- 1.6. Postanowienia wzoru umowy oraz oświadczenie zawarte we wzorze oferty są ponadto niespójne z postanowieniami wzoru umowy dotyczącymi możliwości dokonania zmiany umowy. Zgodnie bowiem z § 19 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych. Skoro zatem Zamawiający kreując postanowienia dotyczące modyfikacji umowy uznał, że zasadna będzie jej zmiana w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych niewynikających z SIWZ, to nieuprawnione jest jednoczesne nakładania na wykonawcę obowiązku uwzględnienia wykonania wszelkich robót (w szczególności tych, których nie można przewidzieć na etapie złożenia oferty) w cenie oferty.
- 1.7. Wynagrodzenie wykonawcy i zakres jego zobowiązań powinny obejmować jedynie te czynności, które zostały wyspecyfikowane do realizacji w SIWZ. Każda czynność niewynikająca precyzyjnie z SIWZ powinna być podstawą do uzyskania zmiany umowy, np. poprzez rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia i podwyższeniu wynagrodzenia. Sam fakt natomiast, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy nie powoduje, że wynagrodzenie takie nie może ulec zmianie w sytuacji wystąpienia robót niewynikających z SIWZ. W konsekwencji zatem Zamawiający nie może oczekiwać wykonania przez wykonawcę wszelkich robót niezbędnych do wykonania inwestycji, a jedynie takich które wynikają z SIWZ lub takich, które profesjonalny podmiot trudniący się wykonaniem robót budowlanych mógł przewidzieć. Ewentualne zaś wykonanie robót, których nie dało się wcześniej przewidzieć powinno umożliwić zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy.
- 1.8. W związku z powyższym, postanowienia § 7 ust. 2 i 3 wzoru umowy, pkt 1.3 i 1.19 OW oraz oświadczenie znajdujące się we wzorze oferty stanowią naruszenie fundamentalnej zasady precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wycenę oferty przez wykonawcę. W konsekwencji z treści umowy powinno wynikać, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania robót wynikających z SIWZ i tylko takie roboty obejmuje wynagrodzenie wynikające z § 7 ust. 1 wzoru umowy. Natomiast każda czynność, praca, której wykonanie nie wynika z treści SIWZ a profesjonalny wykonawca nie mógł przewidzieć konieczności jej wykonania powinna być podstawą do zmiany umowy, w tym przede wszystkim do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy. W tym zakresie właśnie Zamawiający powinien dokonać zmiany aktualnego brzmienia wzoru umowy.

2. Zarzut 2 – termin na usunięcie wady w okresie gwarancji

- 2.1. Zgodnie z §13 ust. 4 wzoru umowy: *W okresie gwarancji Wykonawca zobowiązuje się do bezpłatnego usunięcia wad i usterek w terminie uzgodnionym z Zamawiającym zgodnie z postanowieniami Gwarancji Jakości uwzględniającym rodzaj i rozmiar usterki, w każdym wypadku jednak nie dłuższym niż 14 dni licząc od daty pisemnego powiadomienia przez Zamawiającego.*
- 2.2. Z kolei na podstawie § 14 ust. 7 wzoru umowy, w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru częściowego lub końcowego wad wykonanych robót, wady te powinny być usunięte przez Wykonawcę nie później niż w ciągu 14 dni od podpisania protokołu odbioru, chyba że Zamawiający wyznaczy inny termin.
- 2.3. Nieusunięcie przez wykonawcę wad w terminie 14 dni liczonych od dnia powiadomienia o jej stwierdzeniu przez Zamawiającego lub podpisania protokołu odbioru może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy. Przede wszystkim zgodnie z § 13 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający może zlecić ich usunięcie na koszt i ryzyko wykonawcy. Ponadto Zamawiający może być uprawniony do naliczenia kary umownej na podstawie § 15 ust. 2 pkt 4 i 5 wzoru umowy.
- 2.4. Gwarancja obok rękojmi za wady stanowi formę ochrony Zamawiającego. Przepisy KC dotyczące umowy o roboty budowlane nie regulują jednak kwestii związanych z gwarancją. W tym zakresie zastosowanie znajdują więc przepisy dotyczące gwarancji jakości przy sprzedaży.
- 2.5. Wymaganie, aby każda wada została usunięta w terminie nie dłuższym niż 14 dni bez uwzględnienia realnego terminu na wykonanie takiej czynności, który może wynikać z przyczyn technicznych lub technologicznych jest sprzeczny z zasadą swobody umów. W doktrynie² zauważa się, że *W razie sporu sąd będzie dokonywał obiektywnej oceny terminowości wykonania obowiązków gwaranta, z uwzględnieniem technologicznych i logistycznych możliwości ich realizacji oraz potrzeb kupującego.* Tym samym, również i w tym przypadku, termin do usunięcia wad, który będzie wyznaczony przez Zamawiającego, powinien uwzględniać okoliczności związane z technicznym oraz technologicznym aspektem ich wykonania. W aktualnym brzmieniu wzoru umowy, termin do usunięcia wad na podstawie gwarancji wynosi 14 dni i nie uwzględnia okoliczności technicznych oraz możliwości technologicznych. Powodować to może, że wykonawca przyjmie na siebie obowiązki usunięcia wad, które mogą okazać się niemożliwe do spełnienia. Konsekwencją aktualnego brzmienia §13 ust. 4, §14 ust. 7 wzoru umowy jest możliwość nałożenia na wykonawcę kar umownych lub obciążenia wykonawcy kosztami naprawy, co nie byłoby

² M. Gutowski, Kodeks Cywilny. Tom II. Komentarz

możliwe w przypadku, gdyby treść wzoru umowy uwzględniała techniczne i technologiczne możliwości usunięcia wady. Z umowy powinno zatem jednoznacznie wynikać, że termin do usunięcia stwierdzonych wad będzie uwzględniać okoliczności techniczne i technologiczne, które są niezależne od wykonawcy.

- 2.6. Co istotne powyżej omówiona kwestia została przez Zamawiającego odpowiednio zaadresowana w przypadku wystąpienia wady lub uszkodzenia/usterki stwarzających niebezpieczeństwo dla ludzi lub uniemożliwiających korzystanie z obiektów w sposób zgodny z ich przeznaczeniem. Zgodnie bowiem z § 13 ust. 5 wzoru umowy w przypadku zaistnienia takich wad, których usunięcie nie jest możliwe w terminie 24 godzin ze względów technicznych lub technologicznych, Zamawiający dopuszcza odpowiednie wydłużenie terminu. Podobne postanowienia powinny dotyczyć wszelkich, pozostałych wad i usterek.
- 2.7. W konsekwencji zatem Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia § 13 ust. 4 i § 14 ust. 7 wzoru umowy w taki sposób, aby termin na usunięcie wady mógł zostać wydłużony, w sytuacji gdy ze względów technicznych lub technologicznych jej usunięcie w terminie 14 dni jest niemożliwe.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Jan Roliński
adwokat

Załączniki:

1. odpis z KRS Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania w imieniu Odwołującego wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.