

Zielona Góra, dnia 2 grudnia 2019 roku

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

Zamawiający:

Gmina Krasocin
ul. Macierzy Szkolnej 1
29-105 Krasocin

Odwołujący:

LUG Light Factory Sp. z o.o.
ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra,
tel.: +48 68 453 32 00,
reprezentowana przez:
Ryszarda Wtorkowskiego – Prezesa Zarządu
Grzegorza Bartczaka – pełnomocnika
Annę Wtorkowską – pełnomocnika
Kamila Bytniewskiego – pełnomocnika
(pełnomocnictwa zostaną przedstawiona w późniejszym
czasie)

Adres do doręczeń:

Ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra
e-mail: grzegorz.bartczak@lug.com.pl

Numer postępowania: RI.271.1.13.2019.MW

ODWOŁANIE

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Krasocin
w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia na terenie Gminy
Krasocin”**

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, potwierdzenie wykonania przelewu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 2 pkt 1d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu Odwołującego wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Krasocin w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia na terenie Gminy Krasocin” o wartości nieprzekraczającej kwoty wynikającej z art. 11 pkt 8 ustawy PZP, tj. wobec czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z Ustawą określeniu treści i postanowień ogłoszenia, SIWZ oraz innych dokumentów.

I. Wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści SIWZ i PFU oraz innych dokumentów w zakresie postanowień:

- 1) Załącznika nr 7 (PFU) do Ogłoszenia o zamówieniu pkt 2.2.2. w brzmieniu *„Dobór opraw oświetleniowych powinien uwzględniać ich właściwości funkcjonalne opisane w pkt. 2.2.3 oraz gwarantować uzyskanie parametrów oświetleniowych przewidzianych normą PN-EN13201 dla klas oświetleniowych poszczególnych odcinków ulic. Z uwagi na planowane znaczne redukcje mocy opraw na drogach najniższych klas oświetleniowych wymaga się stosowanie nie niższej mocy opraw • dla opraw ulicznych nie mniej niż 30W • dla opraw parkowych i ozdobnych nie mniej niż 40W. Dobór mocy opraw nie może skutkować przekroczeniem projektowanej mocy zainstalowanej w wymiarze 111,745kW.”* – poprzez zastosowanie przez Zamawiającego kryteriów nie znajdujących oparcia w uzasadnionych i realnych potrzebach Zamawiającego, tj. zastosowanie wymogów minimalnych dla mocy opraw, które to nie są w żaden sposób uzasadnione z punktu widzenia Zamawiającego, natomiast mogą powodować ograniczenie korzyści wynikających ze zmniejszonego zużycia energii przez nowe oprawy, jednocześnie bezpodstawnie faworyzując podmioty współpracujące z producentem, którego produkty zostały pośrednio wskazane w dokumentacji przetargowej; Załącznika nr 7 (PFU) i SIWZ w zakresie rozbieżności dotyczących certyfikacji opraw oświetleniowych poprzez wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ wymogu posiadania certyfikatu ENEC+ (przykładowo SIWZ strona 20, ppkt 22.13, wiersz 5. tabeli), natomiast w PFU certyfikatu ENEC (PFU strona 18 pkt 2.2.4., wiersz 9 tabeli); Załącznika nr 7 (PFU) w zakresie oświetlenia parkowego znajdującego się na stronie 18, ppkt 2.2.4., wiersz 16 i 18 tabeli – poprzez niewskazanie przez Zamawiającego kryteriów, które będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności, jak również wskazanie przez Zamawiającego na precyzyjne wymiary opraw, co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, jednocześnie formułując wymóg, który nie znajduje odzwierciedlenia w obiektywnych i uzasadnionych potrzebach Zamawiającego;

- 2) Odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia – poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący;
- 3) Wzoru umowy – poprzez brak zawarcia wszystkich jej istotnych postanowień jak również zawarcie sformułowań sprzeciwiających się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom oraz zasadom współżycia społecznego skutkujące sformułowaniem wzoru umowy z istotnymi wadami.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez:
 - a) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, tj. poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko przez wąską grupę podmiotów współpracujących z producentem, którego produkty zostały pośrednio wskazane w SIWZ;
 - b) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, w wyniku ustanowienia wymogów wskazujących wprost na konkretną markę sprzętu;
 - c) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wskutek sformułowanie parametrów, które łącznie spełnia potencjalnie tylko jeden producent, a parametry te nie znajdują odzwierciedlenia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;
 - d) opisanie kryteriów oceny równoważności w sposób, który w praktyce uniemożliwia zastosowanie jakichkolwiek innych produktów niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ;
- 2) (i) art. 31 ust. 2, 3 i 4. Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 Pzp oraz w zw. z §15 oraz §19 pkt 1, 2 i 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez zaniechanie przez Zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w efekcie do nieprzedstawienia w SIWZ:
 - a) dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów oraz jednoczesnego postawienia wymogu zgłoszenia wymogu robót budowlanych wbrew ich kwalifikacji oraz bez wskazania jednoznacznej podstawy prawnej w prawie budowlanym;
 - b) kopii mapy zasadniczej pozwalającej na jednoznaczną lokalizację obiektów objętych przedmiotowymi robotami budowlanymi;

- c) zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków poprzez umieszczenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym niejednoznacznych zapisów, bez powołania się na konkretne zalecenia konserwatora zabytków lub jednoznaczne stwierdzenie, że przedsięwzięcie nie wymaga zgody (ustaleń) z konserwatorem zabytków;
 - d) inwentaryzacji zieleni na podstawie której możliwe byłoby ustalenie zakresu i kosztów wykonania wymaganej podcinki;
 - e) pomiarów ruchu drogowego uzasadniających przyjęcie wskazanych w SIWZ kategorii oświetlenia dróg;
 - f) inwentaryzacji lub dokumentacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie, odbudowie, rozbudowie lub remontom objętym przedmiotowym przedsięwzięciem pozwalających na ustalenie lokalizacji 1692 szt. opraw do wymiany oraz 393 stanowisk słupowych do dowieszenia opraw;
 - g) szczegółowej lokalizacji (numerów działek) na których mają być wybudowane latarnie zasilane z odnawialnych źródeł energii (OZE) oraz oświadczenia o prawie dysponowania tymi nieruchomościami na cele budowlane;
 - h) zgody lub pozwolenia na wykonanie przedmiotowych prac oraz warunków technicznych wydanych przez PGE Dystrybucja SA związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci energetycznej m.in. 393 szt. nowych opraw oświetleniowych;
- (ii) art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp oraz w zw. z §4 pkt 2 ust. 1, 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez zaniechanie przez Zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w efekcie do przedstawienia w SIWZ:
- a) nieuzasadnionego szczególnymi potrzebami zamawiającego wymogu sporządzenia 93 dokumentacji projektowych zgodnie z wymogami §4 pkt 1 przedmiotowego rozporządzenia mimo jednoznacznego zapisu i wskazania podstawy prawnej, że przewidziane w zadaniu roboty budowlane nie wymagają pozwolenia na budowę;
 - b) wzajemnie sprzecznych i nieuzasadnionych szczególnymi potrzebami zamawiającego wymagań dotyczących dokumentacji powykonawczej.
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie przez Zamawiającego we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, jednocześnie umieszczając przepisy, których treść lub cel sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku prawnego, obowiązującym przepisom oraz zasadom współżycia społecznego, poprzez sformułowanie wzoru umowy z następującymi wadami:

- a) § 1 ust. 3 pkt. 11 wzoru umowy – poprzez stworzenie przez Zamawiającego uprawnienia dla Inspektora nadzoru (podmiotowi trzeciemu) oraz umożliwienie Zamawiającemu dopuszczenie się dowolnego opóźnienia w zatwierdzaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz zaniechaniu wskazania podstawy nie zatwierdzania tego harmonogramu, co powoduje, że decyzja Zamawiającego (czy opinia Inspektora nadzoru) będzie w zakresie nie zatwierdzania lub zatwierdzania dokumentów całkowicie arbitralna, jak również brak jest terminu, w którym Inspektor nadzoru powinien ustosunkować się do propozycji harmonogramu rzeczowo-finansowego;
- b) § 1 ust. 3 pkt 15 wzoru umowy – poprzez stwierdzenie, że harmonogram taki powinien zostać przedstawiony wyłącznie na wniosek Zamawiającego, podczas gdy harmonogram powinien ulegać zmianie w każdym przypadku opóźnienia;
- c) § 2 ust. 1 lit. a) wzoru umowy – poprzez brak zapisów o obowiązku Zamawiającego do zaakceptowania lub wniesienia uwag a w rezultacie odbioru dokumentacji projektowej w przewidywalnym terminie powodujące nałożenie na Wykonawcę nieprzewidywalnego ryzyka opóźnień w realizacji robót, spowodowanych opieszałością Zamawiającego;
- d) § 10 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy – poprzez umożliwienie Zamawiającemu dopuszczania się dowolnego karania Wykonawcy na podstawie całkowicie arbitralnych decyzji Zamawiającego, z pominięciem prawa do obrony przez Wykonawcę, jak również zignorowanie przez Zamawiającego konieczności wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie za zasadami sztuki budowlanej oraz przepisami prawa, nawet jeżeli stoi to w sprzeczności z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego lub wytycznymi Inspektora nadzoru, oraz sformułowania przez Zamawiającego przepisu, który pozostaje w rażącej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego poprzez umożliwienie Zamawiającemu karania Wykonawcy dwukrotnie, tj. z jednej strony za opóźnienie w wykonaniu umowy, natomiast z drugiej za pobieranie kary za niezgodności z SIWZ i PFU, które muszą zostać przez Wykonawcę usunięte w celu pozytywnego odbioru przedmiotu zamówienia.

III. Z uwagi na powyższe naruszenia wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści Ogłoszenia, SIWZ oraz załączników poprzez:

- 1) Usunięcie wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 7 (PFU) do Ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie minimalnych mocy oprawy; Odwołujący proponuje zapis: *„Dobór opraw oświetleniowych powinien uwzględniać ich właściwości funkcjonalne opisane w pkt. 2.2.3 oraz gwarantować uzyskanie parametrów oświetleniowych przewidzianych normą PN-EN13201 dla klas oświetleniowych poszczególnych odcinków*

ulic. Z uwagi na planowane znaczne redukcje mocy opraw na drogach najniższych klas oświetleniowych wymaga się stosowanie nie niższej mocy opraw • dla opraw ulicznych nie mniej niż 30W • dla opraw parkowych i ozdobnych nie mniej niż 40W. Dobór mocy opraw nie może skutkować przekroczeniem projektowanej mocy zainstalowanej w wymiarze 111,745kW.”; ujednolicenie przepisu zawartych w SIWZ z przepisami zawartymi w Załączniku nr 7 (PFU) poprzez ustalenie wymogu posiadania przez oprawy certyfikatu ENEC (usunięcie przepisów odnoszących się do ENEC+); zawarcie przez Zamawiającego kryteriów oceny równoważności, które z jednej strony pozwalają na zastosowanie rozwiązań równoważnych, przy jednoczesnej obiektywnej możliwości oceny, czy rozwiązanie proponowane przez wykonawcę może zostać uznane za rozwiązanie równoważne; rezygnację przez Zamawiającego ze wskazywania na precyzyjne wymiary opraw oświetleniowych, a użycie w zamian za to opisu lub fotografii, które będą wskazywały na pożądany wizerunek opraw i ewentualny opis funkcjonalności, które mają być przez te oprawy realizowane.

2) Uwzględnienia w SIWZ oraz PFU:

- a) przedstawienie dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów oraz wskazania jednoznacznej postawy prawnej (kwalifikacji robót) na podstawie której Wykonawca ma dokonać zgłoszenia robót lub rezygnacji z tego wymogu przez Zamawiającego;
- b) załączenie kopii mapy zasadniczej pozwalającej na jednoznaczną lokalizację obiektów objętych przedmiotowymi robotami budowlanymi;
- c) umieszczenie zaleceń konserwatorskich autorstwa konserwatora zabytków lub jednoznaczne stwierdzenie, że przedsięwzięcie nie wymaga zgody (ustaleń) z konserwatorem zabytków;
- d) zestawienia tabelarycznego inwentaryzacji zieleni na podstawie której możliwe byłoby ustalenie zakresu i kosztów wykonania wymaganej podcinki;
- e) inwentaryzacji w formie tabelarycznej i informacji przestrzennej GIS (w formie elektronicznej) oraz posiadanej dokumentacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie, odbudowie, rozbudowie lub remontom objętym przedmiotowym przedsięwzięciem pozwalających na jednoznaczne ustalenie lokalizacji 1692 szt. opraw do wymiany oraz 393 stanowisk słupowych do dowieszenia opraw ze wskazaniem lokalizacji każdej z 500 szt. opraw, które mają być wyposażone w sterowniki systemu sterowania;
- f) Audytu Energetycznego modernizacji systemu oświetlenia ulic, który stanowi podstawę opracowania SIWZ oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego

- g) szczegółowej lokalizacji (numerów działek) na których mają być wybudowane latarnie zasilane z odnawialnych źródeł energii (OZE) oraz oświadczenia o prawie dysponowania tymi nieruchomościami na cele budowlane;
 - h) zgody lub pozwolenia na wykonanie przedmiotowych prac oraz warunków technicznych wydanych przez PGE Dystrybucja SA związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci energetycznej m.in. 393 szt. nowych opraw oświetleniowych;
 - i) warunków prowadzenia robót w pasie drogowym od każdego z zarządców dróg, przy których wykonywane mają być roboty budowlane;
 - j) pełnego i wyczerpującego Przedmiaru Robót, który nie będzie elementem pomocniczym, a wiążącym dokumentem pozwalającym na prawidłowe skalkulowanie ceny ryczałtowej przez Wykonawcę lub usunięcie tego załącznika z dokumentacji;
 - k) obliczeń fotometrycznych wskazujących na osiągnięcie wskazanych mocy w projekcie referencyjnym wykorzystanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu.
- 3) Zmiany przepisów zawartych we wzorze umowy poprzez:
- a) Wykreślenie przepisu § 1 ust. 3 pkt 11;
 - b) Zmianę przepisu § 1 ust. 3 pkt 15 poprzez usunięcie fragmentu „wyłącznie na wniosek Zamawiającego”; brzmienie przepisu proponowane przez Wykonawcę: „Wykonawca w przypadku opóźnień w realizacji etapów inwestycji, opracuje w terminie trzech dni, nowy, aktualny harmonogram i przedłoży go do zatwierdzenia Zamawiającemu, przy zachowaniu umownego terminu zakończenia robót”;
 - c) Zmianę przepisu §2 ust. 1 lit. a) poprzez dodanie terminu na akceptację przez Zamawiającego dokumentacji projektowej; brzmienie przepisu proponowane przez Wykonawcę: „Przekazanie dokumentacji projektowej – do dnia ... roku. Zamawiający dokona akceptacji przekazanej dokumentacji projektowej w terminie do siedmiu dni od daty jej przekazania przez Wykonawcę.”;
 - d) Wykreślenie przepisu §10 ust. 1 pkt 8.

Jednocześnie wnoszę zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym uiszczonych przez Odwołującego wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przedstawionych w toku postępowania, jak również zwrotu opłaty skarbowej w uiszczonej przez Odwołującego wysokości.

IV. Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia niniejszego odwołania powziął w dniu 27 listopada 2019 r., tj. w dniu zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ, a tym samym Odwołujący dotrzymał ustawowego 5-dniowego terminu do wniesienia niniejszego odwołania.

- V. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje, doświadczenie, produkty i zdolności produkcyjne. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepis Pzp Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, a tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jako jeden z czołowych producentów oświetlenia, w tym oświetlenia ulicznego, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia.

UZASADNIENIE

Stawiany przez Zamawiającego wymóg minimalnych mocy jest nieracjonalny, ponieważ dyskryminuje produkty, które przy spełnieniu wskazanej normy osiągają mniejsze moce, co jest korzystne dla Zamawiającego. Utrudniają dodatkowo osiągnięcie zamierzonego efektu energetycznego, a sam Zamawiający wskazał bardzo dokładnie ma max moc osiągniętą po modernizacji.

Za właściwe wydaje się również zrezygnowanie z wymogu ENEC+ i oparcie się na PFU, gdzie jako wymagany dla opraw został wskazany certyfikat ENEC. Poza tym PFU zostało sporządzone przez podmiot mający doświadczenie i wiedzę dot. wymogów oraz standardu dla opraw oświetlenia ulicznego, stąd za należyte i wiążące należy uznać wymagania PFU i zastosować je do SIWZ.

Zamawiający wskazał rozwiązania materiałowe (płytki poliwęglanowe – dlaczego nie dopuścić klosza z poliwęglany lub płytki z szyby hartowanej o takim samym IK?) oraz maksymalne wymiary. Wskazanie tak dokładnych wymiarów opraw jest niczym nieuzasadnionym nadużyciem Zamawiającego, tym bardziej, że postępowanie realizowane jest w systemie zaprojektuj i wybuduj i na etapie wykonywania dokumentacji projektowych będą dobierane rozwiązania szczegółowe.

Odwołujący wskazuje, że mimo, iż w treści Ogłoszenia o zamówieniu, gdzie przedmiot zamówienia został określony jako „dostawy”, to kody CPV, faktyczny zakres robót do wykonania, forma opisanie przedmiotu zamówienia poprzez Program Funkcjonalno-Użytkowy, a także postawiony w pkt. 2.1.2 PFU wymóg opracowania dokumentacji projektowej – wyraźnie wskazują, że de facto przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w formule Projektuj i Zbuduj. Niezależnie jednak od rodzaju zamówienia wynikającego z Pzp w ocenie odwołującego Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia i przekazania kompletnego, wyczerpującego i spójnego opisu przedmiotu zamówienia oraz zakresu prac, które mają być zrealizowane przez Wykonawcę.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno-Użytkowego powinien mieć na uwadze przede wszystkim dyspozycję §15 z rozdziału 4. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji

projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, który wyraźnie wskazuje, że „program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych”. Ponadto rozporządzenie to w §19 pkt 1, 2 i 4 jednoznacznie wskazuje formę, zakres i zawartość programu funkcjonalno-użytkowego tak, aby na podstawie dokumentu tego zamieszczonego w postępowaniu umożliwić wykonawcom należytą ocenę ryzyk oraz wycenę prac projektowych i budowlanych.

W ocenie Odwołującego na chwilę obecną nie jest to możliwe, ponieważ program funkcjonalno-użytkowy jest niekompletny, pozostawia zbyt duże pole do interpretacji (brak inwentaryzacji i stanu obecnego obiektów budowlanych, konieczność samodzielnej oceny zakresu robót podczas wizji, określenie technologii wykonania robót w oparciu o wizję i doświadczenie Wykonawcy, brak wytycznych konserwatora zabytków, samodzielnie ustalanie [dokładne lokalizowanie] miejsc wykonania robót itd.). W ocenie odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi opisu jednoznacznego i wyczerpującego, ani nie pozwala na uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez wszystkich Wykonawców w sposób tożsamy (równy).

Co więcej przedmiot zamówienia jest w zależności od dokumentu opisany w sposób wyraźnie różny np. opis dokumentacji powykonawczej zamieszczony w pkt. 2.3.4 jest inny niż w pkt.8 załącznika do PFU. Przy braku ustalenia hierarchii dokumentów, czy to w SIWZ, czy w umowie, Wykonawca nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia zakresu prac, a tym samym prawidłowej kalkulacji ceny.

Skrajnym przypadkiem niespójności dokumentacji uniemożliwiającym Wykonawcy właściwą kalkulację ryzyk kontraktowych jest umieszczenie w PFU w pkt. 2.1.2 wymagań dotyczących sporządzenia pełnej dokumentacji projektowej, jak w przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na budowę. Jest to nie tylko wymaganie nadmierne mając na uwadze par. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, ale wprost sprzeczne z zapisami wzoru umowy (par. 1 pkt 3.1 lit a) „wykonanie uproszczonej dokumentacji projektowej w oparciu o PFU.”

Określenie przez Zamawiającego w SIWZ Przedmiaru Robót jako elementu pomocniczego dla Wykonawcy w połączeniu z brakami w opisie przedmiotu zamówienia powodują, że w praktyce Zamawiający oczekuje od Wykonawców skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk

nieprzewidywalnych, a tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonych w przepisach art. 29 – 31 Pzp.

Odnosząc się do przepisów zaproponowanych przez Zamawiającego we wzorze umowy należy wskazać, że Zamawiający wprowadza funkcję Inspektora nadzoru, przy czym działania tego podmiotu nie są w żaden sposób ograniczone czasowo, tj. podmiot ten nie jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi, jak również nie wskazano żadnych kryteriów, którymi powinien kierować się przy ocenie poprawności harmonogramu rzeczowo-finansowego. Jednocześnie opinia Inspektora nadzoru jest niezbędna dla uzyskania akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowego przez Zamawiającego. W ten sposób Zamawiający, od którego de facto zależy jest Inspektor nadzoru, może wpływać na terminy realizacji obowiązków leżących po stronie Wykonawcy, który nie będzie ich w stanie realizować pomimo dołożenia należytej staranności i wykazania odpowiedniej inicjatywy. Tym samym niezasadne jest niezwykle precyzyjne ustalenie terminów po stronie Wykonawcy, bowiem należy je uzależnić z drugiej strony od dotrzymania terminów przez Inspektora nadzoru. Należy również wskazać, że przepis w brzmieniu zaproponowanym przez Zamawiającego jest bezcelowy, bowiem dla Zamawiającego kluczowe znaczenie ma dotrzymanie ramowych terminów realizacji przedmiotu zamówienia, co wynika wprost z brzmienia przepisów wzoru umowy.

Powyższe rozważania odnoszą się również do zmian w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego. W szczególności należy podkreślić, że harmonogram ten powinien podlegać zmianie w każdym przypadku zmiany terminów, w tym również w odniesieniu do przesunięcia terminów wynikających ze zmiany w kolejności wykonywania robót spowodowanych czynnikami niezależnymi od Wykonawcy. Taki sposób działania zapewnia terminową realizację przedmiotu zamówienia, jak również zabezpiecza interes obu stron. Przedstawianie zaktualizowanego harmonogramu rzeczowo-finansowego jedynie na żądanie Zamawiającego jest tym bardziej niezrozumiałe i może powodować trudności w wykonaniu udzielonego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do przepisu § 2 ust. 1 lit. a) wzoru umowy, Odwołujący wskazuje, że po raz kolejny Zamawiający wyznaczając termin dla Wykonawcy oraz uzależniając terminową realizację wykonania przedmiotu zamówienia od dotrzymania przez Wykonawcę poszczególnych terminów, pomija swoją rolę w terminowej jego realizacji. Brak aktywności po stronie Zamawiającego nie powinien implikować negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. W umowie brak jest jednak terminów, w których Zamawiający zaakceptuje przedstawioną przez Wykonawcę dokumentację projektową w celu przejścia do fazy „wybuduj”. Tym samym Wykonawca jest narażony na niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu zamówienia pomimo zachowania należytej staranności.

Przechodząc do § 10 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy wskazać należy, że żądanie przez Zamawiającego zapłaty kary umownej w wysokości 10 000,00 PLN za każdy stwierdzony przypadek nie wykonania przedmiotu umowy zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik do SIWZ lub nie osiągnięciem zadeklarowanych parametrów w punktacji w kryterium wyboru

oferty najkorzystniejszej jest nadmiernym rygoryzmem, nieuzasadnionym z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego oraz nadmiernie obciążającym dla Wykonawcy. Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wskazać Wykonawcy rodzaj i charakter naruszeń tak, by umożliwić mu ich naprawę. Z drugiej strony, brak precyzyjnego określenia stopnia naruszeń parametrów powoduje z jednej strony niejednoznaczność w zakresie określenia obowiązków wykonawcy, a z drugiej - stwarza ryzyko przyjęcia niekorzystnej (zbyt szerokiej) dla Wykonawcy interpretacji. Brak mechanizmu stopniowania wysokości kary, zupełne oderwanie wysokości kary od faktu czy powstała lub ewentualnie w jakiej wysokości powstała szkoda oraz jaka była waga naruszenia postanowień PFU i w jaki sposób wpłynęło ono na prawidłowe funkcjonowanie przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosków, iż tak określona kara umowna jest dalece niesprawiedliwa.

W przedmiotowym postępowaniu kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ nie są usprawiedliwione ani obiektywnymi ani uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wobec czego wniesienie niniejszego odwołania stało się w opinii Odwołującego zasadne i konieczne.

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu;*
- 2) Wydruk KRS Odwołującego;*
- 3) Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.*