

Łódź, 08.01.2021 r.

**Do**  
**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**  
Krajowa Izba Odwoławcza  
ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa

**Odwołujący:**  
**MMK-INŻ sp. z o.o.**  
ul. Piotrkowska 173 lok. 110  
90-447 Łódź  
E-mail: [biuro@mmk-inz.pl](mailto:biuro@mmk-inz.pl)  
Przedstawiciel:  
Mariusz Wawrzonek – Prezes Zarządu

**Zamawiający:**  
**Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich**  
ul. Piotrkowska 175  
90-447 Łódź  
E-mail: [zamowienia@uml.lodz.pl](mailto:zamowienia@uml.lodz.pl)

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu MMK-INŻ sp. z o.o., na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 punkt 1 wnoszę odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa układu drogowo - torowego w ciągu ulic Ogrodowa – Północna na odc. od ul. Zachodniej do ul. Franciszkańskiej wraz z przebudową pętli tramwajowej przy ul. Północnej”, polegających na:

- 1) niejasnym, niejednoznacznym i nienadającym się do wycenienia opisie przedmiotu zamówienia,
- 2) ustaleniu niezgodnych z prawem lub nadmiernie faworyzujących stronę zamawiającą postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - w witrynie TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:638250-2020:TEXT:PL:HTML> w dniu 29.12.2020 r. pod numerem 2020/S 253-638250.

Zamawiającemu zarzucam:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 31 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 7 ust.1 oraz art. 353(1) kc, art. 471 kc w związku z art. 14 i art. 139 §1 ustawy pzp przez nieprawidłowe (tj. niejednoznaczne i niewyczerpujące) określenie treści przedmiotu zamówienia w sekcji II Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 3 SIWZ w związku z §2 ust. 3, §3 ust. 10, §4 ust. 4, §6 ust. 18 oraz §13 ust. 1 wzoru umowy w ten sposób, że zobowiązuje on oferentów do uwzględnienia w ich ofertach niemożliwych do wyceny na etapie postępowania i nieprzewidywalnych również na etapie realizacji inwestycji kosztów związanych z:
  - a. koniecznością wykonania nieopisanych oraz niesprecyzowanych elementów Dokumentacji Projektowej dotyczącej przedmiotu Umowy bez jakiegokolwiek dookreślenia w dalszej treści Umowy, czego elementy te miałyby dotyczyć, jak i bez wymienienia prac projektowych w §2 ust. 2 wzoru Umowy i bez przewidzenia dla nich jakichkolwiek szczególnych regulacji (w szczególności np. dotyczących praw autorskich), a wszystko to w sytuacji, gdy zgodnie z całością przedmiotu Umowy ma być ona

- wykonywana w formule „buduj”, gdzie dokumentacja projektowa pochodzi od zamawiającego (§2 ust. 3 wzoru Umowy);
- b. koniecznością koordynacji robót oraz koniecznością uwzględnienia w organizacji procesu budowy poprzez uwzględnienie w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym i w realizacji robót innych nieokreślonych wykonawców, którzy prowadzą lub mogą prowadzić w rejonie inwestycji roboty w ramach realizacji zamówienia publicznego pod nazwą: Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – obszar o powierzchni 32,5 ha ograniczony ulicami: Zachodnią, Podrzeczną, Stary Rynek, Wolborską, Franciszkańską, Północną, Wschodnią, Rewolucji 1905 r., Próchnika wraz z pierzejami po drugiej stronie ww. ulic.” (WND-RPLD.06.03.03-10-0001/17) bez wskazania, jakie to są lub mogą być roboty (§3 ust. 10 oraz §4 ust. 4 oraz §13 ust. 1 wzoru Umowy), a także
  - c. koniecznością uwzględnienia w organizacji i kosztach robót prac innych wykonawców realizujących przyłącza infrastruktury podziemnej np. wod.-kan. lub remonty, przebudowy budynków zlokalizowanych w sąsiedztwie pasa drogowego realizowanych przez Wykonawcę lub inne podmioty na podstawie odrębnych uzgodnień lub umów dotyczących realizacji poszczególnych części przedmiotu zamówienia bez wskazania o jakie dokładnie (w szczególności zakres, przewidywany termin realizacji) prace chodzi, a to poprzez zapewnienie tym wykonawcom dostępu do pasa drogowego oraz terenu realizacji prac (§6 ust. 18 wzoru Umowy);
2. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia;
  3. art. 353(1) kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że Wykonawca jest w każdym przypadku zobowiązany uwzględnić żądania zmian do Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego zgłaszane przez Zamawiającego, podczas gdy stwarza to możliwość nieograniczonych ingerencji Zamawiającego w organizację pracy przewidzianą przez Wykonawcę i założony przez niego system i chronologię wykonywania przedmiotu Umowy, a przez to ma również bezpośredni wpływ na ponoszone przez Wykonawcę koszty i przewidywany zysk na realizacji Inwestycji (§3 ust. 6, 7 i 8 wzoru Umowy);
  4. art. 353(1) kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na zobowiązaniu wykonawcy do nieangażowania Zamawiającego w jakiegokolwiek spory sądowe lub inne spory powstałe lub toczące się w związku z wszelkimi szkodami poniesionymi przez osoby trzecie w wyniku wykonywania niniejszej Umowy (§9 ust. 6 wzoru Umowy), co ogranicza możliwości Wykonawcy w dochodzeniu swych praw i obrony przed roszczeniami innych podmiotów w szczególności wobec faktu, że wraz z podpisaniem Protokołu Odbioru Końcowego Robót Wykonawca zobowiązany jest oddać Zamawiającemu wszystkie egzemplarze i kopie otrzymanej Dokumentacji Projektowej (§16 ust. 2 wzoru Umowy);
  5. art. 353(1) kc w związku z art. 143a ust. 1 punkt 1) i 2) ustawy pzp, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na zobowiązaniu wykonawcy do zapłaty podwykonawcom (w celu uzyskania zapłaty od zamawiającego w ramach ostatecznej płatności) także wynagrodzenia niewymagalnego (§11 ust. 9 oraz §26 ust. 10 wzoru Umowy);
  6. art. 353(1) kc w związku z art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji

Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na wskazaniu różnych momentów rozpoczęcia biegu gwarancji i rękojmi poprzez wskazanie w §19 ust. 1 wzoru Umowy, że okres ten będzie biegł od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego (co jest pojęciem nieznanym Umowie), zaś w §19 ust. 3 wzoru Umowy – że od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji;

7. art. 353(1) kc w związku z art. 484§1 kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyznaniu tylko Zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§28 ust. 3 wzoru umowy);
8. art. 353(1) kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że Zamawiający nie jest ograniczony żadnym terminem do wykonania swoich obowiązków w przypadku odstąpienia od Umowy (§31 ust. 6 punkt (2) wzoru Umowy);
9. art. 353(1) kc, art. 5 kc w związku z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§35 ust. 8 wzoru Umowy) i dotyczy to wszystkich przypadków, w tym także tych, w których to zamawiający ponosi odpowiedzialność za przedłużenie terminu realizacji zamówienia;
10. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp w związku z art. 353(1) kc, art. 5 kc w związku z art. 471 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że siła wyższa to wyłącznie zdarzenie niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy, co wyłącza z zakresu możliwych zdarzeń okoliczności istniejące w chwili zawierania umowy, a których nie można uniknąć i w konsekwencji może uniemożliwić zwolnienie się przez wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w następstwie siły wyższej istniejącej w chwili zawierania umowy (§35 ust 2 lit. c) wzoru Umowy);
11. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp w związku z art. 353(1) kc, art. 5 kc w związku z art. 471 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że ostateczny kształt kosztorysów różnicowym koniecznym w sytuacjach wymienionych w §35 ust. 1 lit. a – c wzoru Umowy nadaje Zamawiający, co prowadzi do sytuacji zobowiązania Wykonawcy do podpisania z zamawiającym aneksu na roboty dodatkowe lub zamiennie przewidzianego zmianę wynagrodzenia w wysokości jednostronnie ustalonej przez Zamawiającego i naraża w związku z tym Wykonawcę na szkodę wynikającą z wykonywania robót po cenach nieopłacalnych dla Wykonawcy (§35 ust. 12 i 13 wzoru Umowy).

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i:

- a) modyfikację treści Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, a w tym: modyfikację wzoru umowy poprzez:
  - i. zmianę postanowienia §2 ust. 3 wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

*„Teren Inwestycji położony jest w obrębie obszarów ochrony konserwatorskiej, wpisanych do: gminnej ewidencji zabytków obszar ochrony krajobrazu kulturowego i układu urbanistycznego „Park Staromiejski”, oraz rejestru zabytków - dawny dworzec tramwajów podmiejskich usytuowany przy ul. Północnej wraz z przylegającym do niego układem torów tramwajowych i otoczeniem (wpis nr A/100 z dnia 21.12.2010 r.)”;*

- ii. doprecyzowanie postanowienia §3 ust. 10, §4 ust. 4 oraz §13 ust. 1 wzoru Umowy poprzez wskazanie, jakie będą lub mogą być wykonywane w rejonie inwestycji roboty w ramach realizacji zamówienia publicznego pod nazwą: Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – obszar o powierzchni 32,5 ha ograniczony ulicami: Zachodnią, Podrzeczną, Stary Rynek, Wolborską, Franciszkańską, Północną, Wschodnią, Rewolucji 1905 r., Próchnika wraz z pierzejami po drugiej stronie ww. ulic.” (WND-RPLD.06.03.03-10-0001/17);
- iii. doprecyzowanie postanowienia §6 ust. 18 wzoru Umowy poprzez wskazanie, jakie przyłącza infrastruktury podziemnej np. wod.-kan. lub remonty bądź przebudowy budynków zlokalizowanych w sąsiedztwie pasa drogowego mogą być wykonywane w trakcie realizacji Inwestycji (w szczególności zakres, przewidywany termin realizacji) na podstawie odrębnych uzgodnień lub umów;
- iv. zmianę postanowienia §3 ust. 6 wzoru Umowy poprzez nadanie im następującej treści:

*„6. Wykonawca zobowiązany jest uwzględniać zastrzeżenia i uwagi, o których mowa w ust. 5, jeśli nie powodują one istotnych zmian w organizacji i chronologii robót przewidzianych przez Wykonawcę, i przedłożyć Zamawiającemu poprawiony Harmonogram Rzeczowo - Finansowy w terminie do 5 dni roboczych od dnia zgłoszenia zastrzeżeń i uwag przez Zamawiającego w celu jego zatwierdzenia przez Zamawiającego. Ostatecznie zaakceptowany przez Zamawiającego Harmonogram Rzeczowo - Finansowy stanowi podstawę do finansowego i terminowego rozliczania realizacji przedmiotu zamówienia oraz stanowić będzie Załącznik nr 4 do Umowy. Jeśli zastrzeżenia i uwagi Zamawiającego są niemożliwe do uwzględnienia w harmonogramie w całości lub w części, Wykonawca w terminie do 5 dni roboczych od dnia zgłoszenia zastrzeżeń i uwag przez Zamawiającego przedstawi Zamawiającemu pisemne uzasadnienie swego stanowiska. Strony przyjmą w takim przypadku za obowiązujący Harmonogram Rzeczowo – Finansowy w wersji sprzed złożenia przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń, względnie uwzględniający je tylko w części.”*
- v. zmianę postanowienia §16 ust. 2 wzoru Umowy poprzez wskazanie, że zamawiający zobowiązany jest udzielić Wykonawcy wszelkiej pomocy w uzyskaniu dokumentacji oraz w pozyskaniu informacji niezbędnych do podjęcia i prowadzenia obrony przeciwko żądaniom / roszczeniom innych podmiotów;
- vi. zmianę postanowień §11 ust. 9 oraz §26 ust. 10 wzoru Umowy w ten sposób, że wszędzie tam, gdzie jest mowa o obowiązkach wykonawcy w zakresie przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom oraz w zakresie prawa zatrzymania wypłaty wynagrodzenia przez zamawiającego dla wykonawcy w zakresie nieuregulowanej należności na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy dotyczy to wyłącznie wynagrodzenia wymagalnego na rzecz ww. podmiotów;
- vii. zmianę postanowienia zdania pierwszego §19 ust. 1 wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

*„Okres rękojmi na Roboty Budowlane jest równy okresowi gwarancji i wynosi ... miesiący liczonych od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Robót.”*
- viii. zmianę postanowienia zdania pierwszego §19 ust. wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

*„Okres gwarancji Wykonawcy liczony będzie od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Robót.”*
- ix. zmianę postanowienia §28 ust. 3 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *„każda ze stron jest uprawniona do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego*

- przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego”;*
- x. zmianę postanowienia §31 ust. 6 punkt (2) wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:
- „Zamawiający zobowiązany jest do:*
- a) *dokonania odbioru robót przerwanych w terminie podpisania protokołu inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień odstąpienia, o którym mowa w §31 ust. 6 punkt (1) powyżej oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, w terminie 30 dni od dnia odbioru robót przerwanych;*
  - b) *odkupienia materiałów, konstrukcji lub urządzeń wskazanych w wykazie sporządzonym zgodnie z pkt. (1) lit. c) niniejszego ustępu umowy, wykonanych bądź nabytych dla realizacji przedmiotu umowy, w terminie dokonania odbioru robót przerwanych i zapłaty za nie w terminie 30 dni od dnia dokonania tego odbioru;*
  - c) *rozliczenia się z Wykonawcą w terminie 30 dni od dnia dokonania odbioru robót przerwanych z tytułu nierozliczonych w inny sposób kosztów budowy obiektów zaplecza, urządzeń związanych z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu budowy, chyba że Wykonawca wyrazi zgodę na przejęcie tych obiektów i urządzeń. Podstawą wystawienia przez Wykonawcę faktury będzie sporządzony protokół inwentaryzacji robót w toku przez Wykonawcę lub jego podwykonawców. Zapłata faktury nastąpi zgodnie z postanowieniami §25 i 26 po potrąceniu roszczeń przysługujących Zamawiającemu na podstawie niniejszej Umowy,*
  - d) *przejęcia od Wykonawcy pod swój dozór terenu budowy w dniu podpisania protokołu inwentaryzacji robót w toku według stanu na dzień odstąpienia”*
- xi. zmianę postanowienia §35 ust. 8 wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *„za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie, chyba, że do przedłużenia doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający”;*
- xii. zmianę postanowienia §35 ust 2 lit. c) wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:
- „na skutek okoliczności wynikających z siły wyższej w rozumieniu §36 ust. 1;”*
- xiii. zmianę postanowień §35 ust. 12 wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującej treści:
- „12. Kosztorys „różnicowy” po weryfikacji należy przedłożyć Zamawiającemu do akceptacji.”*
- xiv. usunięcie postanowienia §35 ust. 13 wzoru Umowy.

Wnoszę o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz Odwołującego, kosztów postępowania w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego, co nastąpiło w dniu 01.12.2020 r., bowiem wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy prawo zamówień publicznych, co wynika z treści SIWZ opublikowanej przez zamawiającego.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania.

## UZASADNIENIE

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem jest Wykonawcą specjalizującym się w robotach budowlanych, a w wyniku czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony prawa i możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes. W wyniku dokonanych przez Zamawiającego naruszeń interes Odwołującego doznał uszczerbku w postaci braku możliwości złożenia oferty poprzez w szczególności brak możliwości jej prawidłowego oszacowania (z treści dokumentów udostępnionych w ogłoszeniu o zamówieniu nie sposób wyinterpretować, jaki jest przedmiot zamówienia, a co za tym idzie, jaki zakres robót winien być przez wykonawcę wykonany) i tym samym niemożności przystąpienia do przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II, punkty II.2.4.), zakres robót obejmuje wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie układu drogowo- torowego w ciągu ulic Ogrodowa – Północna na odc. od ul. Zachodniej do ul. Franciszkańskiej wraz ze skrzyżowaniem z ul. Nowomiejską i przebudową pętli tramwajowej przy ul. Północnej. Budowa ma obejmować m.in.: przebudowę jezdni i układu torowego, budowę ścieżki pieszo-rowerowej i przebudowę chodników, przebudowę przystanków i peronów komunikacji zbiorowej, przebudowę sygnalizacji świetlnej, przebudowę kabli trakcyjnych i sieci trakcyjnej, budowę i przebudowę kanalizacji ogólnospławnej i odwodnienia, budowę przyłączy wody i instalacji na potrzeby podlewania zieleni, budowę i przebudowę kanalizacji teletechnicznej, zabezpieczenie krytego koryta rzeki Łódki, usunięcie kolizji z sieciami wod-kan, gazowymi, elektroenergetycznymi, telekomunikacyjnymi, budowę i przebudowę oświetlenia, montaż elementów małej architektury, wykonanie stałej i tymczasowej organizacji ruchu, nasadzenie zieleni niskiej i wysokiej. Opis przedmiotu zamówienia znajduje się w opisie przedmiotu zamówienia Zał. nr 1 do SIWZ oraz w projekcie budowlanym.

Kody CPV dotyczące tak określonego przedmiotu zamówienia są następujące: kod główny - 45000000, kody dodatkowe – 45100000, 45110000, 45111250, 45111291, 45112000, 45112700, 45112710, 45112711, 45112712, 45231300, 45233000, 45233161, 45233252, 45236000, 45310000, 45311000, 45316110, 45330000, 45332200, 45332300, 45333000, 45400000, 45453000, 71000000, 45453100.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (punkt 3) przedmiotem zamówienia jest rozbudowa układu drogowo - torowego w ciągu ulic Ogrodowa – Północna na odc. od ul. Zachodniej do ul. Franciszkańskiej wraz ze skrzyżowaniem z ul. Nowomiejską i przebudową pętli tramwajowej przy ul. Północnej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w tomie III SIWZ „Dokumentacja projektowa i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych” oraz w tomie II „Formularz Aktu Umowy”.

Przewidziane w SIWZ kody CPV są tożsame z kodami wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Nigdzie w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w dokumencie głównym SIWZ nie wskazano, że elementem zamówienia mogą być prace projektowe.

### (i) obowiązek opracowania projektów

Lektura ogłoszenia i SIWZ prowadzi do jednoznacznego wniosku, że roboty mają być wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego (w formule „wybuduj”, a nie „zaprojektuj i wybuduj”). W takiej sytuacji do opisu przedmiotu zamówienia zamawiającemu służy dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 pzp).

Tymczasem wzór umowy załączony do SIWZ zawiera w kilku miejscach postanowienia, z których wynika, że wykonawca może być w toku realizacji przedmiotu umowy zobowiązany do wykonania jakichś elementów Dokumentacji Projektowej (*vide*: §2 ust. 3). Wzór umowy (ani dokumentacja projektowa stanowiąca element dokumentów przetargowych) nie wskazują jednak możliwego, przewidywanego zakresu takich ewentualnych prac projektowych. To sprawia, że jest to element opisu przedmiotu zamówienia niejasny, niejednoznaczny i niemożliwy do wyceny.

(ii) obowiązek koordynacji

Zamawiający pragnie również nałożyć na wykonawcę obowiązek koordynacji oraz uwzględnienia w organizacji procesu budowy prac innych wykonawców, które prowadzą oni lub mogą prowadzić w rejonie inwestycji (§3 ust. 10, §4 ust. 4 oraz §13 ust. 1, a także §6 ust. 18 wzoru Umowy) nie precyzując jednak, jakie to są lub będą prace oraz kiedy mogą się one pojawić. Należy jednak założyć, że skoro postanowienia o obowiązku koordynacji pojawiło się we wzorze Umowy, zamawiający posiada wiedzę o przedmiocie robót innych podwykonawców. Brak ich wskazania uniemożliwia organizację pracy wykonawcy, jak również uniemożliwia kalkulację wynagrodzenia z tytułu tej koordynacji.

Takie opisanie przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy pzp (art. 29 i art. 31) oraz narusza zasady swobody kontraktowej jako sprzeciwiające się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie za jej wykonanie będzie miało charakter ryczałtowy, co oznacza, że to wykonawca miałby przejść na siebie pełne ryzyko prawidłowości i właściwej jakości dokumentacji przedłożonej mu przez zamawiającego.

Niejednoznaczne zapisy w zakresie określenia przedmiotu zamówienia utrudniają ponadto uczciwą konkurencję, bowiem każdy z potencjalnych oferentów może zrozumieć je inaczej i inaczej wycenić, co może wpłynąć na decyzje zamawiającego. Złożone oferty będą również nieporównywalne, bowiem każda z ofert może odnosić się do odmiennego zakresu robót.

**Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem z treści dokumentów udostępnionych w ogłoszeniu o zamówieniu wynika, że przygotowany przez zamawiającego wzór umowy w sposób nieuprawniony przewiduje uprzywilejowanie inwestora kosztem wykonawcy. Dotyczy to następujących zakresów:**

- (i) harmonogram rzeczowo – finansowy (§3 ust. 6, 7 i 8 wzoru Umowy);
- (ii) zobowiązanie do nieangażowania Zamawiającego w potencjalne spory powstałe lub toczące się w związku z wszelkimi szkodami poniesionymi przez osoby trzecie w wyniku wykonywania Umowy (§9 ust. 6 wzoru Umowy);
- (iii) zobowiązanie wykonawcy do zapłaty podwykonawcom (w celu uzyskania zapłaty od zamawiającego) także wynagrodzenia niewymagalnego (§11 ust. 9 oraz §26 ust. 10 wzoru Umowy);
- (iv) wskazaniu różnych momentów rozpoczęcia biegu gwarancji i rękojmi (§19 ust 1 i 3 wzoru Umowy);
- (v) przyznanie tylko Zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§28 ust. 3 wzoru umowy);
- (vi) brak terminu dla wykonania obowiązków Zamawiających w związku z odstąpieniem od Umowy (§31 ust. 6 punkt (2) wzoru Umowy);
- (vii) przyjęcie, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§35 ust. 8 wzoru Umowy) i dotyczy to wszystkich przypadków, w tym także tych, w których to zamawiający ponosi odpowiedzialność za przedłużenie terminu realizacji zamówienia;

- (viii) siła wyższa jako podstawa do zmiany terminu realizacji umowy odnosząca się tylko do okoliczności nieznanych w chwili zawarcia Umowy (§35 ust 2 lit. c) wzoru Umowy);
- (ix) sposób przyjęcia ostatecznego kształtu kosztorysów różnicowych (§35 ust. 12 i 13 wzoru Umowy).

Zgodnie z postanowieniami wzoru Umowy wykonawca jest zobowiązany do zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z życzeniem i wskazaniem zamawiającego. Jest to nieuzasadniona możliwość ingerencji zamawiającego w przyjętą przez wykonawcę chronologię prac, w ich organizację, a co za tym idzie również istotny wpływ na koszty prowadzenia przedsiębiorstwa wykonawcy.

Stawiane wykonawcy wymaganie, by nie angażował Zamawiającego w potencjalne spory z podmiotami, które mogą doznać szkód w związku z realizacją inwestycji w powiązaniu z obowiązkiem zdania wszelkiej dokumentacji Zamawiającemu po zakończeniu realizacji inwestycji sprawia, że Zamawiający arbitralnie nie tylko przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie potencjalne szkody, ale też uniemożliwia mu prowadzenie skutecznej obrony.

Zgodnie z przepisami ustawy pzp zamawiający są uprawnieni do weryfikacji rzetelności postępowania wykonawców wobec ich podwykonawców i dalszych podwykonawców i wywiązywania się z zobowiązań płatniczych na ww. określonej linii. Ustawa pzp ogranicza jednak uprawnienia zamawiających do kwot wynagrodzenia wymagalnego dla podwykonawców i dalszych podwykonawców. Tymczasem zawarte we wzorze Umowy postanowienia rozciągają te uprawnienia także na wynagrodzenie niewymagalne. Tego typu uregulowania w sposób nadmierny uprzywilejowują zamawiającego i podwykonawców, całą odpowiedzialność i ryzyko przerzucając na wykonawcę. Sytuacji takiej dot. Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2019 r. KIO 2311/19, gdzie KIO wskazała wprost, iż: *„Zamawiający w świetle art. 143a pzp nie ma również prawa do wstrzymywana wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podwykonawca w oświadczeniu wskaże, że jakaś część wynagrodzenia podwykonawcy jest niewymagalna.”*

Postanowienia §19 wzoru Umowy zawierają wzajemnie sprzeczne postanowienia dotyczące momentu rozpoczęcia biegu zobowiązań z tytułu gwarancji i odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Jest to nieuzasadnione i będzie wprowadzać wątpliwości interpretacyjne co do początku biegu ww. terminów. Zasadne i konieczne jest ujednoczenie zapisów w tym zakresie.

Umowa nie zawiera ograniczenia odpowiedzialności którejkolwiek ze stron do wartości szkód rzeczywiście poniesionych, lecz jednocześnie zastrzega szereg kar umownych od wykonawcy na rzecz zamawiającego i tylko jedną od zamawiającego na rzecz wykonawcy (na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający). Takie zapisy są standardem w umowach o wykonanie zamówień publicznych i stanowią przejaw dopuszczalnego uprzywilejowania zamawiającego dysponującego środkami publicznymi. Niemniej jednak przyznanie w takim przypadku (przy istniejącej dysproporcji i nierówności stron) dodatkowo jeszcze tylko zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych jest już przekroczeniem zasad dopuszczalnego uprzywilejowania. W sytuacji, gdy do odstąpienia od umowy miałyby dojść z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający wykonawca winien być uprawniony do poszukiwania zaspokojenia swoich słusznych roszczeń odszkodowawczych przed sądem (jeśli oczywiście przenosiłyby wysokość zastrzeżonej kary umownej). W przeciwnym przypadku zamawiający nie czułby się w ogóle zobligowany do współdziałania oraz wykazywania się należyłą starannością przy wykonaniu obciążających go obowiązków kontraktowych, bowiem z góry wiedziałby, że może go to kosztować wyłącznie 20% wynagrodzenia umownego brutto. Przyznanie wykonawcy prawa do dochodzenia przed sądem odszkodowania uzupełniającego jest w istocie jedynym kontraktowym elementem nacisku na zamawiającego i jedynym elementem dyscyplinującym.



W przypadku dokonania odstąpienia od Umowy przez jedną ze stron, zamawiającego i wykonawcę obciążają obowiązki opisane w §31 ust. 6 wzoru umowy. Tylko dla wykonawcy zostały one jednak ograniczone terminem. Stanowi to dodatkowe obciążenie dla wykonawcy, który w razie odstąpienia nie będzie mógł zrealizować Umowy do końca i jednocześnie uzyskać umówionego wynagrodzenia, a jednocześnie nie wie kiedy może się spodziewać rozliczenia za prace wykonane do dnia odstąpienia i niesprzedane, dodatkowo przy obciążającej go odpowiedzialności za teren budowy (pomimo odstąpienia).

Podobnie rzecz się ma z brzmieniem postanowienia §35 ust. 8 wzoru umowy w przyjętym przez zamawiającego kształcie. Z doświadczeń odwołującego we współpracy z zamawiającym wynika, że zdarzają się dość często przypadki, w szczególności w umowach zawieranych w formule „wybuduj”, że to zamawiający ponosi kontraktową odpowiedzialność za przedłużającą się (często o wiele miesięcy) realizację przedmiotu umowy. Zastrzeżenie umowne, że w takich sytuacjach wykonawcy nie należy się dodatkowe wynagrodzenie przerzuca całe ryzyko i skutki finansowe wystąpienia takich okoliczności na wykonawcę, co zdaniem odwołującego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach i zasadach prawa zobowiązań, z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych i przyjętego uprzywilejowania zamawiających.

Podobnie sprawa wygląda w zakresie postanowienia §35 ust. 2 lit. c) wzoru Umowy, z którego wynika, że zamawiający przewiduje możliwość zmiany terminu realizacji Umowy na skutek okoliczności wynikających z tzw. siły wyższej np. wystąpienia zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, w szczególności zagrażającego bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody w znacznych rozmiarach.

Takie postanowienie wprowadza wyłączenie odpowiedzialności tylko w przypadku siły wyższej, której nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, a zatem nieznaną w chwili zawierania umowy. Oznacza to, że zamawiający mógłby kwestionować powoływanie się przez wykonawcę składającego wniosek o wydłużenie terminu na siłę wyższą istniejącą w chwili zawierania umowy. Stanowi to zatem wyraz nieuzasadnionego uprzywilejowania zamawiającego, w szczególności w obecnej sytuacji gospodarczej i społecznej. Obecnie obowiązuje w Polsce stan epidemii Covid-19. Jest to fakt notoryjny. Nie wiadomo jednak, jak długo epidemia koronawirusa potrwa i jakie obostrzenia mogą się pojawić w życiu codziennym, a także w jaki sposób mogą ono dotknąć wykonawców robót budowlanych. Co więcej, postanowienie to jest nieuzasadnione wobec faktu, że Umowa w §36 przewiduje szczegółowe regulacje dot. siły wyższej, odpowiadające obecnej sytuacji. Wystarczy zatem w §35 ust. 2 lit c) odwołać się do rozumienia siły wyższej w §36 wzoru Umowy, by regulacja stała się jasna i spójna i nie rodziła niepotrzebnych wątpliwości.

Postanowienia §35 ust. 12 i 13 wprowadzają do stosunku umownego, który nawiąże się w wyniku podpisania przez strony umowy wg przedmiotowego wzoru element zobowiązania w zakresie zawarcia umowy o roboty dodatkowe, względnie przyjęcia zlecenia na ich wykonanie, wg wartości ustalonej przez Zamawiającego. Takie rozwiązanie jest niedopuszczalne i w sposób rażący narusza zasadę swobody umów. Jest wszak oczywiste i powszechnie przyjmowane, że jeżeli konkretne prace nie są objęte ryczałtem, wykonawca ma możliwość domagania się od inwestora dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu i jednocześnie prawo do powstrzymania się od wykonania prac dodatkowych bez ponoszenia negatywnych konsekwencji z tego powodu do czasu ustalenia zasad wynagrodzenia z tego tytułu. Wzór Umowy czyni z negocjacji dot. wynagrodzenia za roboty zamienne czy dodatkowe postępowanie pozorne, bowiem zawsze decydująca i wiążąca miałyby być (w zakresie wynagrodzenia) decyzja zamawiającego. W istocie wykonawca zostałby zatem pozbawiony elementu woli w zakresie rozszerzenia przedmiotu umowy o kolejne prace.

Z powyższych względów wnoszę jak na wstępie.

---

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu
- dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu
- wydruk z CIKRS odwołującego