

Mysłowice, dnia 10.11.2023 r.

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

Zamawiający: **Powiat Międzyrzecki- Zarząd Dróg Powiatowych w Międzyrzeczu**
Skoki 21, 66-300 Międzyrzecz,
tel. (95) 742 19 88
e-mail: zp@zdpmiedyrzecz.pl
REGON: 210967372, NIP 596-15-43-170

Odwołujący: **Eurovia Polska S.A.**
Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce
adres do doręczeń:
Eurovia Polska S.A.,
ul. Sosnowiecka 11, 41-400 Mysłowice
KRS: 0000069487
e-mail: kamil.furman@eurovia.pl

Dotyczy zamówienia pn.: „Przebudowa DP nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”

numer postępowania: I.252.25.2023.II

nr ogłoszenia: 2023/S 212-667611

ODWOŁANIE OD TREŚCI SWZ

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm.– dalej: „**pzp**”), EUROVIA POLSKA S.A. niniejszym wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści SWZ w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, a także w sposób prowadzący do nieporównywalności ofert oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 07 lipca 2023 r. Prawo budowlane (Dz.U. 2023 poz. 682 t.j.) - (dalej PrBud) w zw. z art. 34 ust. 3 pkt 5 PrBud i art. 33 PrBud w zw. z art 433 pkt 3 pzp poprzez sformułowanie w §1 ust. 1 pkt 3 PPU; §2 pkt 11 PPU, §7 ust. 7 pkt 2 PPU obowiązku uzyskania przez wykonawcę robót budowlanych wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń, bez ich enumeratywnego wskazania, w sytuacji gdy zamówienie publiczne jest realizowane w systemie „buduj”, a ww. dokumenty winien uzyskać Inwestor/Projektant, natomiast sam wymóg stanowi zbiór otwarty wymagań, wobec czego wykonawca nie jest w stanie zidentyfikować wszelkich formalności jakich będzie musiał dokonać na etapie realizacji, a tym samym określić czasu niezbędnego na ich uzyskanie oraz kosztów z nimi związanymi.**

2. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 651 kc w zw. z art 433 pkt 3 pzp**, poprzez sformułowanie w §1 ust. 4 PPU obowiązku weryfikacji dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego i potwierdzenia jej zdatności do wykonania przedmiotu umowy, w sytuacji, gdy wykonawca inwestycji w systemie „buduj” powinien otrzymać dokumentację zdatną do zrealizowania powierzonego zadania, a obowiązki w zakresie weryfikacji dokumentacji spoczywają na Inwestorze.
3. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp**, poprzez sformułowanie w §5 ust. 1 pkt 8 PPU i §7 ust. 7 PPU otwartego katalogu obowiązków i czynności jakie wykonawca powinien wykonać w ramach ceny ofertowej, poprzez użycie sformułowań „wykona wszelkie inne prace i czynności konieczne dla wykonania Przedmiotu Umowy” oraz „Wynagrodzenie obejmuje w szczególności”, co uniemożliwia precyzyjną wycenę zamówienia i prowadzi do nieporównywalności ofert oraz możliwość nieograniczonego kreowania obowiązków Wykonawcy.
4. **art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp**, poprzez sformułowanie w §5 ust. 7 PPU obowiązku wyceny i ewentualnego przeprowadzenia ratowniczych badań archeologicznych, których zakresu wykonawca nie jest w stanie określić na etapie składania ofert oraz ujęciu takiej wyceny jako z góry określonej wartości, niezależnej od rozmiaru koniecznych do przeprowadzenia badań i rozmiaru czynności niezbędnych do przeprowadzenia w związku ze znaleziskiem.
5. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp i art. 647 kc** poprzez sformułowanie w §7 ust. 8 PPU obowiązku ujęcia w ofercie kosztów, które nawet gdy nie są wprost wskazane w dokumentacji projektowej, będą uznawane za objęte zakresem przedmiotu umowy i wynagrodzenia.
6. **art. 439 ust. 1 pzp** poprzez sformułowanie w §32 ust. 1 pkt 1 PPU momentu rozpoczęcia waloryzacji po 12 miesiącu realizowania umowy o roboty budowlane, w sytuacji, w której mechanizm waloryzacji powinien rozpocząć się po 6 miesiącu realizacji umowy.
7. **art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a pzp** poprzez zastosowanie w §32 ust. 1 pkt 3 PPU wskaźnika, który wbrew treści PPU nie jest publikowany przez GUS, tj. wskaźnika ceny produkcji budowlano-montażowej ogółem, który nie obrazuje zmiany cen w stosunku do daty złożenia ofert, ale różnicę w stosunku miesiąca poprzedzającego lub rok do roku.
8. **art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp**, poprzez dokonanie niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na niezalączeniu do SWZ dokumentacji inwentaryzacyjnej oraz wyników badań dotyczących robót wykonanych przez wykonawcę INFRAKOM Kościan sp. z o.o. sp. komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kościanie w ramach zamówienia nr 2021/S/098-252662 prowadzonego pn. „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”, z pominięciem wskazani parametrów ilościowych, jak i jakościowych tamtejszej realizacji, co uniemożliwia precyzyjną wycenę zamówienia i prowadzi do nieporównywalności ofert, jak też stawia w korzystniejszej pozycji poprzedniego wykonawcę robót, naruszając tym samym zasady konkurencji.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany w:
 - a. §1 ust. 1 pkt 3 PPU poprzez wykreślenie fragmentu „*oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń*” lub wskazanie konkretnych decyzji, zezwoleń,

- uzgodnień i zatwierdzeń jakie wykonawca winien uzyskać w ramach czasu i wynagrodzenia umownego,
- b. §2 pkt 11 PPU poprzez wykreślenie fragmentu *„oraz wszelkie inne opracowania niezbędne dla prawidłowej realizacji Inwestycji łącznie z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń”* lub wskazanie konkretnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń jakie wykonawca winien uzyskać w ramach czasu i wynagrodzenia umownego,
 - c. §7 ust. 7 pkt 2 PPU poprzez wykreślenie fragmentu *„opinii, uzgodnień, decyzji”* lub wskazanie konkretnych opinii, uzgodnień i decyzji jakie wykonawca winien uzyskać w ramach czasu i wynagrodzenia umownego,
2. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §1 ust. 4 PPU poprzez skreślenie fragmentu *„i nie wnosi do nich żadnych uwag ani zastrzeżeń, w szczególności potwierdza, że dokumenty te umożliwiają prawidłowe zrealizowanie Przedmiotu Umowy”*.
 3. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w:
 - a. §5 ust. 1 pkt 8 PPU poprzez jego wykreślenie lub modyfikację polegającą na wskazaniu szczegółowego zakresu obowiązków Wykonawcy,
 - b. §7 ust. 7 PPU poprzez wykreślenie zwrotu *„w szczególności”*.
 4. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §5 ust. 7 PPU poprzez usunięcie obowiązku wyceny i prowadzenia ratowniczych badań archeologicznych, a także ograniczenia obowiązków wykonawcy do prowadzenia nadzoru archeologicznego nad inwestycją lub wprowadzenia rozliczenia prowadzenia badań archeologicznych jako robót dodatkowych powodujących zmianę wynagrodzenia i terminu realizacji zadania, gdzie zmiana wynagrodzenia będzie uzależniona od faktycznego rozmiaru oraz zakresu prowadzonych badań,
 5. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §7 ust. 8 PPU poprzez wykreślenie fragmentu *„i to nawet wtedy, gdy nie są one wprost wskazane w Dokumentacji Projektowej”*.
 6. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §32 ust. 1 pkt 1 PPU poprzez zmianę fragmentu *„po upływie 12 miesięcy”* na *„po upływie 6 miesięcy”*.
 7. Nakazanie Zamawiającemu zmianę w §32 ust. 1 pkt 3 PPU poprzez wskazanie czy do wyliczenia waloryzacji będzie wykorzystywany wskaźnik publikowany na stronach GUS, a jeżeli tak to czy będzie to wskaźnik pokazujący zmianę miesiąc do miesiąca czy też rok do roku lub wskazanie, metody wyliczania zmiany we wskaźniku produkcji montażowej pomiędzy datą odniesienia, a datą wnioskowania o waloryzację.
 8. Nakazanie Zamawiającemu załączenie do SWZ dokumentacji inwentaryzacyjnej oraz wyników badań dotyczących robót wykonanych przez wykonawcę INFRAKOM Kościan sp. z o.o. sp. komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kościanie w ramach zamówienia zamówieniu nr 2021/S/098-252662 prowadzonego, pn. „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”.

Jednocześnie wnosimy o uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak też o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisana.

Uzasadnienie

1. Termin wniesienia odwołania.

Zamawiający w dniu 03.11.2023 r. zamieścił w publikatorze i platformie zakupowej ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane.

Wobec faktu, iż wartość niniejszego zamówienia przekracza kwoty, o której mowa w art. 3 ust 1 i 2 pzp, mając na względzie treści art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp, środek ochrony prawnej został wniesiony w terminie.

Dowód: *Ogłoszenie o zamówieniu*

2. Interes w uzyskaniu zamówienia/potencjalna szkoda.

Wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej jako: „Eurovia” lub „Odwołujący”) jest wieloletnim uczestnikiem rynku budownictwa infrastrukturalnego północnej Polski, ze szczególną aktywnością na terenie województwa lubuskiego i wielkopolskiego.

Wykonawca nie tylko regularnie składa oferty, ale też realizuje roboty budowlane w bezpośrednim sąsiedztwie terenu Powiatu Międzyrzeckiego.

Na skutek błędów Zamawiającego, polegających na niewłaściwym przygotowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, Wykonawca nie ma możliwości precyzyjnego przygotowania propozycji cenowej, a wycena wskazanych pozycji może nie odpowiadać rzeczywistemu zakresowi prac, które Odwołującemu może przyjść zrealizować.

Dodatkowo, ze względu na zróżnicowane podejście wykonawców do ryzyka kontraktowego i ewentualnego zakresu przedmiotu zamówienia, na skutek niepełnych danych przekazanych przez Zamawiającego, złożone oferty będą nieporównywalne.

Brak zmiany powyższych postanowień naraża Odwołującego na brak możliwości złożenia poprawnej oferty lub stratę na etapie realizacji.

Mając to na względzie, Odwołujący spełnia przesłanki określone w nowym art. 505 ust. 1 pzp.

3. Zagadnienia wstępne

Zamawiający w dniu 03.11.2023 r. zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane, prowadzonego pn. „Przebudowa DP nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”.

W ramach dokumentacji postępowania, wykonawcy otrzymali dostęp do dokumentu SWZ, którego część stanowią **Projektowane Postanowienia Umowy** (dalej jako: „PPU”) – Załącznik nr 2 do SWZ.

Ze sformułowaniami określonymi w ww. dokumencie, zakresem obowiązków wykonawcy oraz podstawą przyjętą do określenia ceny ofertowej, nie zgodził się Odwołujący, wskazując, iż kwestionowane zapisy są nazbyt ogólne lub przerzucają na wykonawcę ryzyko niemożliwe do zidentyfikowania lub które uzależnione jest wyłącznie od działań Zamawiającego.

Mając to na względzie Odwołujący zdecydował się na wniesienie niniejszego środka ochrony prawnej.

4. Zagadnienia prawne

Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jeden z głównych obowiązków Zamawiającego. To od jego treści zależy faktyczny przebieg postępowania i ostateczny „produkt” jaki otrzyma Zamawiający.

Co równie istotne, to z treści tego dokumentu czerpią wiedzę wykonawcy, zamierzający przedłożyć swoje oferty. Precyzja zawartych tam sformułowań i opisów decyduje o tym czy wykonawca faktycznie oraz należycie wyceni oczekiwaną przez Zamawiającego robotę budowlaną/usługę/dostawę.

Przywołana już precyzja sformułowań, wpływa również na efekt realizacji danego zamówienia i możliwości powstawania sporów na linii Wykonawca – Zamawiający, albowiem w przypadku rozbieżności, co do treści i zakresu obowiązków stron, oczywistym wydaje się, że zagrożony stratą transakcyjną wykonawca, będzie dążył do definiowania postanowień dokumentacji w sposób w jaki interpretował je na etapie składania ofert.

Spór (który może przerodzić się w postępowanie sądowe) generuje stratę dla obu stron umowy, przy czym niejednokrotnie konieczność wykonania przez wykonawcę prac niewskazanych wprost w SWZ i tym samym niewycenionych w procesie ofertowania, może prowadzić do utraty przez niego płynności finansowej, skutkującej upadłością.

Na rolę jaką SWZ (i zawarty tam opis przedmiotu zamówienia) odgrywa w toku postępowania zwrócili uwagę autorzy komentarza do ustawy pzp, wydane pod patronatem Urzędu Zamówień Publicznych.

W części dotyczącej art. 99 pzp (str. 339 ww. Komentarza) czytamy:

*„[...] Sporządzenie opis przedmiotu zamówienia jest obligatoryjną i najistotniejszą czynnością przygotowawczą poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis stanowi podstawę do podejmowania kolejnych czynności przygotowawczych w postępowaniu, w szczególności ustalenia wartości zamówienia. **Prawidłowość opisu wpływa na jakość złożonych ofert i znajduje bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia [...]**”*

i kolejno:

*„[...] Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia **ma wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia** przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazywano niejednokrotnie w orzeczeniach KIO (dotyczących art. 29 ust. 1 Pzp2004 i zachowujących swoją aktualność na gruncie Pzp), **celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego** dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia [...]*”.

Sporządzenie SWZ/OPZ odbywa się w oparciu o określone literą prawa zasady, dając się wyinterpretować już z literalnego brzmienia przytaczanej jednostki redakcyjnej.

Ustawodawca wskazał bezpośrednio, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób *„[...] **jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty [...]**”*.

Są to kluczowe wytyczne dla zamawiających, których naruszenie może doprowadzić do złamania ogólnych zasad rządzących prawem zamówień publicznych, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia, który nie precyzuje poszczególnych pozycji obmiarowych, czy też obowiązków (nie wskazuje konkretnego zakresu obowiązku do wyceny i rozliczenia), będzie skutkował przyjęciem pewnej dozy dowolności wśród wykonawców opracowujących swoje oferty. Będzie to jednocześnie oznaczać, że każdy z oferentów przyjmie mniejszy lub większy stopień ryzyka dla danego zdarzenia kontraktowanego (obowiązku) i wyceni go w odmiennym zakresie. Takie działanie będzie ponownie

skutkować otrzymaniem przez Zamawiającego ofert zawierających różny zakres wyceny, czyli *de facto* ofert nieporównywalnych.

Nieporównywalność ofert jest zjawiskiem o tyle niebezpiecznym, że przy dużym stopniu ogólności formularza ofertowego, za propozycję najkorzystniejszą zostanie uznana propozycja, która niekoniecznie musi zawierać w sobie pełen zakres ogłoszonego zadania inwestycyjnego lub też będzie zawierać propozycję zakładającą po prostu najmniejszy poziom ryzyka (zakładającą, że poszczególne zdarzenia nie będą miały miejsca w trakcie procesu realizacji).

Taki stan rzeczy będzie prowadzić do „zdobywania” zamówień publicznych, nie przez wykonawców, którzy faktycznie przygotowali ofertę najkorzystniejszą, ale przez tych, którzy albo postawili na dużą dozę szczęścia realizacyjnego albo nie potrafili zidentyfikować wszelkich zagrożeń.

Orzecznictwo KIO jest w tym zakresie jednoznaczne i powszechnie znane, jednakże warto wskazać na tezę wskazaną w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 24/14: „[...] Zamawiający ma obowiązek **uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny.** Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę [...]”.

Obowiązek ujęcia bliżej nieokreślonych kosztów w zryczałtowanych cenach jednostkowych, która nie podlegają zmianie, połączone z nieprecyzyjnym opisem zamówienia, w sposób zasadniczy może oddziaływać na ostateczny wynik finansowy wykonawcy, wypaczając przy tym faktyczny przebieg procesu budowlanego.

5. Uwagi wprowadzające – treść SWZ

Odwołujący tytułem wstępu, przedstawi analizę treści SWZ, będącej wspólnym punktem wyjściowym dla zarzutów odnoszących się do niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, generującego potencjalne przeszkody na etapie wyceny ofert.

Pragniemy zauważyć, że kluczowa dla podjęcia problematyki poszczególnych zarzutów jest treść Rozdziału XIV OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY - SWZ IDW. Analiza znajdujących się tam zakresów pozwoli wykazać zasadność zastrzeżeń odwołującego w zakresie treści PPU.

Zamawiający w zakresie metodyki wyceny wskazał następujące reguły (Rozdział XIV ust. 3):

3. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w KOSZTORYSIE OFERTOWYM nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Formularzu. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza.

Należy wnioskować, że wszelkie koszty wprost niewskazane, czy *de facto* nie stanowiące klasycznych robót budowlanych (z uwzględnieniem robót tymczasowych i towarzyszących), a będących czynnościami natury formalnej, wykonawca jest obowiązany rozdzielić pomiędzy poszczególne pozycje, przyjmując dla nich z góry założoną wartość już na etapie składania ofert.

Metodyka rozkład ww. kosztów pomiędzy ceny jednostkowe robót budowlanych, jak też zasady ich wyliczania nie została podana przez Zamawiającego, wobec czego powinny zostać wywnioskowana przez wykonawcę z pozostałych zapisów dokumentacji.

Potwierdzeniem tego, że się bęć koleinw zapis Rozdziału XIV (ust. 7):

7. Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić wszystkie elementy niezbędne wykonania w ramach przedmiotu zamówienia opisane w SWZ, Dokumentacji Projektowej, Projektowanych Postanowieniach umowy oraz wynikających z obowiązujących przepisów i sztuki.

W tym miejscu należy wskazać, że treść SWZ w zakresie instrukcji obliczania ceny, wskazuje wprost, iż na cenę (mimo, że ujętą w sposób kosztorysowy), muszą złożyć się również obowiązki wynikające z treści przyszłej umowy.

Mając to na względzie kluczowa dla poprawnej wyceny jest jasna i klarowna treść PPU, w której każdy wykonawca będzie w stanie zidentyfikować dodatkowe zobowiązania, które musi doliczyć do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Odmienny stan rzeczy, prowadziłby do sytuacji, gdzie każdy z oferentów dokonałby wyceny różnego zakresu obowiązków, czyniąc tym samym oferty nieporównywalnymi.

6. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 07 lipca 2023 r. Prawo budowlane (dalej PrBud) w zw. z art. 34 ust. 3 pkt 5 PrBud i art. 33 PrBud w zw. z art 433 pkt 3 pzp w §1 ust. 1 pkt 3 PPU; §2 pkt 11 PPU, §7 ust. 7 pkt 2 PPU

Zamawiający sformułował następujące zapisy PPU:

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia „pn. „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel” obejmującego w szczególności:
- 3) wykonanie Dokumentów Wykonawcy, w tym dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń.

Kolejno:

- 11) Dokumenty Wykonawcy: oznacza wszelkiego rodzaju dokumentację, do której wykonania będzie zobowiązany Wykonawca w ramach realizacji Umowy, która okaże się niezbędna dla prawidłowego i zgodnego z prawem i Umową wykonania Przedmiotu Umowy w szczególności te których wykonanie jest przedmiotem obowiązku wyrażnie nałożonego na Wykonawcę na podstawie Umowy lub powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a w tym: projekt organizacji placu budowy, projekty technologiczne wykonania robót budowlanych oraz wszelkie inne opracowania niezbędne dla prawidłowej realizacji Inwestycji łącznie z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń oraz schematy technologiczne, projekty i instrukcje montażu oraz instrukcje obsługi oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymogami Prawa budowlanego w wersji papierowej oraz elektronicznej w formacie PDF i formacie edytowalnym DWG;

Kolejno:

7. Wykonawca potwierdza, że Wynagrodzenie stanowi świadczenie ekwiwalentne w stosunku do wszelkich robót budowlanych i innych świadczeń koniecznych do zrealizowania Przedmiotu Umowy oraz wszelkich szczegółowych obowiązków przyjętych przez Wykonawcę na podstawie Umowy. Wynagrodzenie obejmuje w szczególności:
- 2) koszty wytworzenia Dokumentacji Wykonawcy, koszty uzyskania niezbędnych danych, opinii, uzgodnień, decyzji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zysk Wykonawcy, oraz koszty wszelkich innych świadczeń, których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego zakończenia Przedmiotu Umowy,

Jak wynika z przedstawionych zapisów, wykonawca zamówienia zobligowany jest do pozyskania bliżej nieokreślonych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń. Przedmiotowe formalności zostały wskazane

wyłącznie „gatunkowo”, ponieważ faktycznie Zamawiający nie określił o jakie konkretnie dokumenty wykonawca miałby starać się w ramach prowadzonej inwestycji. Zakres formalności związanych z procesem budowlanym jest zakresem niezwykle szerokie, jeżeli za punkt wyjściowy przyjmiemy moment jego przygotowania, a tego nie możemy wykluczyć, albowiem nie wskazuje na to treść PPU.

To co jednak najistotniejsze i na co pragnie wskazać Odwołujący to fakt, że zasadniczo przy przyjęciu formuły realizacji potocznie nazywaną „buduj” za większość formalności procesu budowlanego odpowiada Inwestor lub też projektant, któremu te czynności zostały zlecone.

Formalności związane z projektowaniem w dużej mierze nie zależą od treści umowy, ale wynikają wprost z litery prawa, na co wskazano w treści zarzutu przywołując art. 20, 33 i 34 Ustawy Prawo Budowlane, gdzie wprost wskazuje się na oblig uzyskania przez projektanta poszczególnych pozwoleń decyzji i uzgodnień (o ile takie wymagane są z mocy przepisów odrębnych).

Co za tym idzie ich brak na obecnym etapie oznaczałby niewłaściwą realizację zobowiązań wynikających z umowy projektantem, co znowu nie powinno odbijać się na wykonawcy robót budowlanych jako niebędącego stroną tamtego stosunku zobowiązaniowego.

W przypadku, w którym projekt zawiera niezbędną dokumentację wymaganą dla uzyskania Decyzji o pozwoleniu na budowę, dodatkowe formalności albo nie są konieczne albo dają się zidentyfikować tworząc zbiór zamknięty.

Wykonawca pragnie przypomnieć, że zgodnie z art. 647 kc, to na Inwestorze ciąży obowiązek dostarczenia zdatnej do wykorzystania dokumentacji projektowej, a co za tym idzie, przerzucenie obowiązku konwalidacji dokumentacji, czyli doprowadzenia jej do stanu „używalności”, będzie stanowiło nieuprawnione przeniesienie obowiązków Zamawiającego na wykonawcę, czyli naruszenie normy art. 433 pkt 3 pzp.

Kończąc argumentację w zakresie ww. zarzutu, należy również pamiętać, że analogiczne obowiązki co do zakresu dokumentacji projektowej nakłada *Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz program funkcjonalno-użytkowy* (vide: §4 ust 2 dokumentu).

Wobec powyższego należy uznać niniejszy zarzut za zasadny

7. Zarzut naruszenia art. art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 651 kc w zw. z art 433 pkt 3 pzp, w §1 ust. 4 PPU

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający zobligował wykonawców do złożenia za pośrednictwem PPU następującego oświadczenia:

4. Wykonawca jest w posiadaniu kompletu dokumentów, o których mowa w ust. 2 powyżej, w tym SWZ wraz z załącznikami, zapoznał się z nimi szczegółowo i nie wnosi do nich żadnych uwag ani zastrzeżeń, w szczególności potwierdza, że dokumenty te umożliwiają prawidłowe zrealizowanie Przedmiotu Umowy.

Odwołujący nie będzie powielał argumentacji przedstawionej w poprzednim zarzucie odnoszącej się do obowiązków związanych z dokumentacją projektową wskazując, że znajdują one zastosowanie również w niniejszym przypadku.

Pragniemy jednak wskazać na ugruntowaną linię orzeczniczą dotyczącą omawianej tematyki:

W wyroku SN z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98, wskazano wprost:

„Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad”

Rozwinięcie tej tezy zostało wskazane w kolejnym orzeczeniu SN z dnia 29 kwietnia 2016 r. sygn. akt I CSK 306/15:

*„Zaniechanie wydania wykonawcy terenu, na którym ma być realizowany obiekt budowlany, tak samo jak dostarczenie mu **przez zamawiającego dokumentacji projektowej dotkniętej taką wadliwością, która nie pozwala na osiągnięcie umówionego celu umowy** w ogóle lub w uzgodnionym czasie, **stanowi o naruszeniu obowiązków, jakie w ramach umowy o roboty budowlane przyjmuje na siebie inwestor**”.*

Kolejno wyrok SA w Krakowie z dnia 7 listopada 2017 r. sygn. akt I ACa 1616/16:

*„**Obowiązek dostarczenia projektu stanowi podstawowy element konstrukcyjny umowy o roboty budowlane**, w której inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu a wykonawca zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej (art. 647 k.c.)”.*

Ostatni wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1289/19:

*„Wykonawca nie może ponosić konsekwencji błędów Zamawiającego popełnionych w sposób niezamierzony przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. **Nie sposób też doszukiwać się odpowiedzialności po stronie wykonawcy za to, że nie zauważył tych błędów przygotowując ofertę, z uwagi na fakt, że dokumentacja projektowa jest wykonywana przez profesjonalistów** (projektów), a zatem należy przyjąć, że uzasadnione jest zaufanie wykonawcy w powyższym zakresie. Za błędy w dokumentacji projektowej w postępowaniu odpowiada Zamawiający.”*

Mając na względzie przedstawione rozstrzygnięcia, tak sądów powszechnych, jak i KIO, należy zdecydowanie wskazać, że przenoszenie obowiązku weryfikacji dokumentacji projektowej na wykonawcę robót budowlanych jest zjawiskiem niewłaściwym i niepożądanym.

Intencje ustawodawcy w tym zakresie prezentuje przytaczany już art 647 kc, ale też art. 651 kc, który nakłada obowiązek sygnalizowania przez wykonawcę robót budowlanych błędów dokumentacji, jednak na etapie realizacyjnym procesu budowlanego.

W ocenie odwołującego (poza realizacjami w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj”) Zamawiający nie ma prawa wymagać od wykonawcy szczegółowej wiedzy z zakresu projektowania i cedować na niego zobowiązania, które już (na podstawie odrębnej umowy) zaciągnął inny podmiot (Projektant).

Wobec powyższego ww. zarzut jest w pełni uzasadniony.

8. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, w §5 ust. 1 pkt 8 PPU i §7 ust. 7 PPU

Zamawiający sformułował następujący zapis SWZ:

1. Realizując obowiązek, o którym mowa w §1 ust. 1 pkt 1 Umowy, Wykonawca zgodnie z Umową:
- 8) **wykona wszelkie inne prace i czynności konieczne dla wykonania Przedmiotu Umowy.**

Kolejno:

7. Wykonawca potwierdza, że Wynagrodzenie stanowi świadczenie ekwiwalentne w stosunku do wszelkich robót budowlanych i innych świadczeń koniecznych do zrealizowania Przedmiotu Umowy oraz wszelkich szczegółowych obowiązków przyjętych przez Wykonawcę na podstawie Umowy. Wynagrodzenie obejmuje w szczególności:

Odwołujący pragnie w tym miejscu wskazać, że do opisu zamówienia publicznego na roboty budowlane, w zasadniczej części służy projekt i dokumentacja techniczna (art. 103 pzp), jak też klarowny Opis Przedmiotu Zamówienia, wykonany zgodnie z art. 99 pzp.

Jak wynika z przedstawionych zapisów PPU, Zamawiający odchodzi w niniejszym przypadku od precyzyjnego wskazania obowiązków, jakie miałyby spocząć na wyłonionym wykonawcy.

Postanowienia dotyczące zobowiązań wykonawcy zostały ujęte w formie albo zbiorów otwartych (poprzez zastosowanie zwrotu „w szczególności”) lub też zostały opisane w sposób pozwalający zakwalifikować do nich dowolne zdarzenie mające miejsce w toku procesu budowlanego, o ile okażą się „konieczne dla wykonania przedmiotu umowy”.

Odwołujący sprzeciwia się ww. praktyce wskazując, że nie daje ona szansy na poprawną wycenę zakresu realizacji, a co więcej prowadzi w sposób oczywisty do nieporównywalności ofert. Każdy z oferentów przyjmie odmienną projekcję obowiązków jaki mogą na nim spoczywać, ja też odmienny próg ryzyka jaki będzie podlegał wycenie. W końcu może dojść do sytuacji, że kwestionowane zapisy PPU nie zostaną w ogóle zauważone przez podmiot przygotowujący ofertę, a tym samym nie znajdą odzwierciedlenia w cenie ofertowej. Niedookreślenie obowiązków będących podstawą i składową cen jednostkowych nie będzie dawało możliwości ich właściwej klasyfikacji, albowiem każda z cen będzie reprezentowała odrębny zakres świadczeń.

9. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp, w §5 ust. 7 PPU

Zamawiający sformułował następujący zapis SWZ:

7. Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzenia na swój koszt w miejscu realizacji Inwestycji ratowniczych badań archeologicznych, na których wykonanie wymagane jest pozwolenie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, a którego uzyskanie należeć będzie do obowiązków Wykonawcy. Zgodnie z informacją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Zielonej Górze Delegatura w Gorzowie Wielkopolskim na trasie Inwestycji zlokalizowano trzy stanowiska archeologiczne: Trzciel stan. 7 (AZP 53-17/9; ślady osadnictwa epoki kamienia i z okresu pradziejowego), stan. 16 (AZP 53-17/16; ślad osadnictwa kultury ceramiki sznurowej z okresu neolitu epoki kamienia) i stan. 20 (AZP 53-17/20; osada z okresu neolitu epoki kamienia i ślad osadnictwa z okresu średniowiecza).

Odwołujący podnosi, że ww. zapis nakłada na wykonawcę obowiązek wykonania prac o bliżej nieokreślonym zakresie i nieznanym przedziale kosztowym, który w zależności od charakteru znaleziska może różnić się poziomem sięgającym kilkuset procent. Zgodnie z art. 31 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 1a ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jedn.: Dz.U. z 2022r. poz. 840 z późn. zm.) zakres i rodzaj niezbędnych badań archeologicznych, o których mowa w ust. 1a, ustala wojewódzki konserwator zabytków w drodze decyzji, wyłącznie w takim zakresie, w jakim roboty budowlane albo roboty ziemne lub zmiana charakteru dotychczasowej działalności na terenie, na którym znajdują się zabytki archeologiczne, zniszczą lub uszkodzą zabytek archeologiczny.. Na etapie składania oferty Odwołujący nie jest w stanie przewidzieć i co za tym idzie, odpowiednio skalkulować wartości takiego zobowiązania.

Odwołujący nie sprzeciwia się konieczności nadzoru archeologicznego w sytuacji prowadzenia robót budowlanych na terenach, na których zachodzi prawdopodobieństwo znalezienia odkryć o wartości historycznej, albowiem na zrealizowanych przez siebie dotychczas inwestycjach – odpowiadał za zapewnienie nadzoru w tym obszarze. Pragniemy jednak wskazać, że zakres obowiązków, który narzuca Zamawiający, wykracza dalece ponad ogólnie przyjęte normy postępowania, a także nie jest możliwa ich jednoznaczna wycena. Ratownicze badania archeologiczne w swojej istocie są bardziej złożoną formą prac od zwykłego nadzoru archeologicznego i wymagają od archeologów wykonania rozbudowanej dokumentacji konserwatorskiej oraz czynności towarzyszących. Co jednak najistotniejsze, w niniejszej sprawie, zakres ewentualnych jest nieznanym, a określi go faktyczna sytuacja na terenie budowy.

Zamawiający wymaga od wykonawcy, będącego przedstawicielem branży budowlanej, prowadzenia szczegółowych prac o charakterze naukowym, w rozmiarach, których nie jest w stanie określić. Nawet jeżeli wykonawca byłby przygotowany na taką okoliczność i nawiązał współpracę z podmiotem trudniącym się wspomnianą już materia, to nie otrzyma od niego wiążącej oferty, ze względu na niemożliwość do określenia zakres prac archeologicznych i charakter znalezisk.

Wydaje się zupełnie oczywistym, że wykonawca może na terenie budowy odkryć niewielkie przedmioty o wartości historycznej (np. garnki, narzędzia), wymagające wyłącznie szybkiego i krótkotrwałego działania wyspecjalizowanych podmiotów, ale też takie o znacznych rozmiarach (np. pozostałości budowli), które skutkować będą pracami archeologicznymi zakrojonymi na szeroką skalę (dla przykładu - w trakcie inwestycji prowadzenia jednej ze swoich Inwestycji, Wykonawca odkrył relikty historycznej zabudowy miejskiej; co doprowadziło nie tylko do wydłużenia terminu realizacji, ale przede wszystkim skutkowało zleceniem przez inwestora kosztownych badań, niemożliwych do przewidzenia na etapie złożenia oferty). W zależności od wspomnianego zakresu, zmieniać będzie się koszt prowadzenia prac przez podmioty zewnętrzne, albowiem każdorazowo różne będzie spektrum czynności niezbędnych do zabezpieczenia i zinwentaryzowania znaleziska i jego zinwentaryzowania, jak również różna będzie ilość personelu jakim posłuży się podwykonawca.

Znaleziska archeologiczne cechuje nieprzewidywalność, tak co do miejsca ich występowania, jak i ich rodzaju. Wobec takich okoliczności, wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wszelkie skutki odkryć jakie będą miały miejsce na terenie budowy, wobec czego, mając na względzie przedmiot postępowania, skierował zarzut do powyższego zapisu PPU.

10. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp i art. 647 kc w §7 ust. 8 PPU

Zamawiający sformułował następujący zapis SWZ:

8. Strony zgodnie ustalają, że Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem wszelkich robót i prac, których konieczność wykonania Wykonawca, działając z najwyższą profesjonalną starannością, z uwzględnieniem wiedzy technicznej i doświadczenia zawodowego, mógł przewidzieć przed złożeniem oferty, w szczególności na podstawie analizy dokumentacji projektowej i to nawet wtedy, gdy nie są one wprost wskazane w Dokumentacji Projektowej. Będą one uznawane za objęte zakresem Przedmiotu Umowy i Wynagrodzenia.

Wykonawca podtrzymuje w tym zakresie argumentację przedstawioną w punkcie 8 Odwołania, rozszerzając ją o kwestie związane z przygotowaniem przedmiarów na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający jest w tym przypadku związany treścią *Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji*

technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz program funkcjonalno-użytkowy. Przygotowując dokumentację projektową jest zobligowany uzyskać dokumenty, o których mowa w ww. Rozporządzeniu.

Jednym z takich dokumentów jest przedmiar robót, o którym mowa w §4 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia.

Przedmiar zgodnie z §6 Rozporządzenia, powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót wraz z ich szczegółowym opisem lub ze wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis. Jak widać ze wskazanej jednostki redakcyjnej, ww. dokument dostarcza informacji o zakresie, który ma zostać powierzony wykonawcy robót. Jest to zrozumiałe, albowiem to właśnie przedmiar będzie kolejno stanowił podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego, wypełnianego przez podmioty zainteresowane zamówieniem publicznym dla określenia ostatecznej ceny ofertowej.

Jeżeli przedmiar został prawidłowo sporządzony, to Zamawiający nie powinien stosować klauzul, które rozszerzają obowiązki wykonawcy o bliżej nieokreślony zakres. Zamawiający na podstawie dokumentów otrzymanych od projektanta powinien mieć możliwość klarownego określenia zakresu prac i jakie roboty powinny zostać wycenione wprost.

Oczywiście Odwołujący zdaje sobie sprawę z istnienia robót towarzyszących i tymczasowych, jednak te można wskazać wprost, wpisując obowiązek ich ujęcia w cenie jednostkowej, ograniczając ich zakres wskazaniem na technologie prowadzenia prac.

Odwołujący, w sytuacji, w której Zamawiający w sposób prawidłowy wyegzekwował swoje uprawnienia od Projektanta, nie widzi podstaw dla pozostawienia ww. klauzuli umownej.

11. Zarzut naruszenia art. art. 439 ust. 1 pzp w §32 ust. 1 pkt 1 PPU

Zamawiający zgodnie z art. 439 pzp, wprowadził w §32 PPU klauzulę waloryzacyjną, ponieważ przedmiotowe zamówienie będzie realizowane przez okres dłuższy aniżeli 6 miesięcy.

Jednak Zamawiający wskazał, iż waloryzacja będzie możliwa dopiero co do wynagrodzenia określonego w fakturach wystawionych po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Z taką regulacją nie zgadza się Odwołujący wskazując na jej niezgodność z *ratio legis* zmian jakie nastąpiły w Ustawie pzp, jak też oderwanie od realiów gospodarczych i rynkowych budownictwa drogowego.

Obecnie funkcjonująca Ustawa pzp, w dniu jej wejścia w życie obligowała wprowadzenie mechanizmów waloryzacyjnych dla realizacji przekraczających 12 miesięcy, co też było efektem formułowania klauzul, które zezwalały na zmianę wynagrodzenia w tym trybie właśnie po upływie 12 miesięcy od podpisania umowy/rozpoczęcia realizacji. Wykonawcy, którzy nie zgadzali się z tym stanem rzeczy próbowali przekonać Krajową Izbę Odwoławczą, iż nie ma przeszkód dla rozpoczęcia waloryzacji w okresie wcześniejszym (po upływie już 6 miesięcy). Izba w znakomitej części swoich orzeczeń oddalała takie odwołania, wskazując, że skoro waloryzacja dotyczy projektów, które okresem trwania przekraczają 12 miesięcy, to Ustawodawca uznał, że profesjonalny wykonawca jest w stanie przewidzieć i wycenić ryzyko zmian cenowych właśnie w tym okresie, a ewentualna zmiana wynagrodzenia staje się nieprzewidywalna dopiero po jego upływie.

Jednak wejście w życie *Ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. 2022 poz. 2185)*, doprowadziło do modyfikacji art. 439 pzp (vide: art. 48 Ustawy) i przyjęciu, że waloryzacja będzie obligatoryjna dla kontraktów z okresem trwania już powyżej 6 miesięcy. Stosując analogiczną argumentację, jak dla uchylonego okresu 12 miesięcy, należy wskazać, że ustawodawca doszedł do wniosku, że przy tak dynamicznych zmianach na rynku (przede wszystkim) robót budowlanych, wykonawcy nie są w stanie

przewidywać cen na okres dłuższy aniżeli 6 miesięcy. Wobec powyższego, już tylko ta argumentacja powinna skłonić Zamawiającego do działania zgodnego z założeniami legislacyjnymi Ustawy i zmodyfikowania kwestionowanej treści PPU.

Dodatkowo, Odwołujący pragnie wskazać na orzecznictwo KIO, które dostarcza wskazówek, jak należy ustalać „okres buforowy” poprzedzający rozpoczęcie waloryzacji wynagrodzenia, gdzie Izba orzekła zgodnie z wnioskami wykonawców:

Orzeczenie KIO z dnia 25 października 2022 r. sygn. akt KIO 2544/22:

*„W ocenie Izby, **zważywszy na obecnie obserwowaną dynamikę zmian cen** oraz przyjętą w Umowie procedurę wprowadzania zmian wynagrodzenia, należy uznać za wskazane, aby pierwsza waloryzacja miała miejsce po 6 miesiącach obowiązywania Umowy, a nie po 12 miesiącach, jak to obecnie wynika z Umowy”.*

Orzeczenie KIO z dnia 2 marca 2022 r. sygn. akt KIO 440/22

*„Zdaniem Izby, wskazane wyżej okoliczności faktyczne, **w tym przede wszystkim rosące z miesiąca na miesiąc ceny, uzasadniają to, by możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy następowała już po 6 miesiącach** od podpisania umowy. Dlatego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany § 13 ust. 10 projektu umowy w tym zakresie zgodnie z żądaniem odwołującego”.*

Zupełnie na marginesie należy zauważyć, że Zamawiający w treści PPU przewidział tzw. Kamienie Milowe, w tym jeden przypadający na okres pierwszych 9 miesięcy realizacji zamówienia, a nakazujący wykonanie robót o wartości minimum 30% kwoty kontraktowej. Posługując się proporcją, Odwołujący wskazuje, że przy obecnych założeniach, aż 40% robót zleconych przez Zamawiającego nie będzie podlegać waloryzacji.

Mając to na względzie zarzut należy uznać za zasadny.

12. Naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a pzp w §32 ust. 1 pkt 3 PPU.

Zamawiający wskazał następujący zapis SWZ:

- 3) waloryzacja będzie odbywała się przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji, obliczonego według następującego wzoru: $W = \text{CBM} / 100$ gdzie CBM – **oznacza wskaźnik ceny produkcji budowlano-montażowej ogółem obowiązujący w miesiącu wystawienia faktury, opublikowanej przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na stronie GUS, jako wskaźnik) zmiany w stosunku do daty złożenia ofert,**

Odwołujący może jedynie domniemywać jakie są założenia mechanizmu waloryzacyjnego, który proponuje Zamawiający jednak w jego ocenie zapisy w tym zakresie powinny być klarowne, aby nie dostarczały problemów interpretacyjnych na etapie realizacji.

Odwołujący rozumie, że za współczynnik determinujący tak wartość waloryzacji, jak i poziom zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, Zamawiający przyjął wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowej ogółem (dalej jako: BUD-MONT) opublikowany przez Prezesa GUS na stronie urzędu.

Do tego miejsca Odwołujący nie ma zastrzeżeń, jeżeli chodzi o przyjęte rozwiązania umowne. Jednak dalej możemy przeczytać „jako wskaźnik zmiany w stosunku do daty złożenia ofert”. Wykonawca zwraca uwagę, że publikowany wskaźnik nie odnosi się do dowolnej daty odniesienia, a jedynie obrazuje zmiany współczynnika w skali miesiąc do miesiąca lub rok do roku.

Co za tym idzie, wykonawca nie ma możliwości pobrania ze strony internetowej GUS wskaźnika, który spełniałby wymogi, o których mowa w drugim zdaniu §32 ust. 1 pkt 3 PPU.

Dla uzyskania efektu, który jak domniemywa Odwołujący, Zamawiający chciał osiągnąć konieczne jest skorygowanie treści klauzuli i ujęcie tam działań matematycznych jakie należy wykonać dla uzyskania odpowiedzi, jak zmienił się wskaźnik od momentu podpisania umowy.

W innym wypadku do waloryzacji nigdy nie dojdzie, albowiem wskaźnik miesiąc do miesiąca zmienia się w przedziale (w badanym okresie 1,5 roku) od 0,6 % do 1.4 %, co przy ustaleniu progu zmiany na poziomie 5% uczyni waloryzację martwą.

Wobec powyższego, dla zapewnienia prawidłowego przebiegu realizacji, Odwołujący podtrzymuje swoje wnioski w zakresie klauzuli waloryzacyjnej.

13. Zarzut naruszenia art. 99 pzp w zw. z art. 103 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp

W dniu 21.05.2021 r. tut. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S/098-252662 na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Przebudowa DP Nr 1339F na odcinku od węzła A2 do planowanej obwodnicy i budowa obwodnicy miasta Trzciel”. **Ww. zamówienie zostało udzielone wykonawcy INFRAKOM Kościan Sp. z o.o. sp. komandytowo-akcyjna z siedzibą w Kościanie.** Błędne założenia projektowe uniemożliwiły jednak realizację robót w warunkach gruntowych zastanych na placu budowy, co skutkowało odstąpieniem przez Zamawiającego od realizacji umowy z wykonawcą robót na przebudowę drogi powiatowej oraz budowę obwodnicy Trzciela.

Następnie, w oparciu o poprawioną dokumentację projektową zostało ogłoszone nowe postępowanie przetargowe, którego dotyczy niniejsze Odwołanie. Nie mniej jednak, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie załączył do SWZ dokumentacji inwentaryzacyjnej z wykonanych przez poprzedniego wykonawcę robót oraz nie załączył badań dotyczących tych robót, przez co niemożliwe jest dokonanie przez wykonawcę rzetelnej wyceny, biorąc pod uwagę parametry zarówno ilościowe, jak i jakościowe dotyczące robót już wykonanych.

W ocenie Odwołującego, będącego profesjonalnym podmiotem działającym z powodzeniem od wielu lat na rynku budowlanym, w opisie przedmiotu zamówienia powinny się znaleźć wnioscowane dokumenty inwentaryzacyjne, bowiem na tej podstawie Odwołujący mógłby bezsprzecznie ustalić zakres prac do wykonania w zakresie chociażby rzeczywistej ilości nasypów do wykonania, rzeczywistej ilości drzew/krzewów podlegających wycince.

Obecnie Odwołujący bazując jedynie na ogólnodostępnych zdjęciach satelitarnych, wstępnie ustalił, że część nasypu i część wycinki została już wykonana, co jednak nie jest w żaden sposób wiarygodne, ani miarodajne, ponieważ w ten sposób nie ma możliwości skorygowania przedmiaru.

Ponadto, niezłączenie wyników badań powykonawczych, uniemożliwia Odwołującemu oszacowanie ewentualnego zakresu robót, który mógłby podlegać rozbiórce, generując dodatkowe koszty.

Odwołujący ponownie wskazuje, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny. Kluczowa dla dokonania wyceny zadania i określenia faktycznego powierzonego w przyszłości do wykonania, jest analiza dokumentów inwentaryzacyjnych

i wyników badań o które Odwołujący wnioskuję. Na obecnym etapie, każda próba rzetelnej wyceny niniejszego zadania jest obciążona błędem.

Odwołujący nie będzie powielał argumentacji przedstawionej w poprzednich zarzutach odnoszącej się do obowiązków Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wskazując, że znajdują one zastosowanie również w niniejszym przypadku.

Jednocześnie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że nieprzedłożenie wnioskowanej dokumentacji stawia INFRAKOM w pozycji korzystniejszej i uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych oferentów, albowiem w sytuacji w której ten chciałby ponownie starać się o przedmiotowe zamówienie, dysponuje znacznie szerszą wiedzą. INFRAKOM posiada informację o już wykonanych zakresach (o które może skorygować kosztorys), warunkach gruntowych i problemach na terenie budowy, jak też o jakości wykonanych prac. Wiedza na którą wskazuje Odwołujący pozwoli INFRAKOM na zmodyfikowanie swojej propozycji cenowej w sytuacji gdzie pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący) będą zmuszeni do wprowadzenia odpowiednich rezerw finansowych, które obejmowałyby uprzednio wykony zakres prac o bliżej nieokreślonym zakresie i jakości.

Reasumując:

- Zamawiający zobligował wykonawcę do ujęcia w cenie jednostkowej wszelkich kosztów towarzyszących procesowi budowlanemu, a nie stanowiących *stricte* robót budowlanych,
- Zamawiający w szeregu zapisów umownych rozszerza obowiązki wykonawcy o zakres niedający się zidentyfikować posługując się zwrotami nieostrymi i ogólnymi,
- Zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązki formalne (związane z decyzjami, uzgodnieniami, zezwoleniami itd.) które leżą po stronie podmiotu przygotowującego dla niego dokumentację projektową lub też po jego stronie,
- Zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązek weryfikacji dokumentacji projektowej, mimo, iż z natury Umowy o roboty budowlane obowiązek ten na wykonawcy nie spoczywa,
- Zamawiający wprowadza obowiązek wyceny i prowadzenia ratowniczych badań archeologicznych mimo, iż nie sposób określić ich zakresu i skali,
- Zamawiający wprowadza rozwiązania waloryzacyjne, które nie spełniają wymogów ustawowych i które odbiegają do realiów rynkowych.
- Zamawiający nie przekazał pełnego zakresu informacji niezbędnego do wyceny niniejszego zadania, stawiając jednego z wykonawców w pozycji uprzywilejowanej.

Mając na względzie przedstawioną argumentację, wnosimy i wywodzimy jak powyżej.

.....

Załączniki:

1. Dowód wniesienia opłaty od odwołania;
2. Pełnomocnictwo, KRS Odwołującego wraz z opłatą od pełnomocnictwa,
3. Ogłoszenie o zamówieniu,
4. SWZ postępowania,
5. Załącznik nr 2 do SWZ – PPU
6. Dowód doręczenia Odwołania Zamawiającemu.