

Poznań, dnia 21 czerwca 2018 r.

PREZES
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający: MIASTO POZNAŃ
Pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań

AQUANET S.A.
ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań

w imieniu których działa inwestor
zastępczy:

Poznańskie Inwestycje Miejskie
Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

Pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
tel. fax. 61 884 20 36
e-mail: zamowienia.publiczne@pozim.pl

Odwołujący: TORPOL S.A.
ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań
reprezentowana przez:
radcę prawnego Piotra Nowaka
ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań
fax. 61 87 82 790, p.nowak@torpol.pl

Sygnatura: KIO 1149/18


Data i godzina posiedzenia: 26.06.2018 r. godz. 10:00

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Działając w imieniu Miasta Poznania oraz Aquanet S.A., niniejszym wnoszę o:



Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302699539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



1. oddalenie odwołania Odwołującego w całości,
2. zasądzenia na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym:
 - a. kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby zgodnie z wykazem przedstawionym po zakończeniu postępowania,
 - b. wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

UZASADNIENIE

Dla zwięzłości pisma Zamawiający w dalszej jego części posługiwać się będzie następującymi terminami:

ODWOŁUJĄCY: TORPOL S.A., nr KRS 0000407013,

PFU: Program Funkcjonalno Użytkowy dla Zamówienia

ZAMÓWIENIE: Zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest " Budowa trasy tramwajowej od Pętli Wilczak do Naramowic w Poznaniu" oraz "Budowa węzła komunikacyjnego Nowa Naramowicka" postępowanie nr: PIM/0555555/18/ZP44/2016-71, ogłoszenie o zamówieniu 2018/S-103-234622.

ROZPORZĄDZENIE: Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. 2013 poz. 1129).

I. WSTĘP

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa i zaniechania czynności, do których był zobowiązany. Z zarzutami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

2

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



Poniżej w części II odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawia argumentację przemawiającą za niezasadnością zarzutów Odwołującego, w kolejności podyktowanej treścią odwołania (zarzutami).

Niezależnie od powyższego Zamawiający - wychodząc naprzeciw wszystkim oferentom zainteresowanym Zamówieniem - dokonuje następujących zmian w projekcie umowy:

1.

Zamawiający zmienia treść Załącznika nr 1 do SIWZ (projektu umowy) § 4 ust. 1 pkt. 7 poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„7) w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy, ureguluje kwestie prawno-gruntowe związane z pozyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Niniejsze działanie winno uwzględniać również uwarunkowania szczególne gestorów uzbrojenia podziemnego w tym zakresie. Wykonawca nie jest zobowiązany do ponoszenia kosztów odszkodowania za nieruchomości, o których mowa w art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1496 z późn. zm.). Koszty odszkodowań ponosi Zamawiający.”

- związane z zarzutem nr 1.2 odwołania

2.

Zamawiający zmienia w Załączniku nr 1 do SIWZ (projekcie umowy) § 20 ust. 2 pkt. 4) oraz ust. 9 i 10 w ten sposób, że:

termin „21 dni” zastępuje terminem „25 dni”.

- związane z zarzutem nr 9 odwołania

Zamawiający podkreśla, że ww. zmiany w treści projektu umowy nie są spowodowane naruszeniem przez obecną treść tego dokumentu przepisów prawa, a raczej wolą dokonania przez Zamawiającego zmian, które wpłynąć mogą na zwiększenie konkurencyjności Zamówienia.

Niezależnie od powyższego w dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający ustosunkuje się merytorycznie do ww. zarzutów wykazując, że nie stanowiły one jakiegokolwiek naruszenia przez Zamawiającego.

II. NIEZASADNOŚĆ ZARZUTÓW ODWOŁANIA

ZARZUT 1.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 31 § 2 i 3 pzp oraz przepisów 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 (dalej: „Rozporządzenie”)

Pierwszy z zarzutów wskazanych w treści Odwołania dotyczy rzekomo nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W opinii Odwołującego określenie, iż tablica nr 2, stanowiąca element treści PFU I Części opisowej (pkt. 1.1, str. 10 i 11), opisująca przedmiot poszczególnych Odcinków w ujęciu rzeczowo-ilościowym, ma charakter wyłącznie szacunkowy (informacyjno-pomocniczy), który nie może być utożsamiany z przedmiotem robót budowlanych, stanowi zaprzeczenie dla jakiego został stworzony PFU. W konsekwencji zdaniem Odwołującego nie jest on w stanie dokonać wyceny ryzyka oraz skalkulować ceny oferty. Dalej, Odwołujący podnosi, iż lakoniczne stwierdzenie w treści PFU (II Część informacyjna, pkt. 2 str. 169), iż „w przypadku konieczności pozyskania prawa do dysponowania gruntem na cele budowlane obowiązek ten spoczywa na wykonawcy” budzi wątpliwości w zakresie obowiązków jakie ciążyą na Wykonawcy. Wątpliwości Wykonawcy budzi również okoliczność, czy będzie on zobligowany do poniesienia kosztów odszkodowania za nieruchomości lub zawarcia umów w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Odwołujący ma również zastrzeżenia dotyczące treści SIWZ w pkt. 7.9 (str. 10; por. § 3 ust. 9 projektu Umowy) zgodnie z którym „Zamawiający przekaze Wykonawcy w terminie do 30 listopada 2018 r. projekty budowlano-wykonawcze dla realizacji robót rozbiórkowych zakresie Odcinka VII dla obiektów kubaturowych określonych w załączniku nr 10 do Umowy. Wykonawca jest zobowiązany w terminie do 30 dni od dnia jej doręczenia do rozpoczęcia prac rozbiórkowych poszczególnych obiektów kubaturowych w kolejności wskazanej przez Zamawiającego pod warunkiem równoczesnego pozyskania do tej daty Decyzji Budowlanej umożliwiającej prowadzenie przedmiotowych prac oraz wypowiedzenia umów przyłączeniowych z właściwymi gestorami sieci. Jeżeli Wykonawca nie otrzyma od Zamawiającego Decyzji Budowlanych, o których mowa wyżej, w terminie do 31 marca 2019 r., ich pozyskanie leży po stronie Wykonawcy.”

Zdaniem Odwołującego przedmiotowe postanowienia nie pozwalają na właściwą kalkulację ryzyka w zakresie realizacji zamówienia. Podobny zarzut dotyczy również § 4 ust. 1 pkt. 7) oraz § 16 ust. 2 projektu umowy, które stanowią, iż Wykonawca „w zakresie niezbędnym do realizacji Przedmiotu Umowy, ureguje kwestie prawno - gruntowe związane z pozyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Niniejsze działanie winno uwzględniać również uwarunkowania szczególne gestorów uzbrojenia podziemnego w tym zakresie”. Tym samym, Wykonawca „dokona wszelkich niezbędnych uzgodnień z właścicielami lub zarządcami przedmiotowych nieruchomości, w szczególności uzyskując stosowne zgody lub

4

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302688539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



zawierając odpowiednie umowy". W opinii Wykonawcy biorąc pod uwagę fakt, iż na obecnym etapie nie są znane szczególne uwarunkowania gestorów uzbrojenia podziemnego, przyłączy zlokalizowanych wokół terenu budowy nie jest on w stanie określić ceny w składanej przez siebie ofercie.

Zarzuty Odwołującego się w zakresie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1.1, 1.2, 1.4, 5 i 7) jednoznacznie wskazują, że Odwołującemu umyka istota niniejszego zamówienia albo też dąży on do zmiany charakteru projektu umowy. Jednakże dążenie do przekształcenia umowy rezultatu w umowę starannego działania nie może zyskać aprobaty, cel umowy jest bowiem określony i leży u podstaw kreacji stosunku obligacyjnego, zatem nie ma możliwości jego zmiany.


Jeżeli zamówienie realizowane jest w trybie "zaprojektuj i wybuduj", dane przedstawione przez Zamawiającego są jedynie danymi wyjściowymi do procesu projektowania (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1943/11). Tym samym, specyfika udzielanego zamówienia, niesie ze sobą określone konsekwencje, które Odwołujący pomija w treści odwołania. Wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób oczekiwać, iż Zamawiający poza określeniem celu przedsięwzięcia, przy określeniu swoich wymagań, ma możliwości, biorąc pod uwagę charakter tego zamówienia, opisać przedmiot zamówienia w sposób, którego oczekiwałby Odwołujący.

W omawianym przypadku - na co zwrócić trzeba szczególną uwagę - Zamawiający dysponuje bardzo obszerną dokumentacją planowanego zadania. Materiały te Zamawiający przekazuje wszystkim potencjalnym oferentom w ramach Zamówienia. Zadaniem Odwołującego jest na bazie otrzymanych materiałów sporządzenie własnych projektów (budowlanego i wykonawczego), a następnie zrealizowanie w oparciu o wykonane projekty robót budowlanych. Od powyższej zasady Zamawiający przewidział dwa wyjątki. Pierwszy dotyczy Odcinka I - Pętli Wilczak, gdzie Zamawiający dostarcza już projekt budowlany wraz ze STWIORB i decyzją w sprawie pozwolenia na budowę, oczekując od Wykonawcy wykonania robót budowlanych. Drugi dotyczy Odcinka VII Zadania inwestycyjnego (rozbiórek obiektów kubaturowych), w przypadku którego Zamawiający dostarczy Wykonawcy dokumentację budowlano-wykonawczą również dla rozbiórki obiektów kubaturowych. Dokładne określenie obiektów do rozbiórki wynika z treści projektu umowy (por. załącznik nr 10).

W konsekwencji, Wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia Wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu za osiągnięcie umówionego rezultatu.

Tym samym, brak jest wskazywanego przez Odwołującego ryzyka złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, wynikających z tego, że w toku wykonywania umowy może zaistnieć konieczność wykonania prac nie uwzględnionych w dokumentacji przetargowej. Podmiot profesjonalny na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego

5



dokumentacji jest w stanie dokładnie określić zakres niezbędnych prac do wykonania oraz wycenić związane z tym ryzyka.

Alokacja określonych ryzyk po stronie Wykonawcy nie stoi na przeszkodzie dokonaniu prawidłowej oceny oferty. Istotą ryzyka jest stan niepewności, ale wobec przewidywanych (określonych przez Zamawiającego) ryzyk, wycena świadczenia, przy uwzględnieniu prawdopodobieństwa ich wystąpienia i wagi (znaczenia) ziszczenia się owego ryzyka z punktu widzenia Wykonawcy, jest możliwa. Zaś sama alokacja ryzyk po stronie Wykonawcy nie jest niedopuszczalna. W tym miejscu po raz kolejny wypada zauważyć, że nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji i umowy jest świadczenie w postaci zaprojektowania i zrealizowania określonej inwestycji, opisanej przez Zamawiającego w PFU. Wykonawca posiada dużą sferę swobody w wykonaniu zadania. Gdyby przyjąć odmienną koncepcję doszłoby do wypaczenia zawartego stosunku zobowiązaniowego.

Wykonawca przyjmując wskazane przez Zamawiającego ryzyko i szacując prawdopodobieństwo jego wystąpienia ma możliwość skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem powyższego i jakkolwiek nie jest to zadanie proste, to jednak możliwe do oszacowania przez wykonawców. Za absolutnie nieprzekonującą należy uznać argumentację, że powyższe doprowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych. Skoro wykonawcy mają wiedzę o spornym ryzyku to oczywistym jest, że winni uwzględnić powyższe w cenie, zaś zupełnie czym innym jest fakt, że wycena tego ryzyka u wykonawców z pewnością będzie kształtowała się na różnym poziomie, jakkolwiek nie przesądza to o możliwości złożenia ofert nieporównywalnych (por. wyrok KIO z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 130/14).

W ocenie Zamawiającego obowiązki nałożone na Wykonawcę są jasne i klarowne – na co wskazuje również brak problemów Odwołującego z ich identyfikacją. Odwołujący nie miał bowiem żadnych problemów z zauważeniem określonych ryzyk - kwestionuje jedynie ich zasadność, w tym wskazuje na trudności w oszacowaniu związanych z nimi kosztów.

Co do tej, ostatniej kwestii podkreślić winno się, że porównywalność cenowa ofert stanowi zasadę wypracowaną na przestrzeni lat przez orzecznictwo. Nieporównywalność cenowa ofert stanowi wadę postępowania tego rodzaju, że jej źródłem musi być dokumentacja postępowania (zazwyczaj w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub sposobu obliczenia ceny) i musi ona posiadać swoje źródło w tej dokumentacji w taki sposób, że istotna i obiektywna wadliwość nie pozwala na zidentyfikowanie lub wycenę pełnego zakresu rzeczowego zamówienia przez wszystkich wykonawców. Okoliczność ta musi być zatem bezsporna, tkwiąca w samym opisie zamówienia i mieć charakter obiektywny. Do jej stwierdzenia nie wystarcza uznanie, że wykonawcy mogą mieć trudności realizacyjne lub organizacyjne, w tym nie wystarcza uznanie, że wycena poszczególnych ryzyk wymaga ponadprzeciętnego nakładu sił i środków.

Sprawą Wykonawców pozostaje więc w jaki sposób spodziewane koszty realizacji inwestycji wycenią, jaki margines ceny ofertowej na pokrycie ich ewentualnego wzrostu przewidzą. W ich gestii również pozostaje w jaki sposób taki koszt oszacują (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2004/16).

6

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Włoczyń Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



Co się tyczy zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, iż tylko na niego Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania. Każdy z Wykonawców będzie miał na etapie składania oferty oraz realizacji przedmiotu zamówienia takie same obowiązki. Okoliczność ta dotyczy zarówno etapu ubiegania się o zamówienia (szacowania kosztów i ryzyk), jak również w konsekwencji organizacji procesu inwestycyjnego.

Podsumowując, w przekonaniu Zamawiającego w rzeczonyj sprawie mamy do czynienia ze szczegółowym i jednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia. Wątpliwości Odwołującego, na których oparty jest przedmiotowy zarzut, wynikają z odczytywania poszczególnych postanowień SIWZ w sposób wybiórczy, który nie uwzględnia dokumentacji towarzyszącej. Wszelkie informacje, jakich winien oczekiwać Wykonawca, znajdują się w treści ogłoszonego zamówienia. Niewątpliwie materiał ten jest szeroki i wymaga poszerzonej analizy, niemniej jednak powyższe nie stanowi bynajmniej o jego nieprecyzyjności. Wręcz przeciwnie. W tym miejscu uwypuklić należy okoliczność, iż wszelkie przedłożone do SIWZ materiały winny być odczytywane łącznie. Ich skrupulatna i wnikliwa analiza prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie uchybił obowiązkowi właściwego opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, Zamawiający jedynie ubocznie wskazuje, że zgodnie z opinią KIO wynikający z art. 29 ust. 1 pzp obowiązek Zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez Zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska Wykonawca. Nie można pomijać, że ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na roboty nie zawiera w tym zakresie żadnych odrębnych norm, jedynie w art. 31 ust. 1 pzp wskazuje wspólne dla wszystkich zamówień na roboty budowlane niezbędne elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji przy poszukiwaniach odpowiedzi na pytanie o opis przedmiotu zamówienia w przypadku zamówień na roboty budowlane, gdzie przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe, należy stosownie do odesłania zawartego w art. 14 pzp odwołać się do przepisów kodeksu cywilnego. Ten zaś w art. 632 § 1 stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia daje Zamawiającemu pewien margines niedookreślenia przedmiotu zamówienia, gdyż płatne jest ono za osiągnięcie określonego rezultatu, nie zaś wyłącznie za realizację zamkniętego katalogu czynności. Zgodnie z brzmieniem art. 632 § 1 k.c. Wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko wynikające z tego, że rozmiar i koszt prac może być większy niż wynikający z dokumentacji projektowej i ryzyko to winien uwzględnić w cenie oferty. W tym przypadku dodatkowo dokumentacja projektowa zostanie wytworzona przez samego Wykonawcę. Trafność wyszacowania tego ryzyka, ocena rozmiaru prac zależy w ocenie Zamawiającego przede wszystkim od profesjonalizmu Wykonawcy, którego Zamawiający ma słusze prawo oczekiwać. Innymi słowy brak przesądzenia rozmiaru prac albo nieujęcia wszystkich elementów

7

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 886 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



kosztotwórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 pzp (por. wyrok KIO z dnia 5 lipca 2016 r., sygn.. akt: KIO 1101/16), czego Odwołujący zdaje się nie zauważać.

Mimo zatem, iż na Zamawiającym nie ciążył obowiązek bardzo precyzyjnego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, wobec wyboru przez niego wynagrodzenia ryczałtowego, przedłożenie przez niego licznych materiałów do zamówienia, mających charakter pomocniczy dla wyceny ryzyk i ceny ofertowej, spotyka się z całkowicie nieuzasadnionymi zarzutami po stronie Odwołującego.

W analizowanym przypadku Zamawiający w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wyszedł daleko poza niezbędne minimum, określone przepisami prawa oraz normami wyznaczającymi standard opisu przedmiotu zamówienia. O powyższym świadczy chociażby kwestionowana przez Odwołującego Tabela nr 2 (por. PFU Część opisowa, pkt. 1.1, str. 10 i 11; zarzut 1.1). Pomimo braku takiego obowiązku – wobec wyboru wynagrodzenia ryczałtowego – Zamawiający przedłożył bowiem materiał pomocniczy li tylko celem ułatwienia Wykonawcy dokonania szacunku w zakresie wyceny ryzyk i ceny ofertowej. Ponieważ w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obowiązkiem Wykonawcy jest wykonanie wszelkich prac niezbędnych do realizacji robót budowlanych, oczekiwanie Zamawiającego, zawarte w kwestionowanych postanowieniach, aby profesjonalny wykonawca poznał wszelkie uwarunkowania mogące mieć znaczenie w toku wykonywania umowy, a Tabelę nr 2 traktował jako materiał pomocniczy, jest adekwatne do charakteru umowy. Ponadto, w przypadkach, gdy Zamawiający nie widział podstaw dla obarczania Wykonawcy określonymi obowiązkami z oczywistych powodów nie zostały one wskazane w treści SIWZ (jak np. w zakresie ponoszenia przez Wykonawcę kosztów ewentualnych odszkodowań za grunty), co w sposób jednoznaczny wynika również z kodów CPV (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia).

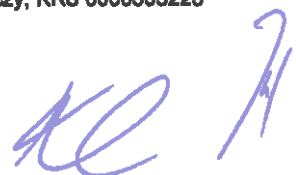
Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego się w zakresie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazuje co następuje.

ZARZUT 1.1

Nie sposób zgodzić się, ze stanowiskiem Odwołującego, iż Zamawiający nie doprecyzował zakresu robót w PFU I Części opisowej (pkt 1.1 strona 10 i 11), przerzucając na Wykonawcę ciężary z tym związane, przy jednoczesnym ograniczeniu Wykonawcy w możliwości składania roszczeń o zmianę wynagrodzenia.

Przytoczona przez Odwołującego argumentacja w uzasadnieniu Odwołania oparta jest na odczytywaniu PFU w sposób wybiórczy i oderwanym z kontekstu fragmencie PFU. Zgodnie z treścią pkt 1.1. I Części opisowej PFU (str. 10) „Podstawowe parametry opisujące zakres prac projektowych oraz robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszej Inwestycji, zawarto w zestawieniach poniżej”. Wskazuje ono jednoznacznie, że Tablica nr 1 oraz 2 zawiera jedynie podstawową charakterystykę zadania, a zatem nie należy ich traktować jako jedyne i wyczerpujące źródło informacji dla sporządzenia oferty.

8



Zgodnie z art. 31 pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli natomiast Zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót, wówczas opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego.

Jak przy tym słusznie wskazał Odwołujący zarówno zakres jak i forma PFU wynikają z treści Rozporządzenia (por. art. 31 ust. 4 pzp). Wobec powyższego, w treści pkt. 1.1 (Charakterystyczne parametry zakresów robót) Zamawiający nie ma obowiązku zawarcia wszystkich informacji dotyczących Zamówienia. Znajdują się tam tylko dane kluczowe, kierunkowe. Nie oznacza to, że są to wyłączne informacje o przedmiocie Zamówienia.

Zamawiający wyjaśnia, że całość danych zamieszczonych w PFU ujęto w następującym schemacie:

- a. w pkt. 1.2 PFU zawarto aktualne uwarunkowania realizacji przedmiotu zamówienia z podziałem na warunki ogólne oraz opis stanu istniejącego z uwzględnieniem poszczególnych Odcinków;
- b. w pkt. 1.3 PFU zawarto ogólne właściwości funkcjonalno – użytkowe obiektów;
- c. w pkt. 1.4 PFU, zawarto szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych wg PN-ISO 9836:1997;
- d. w pkt. 2.1 PFU, zawarto wymagania Zamawiającego odnośnie cech obiektów budowlanych w zakresie rozwiązań budowlano – konstrukcyjnych, w podziale na poszczególne Odcinki;
- e. w pkt. 2.2 PFU, zawarto warunki wykonania i odbioru robót budowlanych, w podziale na prace projektowe oraz roboty budowlane;
- f. w pkt. 4 PFU, zamieszczono załączniki uzupełniające dane zawarte w treści PFU.

Wobec powyższego, uznać należy, że sporządzony na potrzeby niniejszego postępowania PFU spełnia wszelkie wymagania określone w Rozporządzeniu.

Nie sposób oczekiwać od treści PFU wysokiego stopnia szczegółowości, podobnego do pełnej dokumentacji projektowej. PFU - ze swej natury - zawiera bowiem jedynie ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągnięcie Zamawiający oczekuje. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, przy formie zamówienia - "zaprojektuj i zbuduj" co do zasady powinny pozostawać w gestii Wykonawcy.

Z treści pkt 1.1 PFU Części opisowej wynika również, iż dane zawarte w Tablicy nr 2 nie powinny być utożsamiane z przedmiarem robót w rozumieniu Rozporządzenia. Takowy bowiem - w związku z faktem, iż przedmiotem Zamówienia jest inwestycja w procedurze „zaprojektuj i wybuduj” - nie jest wymagany na obecnym etapie realizacji Zamówienia. Zamawiający w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wyszedł zatem daleko poza niezbędne minimum, określone przepisami prawa oraz normami wyznaczającymi standard opisu przedmiotu zamówienia. Niniejsze stanowisko znajduje również swe potwierdzenie

9



w treści art. 31 ust. 2 pzp, z którego jednoznacznie wynika, że podstawą opisu przedmiotu zadania jest PFU. Obowiązek sporządzenia przedmiaru robót nie wynika również z treści Rozporządzenia. Opracowanie przedmiarów jest zatem w ramach inwestycji „zaprojektuj i wybuduj” opartego na wynagrodzeniu ryczałtowym zbędne. Jak już wskazano powyżej, pomimo zatem braku takiego obowiązku – wobec wyboru wynagrodzenia ryczałtowego – Zamawiający przedłożył Tabelę nr 2 dla oferentów jako materiał pomocniczy – li tylko celem ułatwienia Wykonawcy dokonania szacunku w zakresie wyceny ryzyk i ceny ofertowej. Ponadto, Wykonawca przy składaniu oferty winien również opierać się na Tabeli Elementów Rozliczeniowych, określającej elementy konieczne dla realizacji Inwestycji, która również ma charakter pomocniczy i nie może stanowić ograniczenia dla Wykonawcy w zakresie określenia wysokości wynagrodzenia. Wykonawca bowiem określając wysokość wynagrodzenia winien uwzględnić wszelkie prace projektowe, roboty budowlane, założenie zieleni, jej pielęgnację w okresie rękojmi i gwarancji oraz inne świadczenia konieczne do zrealizowania Przedmiotu Umowy, których konieczność wykonania Wykonawca, działając z najwyższą profesjonalną starannością, z uwzględnieniem wiedzy technicznej i doświadczenia zawodowego, mógł przewidzieć przed złożeniem oferty m.in. na podstawie analizy Dokumentacji Zamawiającego oraz własnych czynności sprawdzających oraz wszelkich szczegółowych obowiązków przyjętych przez Wykonawcę na podstawie Umowy.

W związku z powyższym, właściwe oszacowanie zakresu prac do sporządzenia oferty, leży po stronie Wykonawcy.

Zamawiający jedynie ubocznie wskazuje, iż wbrew stanowisku Odwołującego również przedmiar robót ma jedynie pomocniczy charakter w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 175/15; wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 970/13). Tym samym, żądanie Odwołującego, by przedmiotowa Tabela nr 2 stanowiąca element PFU, miała inny charakter, jest całkowicie nieuzasadnione.

Mając na uwadze powyższe rozważania stwierdzić należy, że Zamawiający sprostą opisowi przedmiotu zamówienia określonego w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Wskazał rodzaj Zadania, definiując je w projekcie umowy i zawarł jego opis w PFU. W tego rodzaju zamówieniach Zamawiający nie ma zaś obowiązku opisywania w sposób szczegółowy robót budowlanych koniecznych do wykonania, bo te determinowane są przez projekt, który sporządzany będzie właśnie przez Wykonawcę.

Stąd też, w ocenie Zamawiającego, to na Wykonawcy ciąży obowiązek przeanalizowania całości dokumentacji, wykonania odpowiedniego rozeznania w terenie, aby dochowując najwyższej profesjonalnej staranności dokonać stosownych oszacowań i wyliczeń na potrzeby oferty, którą ma złożyć.

Odwołujący błędnie utożsamia wymóg jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia z postulatem kazuistycznego określenia przez Zamawiającego czynności wymaganych od Wykonawcy. Zamawiający nie tylko nie jest zobowiązany do tworzenia takiego katalogu, ale nawet nie ma możliwości jego stworzenia. Odwołujący

10

pomija, że PFU jest dokumentem o charakterze kierunkowym, którego celem jest przedstawienie projektantowi założeń w określonych płaszczyznach. Tym samym umowa o generalną realizację inwestycji ze swej natury zawiera określenie jej celu.

Na tle poczynionych rozważań stwierdzić należy, że zakresem Zamówienia objęte są z pewnością prace, których obowiązek wykonania wynika wprost z opisu zdania, zawartego w PFU, przez uwzględnienie wymagań Zamawiającego, ale oczywistym jest, że poziom ogólności opisu zadania, dozwolony powoływanym przepisami, jak i obowiązek zaprojektowania przez Wykonawcę obiektu budowlanego nie daje Zamawiającemu podstaw i możliwości wyspecyfikowania rodzaju prac koniecznych do realizacji inwestycji. Z tych względów posłużenie się przez Zamawiającego kwestionowanym zwrotem w pkt. 1.1 PFU i Część opisowa jest uprawnione i zwracać ma uwagę potencjalnych Wykonawców, że o ostatecznym zakresie prac projektowych i robót budowlanych decyduje sam Wykonawca mając na względzie cel i rodzaj inwestycji.

ZARZUT 1.2

Nie znajduje również jakiegokolwiek uzasadnienia twierdzenie Odwołującego jakoby w sposób nieprecyzyjny został określony zakres robót związanych z koniecznością pozyskania prawa do dysponowania gruntem na cele budowlane (por. PFU II Część informacyjna, pkt 2 str. 169).

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Zamawiający stwierdza, że w jego ocenie są podstawy do przyjęcia, że przedmiot zamówienia może być zrealizowany na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (dalej: „ZRID”). Zgodnie z normą wyrażoną w art. 12 ust. 4a ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1496 z późn. zm.) na podstawie ZRID nieruchomości lub ich części stają się z mocy prawa własnością Skarbu Państwa lub odpowiednich jednostek samorządu terytorialnego, a organ który wydał ZRID wydaje również decyzję ustalającą wysokość odszkodowania za nieruchomości oraz dokonuje wypłaty odszkodowania. Tym samym, w przypadku skorzystania przez Wykonawcę, w ramach prac projektowych z możliwości uzyskania ZRID, skutkować będzie obciążeniem właściwych jednostek Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego kosztami odszkodowań należnych z tytułu wywłaszczenia nieruchomości pod drogi. W związku z tym zgodnie z § 19b Rozporządzenia nie znajduje zastosowania § 19 pkt. 2 przedmiotowego Rozporządzenia.

Niemniej jednak Zamawiający, wobec realizacji zamówienia w trybie „zaprojektuj i wybuduj” nie narzuca Wykonawcy sposobu w jaki ma zrealizować cel umowy. Decyzja ZRID jest przy tym jedną z kilku możliwych dróg do zrealizowania przedmiotu Zamówienia. Możliwe jest bowiem uzyskanie na poszczególne etapy zadania różnego rodzaju decyzji realizacyjnych (pozwolenie na budowę, zgłoszenie zamiaru wykonywania robót budowlanych, decyzja ZRID). Zamawiający oczekuje jedynie uzyskania przez Wykonawcę zgodnych z prawem decyzji pozwalających na rozpoczęcie planowanych robót budowlanych. Tym samym

11

Zamawiający nie zamyka drogi Wykonawcy do rekomendowania określonego trybu pozyskania decyzji realizacyjnej.

Należy również wskazać, że niniejszy obowiązek został dookreślony w § 4 ust. 1 pkt. 7 umowy oraz pkt. 2.2.1 ppkt. 1.8 PFU gdzie wskazano jednoznacznie, że niniejsza czynność ogranicza się do regulacji kwestii gruntowo-prawnych, w żaden sposób nie nakładając na Wykonawcę obowiązków pokrywania kosztów związanych z nabyciem gruntów lub odszkodowaniami z tego tytułu.

Dodatkowo (co powinno rozwiązać wątpliwości Odwołującego w tej kwestii) Zamawiający opisując Zamówienie za pomocą Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), zarówno w pkt. 3.3 SIWZ, jak i na stronie tytułowej PFU (pkt. 3), nie wskazał kodów referujących do obowiązku związanego z wyceną lub odszkodowaniami za grunty (czy znajdujące się na nich mienie).

Niewątpliwie zgodnie z treścią Rozporządzenia do obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym niezbędne jest stosowanie struktury systemu klasyfikacji CPV. Skoro Zamawiający nie wskazał na kody zw. z wyceną lub odszkodowaniami, Wykonawca nie ma obowiązku ponosić jakichkolwiek kosztów związanych z pozyskaniem nieruchomości na cele budowlane lub wypłatą odszkodowań za grunty. Powyższe potwierdza również treść tzw. bramek płatniczych (por. zał. nr 12 do projektu Umowy), który nie obejmuje pozycji związanych z koniecznością wyceny kosztów związanych z pozyskaniem gruntów lub odszkodowaniami za grunty.

Tym samym zarzut Odwołującego należy uznać za nieuzasadniony.

Niezależnie od powyższego Zamawiający, jak już wskazano we wstępie niniejszej odpowiedzi na odwołanie, wychodząc naprzeciw wszystkim oferentom zainteresowanym Zamówieniem, celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, dokonuje zmiany w treści Załącznika nr 1 do SIWZ (projektu Umowy) § 4 ust. 1 pkt. 7 poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„7) w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy, ureguluje kwestie prawno-gruntowe związane z pozyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Niniejsze działanie winno uwzględniać również uwarunkowania szczególne gestorów uzbrojenia podziemnego w tym zakresie. Wykonawca nie jest zobowiązany do ponoszenia kosztów odszkodowania za nieruchomości, o których mowa w art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1496 z późn. zm.). Koszty odszkodowań ponosi Zamawiający.”

ZARZUT 1.3. I 10

Kolejny zarzut Odwołującego dotyczy nieprecyzyjnego określenia zakresu robót związanych ze zobowiązaniem Wykonawcy do dokonania określonych czynności w ramach udzielonej gwarancji (por. Wzór karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik do projektu Umowy – str. 76).

Wykonawca postuluje o wykreślenie z treści karty gwarancyjnej postanowień niestanowiących wady w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego w wykonanym przez wykonawcę przedmiocie umowy alternatywnie nakazanie Zamawiającemu wykreślenie obowiązków: podlewania, nawożenia, odchwaszczania ziemi, uzupełniania ściółki, usuwania odrostów korzeniowych, kontrolowania chorób i szkodników, usuwaniu zbyt rozrośniętych kęp roślinnych oraz ogólnej poprawy struktury i wyglądu zieleni z obowiązków gwarancyjnych ze wzoru karty gwarancyjnej (str. 76).

Zgodnie ze wzorem karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik nr 6 do Projektu Umowy Gwarant w okresie gwarancji jest odpowiedzialny za kompleksową pielęgnację zieleni, a także formowanie koron drzew (przycięcie do docelowych wymiarów i kształtów, zgodnie z wymaganiami projektu budowlanego) i coroczną korektę koron mogących kolidować ze słupami oświetleniowo – trakcyjnymi, siecią trakcyjną i elewacjami budynków, oraz cięcia korygujące, sanitarne, formujące, odmładzające i prześwietlające krzewów.

Pielęgnacja w okresie gwarancyjnym polega na: podlewaniu, nawożeniu, odchwaszczaniu ziemi, uzupełnianiu ściółki, usuwaniu odrostów korzeniowych, kontrolowaniu chorób i szkodników, usuwaniu zbyt rozrośniętych kęp roślinnych oraz ogólnej poprawie struktury i wyglądu zieleni. W przypadku gdy niewłaściwie prowadzona pielęgnacja będzie skutkować częściowym obumarciem, oznakami chorobowymi lub zajęciem przez szkodnika więcej niż 50% pędów lub zbrązowieniem albo opadnięciem liści w ponad 50% korony drzewa albo krzewu (w trakcie sezonu wegetacyjnego, a nie w okresie fizjologicznej zmiany zabarwienia i opadania liści). Gwarant będzie zobowiązany do wymiany, na swój koszt, wadliwego materiału roślinnego na rośliny o takich samych parametrach, w terminie ustalonym z Uprawnionym.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż powyższe postanowienia stoją w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego.

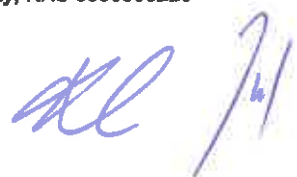
Zgodnie z treścią art. 577 § 1 KC udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego.

Z utrwalonego już poglądu orzecznictwa wynika, iż o tym, w jakim zakresie gwarant chce przejąć ryzyko ponad to, lub obok tego, co wynika z rękojmi, decyduje sam gwarant (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2004 r., sygn. akt: I CK 599/03; postanowienie

13

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 886 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2003 r., sygn. akt: III CZP 101/02). Warunki gwarancji mogą zatem odbiegać od regulacji kodeksowej - wyjąwszy przepisy imperatywne, a do takich trzeba zaliczyć te, których celem jest ochrona interesów konsumenta (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Katowicach z dnia 24 września 1999 r., sygn. akt: I SA/Ka 56/98).

Stąd też zakres przedmiotowych usług świadczonych przez gwaranta może, ale nie musi pokrywać się z kodeksowym ujęciem wady. W rzeczonyj sprawie szerszy charakter obowiązków gwarancyjnych wynika ze stanowiska Zamawiającego, iż ten sam podmiot który dokonał stosownych nasadzeń winien odpowiadać za ich żywotność. Prawidłowa pielęgnacja roślin w początkowej fazie ich wegetacji może zdecydować o jakości terenów zielonych objętych obszarem inwestycji w kolejnych latach. Zamawiający wydatkujący środki publiczne oczekuje od Wykonawcy, aby wziął on odpowiedzialność za jakość swojej pracy związanej z zagospodarowaniem terenów przez pierwsze okresy wzrostu roślin. Daje to gwarancję, że Wykonawca już na etapie realizacyjnym będzie dbał o jakość "robót terenów zielonych", aby ich prawidłowy wygląd nie ograniczał się jedynie do okresów odbiorowych.

Zwrócić trzeba również uwagę, że takie zdefiniowanie obowiązków związanych z pielęgnacją zieleni w okresie rękojmi i gwarancji znajduje swoje uzasadnienie w robotach wykonanych przez Wykonawcę, a także jest dla niego korzystne. Wykonawca w ramach zadania publicznego zobowiązany będzie do zaprojektowania i wykonania terenów zielonych wzdłuż układu drogowego oraz trasy tramwajowej. To Wykonawca zaprojektować ma zieleń, odpowiednio ją dobrać i dać gwarancję, że spełni ona oczekiwane funkcje. Innymi słowy, właściwa pielęgnacja w początkowej fazie wzrostu roślinności jest niezwykle istotna dla powodzenia tego zakresu zadania.

Zamawiający wyszedł ponadto z założenia, że wprowadzenie bezpośrednio po zakończeniu inwestycji odrębnego, zewnętrznego podmiotu świadczącego usługi w zakresie pielęgnacji terenów zielonych - jakkolwiek praktykowane - nie będzie korzystne tak dla Zamawiającego jak i samego Wykonawcy. Ingerencja w przygotowane przez Wykonawcę tereny zielone przez zewnętrznych wykonawców mogłoby generować spory w zakresie ustalenia odpowiedzialności właściwego podmiotu w przypadku obumarcia czy chorób zieleni oraz korzystania przez Zamawiającego z jego uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi. Brak nałożenia na Wykonawcę tego rodzaju obowiązków i powierzenie ich zewnętrznemu podmiotowi narażałoby Wykonawcę na ryzyko trudności w ustaleniu czy wada tkwiła rzeczywiście w roślinie czy wynikała z nieprawidłowej pielęgnacji. Ryzyko tego typu niepewności jest wyeliminowane, gdy pielęgnację realizuje sam Wykonawca. Zaproponowany przez Zamawiającego model pozwala zagwarantować racjonalne podejście do tego zakresu prac oraz ich finansowania ze środków publicznych.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i judykatury strony mogą rozszerzyć uprawnienia wynikające z gwarancji na zasadzie swobody umów. Możliwe jest takie zakreślenie uprawnień, że będą one szersze niż te, które wynikają z art. 577 § 1 k.c. (por. wyrok SN z dnia 17 kwietnia 1991 r., sygn. akt: IV CR 710/90).

Nie można zapomnieć, że stosunek zobowiązaniowy nawiązany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, różni się od stosunku nawiązywanego pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na rynku. Wynika to nie tylko z tego, że zamawiający działa w interesie publicznym i konsekwencje niepowodzenia w realizacji umowy nie obciążają jedynie zamawiającego, ale dotkną szerszej zbiorowości, ale również z tego, że na Zamawiającym wydatkującym środki publiczne ciążyą szczególne rygory związane z racjonalnością dokonywania wydatków. Wobec powyższego, przyjęcie w ramach swobody umów, odmiennych regulacji niż te określone w kodeksie cywilnym, analizy uznać za całkowicie uzasadnione, bowiem sprzyjającej prawidłowej realizacji zamówienia, w tym dochodzenia stosownych uprawnień w okresie obowiązywania gwarancji jakości.

Zdefiniowane w karcie gwarancyjnej obowiązki Wykonawca winien odpowiednio wycenić sporządzając ofertę.

Tym samym zarzut Odwołującego nie znajduje potwierdzenia.

ZARZUT 1.4.

W dalszej części odwołania Odwołujący się podnosi zarzut niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie uzyskania przez Wykonawcę Decyzji Budowlanych na realizację robót rozbiórkowych (por. SIWZ pkt 7.9).

Wykonawca domaga się uzupełnienia treści SIWZ poprzez podanie szczegółowych informacji na temat przedmiotu zamówienia obejmującego pozyskanie decyzji budowlanej oraz wypowiedzenie umów przyłączeniowych z właściwymi gestorami, poprzez podanie informacji na temat nieruchomości, umów przyłączeniowych i sposobu wypłaty odszkodowania, umożliwiających określenie wartości jakie należy skalkulować w ofercie, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie treści SIWZ o zobowiązanie, że Zamawiający będzie posiadać prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Odwołujący formułując swój zarzut oparł się na subiektywnej ocenie wybranego fragmentu SIWZ, w oderwaniu od pozostałych dokumentów opisujących przedmiot Zamówienia, a w szczególności PFU i projektu umowy.

Lokalizację obiektów kubaturowych przeznaczonych do rozbiórki w odniesieniu do planowanej infrastruktury, wraz z numerami działek, zamieszczono w pkt. 1.2 PFU str. 57 do 59 „Odcinek VII - Wyburzenia obiektów kubaturowych”. Ponadto, analogiczny wykaz znajduje się również w załączniku nr 10 do umowy. Dodatkowo w pkt. 2.1.7 PFU wskazano jednoznacznie odnośniki do odpowiednich załączników, które definiują zakres prac niezbędnych do wykonania oraz opis stanu istniejącego, w tym przyłącza związane z mediami. Ponadto, w pkt. 1.3 PFU przy opisie Odcinka VII (str. 61) Zamawiający wyjaśnia, że opracowywana przez niego dokumentacja w tym zakresie, stanowi jedynie aktualizację formalną odpowiednich tomów Projektu Wykonawczego stanowiącego załącznik do PFU.

Co się tyczy ryzyk dotyczących pozyskania nieruchomości i zgody właścicieli na rozbiórkę, wyjaśniamy, że Zamawiający jest w trakcie negocjacji w zakresie zakupu gruntów jak i poszczególnych lokali i obiektów przeznaczonych do rozbiórki opisanych w Odcinku VII. Na tej podstawie Zamawiający przewiduje zarówno w treści SIWZ jak i umowy, że do dnia 31.03.2019 r. przekaże Wykonawcy część Decyzji Budowlanych na rozbiórkę przedmiotowych obiektów. Niemniej jednak w zakresie w jakim to nie nastąpi, niniejszy obowiązek przechodzi na Wykonawcę. Wynika z tego jasno, że Wykonawca ryzyko nieotrzymania wszystkich decyzji od Zamawiającego winien uwzględnić przy przygotowaniu oferty.

Niezależnie od tego, czy Zamawiający dostarczy komplet Decyzji Budowlanych pozwalających na rozbiórkę czy jedynie ich część, liczba budynków podlegających rozbiórce nie ulegnie zmianie, zatem nie będzie to istotnie wpływać na koszty realizacyjne związane z robotami wyburzeniowymi/rozbiórkowymi.

Powyższy aspekt będzie miał znaczenie dla Wykonawcy w kontekście planowania i organizacji poszczególnych prac, np. ustalenia ich kolejności.

Równocześnie zwraca się uwagę na fakt, że w niniejszej sprawie znajdzie zastosowanie ustawa z 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, której treść Odwołującemu jest znana, o czym świadczy przygotowane przez niego uzasadnienie do zarzutu 1.2 (pkt. 3.2), drugi akapit.

Ponadto Zamawiający dbając o porównywalność ofert, w załączniku nr 12 (HRF_TER) do SIWZ arkusz „Odcinek VII” nałożył obowiązek wycenienia czynności związanych z pozyskaniem Decyzji Budowlanych i wypowiedzenia umów przyłączeniowych dla wszystkich obiektów. Opisane postanowienia wskazują Wykonawcy na konieczność uwzględniania powyższego kosztu w wynagrodzeniu ryczałtowym oraz odpowiednie zaplanowanie przez Wykonawcę poszczególnych działań w ramach procesu realizacji Zamówienia.

ZARZUT 2, 3 I 4.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zastrzeżenie kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością stosunku zobowiązaniowego określonego przepisami kodeksu cywilnego, zasadami proporcjonalności i istotą kary umownej, co stanowi w jego ocenie sprzeczność z przepisami i zasadami współżycia społecznego - art. 483 ust. 1 KC w zw. z art. 353¹KC w zw. z art. 471 KC w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp.

Odwołujący koncentruje się na 3 aspektach. Po pierwsze, stwierdza, że Zamawiający zastrzegł karę umowną w sposób umożliwiający jej nałożenie od niezależnego od Wykonawcy zdarzenia, po drugie formułuje zarzut, że Zamawiający nie przewidział maksymalnej wysokości kar, po trzecie wreszcie, że zastosował karę rażąco wygórowaną w stosunku do wysokości ewentualnej szkody Zamawiającego.

16

Nie sposób zgodzić się z ww. zarzutami Odwołującego.

Działaniem racjonalnym Zamawiającego wydatkującego środki publiczne jest ochrona swoich interesów w postaci ustalenia wysokości kar umownych zdefiniowanych w Umowie, co nastąpiło w sposób współmierny do planowanego zadania inwestycyjnego - jego skali, wagi dla Zamawiającego oraz społeczności lokalnej, a także przewidywanych ryzyk oraz szacowanej wysokości (kwoty) zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na charakter i funkcje kary umownej, które uwypuklane były wielokrotnie przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku rozpatrywania innych spraw.

Kara umowna ma charakter prewencyjno-motywacyjny dla Wykonawcy. Jest też niejednokrotnie, poza odstąpieniem od umowy, jedynym narzędziem w rękach instytucji zamawiającej, za pomocą którego może zdyscyplinować kontrahenta.

Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną (KIO 228/18). Zastosowanie kar umownych nie powoduje zachwiania zasad równości stron i uczciwej konkurencji (KIO 69/14). Na gruncie pzp kara umowna ma szczególne znaczenie (KIO/UZP 1431/08). Kara umowna ma stanowić zaporę dla naruszeń Wykonawcy. Jest to typowy i powszechnie stosowany instrument w zamówieniach publicznych.

Nie sposób zarzucić Zamawiającemu, że nie respektuje on zasady proporcjonalności i równowagi pomiędzy stronami w analizowanym przypadku. Należy uzupełniająco pamiętać, że w ramach Zamówienia wszyscy potencjalni Wykonawcy będą mieli takie same kary umowne zastrzeżone w umowie, zatem żaden z nich nie będzie dyskryminowany lub traktowany w sposób odmienny od pozostałych.

Zgodnie z art. 353¹ KC (który zdaniem Odwołującego został naruszony), strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Umowa proponowana przez Zamawiającego nie zawiera postanowień sprzecznych z właściwością, naturą, zasadami współzycia społecznego. Odwołujący wydaje się nie akceptować, że pzp ze swej istoty zakłada prawo swobody umów (KIO 469/09). Pozycja Zamawiającego jest silniejsza co wynika z kilku okoliczności. Zamawiający działa w interesie publicznym w celu zaspokajania potrzeb publicznych. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Ponadto Zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta. Kary umowne mają dawać Zamawiającemu gwarancję, że Wykonawca, który podjął się realizacji zamówienia jest w stanie prawidłowo zrealizować zadanie. Kary umowne są jedynie sankcją potencjalną w razie niewłaściwego działania Wykonawców i nie będą uruchamiane w razie należytego wykonania kontraktu.

17

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



W przedmiotowej sprawie Wykonawca musi sobie ponadto zdawać sprawę, że realizacja planowanej w ramach Zamówienia inwestycji ma kluczowe znaczenie dla odciążenia ruchu północnej części miasta Poznania. Północna część Naramowic jest wysoce zurbanizowana, natomiast aktualna infrastruktura drogowa okazuje się być niewystarczająca, co powoduje ogromne trudności komunikacyjne dla mieszkańców. Szerzej ten aspekt zobrazowany został w ramach dostarczonych przez Zamawiającego materiałów m.in. decyzji środowiskowych.

Zamówienie przewiduje obok przebudowy układu drogowego, wybudowanie trasy tramwajowej oraz dwupoziomowego skrzyżowania - "Węzeł Naramowicka". Planowana inwestycja była przez wiele lat ogromnie wyczekiwana przez mieszkańców Poznania. Wzbudza wiele emocji, jest na bieżąco relacjonowana przez lokalne media. Jej zrealizowanie w zakładanym terminie jest niezwykle istotne, także z uwagi na przewidywaną uciążliwość prac dla codziennego funkcjonowania mieszkańców północnej części miasta jak i ruchu transportowego (w ramach Węzła Naramowicka, skrzyżowanie z ul. Lechicką, która powszechnie nazywana jest tranzytową obwodnicą Poznania). Zadanie niewątpliwie musi być wykonane w sposób adekwatny do potrzeb Zamawiającego oraz terminowo. Ten ostatni aspekt jest związany również z terminem rozliczenia dofinansowania unijnego, co wynika z umowy o dofinansowanie. W 2022 roku Zamawiający jest zobowiązany do rozliczenia inwestycji. W tym kontekście celowe jest działanie Zamawiającego mające na celu zdyscyplinować Wykonawcę do prawidłowego działania.

Trzeba jeszcze wyraźnie podkreślić, że w odniesieniu do tego Zamówienia Zamawiający przewidział bardzo realne terminy wykonania inwestycji, z pewnością pozwalające profesjonalnemu wykonawcy na ich realizację. Co więcej, sam Wykonawca może te terminy skrócić w ramach przygotowanej oferty, co jest kryterium dodatkowo punktowanym przy dokonywaniu oceny ofert.

Zaproponowane przez Zamawiającego kary zdecydowanie nie są wygórowane. Sformułowanie najwyższej kary za dzień opóźnienia wykonania jednego z kluczowych odcinków (Etapów) inwestycji na poziomie 0,03% przewidywanego Wynagrodzenia za ten właśnie Etap nie może być uznane za nadmierne lub rażąco wygórowane. Pozostałe kary przewidziane umową pozostają na jeszcze niższym poziomie. Zamawiający z dużą rozwagą podejmował decyzję odnośnie wysokości poszczególnych kar, ważąc interesy obu stron oraz starając się zapewnić duże zainteresowanie Wykonawców realizacją Zamówienia, co nie byłoby możliwe przy karach nadmierne wygórowanych. Z punktu widzenia Zamawiającego nie można jednak przyjąć też optyki polegającej na ustaleniu kar na nieadekwatnie niskim poziomie, aby pozostawałyby one instrumentem jedynie iluzorycznym, który w żadnym razie nie zabezpiecza interesu publicznego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego potencjalnego braku szkody po stronie Zamawiającego, należy wskazać, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. W uzasadnieniu wyroku z 29 maja 2014 r., sygn. akt: V CSK 402/13 Sąd Najwyższy uznał, że wprowadzenie do umowy

18

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 88, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



postanowienia przewidującego obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z powinności jej uiszczenia w razie niewykazania uszczerbku po stronie wierzyciela.

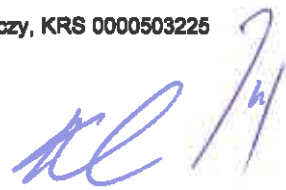
Zamawiający nie ma też obowiązku wskazywania maksymalnej wysokości kary umownej. Żaden przepis prawa nie nakłada na niego takiego wymogu. W razie wysokości kary umownej niewspółmiernej np. do wykonania zadania w znacznej części, każdy Wykonawca może żądać zmniejszenia kary umownej poprzez zwrócenie się do sądu o zastosowanie instytucji miarkowania. To samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. To są jedyne przesłanki pozwalające na wystąpienie, a następnie ewentualne zmniejszenie kary umownej. Pierwsza z podstaw miarkowania kar umownych tj. wykonanie zobowiązania w znacznej części, oznacza taką sytuację, w której interes wierzyciela został w istotnej mierze zaspokojony. SN wielokrotnie wskazywał, że skuteczna obrona przed karami umownymi poprzez podniesienie zarzutu wykonania zobowiązania w znacznej części jest możliwa tylko wtedy, gdy zostanie ustalone, że częściowe wykonanie zobowiązania zaspokaja godny ochrony interes wierzyciela. Natomiast ocena wystąpienia przesłanki miarkowania kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania powinna uwzględniać relację między wysokością kary zastrzeżonej z tytułu uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego a wysokością kary umownej zastrzeżonej w tej samej umowie na wypadek odstąpienia od umowy. Tak stwierdził SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt: I CSK 124/13. Sąd – przy podejmowaniu decyzji, czy uwzględnić zarzut miarkowania kary umownej z powodu jej rażącego wygórowania – bierze nadto pod uwagę: proporcję między wynagrodzeniem a wysokością tejże kary, czas opóźnienia, a także to, czy wierzyciel, w związku z opóźnieniem, poniósł szkodę i ewentualnie w jakiej wysokości. Innymi słowy, odpowiednie badanie w ramach miarkowania ww. aspektów nastąpić może jedynie w trakcie realizacji inwestycji, a nie *a priori* - z góry. Zastosowanie ustawowego instrumentu jakim jest miarkowanie powinno w wystarczającym stopniu zabezpieczać interesy Wykonawcy (por. KIO 2546/15).

Dodatkowo Zamawiający przewidział możliwość odstąpienia od umowy jeżeli kary umowne, którymi Zamawiający obciąży Wykonawcę zgodnie z umową przekroczą 20% wynagrodzenia Wykonawcy - § 30 ust. 3 ppkt 15 projektu umowy.

Przechodząc do żądania Odwołującego dotyczącego zastrzeżenia kar umownych za zwłokę zamiast za opóźnienie, wyjaśnić wypada, że przepisy kodeksu cywilnego pozwalają na przyjęcie odpowiedzialności rozszerzonej - za opóźnienie. Krajowa Izba Odwoławcza w swych orzeczeniach wyrażała pogląd, że nie jest przerzucaniem nadmiernego ryzyka na Wykonawcę zastrzeżenie kar za opóźnienie, a nie za zwłokę.

Jak zostało wskazane przez Izbę w orzeczeniu KIO 283/14, w przypadku przerzucenia części ryzyka na wykonawcę nie może być mowy o uchybieniu zasadzie swobody umów, bowiem Wykonawca może z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność, a po trzecie - powszechnie przyjęta jest dopuszczalność rozszerzenia

19



w umowie zakresu odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej, w tym także za opóźnienie w wykonaniu umowy, jak w przypadku przedmiotowego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzecznictwie, podziela stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt II CSK 331/12), który jest aprobowany w orzecznictwie sądowym i doktrynie prawa cywilnego i przewiduje, że strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania (KIO 245/17).

Izba w ślad za orzeczeniem SN od kary umownej odróżnia dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Jako przykład podaje postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu” bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania.

Orzecznictwo KIO potwierdza, że kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę (kwalifikowane opóźnienie zawinione bezpośrednio przez dłużnika bądź osoby, którymi posługiwał się przy wykonywaniu zobowiązania, powstałe z innych przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność), jak i tzw. opóźnienia proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia po wezwaniu dłużnika do wykonania przez wierzyciela.

Brak jest też podstawy do nakładania na Zamawiającego obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron.

Jako że kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności kontraktowej, dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty, wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Jeżeli dłużnik (tu Wykonawca zobowiązany do zapłaty kary umownej) może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. (por. wyroki SN z dnia 9 listopada 1965 r. I CR 545/63, z dnia 2 czerwca 1970 r. II CR 167/70, z dnia 27 stycznia 1972 r. I CR 458/71, z dnia 13 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, z dnia 21 września 2007 r., VCSK 139/07, z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10).

Konkludując, co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania. Taki właśnie kierunek rozumienia opóźnienia potwierdza orzecznictwo sądów odnoszących się do opóźnień w wykonaniu robót budowlanych wynikających z niesprzyjających warunków pogodowych. W takich wypadkach pomimo wskazania opóźnienia stanowiącego podstawę naliczenia kary umownej, wykonawcy mogą zwalniać się z odpowiedzialności.

Zatem pomimo zastrzeżenia, że kara umowa naliczana będzie z tytułu opóźnienia

20

Wykonawcy w wykonaniu świadczeń, to w świetle ww. wyroków KIO, SN i sądów powszechnych z uwagi na fakt, że jest to instytucja kary umownej, a nie zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, Wykonawca co do zasady będzie mógł się zasłaniać zarzutami, iż przyczyną opóźnienia były okoliczności od niego niezależne.

Co więcej, na gruncie omawianej sprawy, takiemu właśnie podejściu Zamawiający daje wyraz w treści samego projektu umowy. Postanowienia projektu umowy korygują w wystarczającym i racjonalnym stopniu odpowiedzialność za opóźnienie. Zastosowanie odpowiedzialności za opóźnienie nie jest krzywdzące dla Wykonawcy, w sytuacji w której Zamawiający zbudował szeroki katalog przyczyn pozwalających na modyfikację warunków umownych - wydłużenie terminu realizacji inwestycji - przy czym objęte w tym katalogu zostały klasyczne i typowe dla procesu budowlanego przyczyny leżące poza bezpośrednim oddziaływaniem Wykonawcy, a mogące mieć wpływ na terminy realizacji zadania (np. anormalne warunki pogodowe, wydłużone terminy opiniowania i uzgadniania procedur administracyjnych oraz inne terminy spraw urzędowych, wystąpienie awarii niezawinionej przez Wykonawcę, działania podmiotów trzecich lub organów władzy publicznej itp. - vide: § 31 projektu umowy). W istocie przewidziana odpowiedzialność za opóźnienie nie ma charakteru bezwzględnie gwarantującego i zabezpiecza również słusze interesy Wykonawcy. W wyszczególnionych w § 31 projektu umowy przypadkach Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o przesunięcie terminu realizacji inwestycji.

Dodatkowo w SIWZ brak jest wprost postanowienia o odpowiedzialności Wykonawcy bez względu na przyczynę. Tym samym fakt zawinienia mający wpływ na opóźnienie będzie mógł być wykazywany, w tym również wskazywanie na zawinienie Zamawiającego. Wykonawca, który zostanie obciążony taką karą będzie mógł wykazywać, że obciążenie powstało nie z jego winy.

Warto też zwrócić uwagę, że opóźnienie stanowi także podstawę odpowiedzialności samego Zamawiającego i zastrzeżone jest dla Wykonawcy. Otóż w przypadku odsetek od nieterminowych płatności przepisy kodeksu cywilnego od razu przewidują ich naliczanie w związku z opóźnieniem, a nie zwłoki (art. 481 KC). Prawo do odsetek za opóźnienie jest w niniejszym przypadku prawem Wykonawcy. Nie ma więc przeszkód do tego, aby właśnie dla równowagi kary umowne dla Zamawiającego też były naliczane za opóźnienie.

ZARZUT 5 I 7.

Zdanem Odwołującego Zamawiający naruszył również art. 7 ust 1 pzp, art. 29 ust. 1 i 2 pzp, art. 31 ust. 2 i 3 pzp poprzez niejednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia, tj. nałożenie na Wykonawcę obowiązków określonego w pkt 7.9 SIWZ przy braku jednoznacznych informacji w PFU oraz art. 5 w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 471 w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp poprzez ukształtowanie warunków treści § 4 ust. 1 pkt 7) projektu umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, który w sposób nieuprawniony nakłada na Wykonawcę obowiązek uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

21



Jak już wskazano wyżej, regulacja kwestii prawno-gruntowych związanych z uzyskaniem prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz problematyka związana z przyłączami (mediami) została dokładnie określona w treści PFU oraz w projekcie umowy.

Za nietrafiony należy przy tym uznać zarzut Odwołującego, że przedmiotowe postanowienia są niezgodne z zasadą swobody umów.

Zgodnie z art. 353¹ KC strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie, zasadom współżycia społecznego (wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., VI ACa 841/2005, niepubl.). Podobną myśl wyrażono w wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., gdzie wskazano, że z wyrażonej w art. 353¹ KC. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Z tych powodów przyjęto, że nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531).

Przyjęto także, iż nawet okoliczność, że wykonywanie umowy przynosi jednej ze stron stratę, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, że cel stosunku prawnego ułożonego w umowie sprzeczny jest z zasadami współżycia społecznego. Sąd Najwyższy wskazał, że chociaż wydawać by się mogło, iż dla podmiotów gospodarczych atrakcyjne byłoby wyeliminowanie ryzyka przez dopuszczenie następczego badania obiektywnej trafności podjętych zobowiązań i przyjmowanie nieważności zobowiązań niekorzystnych jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego - prowadziłoby to jednak w konsekwencji do upadku całego systemu gospodarki rynkowej, opierającego się na swobodzie oceny przez podmioty gospodarcze, co jest dla nich korzystne i niekorzystne, i swobodzie w podejmowaniu ryzyka (wyrok SN z dnia 12 marca 2004 r., II CK 39/03, LEX nr 453060).

Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa pzp Zamawiający - w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami oraz zgodnie z przyjętym przez niego założeniem. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. "Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego" (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy

22

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ KC), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym, zdaniem Zamawiającego, nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność (która to okoliczność została przez Zamawiającego przewidziana i ujęta w tzw. brankach płatniczych). A ponieważ "wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego" (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt: X Ga 67/08).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że granice swobody umów wyznaczają również zasady współżycia społecznego. Jakkolwiek Odwołujący nie konkretyzuje tych zasad to analiza uzasadnienia faktycznego odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący formułuje swoje zarzuty w oparciu o tzw. zasadę słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianą jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwości można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W niniejszym stanie faktycznym, wobec nie zawarcia umowy, w ogóle nie można mówić o naruszeniu tej zasady.

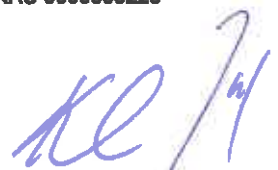
Biorąc powyższe argumenty pod uwagę według Zamawiającego brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 353¹ KC. przez nałożenie na wykonawców obowiązku regulacji kwestii prawno-gruntowych związanych z uzyskaniem prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz uzyskaniem stosownych zgód/ umów w zakresie przyłączy. Brak jest bowiem przeciwwskazań dla nałożenia na Wykonawcę takowych obowiązków, tym bardziej iż powyższy zabieg jest typowy w ramach realizacji zamówień w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

ZARZUT 6 i 8.

Odwołujący wskazuje również na rzekome naruszenie przez Zamawiającego art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust 1 pzp w zw. z art. 150 ust. 2 pzp w treści § 7 ust. 6 projektu Umowy poprzez „odroczenie” zapłaty 10% wynagrodzenia do momentu Odbioru Przedmiotu Umowy. W opinii Odwołującego powyższe stanowi o żądaniu zabezpieczenia w wysokości ponad 10% maksymalnej wartości zobowiązania.

Zarzut ten jest niezasadny. Odwołujący pomija treść art. 143b ust. 3 pzp zgodnie z którym, w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, gdy umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, zamawiający może wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

23

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'KE J' followed by a flourish.

procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Tym samym, narastające łączne fakturowanie Odcinków, o którym mowa w § 7 ust. 5 Umowy do 90% Wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 projekcie umowy, znajduje swe uzasadnienie w art. 143b ust. 3 pzp.

Odwołujący się niesłusznie myli rzeczoną instytucję z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy.

Niewątpliwie wprowadzając płatności częściowe Zamawiający umożliwia uzyskiwanie przez Wykonawcę części wynagrodzenia w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy. Fakultatywne ustalenie przez strony części wynagrodzenia, które będą wymagalne wskutek dokonania obiorów częściowych, nie wpływa przy tym na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za cały obiekt (por. wyrok SN z dnia 6 maja 2004 r., II CK 261/03, LEX nr 174165; wyrok SN z dnia 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, LEX nr 277283). Podobnie w wyroku z dnia 23 stycznia 2007 r., III CSK 275/06, LEX nr 277283, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Odbiór częściowy i zapłata części wynagrodzenia oznacza jedynie potwierdzenie przez inwestora faktu wykonania pewnej części robót w celu zapłaty części wynagrodzenia. Nie rozlicza natomiast stron z odpowiedniej części robót ze skutkiem wygaśnięcia w tej części ich zobowiązań i nie pozbawia je możliwości całościowego rozliczenia robót po oddaniu całości obiektu przez wykonawcę i przyjęciu przez inwestora. Końcowe rozliczenie robót może obejmować już odebrane i rozliczone prace, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko, co do już dokonanych rozliczeń częściowych”.

Podkreślić winno się, że przyjęcie w umowie o roboty budowlane określonego w art. 654 KC sposobu częściowego rozliczenia robót nie powoduje zmiany zobowiązań stron tej umowy. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem nadal oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części, zaś przedmiotem zobowiązania inwestora jest odebranie całego obiektu, jego całościowe rozliczenie i zapłata całego umówionego wynagrodzenia.

Tym samym, brak jest podstaw dla kwestionowania uprawnień Zamawiającego ustalania parytetu wartościowego poszczególnych etapów (Odcinków) realizacji.

ZARZUT 9.

Odwołujący zarzuca również naruszenie art. 143b ust. 2 pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 pzp poprzez ukształtowanie warunków treści § 20 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 9 i 10 projektu Umowy w sposób sprzeczny z przepisami.

Zarzut Odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego.

Przepis art. 143b ust. 2 pzp zakreśla bowiem maksymalny termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może trwać dłużej niż 30 dni, nie przesądza jednak o możliwości skorzystania z terminu krótszego. O naruszeniu tego przepisu można by mówić jedynie w przypadku wprowadzenia terminu zapłaty wynagrodzenia dłuższego niż 30 dni (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1032/15; wyrok Krajowej Izby

24



Odwoławczej z dnia 7 lutego 2014 r., sygn.. akt: KIO 130/14), co nie ma miejsca w niniejszej sprawie, jako że Zamawiający określił termin zapłaty na poziomie 21 dni.

Nie można zapominać, że przepis art. 353¹ KC na który powołuje się Odwołujący, ma zastosowanie, o ile nie koliduje z przepisami art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143b ust. 2 pzp. Wymaga jednak wskazania, że art. 36 ust. 2 pkt 11a pzp uprawnia zamawiającego do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, w ramach przepisu art. 143b ust. 2 pzp. Jeżeli zaś przepis art. 143b ust. 2 pzp nie ogranicza zamawiającego w możliwości ustanowienia terminu zapłaty, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej, to w takim razie zasada swobody umów ulega pewnemu ograniczeniu wynikającemu z powołanych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143b ust. 2 pzp.

W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego zabieg dokonany w SIWZ polegający na skróceniu terminu zapłaty do 21 dni jest prawnie dopuszczalny.

Niezależnie od powyższego Zamawiający - wychodząc naprzeciw wszystkim oferentom zainteresowanym Zamówieniem - dokonuje zmiany w Załączniku nr 1 do SIWZ (projekcie Umowy) § 20 ust. 2 pkt. 4) oraz ust. 9 i 10 w ten sposób, że wyrazy „21 dni” zastępuje wyrazami „25 dni”.

ZARZUT 11.

Ostatni z zarzutów dotyczy kwestii naruszenia art. 36 ust.1 pkt 12 pzp w zw. z art. 7 pzp oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 14 pzp poprzez wprowadzenie tzw. bramek płatniczych oderwanych od realiów wyceny kosztów dokumentacji projektowej i ich wycena na poziomie 3%, a tym samym w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

Przytoczony przez Odwołującego wskaźnik na poziomie 3%, zastosowany został wyłącznie w Odcinku I. Wynika to z tego, że zgodnie z zakresem rzeczowym zdefiniowanym w projekcie umowy, SIWZ oraz PFU w ramach tego Odcinka, Projekt Budowlany, Decyzja o Pozwoleniu na Budowę, STWiORB oraz Decyzja na wycinkę są dostarczane przez Zamawiającego. W związku z tym, zdefiniowane przez Zamawiającego szacunkowy prób wynagrodzenia, jest proporcjonalny do zakresu obowiązków, który w tym przypadku nie obejmuje kompletnej Dokumentacji Projektowej jak twierdzi Odwołujący w uzasadnieniu odwołania. Ostateczna wysokość tego wynagrodzenia zależy jednak od Wykonawcy

Przyjęta przez Zamawiającego wartość wynagrodzenia, ma również swoje uzasadnienie w Rozporządzeniu, Rozdział 4, § 10.6 pkt. 3, które definiuje, że udział Projektu Wykonawczego w całości prac projektowych winien wynosić 40-60%. W przypadku przedmiotowego postępowania, przyjmując wartość kompletnych prac projektowych zgodnie ze wskaźnikiem zastosowanym dla Odcinków nr II do VI oraz VIII oraz wnioskiem Odwołującego tj. 5%, zakres prac projektowych dla Odcinka I wynosi 3/5, co stanowi udział

25

POZnań*

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o., pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
Tel. 61 884 20 10, 61 884 20 11, fax 61 866 60 04, sekretariat@pozim.pl, www.pozim.pl
Spółka zarejestrowana w Sądzie Rejonowym Poznań - Nowe Miasto i Wilda, VIII Wydział Gospodarczy, KRS 0000503225
REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, Kapitał zakładowy 4 100 000 zł



na poziomie 60 % całości prac projektowych. Pozostała część obowiązków projektowych tj. 2/5 (40% całości prac projektowych) leży po stronie Zamawiającego.

W uzupełnieniu do powyższego należy podkreślić, że dla Odcinków nr II do VI oraz VIII, gdzie w obowiązku Wykonawcy jest zrealizowanie pełnej Dokumentacji Projektowej wraz z niezbędnymi decyzjami administracyjnymi, zastosowano wskaźnik 2% za sporządzenie Projektu Budowlanego wraz z uzyskaniem z organu administracji architektoniczno-budowlanej dokumentu potwierdzającego wszczęcie postępowania (bez braków formalnych). Jest on powiększony o wskaźnik + 3% za sporządzenie Projektu Wykonawczego wraz z uzyskaniem Decyzji Budowlanej, czyli łącznie wynosi + 5%. Powyższe twierdzenie ma swoje odzwierciedlenie w informacjach zawartych pod odpowiednimi tablicami TER, jak również w załączniku nr 9 do umowy. Wskazuje to jednoznacznie, że przyjęte przez Zamawiającego wynagrodzenie za kompletną Dokumentację Projektową, jest zbieżne z szacunkami Odwołującego zawartymi w pkt. 3.12 uzasadnienia odwołania.

Podsumowując, mając na względzie wyżej opisany stan faktyczny, ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie za prace projektowe odzwierciedla realia oraz rzeczywistość rynkową, a wniesione przez Odwołującego zarzuty nie mają uzasadnienia w stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający działał z naruszeniem prawa. Wobec tego odwołanie winno być w całości oddalone.

Zamawiający
Inwestor Zastępczy:
Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.

Zarząd (zgodnie z reprezentacją Spółki):

Jaromir Weigel:

Wiceprezes Zarządu

Jaromir Weigel
(1)

Krzysztof Sas:

Wiceprezes Zarządu

Krzysztof Sas
(1)

Załączniki:

1. KRS spółki Poznańskie Inwestycje Miejskich Sp. z o.o.
2. wyciąg z PFU
3. umowa dot. Zamówienia