

Łódź, 03.04.2020 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący: Larkbud sp. z o.o.

ul. Piotrkowska 173 lok. 500

90-447 Łódź

Email: biuro@larkbud.pl

Przedstawiciel:

Konrad Makowski – Prezes Zarządu

Zamawiający:

Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich

ul. Piotrkowska 175

90-447 Łódź

email: zamowienia@zim.uml.lodz.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Larkbud sp. z o.o, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 punkt 1 wnoszę odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „ Przebudowa ulic na osiedlu Sikawa : Giewont i Miłosza w Łodzi ”, polegających na:

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - w witrynie TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:140577-2020:TEXT:PL:HTML> w dniu 24.03.2020 r. pod numerem 2020/S 059- 140577.

Zamawiającemu zarzucam:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 31 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 7 ust.1 oraz art. 353¹ kc, art. 471 kc w związku z art. 14 i art. 139 §1 ustawy pzp przez nieprawidłowe (tj. niejednoznaczne i niewyczerpujące) określenie treści przedmiotu zamówienia w sekcji II Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 3 SIWZ w związku z §1 ust. 3 punkt r), §15 ust. 2 i §8 ust. 17 wzoru umowy w ten sposób, że zobowiązuje on oferentów do uwzględnienia w ich ofertach niemożliwych do wyceny na etapie postępowania i nieprzewidywalnych również na etapie realizacji inwestycji kosztów związanych z ewentualną koniecznością (na skutek polecenia zamawiającego wydanego na podstawie §15 ust. 2 umowy) wykonania w nieznanym zakresie i rozmiarze projektów rozwiązań zamiennych w stosunku do STWIORB i dokumentacji projektowej co spowodowało zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.
2. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp i art. 353¹ kcw związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest

zobowiązany do zawarcia we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, których dodatkowo treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom ani zasadom współżycia społecznego, a co za tym idzie jest uprawniony do sformułowania wzoru umowy z wadą polegającą na braku informacji, jaka dokumentacja zostanie przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego i kiedy, a także braku informacji, jaka jest hierarchia ważności dokumentów składających się na dokumentację projektową (§4 ust.2, § 5 ust.1 wzoru umowy), w przypadku wystąpienia wewnętrznych sprzeczności w tej dokumentacji, albowiem ta przedstawiona we wzorze umowy nie zawiera w sobie samej dokumentacji projektowej, której treść często bywa spreczna z innymi dokumentami;

3. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 14 oraz art. 139 art. w związku z 353¹ kc w związku z art. 484§1 kc, art., 5 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyznaniu tylko Zamawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego (§11 ust. 4 wzoru umowy);
4. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 5 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie (§15 ust. 5 wzoru umowy) i dotyczy to wszystkich przypadków, także i tych, w których to zamawiający ponosi odpowiedzialność za przedłużenie terminu realizacji zamówienia;
5. Art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 14 oraz art. 139 ustawy pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 5 kc w związku z art. 471 kc poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy polegające na przyjęciu, że siła wyższa to wyłącznie zdarzenie niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy, co wyłącza z zakresu możliwych zdarzeń okoliczności istniejące w chwili zawierania umowy i w konsekwencji może uniemożliwić zwolnienie się przez wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w następstwie siły wyższej istniejącej w chwili zawierania umowy.

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

- a) modyfikację treści Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w tym: modyfikację wzoru umowy poprzez:
 - i. wykreślenie ze wzoru umowy postanowienia §15 ust. 2;
 - ii. usunięcie z §8 ust. 17 wzoru umowy zapisu dotyczącego projektów, to jest słów „projektów oraz”, względnie doprecyzowanie, że chodzi o „projekty tymczasowej organizacji ruchu”;
 - iii. doprecyzowanie postanowienia §5 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie, kiedy zamawiający przekaze wykonawcy dokumentację projektową, a to przez uzupełnienie pierwszego zdania ww. zapisu o następującą treść wpisaną kursywą: „Zamawiający przekaze Wykonawcy protokolarnie teren budowy wraz z kompletem całej dokumentacji projektowej i posiadanymi decyzjami administracyjnymi lub ich równoważnikami warunkującymi możliwość wykonania przedmiotu umowy, w terminie 10 dni od dnia zawarcia umowy.”;
 - iv. uzupełnienie postanowień §4 ust. 2 wzoru umowy poprzez określenie hierarchii ważności dokumentów składających się na dokumentację projektową, w przypadku wystąpienia wewnętrznych sprzeczności w tej dokumentacji, obecny bowiem zapis zawiera hierarchię dokumentów z pominięciem jednak samej dokumentacji projektowej;
 - v. zmianę postanowienia §11 ust. 4 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: „każda ze stron jest uprawniona do dochodzenia odszkodowania

uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego”;

- vi. zmianę postanowienia §15 ust. 3 punkt h) wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *„siły wyższej, to znaczy niezależnego od Stron losowego zdarzenia zewnętrznego, o charakterze nadzwyczajnym, niemożliwego do przewidzenia i któremu nie można było zapobiec, przy czym za siłę wyższą uważa się m. in. epidemię, pandemię, wojnę, stan epidemii, stan zagrożenia epidemicznego, stan wojenny, stan klęski żywiołowej, stan wyjątkowy, istniejące w chwili zawierania umowy, co do których nie można przewidzieć, jak długo będą one trwać.”*
- vii. zmianę postanowienia §15 ust. 5 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: *„za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie, chyba, że do przedłużenia doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający”.*

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

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego, co nastąpiło w dniu 24.03.2020 r., bowiem wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy prawo zamówień publicznych, co wynika z treści SIWZ opublikowanej przez zamawiającego.

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

UZASADNIENIE

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

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II, punkty II.1.4.), Zamówienie podzielono na dwie części:

- część 1: Zakres robót obejmuje kontynuację przebudowy ul. Giewont – etap 2 – odcinek od ul. Chałubińskiego do ul. Czecha,
- część 2: Zakres robót obejmuje przebudowę ul. Miłosza (dawniej ul. Sawickiej) odcinek od ul. Powstańców Śląskich do ul. Raszyńskiej,

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w tomie III SIWZ. Dokumentacja projektowa i Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w tomie II – Formularz aktu umowy.

Kody CPV dotyczące tak określonego przedmiotu zamówienia są następujące: kod główny – 45000000

Dodatkowe: 45233252, 45111200, 45112000, 45233000, 45231300, 45232000, 45232452, 4523452, 45316110.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (punkt 3) przedmiotem zamówienia jest zamówienie które podzielono na dwie części:

- Część 1: Przebudowa ul. Giewont na odcinku od ul. Chałubińskiego do ul. Czecha
- Część 2: Przebudowa ul. Miłosza na odcinku od ul. Raszyńskiej do ul. Powstańców Śląskich.

Część 1: Zakres robót obejmuje kontynuację przebudowy ul. Giewont – etap 2 - odcinek od ul. Chałubińskiego do ul. Czecha, w tym:

- przebudowę układu drogowego
- budowę nowej konstrukcji nawierzchni ulicy,
- budowę chodników,
- przebudowę i budowę zjazdów,
- budowę oświetlenia,
- budowę kanału deszczowego,
- budowę odwodnienia,
- usunięcie kolizji oraz zabezpieczenie istniejących sieci,
- wykonanie regulacji wysokościowej lub wymiana uszkodzonej armatury uzbrojenia podziemnego oraz włączów i pokryw na studniach kanalizacyjnych oraz teletechnicznych dostosowując do projektowanych rzędnych nawierzchni,
- wykonanie nowych nasadzeń,
- rekultywacja istniejących pasów zieleni,
- wzmocnienie podłoża z uwagi na występujące nienormatywne zagęszczenia gruntów nad kanałami.

Część 2: Zakres robót obejmuje przebudowę ul. Miłosza (dawniej ul. Sawickiej) odcinek od ul. Powstańców Śląskich do ul. Raszyńskiej, w tym:

- przebudowę układu drogowego
- budowę nowej konstrukcji nawierzchni ulicy,
- budowę chodników,
- przebudowę i budowę zjazdów,
- budowę oświetlenia,
- budowę kanału deszczowego,
- budowę odwodnienia,
- usunięcie kolizji oraz zabezpieczenie istniejących sieci,
- wykonanie regulacji wysokościowej lub wymiana uszkodzonej armatury uzbrojenia podziemnego oraz włączów i pokryw na studniach kanalizacyjnych oraz teletechnicznych dostosowując do projektowanych rzędnych nawierzchni,
- wykonanie nowych nasadzeń,
- rekultywacja istniejących pasów zieleni,
- wzmocnienie podłoża z uwagi na występujące nienormatywne zagęszczenia gruntów nad kanałami.

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

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

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

Tymczasem wzór umowy załączony do SIWZ zawiera w kilku miejscach postanowienia, z których wynika, że wykonawca może być w toku realizacji przedmiotu umowy zobowiązany do wykonania projektów zamiennych (*vide*: §1 ust. 3 punkt r) – tu mowa jest o zamiennych projektach wykonawczych, §8 ust. 17 – tu mowa jest o projektach bez bliższego doprecyzowania oraz §15 ust. 2 – tu mowa jest o projektach zamiennych, bez bliższego doprecyzowania), za co nie będzie mu się należało dodatkowe wynagrodzenie (§15 ust. 2). Wzór umowy (ani dokumentacja projektowa stanowiąca element dokumentów przetargowych) nie wskazują jednak możliwego, przewidywanego zakresu takich ewentualnych prac projektowych. To sprawia, że jest to element opisu przedmiotu zamówienia niejasny, niejednoznaczny i niemożliwy do wyceny. Takie opisanie przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalne i niezgodne z przepisami ustawy pzp (art. 29 i art. 31) oraz narusza zasady swobody kontraktowej jako sprzeciwiające się właściwości (naturze) stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie za jej wykonanie będzie miało charakter ryczałtowy, co oznacza, że to wykonawca miałby przejść na siebie pełne ryzyko prawidłowości i właściwej jakości dokumentacji przedłożonej mu przez zamawiającego.

Niejednoznaczne zapisy w zakresie określenia przedmiotu zamówienia utrudniają ponadto uczciwą konkurencję, bowiem każdy z potencjalnych oferentów może zrozumieć je inaczej i inaczej wycenić, co może wpłynąć na decyzje zamawiającego **a tym samym prowadzi do nieporównywalności złożonych przez Wykonawców ofert.** Złożone oferty będą nieporównywalne, bowiem każdy z oferentów może odnosić się do odmiennego zakresu robót i wycenić inny zakres obowiązków spoczywających na Wykonawcy.

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

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

Podobnie rzecz się ma z brzmieniem postanowienia §15 ust. 5 wzoru umowy w przyjętym przez zamawiającego kształcie. Z doświadczeń odwołującego we współpracy z zamawiającym wynika, że zdarzają się dość często przypadki, w szczególności w umowach zawieranych w formule „wybuduj”, że to zamawiający ponosi kontraktową odpowiedzialność za przedłużającą się (często o wiele miesięcy) realizację przedmiotu umowy. Zastrzeżenie umowne, że w takich sytuacjach wykonawcy nie należy się dodatkowe wynagrodzenie przerzuca całe ryzyko i skutki finansowe wystąpienia takich okoliczności na wykonawcę, co zdaniem odwołującego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach i zasadach prawa zobowiązań, z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych i przyjętego uprzywilejowania zamawiających.

Podobnie sprawa wygląda w zakresie postanowienia §15 ust. 3 punkt h) wzoru umowy, z którego wynika, że zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia lub jego terminów pośrednich w przypadku siły wyższej, to znaczy niezależnego od Stron losowego zdarzenia zewnętrznego, o charakterze nadzwyczajnym, które było niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy i któremu nie można było zapobiec mimo dochowania należytej staranności. Takie postanowienie wprowadza możliwość zmiany terminów realizacji wyłącznie w przypadku siły wyższej, której nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, a zatem nieznanej w chwili zawierania umowy. Oznacza to, że zamawiający mógłby kwestionować powoływanie się przez wykonawcę składającego wniosek o wydłużenie terminu na siłę wyższą istniejącą w chwili zawierania umowy, bowiem nie spełniałoby takie zdarzenie przyjętej definicji siły wyższej. Stanowi to zatem wyraz nieuzasadnionego uprzywilejowania zamawiającego, w szczególności w obecnej sytuacji gospodarczej i społecznej. Obecnie obowiązuje w Polsce stan epidemii Covid-19. Jest to fakt notoryjny. Nie wiadomo jednak, jak długo epidemia koronawirusa potrwa i jakie obostrzenia mogą się pojawić w życiu codziennym, a także w jaki sposób mogą ono dotknąć wykonawców robót budowlanych. Zastrzeżenie umowne zawarte w §15 ust. 3 punkt h) przerzuca całe ryzyko i skutki finansowe wystąpienia takich okoliczności na wykonawcę, co zdaniem odwołującego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach i zasadach prawa zobowiązań, z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych i przyjętego uprzywilejowania zamawiających

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem z treści dokumentów udostępnionych w ogłoszeniu o zamówieniu wynika, że przygotowany przez zamawiającego wzór umowy jest niepełny, gdyż nie przewiduje hierarchii dokumentów stanowiących elementy SIWZ, a zatem i opisujących przedmiot zamówienia.

Skoro zamawiający zaznaczył (metodą nie wprost), że dokumentacja projektowa udostępniana przez niego wykonawcom może nie być prawidłowa, kompletna lub wystarczająca do wykonania przedmiotu zamówienia (co wynika chociażby z kwestionowanego w niniejszym odwołaniu zapisu §15 ust. 2 wzoru umowy), to zamawiający winien był również przewidzieć, że między elementami dokumentacji mogą pojawić się sprzeczności. Usunięcie ich być może mogłoby być możliwe poprzez wskazanie hierarchii dokumentów. Takie postanowienie nie znalazło się jednak we wzorze umowy. Zdaniem odwołującego jest konieczne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem z treści dokumentów udostępnionych w ogłoszeniu o zamówieniu nie wynika, ile czasu wykonawca będzie mieć na realizację przedmiotu umowy.

Zamawiający w §2 ust. 1 wzoru umowy, a także w zapisach głównej części SIWZ określił, że terminem realizacji umowy jest dzień 30.11.2020 r., zaś w §5 ust. 1 wzoru umowy zamawiający przewidział, że teren budowy zostanie przekazany wykonawcy w terminie 10 dni od dnia podpisania umowy. Przekazanie terenu budowy nie wystarczy jednak do rozpoczęcia robót. Wykonawca musi dysponować również dokumentacją projektową i kompletem decyzji administracyjnych (lub dokumentów im równoważnych), na podstawie których możliwe będzie prowadzenie prac. W postanowieniach wzoru

umowy brak jest zapisów dotyczących terminu przekazania wykonawcy dokumentacji projektowej oraz uprawniającej do prowadzenia robót oraz zakresu takich dokumentów.

Z powyższych względów wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

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