

Warszawa, dnia 25 marca 2024 r.

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku

ul. Mostowa 11a

80-778 Gdańsk,

sekretariat@zdwgdansk.pl

(58) 32 64 990

Działający w imieniu i na rzecz:

Województwa Pomorskiego

ul. Okopowa 21/27

80-810 Gdańsk

Odwołujący:

Polimex Infrastruktura Sp. z o. o.

al. Jana Pawła II 12

00-124 Warszawa

nr telefonu: +48 22 829 71 00

Adres poczty elektronicznej Odwołującego:

kontakt@polimex.pl

numer NIP: 5252643148

numer KRS: 0000595576

reprezentowany przez radcę prawnego Marcina Kapińskiego i radcę prawnego Kamila Śliwińskiego z Kancelarii Radców Prawnych Kapiński & Śliwiński sp. p., ul. Opacka 16/1, 80-338 Gdańsk, tel. +48 608 687 265, adres poczty elektronicznej: sekretariat@kslf.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych o wartości przekraczającej progi unijne na: Budowa obwodnicy Kartuz - etap II – o sygn. 18/WZP/2024/PN/WRI

nr ogłoszenia w Dz.U./S 54/2024, numer publikacji ogłoszenia 159117-2024, data publikacji 15.03.2024

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu Polimex Infrastruktura sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), jako wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Realizacja robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa obwodnicy Kartuz - etap II”*” (dalej: „**Postępowanie**”) przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w

Kancelaria Radców Prawnych Kapiński & Śliwiński sp. p.
ul. Opacka 16/1, 80-338 Gdańsk

sekretariat@kslf.pl
+48 600 587 588

Sąd Rejonowy Gdańsk - Północ w Gdańsku, VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
KRS: 0000786177, NIP: 5842783991, REGON: 383359626, 98 1160 2202 0000 0003 8429 1797 Bank Millennium

www.KSLF.pl

Gdańsku, który działa w imieniu i na rzecz Województwa Pomorskiego (dalej: „Zamawiający”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019, dalej: „PZP”) wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na sporządzeniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym wobec projektowanych postanowień umowy w zakresie:

1. postanowień Specyfikacji Technicznej - DD-00.00.00 Wymagania ogólne str. 3 – Spis Treści, stanowiącej załącznik do SWZ, w którym to dokumencie Zamawiający wskazał, że *„Uwaga! Zapisy zawarte w szczegółowych specyfikacjach technicznych branży drogowej obowiązują również w szczegółowych specyfikacjach technicznych dla pozostałych branż. W przypadku różnych zapisów w tym samym zakresie robót należy przyjmować do realizacji zapisy korzystniejsze dla realizacji kontraktu i inwestora po uprzednim uzgodnieniu ich z Inspektorem Nadzoru i Projektantem”*.
2. pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - DD-00.00.00 Wymagania ogólne, stanowiącej załącznik do SWZ, która to specyfikacja nakłada na Wykonawcę zobowiązanie ewentualne do opracowania szeregu dokumentacji projektowych (lub dokumentacji podobnych) oraz wykonania robót budowlanych z tych dokumentacji wynikających (**„Wykonawca opracuje w ramach ceny kontraktowej wraz z robotami wynikającymi z n/w opracowań”**), tj.:
 - 1) ppkt 2 zobowiązującym Wykonawcę do *„Aktualizacji mapy do celów projektowych w zakresie niezbędnym do realizacji kontraktu (minimum zakres inwestycji) w terminie do 2 miesięcy od daty przekazania placu budowy dla Wykonawcy oraz powtórzenie aktualizacji tyle razy, ile będzie wymagał tego kontrakt”*;
 - 2) ppkt 5 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać **„Aktualizację i przedłużenie warunków, uzgodnień i decyzji uzyskanych na etapie projektowania w zakresie niezbędnym do realizacji kontraktu, wraz z wykonaniem wszelkich opracowań towarzyszących (projektów, pomiarów itp.), niezbędnych do powyższej aktualizacji. Dotyczy to również uzgodnień itp., które na etapie przed przystąpieniem do robót utraciły ważność”**;
 - 3) ppkt 6 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać **„Dokumentację usunięcia kolizji niezainwentaryzowanych obiektów budowlanych wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i decyzjami uprawniającymi do ich przebudowy”**;
 - 4) ppkt 11 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać *„Projekt inwentaryzacji elementów przed jego rozbiórką w celu jego odtworzenia”*;
 - 5) ppkt 16 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać *„Projekt rozbiórek dla zakresu inwestycji w oparciu o dokumentację i inwentaryzację własną”*;
 - 6) ppkt 26 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać *„Projekty robót dla tymczasowej ochrony lub przełożenia wszystkich urządzeń, instalacji i wyposażenia należącego do odpowiednich użytkowników znajdujących się w strefie oddziaływania robót wraz z ich uzgodnieniem z zarządcą danego obiektu. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany do ujęcia kosztów związanych z demontażem uzbrojenia na czas robót i jego ponownym montażem po zakończeniu wykonywania prac.”*;

- 7) ppkt 29 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać „Projekt technologiczny rozbiórki obiektów kolidujących w tym przepustów, mostów ich elementów”;
- 8) ppkt 32 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać „Dla obiektów budowlanych objętych projektem **oraz** w przypadku zaistnienia w trakcie wykonywania robót ziemnych wątpliwości dotyczących stanu i rodzaju gruntu w podłożu do Wykonawcy należy wykonanie uszczegóławiającej dokumentacji geotechnicznej a w uzasadnionych przypadkach geologiczno-inżynierskiej. Zakres prac i kontroli podlega uzgodnieniu z Inspektorem Nadzoru i Projektantem. Wykonawca ma obowiązek zgłoszenia Inspektorowi Nadzoru zaistniałych uzasadnionych wątpliwości dotyczących podłoża gruntowego wraz z ich szczegółowym uzasadnieniem i w/w dokumentacją w terminie 7 dni od ich powzięcia.”;
- 9) ppkt 36 stanowiącym, że Wykonawca zobowiązany jest wykonać „Projekt i odtworzenie drenaży i innych sieci w tym uszkodzonych przez wykonawcę robót lub odkrytych podczas prac, a nie zinwentaryzowanych na etapie projektowania. Wykonawca dodatkowo wykona również szkice połączeń drenaży odkrytych podczas robót i uzgodni z zarządcą lub właścicielem drenaży ich połączenie oraz uzyska protokół odbioru wraz z wykonaniem pomiarów geodezyjnych. Wszystkie te prace zostaną ujęte w projekcie odtworzenia”;
- 10) ppkt 40 stanowiącym, że zobowiązaniem Wykonawcy jest: „Uzyskanie zgód właścicieli działek w celu realizacji inwestycji wraz z odszkodowaniem za ich użytkowanie na czas robót”;
- 11) ppkt 42 stanowiącym, że „Wykonawca jest zobowiązany do wykonania/zapewnienia przeprowadzenia przez Zarządcę infrastruktury kolejowej prac związanych z prowadzeniem robót na terenach kolejowych, wynikających z umowy i porozumienia podpisanego pomiędzy Inwestorem/Wykonawcą, a Zarządcą infrastruktury kolejowej.”;
- 12) ppkt 43 stanowiącym, że Wykonawca:
- a. zobowiązany jest wykonać „Inne opracowania, które okażą się niezbędne do prawidłowej realizacji i zakończenia inwestycji, które może polecić nadzór inwestorski i/lub autorski. Opracowania dotyczą natrafionych problemów podczas realizacji inwestycji. Wszelkie uwagi dotyczące przekazanej dokumentacji projektowej muszą być zgłoszone w ciągu 14 dni kalendarzowych od przekazania placu budowy. Uwagi Wykonawcy winny być precyzyjne i szczegółowo uzasadnione, z uwzględnieniem wyżej opisanych założeń.”;
 - b. „Przed złożeniem oferty cenowej, na wykonanie robót budowlanych, Wykonawca, w ramach ceny kontraktowej ma obowiązek szczegółowego zapoznania się z planem PZT oraz danymi w ośrodku geodezji i uwzględnienia wszelkich kosztów związanych z wystąpieniem dodatkowych kolizji z uzbrojeniem terenu. Koszty związane z zapewnieniem prawidłowego odwodnienia korpusu drogowego należy ująć w cenie ofertowej”;
 - c. „W cenie jednostkowej 1mb pozycji kosztorysowej usunięcia niezainwentaryzowanych kolizji z infrastrukturą techniczną „zawiera się między innymi uzyskanie warunków, wykonanie projektu i opracowań zamiennych, uzgodnienie oraz uzyskanie niezbędnych

zgłoszeń, pozwoleń, wykonanie robót wynikających z projektów i uzyskanie protokołu odbioru od zarządcy sieci”. Niniejsza pozycja dotyczy między innymi sieci elektroenergetycznych, sieci gazu, sieci sanitarnych, sieci telekomunikacyjnych itd.”;

- d. zobowiązany jest w przypadku przebudowy lub zabezpieczenia niezainwentaryzowanej sieci *uzyskać warunki techniczne gestora sieci, opracować dokumentację projektową wraz ze wszystkimi uzgodnieniami i decyzjami wymaganymi odrębnymi przepisami* oraz wykonać roboty budowlane;
3. Załącznika nr 1 do rozdziału III SWZ – Formularz Kosztorysu ofertowego, w którym to Zamawiający określił, że koszt dostosowania się do Wymagań Ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznej DM.00.00.00, w tym m. in. wykonania, utrzymania oraz likwidacji tymczasowej organizacji ruchu, nadzoru archeologicznego, nadzoru przyrodniczego, rozpoznania saperskiego, usunięcia kolizji z niezainwentaryzowaną infrastrukturą techniczną, prowadzenia prac na terenach kolejowych - **nie może być wyższy niż 2,5% całkowitej wartości oferty netto**;
4. pkt 25 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik do SWZ, zgodnie z treścią którego Wykonawca zobowiązany jest do: *„aktualizacji lub uzyskania nowych uzgodnień w przypadku stwierdzenia ich przeterminowania, nieważności lub braku. Czynność weryfikacji dokumentacji pod względem jej kompletności Wykonawca powinien przeprowadzić w terminie do 14 dni od podpisania umowy. Konieczność uzyskania nowych uzgodnień lub ich aktualizację Wykonawca winien uwzględnić w cenie oferty”;*
5. pkt 30 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią którego Wykonawca zobowiązany jest do: *„sprawdzenia (i w razie potrzeby regulacji) zawieszenia przewodów nad drogą. Wykonawca po wykonaniu całości prac objętych zakresem przedmiotu zamówienia dokona pomiarów wysokości zawieszenia przewodów nad drogą oraz dokona weryfikacji wyników pomiarów w zakresie ich zgodności z przepisami i normami”;*
6. pkt 38 Załącznika do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią którego zobowiązaniem Wykonawcy jest: *„prowadzenie nadzoru archeologicznego nad robotami ziemnymi wraz z uzyskaniem pozwolenia na jego prowadzenie. O rozpoczęciu realizacji nadzoru archeologicznego nad pracami ziemnymi Wykonawca zawiadomi Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Gdańsku z odpowiednim wyprzedzeniem, załączając wymagane dokumenty, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Koszt prowadzenia nadzoru archeologicznego nad robotami ziemnymi w całym okresie realizacji robót nie podlega odrębnej zapłacie i należy go ująć w cenie oferty”;*
7. pkt 39 Załącznika do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią którego Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia *„ratowniczych badań archeologicznych, o ile będzie taka potrzeba, Wykonawca zapewni nadzór archeologiczny i prowadzenie tych badań wraz z uzyskaniem pozwolenia na przeprowadzenie wyprzedzających inwestycję ratowniczych badań archeologicznych. Koszty prowadzenia ratowniczych badań archeologicznych oraz związanego z nimi nadzoru archeologicznego pokryje Zamawiający”;*

8. § 2 ust. 6 Wzoru Umowy, zgodnie z którym to postanowieniem „Podstawą do żądania przez Wykonawcę zmiany terminu zakończenia robót, o których mowa w § 2 ust. 6 Umowy, jest pisemne powiadomienie INŻYNIERA KONTRAKTU i Zamawiającego o zaistniałych okolicznościach w ciągu 7 dni, licząc od daty zaistnienia okoliczności oraz stosowne wpisy zamieszczone w dzienniku budowy, w przypadkach, gdy okoliczności związane są bezpośrednio z przebiegiem robót budowlanych. W przypadku przekroczenia przez Wykonawcę terminu wskazanego w zd. 1, Zamawiający będzie uprawniony do nie uwzględnienia wniosku Wykonawcy o zmianę terminu”;
9. § 1 ust. 4 Wzoru Umowy, zgodnie z którym to postanowieniem „Wykonawca oświadcza, iż przed zawarciem niniejszej Umowy, przy zachowaniu należytej staranności, miał możliwość zweryfikowania udostępnionych przez Zamawiającego danych, dokumentów oraz innych informacji mających wpływ na proces budowlany oraz dokonał wizji lokalnej terenu rozbudowy, a także poznał istniejący stan faktyczny”;

II. W odniesieniu do powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP, art. 103 ust. 1 i 4 PZP w zw. z § 4 i 12 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U.2021.2454 z dnia 2021.12.29) (dalej: „**Rozporządzenie**”) oraz art. 16 ust. 1 i ust. 2 PZP polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, jak również zaniechanie obowiązku opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności **poprzez przyznanie Zamawiającemu (i działającym na zlecenia Zamawiającego podmiotom) swobody w zakresie określania sposobu wykonania robót budowlanych**, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonanych robót, przyjmując, że w razie stwierdzenia sprzeczności w wymaganiach Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek stosować się do rozwiązania korzystniejszego dla Inwestora oraz uzgodnić sposób ich wykonania z Inspektorem Nadzoru i Projektantem (działającymi na zlecenie Zamawiającego);
2. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP, art. 16 ust. 1 i ust. 2 PZP oraz art. 103 ust. 1 PZP w zw. z § 4 i 12 Rozporządzenia polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, zaniechanie obowiązku opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców, jak również polegające na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych zobowiązującego Wykonawcę do opracowania dokumentacji projektowej dla takich robót, choć **postępowaniem nie jest objęcie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych** (art. 103 ust. 2 PZP) i to **w ramach jednej, ryczałtowej pozycji kosztorysowej wynagrodzenia (koszt dostosowania się do Wymagań Ogólnych Zawartych w Specyfikacji Technicznej DM.00.00.00)**, tj. poprzez:

- 1) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 2 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania niczym nieograniczonej i nieokreślonej ilości aktualizacji mapy do celów projektowych;
- 2) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 5 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania aktualizacji i przedłużenia ważności warunków, uzgodnień i decyzji uzyskanych na etapie projektowania w zakresie niezbędnym do realizacji kontraktu, wraz z wykonaniem wszelkich opracowań towarzyszących (projektów, pomiarów itp.) niezbędnych do powyższej aktualizacji, które to zobowiązanie dotyczy również uzgodnień itp., które na etapie przed przystąpieniem do robót utraciły ważność, a następnie wykonania robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację – pomimo tego, że zamówienie dotyczy wykonania robót budowlanych, a nie zaprojektowania i wykonania robót budowlanych;
- 3) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 6 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do opracowania dokumentacji usunięcia kolizji **niezinwentaryzowanych obiektów budowlanych wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i decyzjami uprawniającymi do ich przebudowy**, a następnie wykonania robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację, pomimo tego, że Wykonawca obiektywnie nie jest w stanie przewidzieć tego, jakie przeszkody napotka w gruncie w trakcie realizacji Inwestycji;
- 4) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 11 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do dokonania inwentaryzacji elementów przed jego rozbiórką w celu jego odtworzenia, a następnie do wykonania robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację, nie wskazując jednocześnie jakie konkretnie obiekty należy zinwentaryzować oraz rozebrać i odtworzyć;
- 5) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 16 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania projektu rozbiórek dla zakresu inwestycji w oparciu o dokumentację i inwentaryzację własną, a następnie do wykonania robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację, nie wskazując jednocześnie jakie konkretnie projekty rozbiórek (dla jakich obiektów budowlanych etc.) Wykonawca ma opracować;
- 6) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 26 pkt 1.5.2. Specyfikacji Technicznej – ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania projektów robót dla tymczasowej ochrony **lub przełożenia wszystkich urządzeń, instalacji i wyposażenia należącego do odpowiednich użytkowników znajdujących się w strefie oddziaływania robót wraz z ich uzgodnieniem z zarządcą danego obiektu**, a następnie do wykonania robót budowlanych w tym zakresie, podczas gdy projekty robót w przedmiotowym zakresie (z wyłączeniem robót tymczasowych) winny zostać dostarczone Wykonawcy przez Zamawiającego;
- 7) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 29 pkt 1.5.2. Specyfikacji Technicznej – ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania projektu technologicznego rozbiórki obiektów kolidujących w tym przepustów, mostów ich elementów, nie wskazując jednocześnie, że dotyczy to wyłącznie obiektów, których budowa/przebudowa objęta jest dostarczoną Wykonawcy przez Zamawiającego dokumentacją projektową;

- 8) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 32 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do opracowania dla obiektów budowlanych objętych projektem oraz w przypadku zaistnienia w trakcie wykonywania robót ziemnych wątpliwości dotyczących stanu i rodzaju gruntu w podłożu do Wykonawcy wykonania uszczegóławiającej dokumentacji geotechnicznej, a w uzasadnionych przypadkach geologiczno-inżynierskiej oraz zgłoszenia Inspektorowi Nadzoru zaistniałych uzasadnionych wątpliwości dotyczących podłoża gruntowego wraz z ich szczegółowym uzasadnieniem i w/w dokumentacją w terminie 7 dni od ich powzięcia, a następnie wykonać roboty budowlane w oparciu o tą dokumentację, podczas gdy badania te zostały już przez Zamawiającego wykonane i w oparciu o ich wyniki zaprojektowano przedmiot zamówienia – przeprowadzenie kolejnych badań i uzyskanie odmiennych wyników może prowadzić do konieczności zaprojektowania całkowicie odmiennych obiektów, od tych objętych przedmiotem zamówienia, co nie może stanowić zobowiązania Wykonawcy;
- 9) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 36 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do opracowania projektu i odtworzenia drenaży i innych sieci w tym uszkodzonych przez wykonawcę robót lub **odkrytych podczas prac, a nie zinwentaryzowanych na etapie projektowania**, a następnie do wykonania robót budowlanych w tym zakresie, podczas gdy Wykonawca obiektywnie nie ma możliwości przewidzenia tego czy i jakie niezainwentaryzowane sieci napotka w trakcie realizacji Inwestycji, jak również jaki będzie ich stan;
- 10) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 42 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania **lub zapewnienia wykonania przez Zarządcę infrastruktury kolejowej (!)** prac związanych z przeprowadzeniem robót na terenach kolejowych, wynikających z Umowy i porozumienia podpisanego pomiędzy Inwestorem a Zarządcą infrastruktury kolejowej, podczas gdy Zamawiający nie udostępnił w postępowaniu żadnego porozumienia czy umowy z zarządcą infrastruktury kolejowej, więc Wykonawcy nie jest znany zakres prac jaki miałby z tego tytułu wykonać, a ponadto Wykonawca nie może zobowiązać się do spowodowania, by Zarządca infrastruktury kolejowej jakiegokolwiek prace wykonał, ponieważ Wykonawca nie jest stroną umowy z zarządcą infrastruktury kolejowej i nie ma żadnego wpływu na działalność Zarządców infrastruktury kolejowej;
- 11) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 43 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 Wymagania ogólne) do wykonania każdego opracowania, które okaże się niezbędne do prawidłowej realizacji i zakończenia inwestycji, **którego wykonanie może zostać również zlecone Wykonawcy przez nadzór inwestorski i/lub autorski, jak również do wykonania robót budowlanych, które będą objęte tą dokumentacją**;
- 12) zobowiązanie Wykonawcy (ppkt 43 pkt 1.5.2 oraz **pkt 5.1.2** (s. 12) Specyfikacji Technicznej Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00) do opracowania dokumentacji projektowej przebudowy lub zabezpieczenia **niezinwentaryzowanych sieci na napotkanych w trakcie realizacji Inwestycji**, w tym również do uzyskania wszelkich uzgodnień oraz decyzji dla takiej dokumentacji, jak również wykonania robót budowlanych zgodnie z ww. dokumentacją, podczas gdy Wykonawca obiektywnie nie ma możliwości przewidzenia tego czy i jakie niezainwentaryzowane sieci napotka w trakcie realizacji Inwestycji, jak również

jaki będzie ich stan, czy też jakie wymagania co do ich przebudowy zostaną zgłoszone przez gestorów tych sieci;

3. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP, art. 103 ust. 1 i 4 PZP w zw. z § 4 i 12 Rozporządzenia art. 16 ust. 1 i ust. 2 PZP polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, jak również zaniechanie obowiązku opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców **poprzez zaniechanie udostępnienia w postępowaniu stosownej dokumentacji dot. kolizji i uzbrojenia terenu** w zakresie wymaganym przez Rozporządzenie oraz **zobowiązanie Wykonawcy do zapoznania się z danymi znajdującymi się w ośrodku geodezji** (ppkt 43 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 „Wymagania ogólne”) i na podstawie ww. dokumentacji uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów związanych z wystąpieniem **dodatkowych kolizji z uzbrojeniem terenu oraz kosztów związanych z zapewnieniem prawidłowego odwodnienia korpusu drogowego**;
4. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP, art. 103 ust. 4 art. 16 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z § 6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia polegające na:
 - 1) dokonaniu niejednoznacznego, niekompletnego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, narzucenia nieprzejrzystych zasad rozliczeń niepozwalających wykonawcom w Postępowaniu na porównywalnych zasadach oszacowania kosztów ceny ofertowej prac:
 - a. wynikających z pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 „Wymagania ogólne” zobowiązujących wykonawcę do opracowania w ramach ceny ofertowej szeregu bliżej nieokreślonej dokumentacji oraz wykonania robót budowlanych przewidzianych dokumentacją opracowywaną w trakcie realizacji Inwestycji;
 - b. wynikających z Wymagań Ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznej DM.00.00.00 – polegających na zobowiązaniu do wykonania, utrzymania oraz likwidacji tymczasowej organizacji ruchu, nadzoru archeologicznego, nadzoru przyrodniczego, rozpoznania saperskiego, usunięcia kolizji z niezinwentaryzowaną infrastrukturą techniczną, prowadzenia prac na terenach kolejowych – **przy jednoczesnym określeniu warunku, że zakres ten stanowić może maksymalnie 2,5% całkowitej wartości oferty netto**;
 - c. związanych z usunięciem niezinwentaryzowanych kolizji poprzez określenie, że w cenie jednostkowej 1mb pozycji kosztorysowej usunięcia niezinwentaryzowanych kolizji z infrastrukturą techniczną (sieci elektroenergetycznych, sieci gazu, sieci sanitarnych, sieci telekomunikacyjnych) ma zostać ujęte między innymi uzyskanie warunków, wykonanie projektu i opracowań zamiennych, uzgodnienie oraz uzyskanie niezbędnych zgłoszeń, pozwoleń, wykonanie robót wynikających z projektów i uzyskanie protokołu odbioru od zarządcy sieci, **podczas gdy takiej pozycji kosztorysowej w kosztorysie ofertowym w ogóle nie ma**, a nawet gdyby była, to wycena w jednej pozycji tak potencjalnie zróżnicowanych świadczeń jest obiektywnie niemożliwe i prowadziłoby do złożenia ofert całkowicie nieporównywalnych;

- 2) dokonaniu niejednoznacznego, niekompletnego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia zakresu związanego z zobowiązaniem sprawdzenia (i w razie potrzeby regulacji) zawieszenia przewodów nad drogą, a także zobowiązania do dokonania pomiarów wysokości zawieszenia przewodów nad drogą oraz dokonania weryfikacji wyników pomiarów w zakresie ich zgodności z przepisami i normami po wykonaniu całości prac objętych zakresem przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym nieuwzględnieniu przez Zamawiającego w przedmiarach, kosztorysach ofertowych oraz w Formularzu ww. świadczeń;
5. art. 433 pkt 3 PZP i art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC polegające na obciążeniu wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, poprzez:
- 1) zobowiązanie Wykonawcy (zgodnie z ppkt 40 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 „Wymagania ogólne”) do uzyskania zgód właścicieli działek w celu realizacji Inwestycji wraz z odszkodowaniem za ich użytkowanie na czas robót, podczas gdy udostępnienie terenu budowy należy do podstawowych obowiązków Zamawiającego;
 - 2) zobowiązanie Wykonawcy (zgodnie z pkt 25 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczegółowych warunków realizacji przedmiotu umowy) do:
 - a. dokonania aktualizacji lub uzyskania nowych uzgodnień w przypadku stwierdzenia ich przeterminowania, nieważności lub ich braku, podczas gdy w przedmiotowym zamówieniu dostarczenie dokumentacji projektowej dla realizacji Inwestycji stanowi zobowiązanie Zamawiającego;
 - b. przeprowadzenia weryfikacji dokumentacji w terminie 14 dni od podpisania Umowy, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, a nie weryfikacja czy opracowywanie dokumentacji projektowej, za którą odpowiada Zamawiający;
 - 3) zobowiązanie Wykonawcy (zgodnie z pkt 30 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczegółowych warunków realizacji przedmiotu umowy) do:
 - a. sprawdzenia (i w razie potrzeby regulacji) zawieszenia przewodów nad drogą,
 - b. dokonania pomiarów wysokości zawieszenia przewodów nad drogą oraz dokonania weryfikacji wyników pomiarów w zakresie ich zgodności z przepisami i normami, choć się ta może już w dacie zawarcia Umowy nie spełniać wymagań określonych właściwymi przepisami, a ponadto Zamawiający w żaden sposób nie określił na czym ma polegać czynność „regulacji”;
 - 4) zobowiązanie Wykonawcy:
 - a. (zgodnie z pkt 38 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczegółowych warunków realizacji przedmiotu umowy) do prowadzenia nadzoru archeologicznego nad robotami ziemnymi wraz z uzyskaniem pozwolenia na jego prowadzenie

b. oraz (zgodnie z pkt 39 Załącznika do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia) ratowniczych badań archeologicznych, o ile będzie taka potrzeba, zapewnienia nadzoru archeologicznego i prowadzenia tych badań wraz z uzyskaniem pozwolenia na przeprowadzenie wyprzedzających inwestycję ratowniczych badań archeologicznych

bez zapewnienia pokrycia kosztu wstrzymania lub zmiany organizacji robót oraz przedłużonego czasu realizacji Umowy z powodu ww. okoliczności;

5) konieczności złożenia oświadczenia o treści narzuconej w § 1 ust. 4 Wzoru Umowy, „iż przed zawarciem niniejszej Umowy, przy zachowaniu należytej staranności, Wykonawca miał możliwość zweryfikowania udostępnionych przez Zamawiającego danych, dokumentów oraz innych informacji mających wpływ na proces budowlany oraz dokonał wizji lokalnej terenu rozbudowy, a także poznał istniejący stan faktyczny”.

6. art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 119 k.c. poprzez uzależnienie (§ 2 ust. 6 Umowy) możliwości ewentualnej zmiany terminu realizacji umowy od pisemnego powiadomienia Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego przez Wykonawcę o wystąpieniu okoliczności uzasadniających zmianę terminu, w terminie 7 dni, liczonego od daty zaistnienia okoliczności oraz od stosownego wpisu zamieszczonego w dzienniku budowy, po upływie którego to terminu uprawnienie Wykonawcy wygasa.

III. Wobec powyższych zarzutów wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania w Postępowaniu:

1) zmiany treści Specyfikacji Technicznej DD-00.00.00 Wymagania ogólne str. 3 – Spis Treści **poprzez usunięcie** następującej treści:

„W przypadku różnych zapisów w tym samym zakresie robót należy przyjmować do realizacji zapisy korzystniejsze dla realizacji kontraktu i inwestora po uprzednim uzgodnieniu ich z Inspektorem Nadzoru i Projektantem”;

2) zmiany pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej – ST DD-00.00.00 „Wymagania Ogólne”:

- a. ppkt 2 **poprzez usunięcie** sformułowania „[...] oraz powtórzenie aktualizacji tyle razy, ile będzie tego wymagał kontrakt.”;
- b. ppkt 5 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości;
- c. ppkt 6 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości;
- d. ppkt 11 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości;
- e. ppkt 16 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości;
- f. ppkt 26 **poprzez usunięcie** treści: „[...] lub przełożenia wszystkich urządzeń, instalacji i wyposażenia należącego do odpowiednich użytkowników znajdujących się w strefie oddziaływania robót wraz z ich uzgodnieniem z zarządcą danego obiektu. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany do ujęcia kosztów związanych z demontażem uzbrojenia na czas robót i jego ponownym montażem po zakończeniu wykonywania prac”;

- g. ppkt 29 **poprzez dodanie do istniejącego** postanowienia treści: „Zobowiązanie, o którym mowa w zdaniu poprzednim dotyczy wyłącznie obiektów, których budowa, przebudowa lub rozbiórka została ujęta w dokumentacji projektowej przekazanej Wykonawcy przez Zamawiającego”;
 - h. ppkt 32 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości, z ewentualnym wyłączeniem zobowiązania do wykonania kontrolnych badań geotechnicznych;
 - i. ppkt 36 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości;
 - j. ppkt 40 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości;
 - k. ppkt 42 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości lub poprzez wykreślenie treści: „[...] *zapewnienia przeprowadzenia przez Zarządcę infrastruktury kolejowej*” przy jednoczesnym zobowiązaniu Zamawiającego do udostępnienia umów i porozumień zawartych za Zarządcą Infrastruktury kolejowej wskazujących na zakres koniecznych do wykonania robót budowlanych;
 - l. ppkt 43 **poprzez usunięcie** postanowienia w całości:
- 3) zmiany Załącznika nr 1 do rozdziału III SWZ – Formularza Kosztorysu ofertowego - w ten sposób, że procentowy udział kosztów dostosowania do wymagań ogólnych zawartych w ST D-M-00.00.00 zostanie zwiększony **z maksymalnie 2,5%** całkowitej wartości oferty netto **na maksymalnie 10%** całkowitej wartości oferty netto;
- lub
- zmiany Załącznika nr 1 do rozdziału III SWZ – Formularza Kosztorysu ofertowego poprzez zobowiązanie Zamawiającego do wskazania, w której pozycji lub pozycjach kosztorysowych wykonawcy mają uwzględnić koszty przekraczające 2,5% całkowitej wartości oferty, tak aby zapewnić porównywalność złożonych w postępowaniu ofert;
- 4) zmiany Załącznika nr 1 do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia poprzez:
- a. **usunięcie** pkt 25 w całości;
 - b. **usunięcie** pkt 30 w całości lub zobowiązanie Zamawiającego do zmiany przedmiotowego postanowienia i wskazanie w jego treści, że *„W razie stwierdzenia konieczności przeprowadzenia regulacji przewodów, Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu, jak również uprawnienie do przedłużenia czasu na realizację Inwestycji określonego w Umowie”*;
 - c. **zmianę** pkt 38 i 39 w ten sposób, że Zamawiający zostanie zobowiązany do modyfikacji przedmiotowych postanowień poprzez wskazanie, że w przypadku wstrzymania lub zmiany organizacji realizacji robót lub innych działań o podobnym skutku w związku ze znaleziskiem archeologicznym lub podejrzeniem występowania znaleziska archeologicznego, Zamawiający pokryje koszt takiego wstrzymania lub zmiany organizacji robót oraz przedłużonego czasu realizacji Umowy z tych okoliczności wynikającego;
- 5) zmiany Wzoru Umowy:
- a. **usunięcie** § 2 ust. 6 w całości;
 - b. **usunięcie** § 1 ust. 4 w całości.

7. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztu wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie z rachunkiem z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu według rachunku złożonego na rozprawie.
 8. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu w postaci dokumentacji przetargowej zamieszczonej przez Zamawiającego na stronie, na której prowadzone jest przedmiotowe Postępowanie na wykazanie faktu dopuszczenia się przez Zamawiającego opisanych w pkt I naruszeń. Wykonawca w celu wykazania naruszeń, których dopuścił się Zamawiający załączył do niniejszego odwołania fragment Specyfikacji Technicznej DD-00.00.00 „Wymagania ogólne” oraz Załącznik nr 1 do Umowy.
- IV.** Wskazuję, że Odwołujący mógł powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania w dniu 15 marca 2024 r., kiedy to Zamawiający zamieścił dokumentację przetargową na stronie internetowej <https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/902420>, na której prowadzone jest przedmiotowe Postępowanie. Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia przekazania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Zgodnie z art. 513 ust 1 pkt 1 PZP w zw. art. 509 ust. 1 PZP.
- V.** Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 PZP wskazuję, że kopia niniejszego odwołania została Zamawiającemu przesłana w dniu 25 marca 2024 r. na dowód czego składam potwierdzenie – Załącznik nr 5.
- VI.** Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wskazuje, że jest podmiotem działającym na rynku budowlanym wykonawców i jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednak na skutek określonych w odwołaniu naruszeń, których dopuścił się Zamawiający, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty. Względnie, złożenie oferty w przedmiotowych warunkach naraża Odwołującego na szkodę. W ugruntowanym i jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej panuje pogląd, zgodnie z którym na etapie odwołania od treści postanowień SWZ czy też ogłoszenia o zamówienia, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia **obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia** (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1776/17).

UZASADNIENIE

I. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA AD 1

1. Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 99 ust. 4 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak stanowi zaś art. 103 zamówienie na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót

budowlanych, zgodnie z zakresem wskazanym w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 103 ust 4 PZP. Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach dotyczących art. 29 ust. 1 ustawy z 2004 r. i zachowujących swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązującego PZP niejednokrotnie wskazywała, że *celem tego przepisu (art. 99 ust. 1 PZP) jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Przeciwnieństwem opisu jednoznacznego oraz wyczerpującego jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Podobnie, nieprawidłowy będzie opis wewnętrznie sprzeczny bądź w inny sposób nieprzejrzysty, jeśli uniemożliwi on wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistych oczekiwań zamawiającego w zakresie konkretnego przedmiotu zamówienia* (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych s. 339).

2. Zamawiający w Specyfikacji Technicznej - DD-00.00.00 Wymagania ogólne str. 3 – Spis Treści, stanowiącej załącznik do SWZ wskazał, że *„Uwaga! Zapisy zawarte w szczegółowych specyfikacjach technicznych branży drogowej obowiązują również w szczegółowych specyfikacjach technicznych dla pozostałych branż. W przypadku różnych zapisów w tym samym zakresie robót należy przyjmować do realizacji zapisy korzystniejsze dla realizacji kontraktu i inwestora po uprzednim uzgodnieniu ich z Inspektorem Nadzoru i Projektantem.”*
3. Tym samym, Zamawiający poprzez ww. postanowienie podejmuje próbę obciążenia Wykonawcy skutkami tego, że dokumentacja projektowa przekazana przez Zamawiającego będzie posiadała wady. Wykonawca na etapie przygotowania oferty nie jest w stanie zidentyfikować ewentualnych błędów (sprzeczności) w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego i sporządza ofertę w oparciu o wymagania określone w dokumentacji projektowej dla poszczególnych branż. Jednocześnie Zamawiający obarcza Wykonawcę ryzykiem konieczności stosowania innych specyfikacji niż te, które podlegały wycenieniu i to w ramach wynagrodzenia zaoferowanego przez Wykonawcę w postępowaniu. Wykonawca w przedmiotowym zakresie zobowiązany będzie do wykonywania Umowy z uwzględnieniem jednostronnie wskazanych przez Inspektora Nadzoru i Projektanta rozwiązań, dając im w zasadzie uprawnienie do kształtowania treści zobowiązania. Etap realizacji wykonywania zamówienia publicznego nie jest momentem, w którym ustalany może być jego zakres. Wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP jest obowiązkiem Zamawiającego. Obowiązek ten Zamawiający zobowiązany jest wykonać wraz z publikacją dokumentów zamówienia (a w dopuszczalnych przepisami PZP sytuacjach do momentu upływu terminu składania ofert – dokonując zmian treści SWZ).
4. W ocenie Wykonawcy zaskarżone postanowienie zaprzecza zasadom zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 PZP, naruszając zasady uczciwej konkurencji.
5. ***Wszelkie wątpliwości dotyczące zapisów SWZ powinny zostać usunięte jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Również wszelkie wady treści SWZ powinny zostać naprawione w tym okresie. W przeciwnym wypadku SWZ, nawet jeśli będzie zawierała wady bądź niejasności, będzie musiała być stosowana w brzmieniu, jakie pozostawało aktualne na dzień upływu terminu składania ofert.*** (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2023 sygn. akt KIO 730/23).

6. W związku z powyższym uznać należy, że wniosek o usunięcie postanowienia zawartego w spisie treści Specyfikacji Technicznej - DD-00.00.00 jest niezbędny. Wnioskowana zmiana treści SWZ zapewni Postępowaniu przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji. Pozostawienie przedmiotowego postanowienia uniemożliwia wykonawcom rozeznanie co do rzeczywistego zakresu przyjętego ryzyka kontraktowego, czego konsekwencją będzie oczywista nieporównywalność złożonych ofert.

II. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA AD 2

1. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu zarzutu odwołania ad 1, Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciążony jest obowiązkiem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, tak aby każdy z wykonawców w warunkach uczciwej konkurencji mógł złożyć porównywalną ofertę, a Zamawiający mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą. Wykonawca wskazuje, że twierdzenia wskazane w części I Uzasadnienia dotyczące naruszenia art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 16 ust. 1 i 2 są aktualne i należy odczytywać je razem z poniższym uzasadnieniem.
2. Uzasadniając podniesiony przez Wykonawcę zarzut należy mieć na względzie fakt, że Postępowanie którego niniejsze odwołanie dotyczy jest postępowaniem na wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową dostarczoną przez Zamawiającego. Jak stanowi art. 103 ust. 1 PZP *Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.* Tymczasem Zamawiający za pomocą SWZ, w tym w szczególności Specyfikacji Technicznej - DD-00.00.00 „Wymagania ogólne” **opisuje zamówienie poprzez enigmatyczne określenie wszelkich ewentualnych ryzyk, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji Zamówienia oraz umowne zobowiązanie Wykonawcy do ich „skonsumowania” poprzez opracowanie odpowiedniej dokumentacji projektowej,** uzgodnienie jej, uzyskanie stosownych decyzji zatwierdzających ją, pozyskanie terenu budowy oraz wykonanie robót budowlanych, których konieczność wykonania wynikać będzie z tak opracowanej dokumentacji projektowej wynikać. To wszystko bez prawa do ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie czy przedłużenie czasu realizacji Inwestycji.
3. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia uchybiając art. 99 ust. 1 PZP przerzucając na realizującego zamówienie publiczne konsekwencje własnych zaniedbań w stosunku do dokonanego opisu przedmiotu zamówienia i nakładając na wykonawcę obowiązek oszacowania i uwzględnienia w zaoferowanej cenie niedającego się przewidzieć ryzyka.
4. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 3260/21 *Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców.*

5. Nie sposób odnieść się precyzyjnie i indywidualnie do każdego z nadużyć wynikających z treści pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej – ST DD-00.00.00 (jest ich zbyt wiele), niemniej Wykonawca przykładowo wskazuje, że Zamawiający w ramach zamówienia oczekuje od Wykonawcy, aby ten zobowiązał się do *Aktualizacji mapy do celów projektowych w zakresie niezbędnym do realizacji kontraktu (minimum zakres inwestycji) w terminie do 2 miesięcy od daty przekazania placu budowy dla Wykonawcy oraz powtórzenie aktualizacji tyle razy, ile będzie wymagał tego kontrakt*. Wykonawca wskazuje, że konieczność aktualizacji mapy do celów projektowych nie stanowi naturalnej konsekwencji Inwestycji i na podstawie informacji określonych w postępowaniu nie sposób jest oszacować, ile razy **w toku realizacji Inwestycji wystąpi konieczność aktualizacji mapy do celów projektowych**. Powyższe jest konsekwencją tego, że jest to czynnik od Wykonawcy niezależny. **Przyjęcie nieokreślonej ilości aktualizacji mapy do celów projektowych powoduje sytuację, że każdy z wykonawców uwzględnić może inną ilość w swojej ofercie**. Powyższe może prowadzić do nieporównywalności ofert co narusza zasadę przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, o których mowa w art 16 PZP.
6. Podobnie należy ocenić postanowienia SWZ zobowiązujące wykonawcę do opracowania dokumentacji usunięcia kolizji **niezinwentaryzowanych obiektów budowlanych wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i decyzjami uprawniającymi do ich przebudowy**, a następnie wykonania robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dla którego Zamawiający przygotował dokumentację projektową i w odniesieniu do którego Zamawiający miał praktycznie nieograniczony czas na przygotowanie Inwestycji do realizacji, w tym do zidentyfikowania w najdalej idącym możliwym zakresie wszelkich kolizji – Zamawiający podejmuje próbę obciążenia wykonawcy realizującego zamówienie skutkami niewłaściwego (niepełnego) opisu przedmiotu zamówienia. Jeśli jakiegokolwiek kolizje nie mogły być przewidziane (zidentyfikowane) przez Zamawiającego na etapie przygotowania zamówienia do realizacji, to ich napotkanie przez wykonawcę winno być traktowane jako przeszkoda w realizacji Inwestycji, która uprawniać będzie wykonawcę do dodatkowej zapłaty oraz przedłużenia czasu realizacji Inwestycji. Tymczasem Zamawiający oczekuje od wykonawców, że każdy z nich, w niczym nieograniczonym zakresie, przyjmie na siebie ryzyko, które jest obiektywnie niemierzalne i które nie może zostać na etapie oferty odpowiednio wycenione, co skutkować będzie tym, że każdy z wykonawców przyjmie w tym zakresie odmienne wartości (w oparciu o odmienne założenia).
7. Zauważyć przy tym należy, że z zaskarżonych postanowień SWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiający świadomy jest istnienia istotnych wad w opisie przedmiotu zamówienia (np. udostępnienia uzgodnień, których okres „ważności” upłynął lub upłynie), które Zamawiający zamierza usuwać w trakcie jego realizacji, obciążając ich skutkami w całości wykonawcę zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 847/23 słusznie wskazała, że *Istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają konwalidacji, a także nie mogą powodować interpretacji treści ofert w ten sposób, że oświadczenie woli wykonawców byłoby dostosowywane przez Zamawiającego i danego wykonawcę do okoliczności sprawy*.
8. Wykonawca zwraca szczególną uwagę na fakt, że w każdym wypadku konieczność wykonania dodatkowych opracowań projektowych oraz umykania decyzji zatwierdzających te opracowania związana wynika z (i) braków/błędów w dokumentacji projektowej przekazanej

Wykonawcy przez Zamawiającego, (ii) właściwości terenu budowy, które nie pozwalają na wykonanie Zamówienia zgodnie z dostarczoną dokumentacją projektową lub (iii) polecenia Zamawiającego. W każdym z opisanych powyżej wypadków konieczność wykonania robót dodatkowych/zamiennych (oraz poprzedzającej ich wykonanie dokumentacji) wynika z okoliczności, które nie leżą po stronie wykonawcy. Wobec powyższego obciążenie wykonawcy zobowiązaniem do „uzyskania decyzji zatwierdzających” jest w ocenie Odwołującego całkowicie bezpodstawne.

9. Odwołujący zwraca w powyższym zakresie na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 15 września 2020 r. (sygn. akt KIO 1967/20), gdzie słusznie wskazano, że *„Nie można jednak, zdaniem Izby, nakładać na wykonawców obowiązku uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, w sytuacji, gdy konieczność zmian będzie wynikać z błędów dokumentacji projektowej. Ewentualne uzyskanie nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę lub innej Dokumentacji Formalnej może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność uzyskania takich dokumentów wynika z naniesionych poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej, zaproponowanych przez wykonawcę i nie będzie wynikać z błędów lub wad dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy.”*
10. Wykonawca wskazuje, że niemożliwe do przewidzenia i oszacowania **jest zobowiązanie do zapewnienia wykonania przez Zarządcę infrastruktury kolejowej (!)** prac związanych z przeprowadzeniem robót na terenach kolejowych, wynikających z umowy i porozumienia podpisanego pomiędzy Inwestorem a Zarządcą infrastruktury kolejowej. Zamawiający nie udostępnił w postępowaniu żadnego porozumienia czy umowy z zarządcą infrastruktury kolejowej. Z dokumentów udostępnionych w toku postępowania nie jest znany zakres prac jaki miałyby z tego tytułu wykonać. Wykonawca nie może zobowiązać się do spowodowania, by Zarządca infrastruktury kolejowej jakiegokolwiek prace wykonał, ponieważ Wykonawca nie jest stroną umowy z Zarządcą infrastruktury kolejowej i nie ma żadnego wpływu na jego działalność.
11. **Obarczanie wykonawców niemożliwym do przewidzenia ryzykiem uznać należy za sztandarowy przykład naruszenia art. 99 ust.1 PZP.** Jeszcze w trakcie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych – Sąd Najwyższy w stosunku do skutków czynności Zamawiającego - opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że **wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia.** Jeżeli inwestor nie opisz przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem innych okoliczności (szczególnie wizji lokalnej terenu, na którym mają być wykonywane roboty), w związku z czym jeżeli dokumentacja (w tym SIWZ) nie została sporządzona w jasny i jednoznaczny sposób, zaś wizja lokalna nie dawała podstawy do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (i zwrócenia uwagi zamawiającemu), ryzyko nieprzewidzianych zdarzeń obciąża zamawiającego, a nie wykonawcę. **Trudno bowiem wymagać od wykonawcy oszacowania ewentualnego kosztu ryzyka w sytuacji, gdy nie ma on możliwości jego zidentyfikowania ani na podstawie dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego, ani na podstawie wizji lokalnej terenu, na którym roboty mają być wykonywane** (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. akt IV CSK 363/18).

12. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 maja 2021 r. sygn. akt KIO 1205/21 *„Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia to prerogatywa Zamawiającego, a zarazem jeden z jego kluczowych obowiązków związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby osiągnąć wyznaczony cel, **zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb oraz wytyczne wynikające z przepisów**”.*
13. Ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia obciąża Zamawiającego (Inwestora), który nie może go przerzucać na wykonawcę, co oznacza, że **wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami** (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – VII AGa 215/19, podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 stycznia 2020 r. sygn. akt I ACa 752/17).
14. Zaskarżone postanowienia stanowią nieskuteczną próbę obarczenia Wykonawcy konsekwencjami zaniechań Zamawiającego. Zauważyć jednak trzeba, że w dalszych konsekwencjach ostatecznie się zaskarżonych postanowień może prowadzić do unieważnienia postępowania z uwagi na nieusuwalną wadę skutkującą nieporównywalnością złożonych ofert. Każdy z Wykonawców będzie bowiem wyceniał nieznany zakres prac, czego konsekwencją będzie to, że w ramach postępowania będą podlegać ocenie oferty całkowicie nieporównywalne. Jedni wykonawcy uwzględnią większy poziom ryzyka, pozostali ograniczą przedmiotowe ryzyko, sztucznie zaniżając wartość oferty. ***Dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 16 pkt 1 p.z.p. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zachodzą przesłanki określone w art. 255 ust. 6 p.z.p. i Zamawiający w tych okolicznościach sprawy powinien przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnić*** (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 909/22).
15. W związku z powyższym uznać należy, że wnioski o zmianę treści SWZ zgodnie z żądanymi są w pełni zasadne. Implementacja wnioskowanych przez Odwołującego zmian jest krytyczna dla zapewnienia przestrzegania naczelných zasad PZP.

III. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA AD 3

1. Jak zostało wskazane w części I Zamawiający w stosunku do robót budowlanych zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej, której zakres szczegółowo określono w Rozporządzeniu. (Wykonawca wskazuje, że zarzuty wskazane w części I i II Uzasadnienia dotyczące naruszenia art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 16 ust. 1 i 2 są aktualne i należy odczytywać je razem z poniższymi).
2. Tymczasem Zamawiający, mimo ciążącego na nim obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na

sporządzenie oferty, w pełni świadomie udostępnia wykonawcom w postępowaniu niepełną dokumentację, zobowiązując jednocześnie wykonawców w postępowaniu do zapoznania się z danymi znajdującymi się we właściwych ośrodkach dokumentacji geodezyjnej (np. powiatowym zasobie dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej). Wykonawcy w oparciu o dokumentację zewnętrzną, nieudostępnioną w postępowaniu, mają złożyć oferty.

3. **Wykonawca wskazuje, że Zamawiający zobowiązany jest udostępnić wszelką dokumentację, która pozwalać będzie wykonawcom na zidentyfikowanie zakresu zamówienia publicznego, która zawierać będzie wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.**
4. Zamawiający sam mógł z łatwością zasięgnąć informacji z właściwego ośrodka geodezyjnego i w oparciu o ich treść dokonać opisu przedmiotu zamówienia – nie istnieją żadne okoliczności, które zezwalałyby na obciążenie wykonawców koniecznością wykonania określonego świadczenia już na etapie ofertowania. Co więcej, niektórzy wykonawcy mogą całkowicie pominąć wycenę nieopisanych kolizji z uwagi na sprzeczność przedmiotowego postanowienia z ustawą – tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia powoduje, że oferty w postępowaniu w żadnym stopniu nie będą porównywalne, bowiem wykonawcy wyceniać będą różne, tylko sobie wiadome, zakresy.
5. W sytuacji, gdy Zamawiający identyfikuje konieczność wykonania konkretnego świadczenia – np. usunięcia kolizji – Zamawiający zobowiązany jest przedmiotowy zakres opisać udostępniając (w zw. z art. 103 ust 1 PZP) dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót.
6. W związku z powyższym uznać należy, że wniosek o zmianę treści SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego jest w pełni uzasadniony.

IV. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA AD 4

1. Wykonawca wskazuje, że uzasadnienie w części I i II oraz III Uzasadnienia dotyczące naruszenia art. 99 ust. 1 PZP, art. 103 PZP, przepisów Rozporządzenia oraz art. 16 ust. 1 i 2 PZP znajdują zastosowanie również do zarzutu ad 4 i należy je odczytywać razem z poniższym.
2. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia, dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych składa się m.in. z przedmiaru robót, w zakresie wskazanym w § 6 Rozporządzenia. Jak stanowi zaś przywołany § 6 Rozporządzenia „**przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych**”. Kolejno zaś, zgodnie z § 9 ust. 2 Rozporządzenia „w tabelach przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych - robót, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych, z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania”.

3. Z powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że przygotowany przez Zamawiającego przedmiar winien uwzględniać wszystkie roboty, które są konieczne są do wykonania danego zamówienia publicznego.
4. Mimo ciążącego na Zamawiającym obowiązku należytego opisanie przedmiotu zamówienia, Zamawiający wiedząc o istotnych wadach dokonanej przez siebie opisu przedmiotu zamówienia przygotował przedmiar (a za nim kosztorys ofertowy) niepozwalający na należyte sporządzenie oferty.
5. W stosunku do zakresu wynikającego z Wymagań Ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznej DM.00.00.00, który to zobowiązuje do wykonania, utrzymania oraz likwidacji tymczasowej organizacji ruchu, nadzoru archeologicznego, nadzoru przyrodniczego, rozpoznania saperskiego, usunięcia kolizji z niezainwentaryzowaną infrastrukturą techniczną, prowadzenia prac na terenach kolejowych – Zamawiający ustalił maksymalną wysokość wartość wynoszącą 2,5% całkowitej wartości oferty netto. Odwołujący wskazuje, że z uwagi na poziom skomplikowania zamówienia (obejmujących prace wskazane w Wymaganiach Ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznej DM.00.00.00) jest obiektywnie niemożliwe, aby jakkolwiek wykonawca rzetelnie sporządzający ofertę wycenił prace w przedmiotowym zakresie z uwzględnieniem przedstawionego przez Zamawiającego limitu kosztów. Wykonawca szacuje, że w obecnie panujących warunkach rynkowych sam limit określony przez Zamawiającego na 2,5% powinien wynosić 10% (z wyłączeniem ryzyk niemożliwych do przewidzenia, o których mowa w poprzednich zarzutach).
6. Niezależnie od tego, że Wykonawca wskazuje na niemożność wyceny niezainwentaryzowanych kolizji (sieci elektroenergetycznych, sieci gazu, sieci sanitarnych, sieci telekomunikacyjnych), zwrócić należy uwagę, że Zamawiający wskazał (ppkt 43 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 „Wymagania ogólne”), **że w cenie jednostkowej 1mb pozycji kosztorysowej** ma zostać ujęte między innymi uzyskanie warunków, wykonanie projektu i opracowań zamiennych, uzgodnienie oraz uzyskanie niezbędnych zgłoszeń, pozwoleń, wykonanie robót wynikających z projektów i uzyskanie protokołu odbioru od zarządcy sieci. Tymczasem takiej pozycji jednostkowej w ogóle w kosztorysie nie ma. Co więcej, nawet gdyby taka pozycja się tam znalazła, to niemożliwe jest wycenienie usunięcia 1mb kolizji niezainwentaryzowanej, niezależnie od branży. Wiedzą powszechnie znaną jest to, że stawki prac w zależności od rodzaju sieci, są diametralnie różne i niemożliwe do uśrednienia. Usunięcie kolizji sieci kabla Niskiego Napięcia to koszt rzędu kilku tysięcy złotych, natomiast usunięcie kolizji sieci Wysokiego Napięcia to koszt rzędu kilku milionów złotych. Podobnie usunięcie kolizji w branży energetycznej może być tysiącrotnie droższe niż usunięcie kolizji sieci sanitarnych. Nie znając ilości i rodzajów kolizji, złożenie porównywalnych ofert jest całkowicie niemożliwe.
7. W stosunku do zakresu robót związanego z sprawdzeniem zakresu ich zgodności z przepisami i normami po wykonaniu całości prac (i w razie potrzeby regulacją) zawieszenia przewodów nad drogą, Zamawiający całkowicie zaniechał ujęcia go dokumentacji projektowej i w Kosztorysie ofertowym. **Powyższe jest całkowicie niezrozumiałe, bowiem sieć podlegająca ewentualnej regulacji mogła być zainwentaryzowana na etapie poprzedzającym Postępowania (przygotowanie Inwestycji). W takim wypadku Zamawiający mógłby precyzyjnie określić wymagania tym zakresie względem**

Wykonawcy, a Wykonawca wycenić koszt prac w tym zakresie. Już samo pominięcie tak istotnego zakresu powoduje wadliwość Postępowania. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 93/07 Skoro Zamawiający zdecydował się na wynagrodzenie kosztorysowe, winien przestrzegać w toku postępowaniu zasad rządzących tą formą wynagrodzenia. Zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą m.in. dokumentacji projektowej. Elementy obligatoryjne, które powinna zawierać dokumentacja projektowa na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa w sposób wyczerpujący rozporządzenie 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 (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). **Do tych elementów należy przedmiar, który powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.**

8. Powyższe prowadzić będzie do tego, że wykonawcy w ww. zakresie będą musieli wyceniać świadczenie niegodne z treścią SWZ lub uwzględniać część kosztów wykonania świadczenia w innych pozycjach.
9. Pozostawienie Kosztorysu Ofertowego w obecnym brzmieniu może prowadzić do uwzględnienia nadwyżki kosztów w koszcie wykonania pozostałych robót. W tym miejscu warto przypomnieć, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 maja 2018 r. sygn. akt 968/19 słusznie wskazała, że **Sztuczne przerzucanie przez wykonawcę kosztów do zakresu prac związanych z realizacją innego zadania powoduje, że cena jednostkowa danej części jest nierealna i nie uwzględnia wszystkich elementów, które powinny być zawarte w wycenie.** Konsekwencją działania wykonawcy jest także to, że zamawiający nie ma pełnej wiedzy jaka jest faktyczna, rynkowa wartość realizowanych prac, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że traci on kontrolę nad rozliczeniem kontraktu (ich wzajemne świadczenia będą również nieekwiwalentne) – co w ocenie Wykonawcy syntetycznie i niezwykle trafnie podsumowuje skutki ustalenia ww. limitu na poziomie 2,5% czy też całkowicie pominięcie ww. zakresu robót.
10. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 PZP). Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 14 stycznia 2015 r. (sygn. akt. KIO 2734/14) wskazała, że „ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystać niedoszacowanie przez zamawiającego ilości robót jakie będą rzeczywiście wykonane i po to by wykonać na rzecz zamawiającego roboty po wyższej cenie, aniżeli odpowiadająca regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Podobnie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020 r. KIO 1042/20).”
11. Zważyć należy, że Zamawiający poprzez takie ukształtowanie postanowień SWZ staje się prowodyrem naruszania przepisów PZP, co jest absolutnie nieakceptowalne. Biorąc pod

uwagę powyższe Odwołujący wskazuje, że niezbędne jest wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu dokonanie zmiany w treści SWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

V. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA AD 5

1. Zgodnie z art. 433 pkt 3 PZP *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający*. Jak przedstawiono to w uzasadnieniu projektu PZP (VIII kadencja, druk sejm. nr 3624): „W art. 433 projektu ustawy wyraźnie wskazuje się katalog abuzywnych klauzul. W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowanie znajduje Kodeks cywilny. **Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto jest narzucana przez zamawiającego, wymaga wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę.** Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO”.
2. W piśmiennictwie podkreśla się, że „Zakres zastosowania tego przepisu (art. 433 PZP) obejmować będzie również postanowienia umowne, które z jednej strony zwalniają zamawiającego z odpowiedzialności za jego obowiązki kontraktowe, a z drugiej nie uwzględniają wpływu tej okoliczności faktycznej na odpowiedzialność wykonawcy z tytułu nienależytego lub nieterminowego wykonania zobowiązania (np. **klauzula zwalniająca zamawiającego z odpowiedzialności za wady przekazanej dokumentacji projektowej lub programu funkcjonalno-użytkowego, klauzula zawierająca oświadczenie wykonawcy o braku zastrzeżeń do terenu budowy**).” (por. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 433.).
3. Zgodnie z art. 353(1) k.c. *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 września 2020 r. sygn. akt. KIO 1967/20 wskazała, że zasada swobody umów, wyrażona w art. 353(1) k.c. na gruncie zamówień publicznych „doznaje trojakiiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiającemu przysługuje prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami. Jednak uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym

przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353 (1) oraz art. 5 k.c.).”

4. Zgodnie z art. 433 pkt 3 PZP projektowane postanowienia umowy **nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający**. Wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP jest obowiązkiem Zamawiającego, którego Zamawiający nie może przenieść na wykonawców i za wykonanie którego ponosi wyłączną odpowiedzialność. Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, **uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**.
5. Sytuacja, w której wykonawca uwzględnić ma w cenie oferty koszt weryfikacji dokumentacji ewentualnej aktualizacji dokumentacji (pkt 25 Załącznika nr 1 do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia) godzi w powyższe postulaty, naruszając zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art 16 PZP. W konsekwencji ww. postanowień każdy z Wykonawców będzie wyceniał nieznany zakres prac, czego konsekwencją będzie to, że w ramach postępowania będą podlegać ocenie oferty całkowicie nieporównywalne. Jedni wykonawcy uwzględnią większy poziom ryzyka, pozostali ograniczą przedmiotowe ryzyko, sztucznie zaniżając wartość oferty. **Co, więcej z uwagi na nieznaną dzisiaj Wykonawcom datę zawarcia Umowy, wykonawcy składając ofertę muszą czynić w tym względzie pewne założenia – których kryteria nie będą tożsame (obiektywne).**
6. Wykonawca wskazuje, że tego typu postanowienia były traktowane jako naruszające podstawowe zasady zamówień publicznych już w czasie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (kiedy nie funkcjonował zakaz, o którym mowa w art. 433 pkt 3 PZP). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11 przychylając się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1698/10, wskazała że: nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważane na etapie sprawdzania projektu i ujawniają się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż nie zgłoszenie jakiś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 r. (sygn. III CKN 629/98), z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

7. Tymczasem, zastrzeżone przez Zamawiającego postanowienia nakładają na Wykonawcę obowiązek zbadania dokumentacji projektowej przed jej zawarciem, jak również przyjęcie pewnego, niemierzalnego ryzyka, utraty aktualności uzgodnień. Co więcej, Zamawiający winien mieć na względzie, że konieczność pozyskiwania nowych uzgodnień może mieć również istotny wpływ na termin realizacji objętej Umową inwestycji – naturalnym bowiem jest, że znakomita część uzgodnień dokumentacji wydawana jest przez podmioty, które nie są związane żadnymi ustawowymi terminami.
8. Za niedopuszczalne uznać należy oczekiwanie przez Zamawiającego, że wykonawca w dacie zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego złoży Zamawiającemu oświadczenie, które w istocie miałoby zwalniać Zamawiającego z odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego jego własnych obowiązków związanych z przygotowaniem do realizacji inwestycji (Zamówienia) i odnosiło się do okoliczności, które wykonawcy nie są, i nie mogą być znane.
9. W tym miejscu należy powtórzyć za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2021 r. sygn. akt 2809/21 **w ocenie Izby zbyt daleko idące są oświadczenia wykonawcy, których złożenia zamawiający żąda przy podpisaniu umowy [...] oraz związane z tymi oświadczeniami skutki i obowiązki nałożone na wykonawców, a wiążące się z koniecznością weryfikacji i notyfikacją uchybień dokumentacji przed terminem składania ofert oraz powiązanie ich ze swoistym odwróceniem ciężaru dowodu w zakresie ustalenia momentu, w którym błąd, nieprawidłowość czy też wadę wykonawca mógł wykryć.** Oświadczenie w § 1 ust. 4 Projektu Umowy wywołać ma skutki obarczające wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność z mocą ustawowych przepisów ponosi Zamawiający.
10. Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyżej w ust. 6 wyroku nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji w sposób odpowiadający wskazówkom wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98, wskazując, że: „sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczanie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasookresem (np. terminem składania ofert). **Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ poprzez chociażby wykreślenie oświadczeń, które wskazywałyby na konieczność zapoznania się z niedookreślonym katalogiem dokumentów bądź też weryfikacji prawidłowości przekazanej dokumentacji projektowej**”.
11. Podobnie za niedozwolone uznać należy zobowiązanie Wykonawcy (zgodnie z ppkt 40 pkt 1.5.2 Specyfikacji Technicznej - ST DD-00.00.00 „Wymagania ogólne”) **do uzyskania zgód właścicieli działek w celu realizacji Inwestycji wraz z odszkodowaniem za ich użytkowanie na czas robót, podczas gdy udostępnienie terenu budowy należy do podstawowych obowiązków Zamawiającego.** Wykonawcy w postępowaniu nie mają wiedzy co do tego z jakich przyczyn Zamawiający nie dysponuje teren budowy, ani w jakim zakresie. Powyższe jest o tyle niezrozumiałe, że Zamawiający w toku uzyskiwania zatwierdzeń dokumentacji projektowej musi posiadać prawo do dysponowania nieruchomościami, na których realizowana będzie inwestycja, **na cele budowlane.**

Wykonawca zwraca nadto uwagę, że wykonawcy nie będą dysponowali żadnymi instrumentami prawnymi, które pozwalałyby na przymusowe udostępnienie nieruchomości, w wypadku kiedy właściciele nie będą wyrażali woli udostępnienia ich w ramach stosunków obligacyjnych.

12. Wykonawca zwraca nadto uwagę, że postanowienia pkt 38 i 39 Załącznika do Umowy – Szczególnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia obejmują przedmiotem zamówienia i ryzykiem z tego wynikającym okoliczności ekstraordynaryjne (znaleziska archeologiczne), nie wskazując jednocześnie, że ich wystąpienie stanowiło będzie podstawę do zmiany terminów realizacji zamówienia, jak również, że Zamawiający pokryje koszty przedłużonego czasu realizacji zamówienia, co w nieuzasadniony sposób powoduje obciążenie Wykonawcy ryzykiem wystąpienia przeszkód w realizacji inwestycji.
13. Odwołujący w konkluzji uzasadnienia przedmiotowych zarzutów wskazuje, że w opinii UZP pn. „*Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy*” za przykład odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający wskazano dwa przykłady niedozwolonych klauzul, pierwszą jest sytuacja, kiedy Wykonawca ponosi odpowiedzialności za opóźnienie wynikające z winy zamawiającego drugą, **gdy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za dokumentację, którą zamawiający dostarczył wykonawcy w celu realizacji inwestycji**. Wszystkie będące przedmiotem Odwołania postanowienia SWZ są w istocie sztandarowymi przykładami niedozwolonych na mocy art. 433 ust. 3 PZP, zastrzeżonych jedynie w dość zawołany sposób, tak by ukryć ich rzeczywisty cel.

VI. UZASADNIENIE ZARZUTU ODWOŁANIA AD 6

1. Postanowienie § 2 ust. 6 Wzoru Umowy: - „*Podstawą do żądania przez Wykonawcę zmiany terminu zakończenia robót, o których mowa w § 1 ust. 1 Umowy, jest pisemne powiadomienie INŻYNIERA KONTRAKTU i Zamawiającego o zaistniałych okolicznościach w ciągu 7 dni, licząc od daty zaistnienia okoliczności oraz stosowne wpisy zamieszczone w dzienniku budowy, w przypadkach, gdy okoliczności związane są bezpośrednio z przebiegiem robót budowlanych. W przypadku przekroczenia przez Wykonawcę terminu wskazanego w zd. 1, Zamawiający będzie uprawniony do nie uwzględnia wniosku Wykonawcy o zmianę terminu*”- jest niezgodny z art. 119 k.c.
2. Jak słusznie wskazał w wyroku z 29 kwietnia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie sygn. akt VI ACa 1183/12 „*ustawowe terminy zawite przewidujące wygaśnięcie roszczeń mają, z uwagi na kategoryczność skutków dawności, charakter wyjątkowy w stosunku do instytucji przedawnienia. Skoro zatem zgodnie z art. 119 k.c. terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną, to tym bardziej nie sposób przyjąć, by w braku ustawowej podstawy prawnej dopuszczalnym było tworzenie umownych terminów zawitych, które powodowałyby wygaśnięcie roszczenia*”.
3. Niezależnie od powyższego, próba zastrzeżenia umownego terminu zawitego stanowi w opinii Wykonawcy nieskuteczną i niedopuszczalną próbę ominięcia zakazu wynikającego z art. 433 PZP.

radca prawny Kamil Śliwiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20 000 zł;
- 2) pełnomocnictwo;
- 3) potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 4) odpis z KRS Odwołującego;
- 5) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu w dniu 25 marca 2023 r.
- 6) fragment Specyfikacji Technicznej DD-00.00.00 „Wymagania ogólne” oraz Załącznik nr 1 do Umowy;