

Warszawa, dnia 30 lipca 2018 r.

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

**Zamawiający:** **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**  
ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok  
faks: + 48 85 67 67 153  
e-mail: [wzp@pzdw.wrotapodlasia.pl](mailto:wzp@pzdw.wrotapodlasia.pl)

**Odwołujący:** **Polski Związek Pracodawców Budownictwa**  
ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa  
e-mail: [sekretariat@pzpb.com.pl](mailto:sekretariat@pzpb.com.pl)

***Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 673 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Dąbrowa Białostocka – Sokółka wraz z obejściami miejscowości (nr. Referencyjny projektu: WND-RPPD.04.01.01-20-0001/16, dalej jako „**Postępowanie**”)*

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 maja 2018 r. pod nr: 2018/S 089-199140.

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), wnoszę odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SIWZ**”) w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz niedostępniению wszystkich niezbędnych dokumentów i informacji prawem wymaganych.

**Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:**

- 1) **art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na

sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

- 2) **art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- 3) **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

#### **W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

#### **Interes i szkoda:**

Odwołujący jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). Polski Związek Pracodawców Budownictwa to ogólnopolska organizacja zrzeszająca firmy z branży infrastruktury i budownictwa, które wspólnie reprezentują ponad 70 proc. potencjału rynku generalnego wykonawstwa inwestycji w Polsce. Celem Związku jest m.in. ochrona praw i reprezentowanie interesów zrzeszonych członków w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienia publiczne. Ponadto, celem działalności Związku jest przyczynianie się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej.

W przypadku Odwołującego, fakt wpisania na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej determinuje, iż jest on formalnie legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 2 ustawy Pzp – interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody nie stanowią materialnoprawnej przesłanki umożliwiającej wniesienie odwołania. Na marginesie, podkreślenia wymaga jednak, iż naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach Postępowania, wprost godzą w interesy zrzeszonych w ramach Związku członków, naruszając przy tym postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy opisując przedmiot zamówienia i przerzucając niemożliwe do skalkulowania ryzyka kontraktowe na wykonawców, doprowadzić mogą do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty. Powyższe, w negatywny sposób może odbić na całym rynku infrastruktury i budownictwa, w którym partycypuje Związek.

#### **Zachowanie terminu i wymogów formalnych:**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż Zamawiający w dniu 20 lipca 2018 r. udostępnił na swojej stronie internetowej wyjaśnienia treści SIWZ wraz jej modyfikacjami, z których wyniknęła konieczność wyceny elementów związanych z pracami uprzednio wykonanymi już na obszarze inwestycji, których jakości i zakresu wykonawcy nie są w stanie ustalić na podstawie informacji i dokumentów w tej samej dacie udostępnionych. W konsekwencji, Zamawiający w dniu 20 lipca 2018 r. nałożył na wykonawców nowe obowiązki związane z wyceną i realizacją przedmiotowej inwestycji bez jednoczesnego przekazania precyzyjnych danych opisujących ten zakres prac, które

mogłyby stanowić podstawę do rzetelnego przygotowania oferty. Przekazane w dniu 20 lipca 2018 r. materiały i informacje odnoszące się do prac uprzednio zrealizowanych na terenie inwestycji nie pozwalają na ustalenie ilości i jakości prac już zrealizowanych, które włączone mają zostać w realizację wykonywaną przez wykonawców przedmiotowej inwestycji. Zamawiający wskazał na konieczność wyceny nowych (niemożliwych do oszacowania) elementów tak poprzez aktualizację SIWZ, jak i wskazując na ww. okoliczności w ramach odpowiedzi na pytania do SIWZ. Wskazania w związku z tym wymaga, iż to merytoryczna zawartość informacji przekazywanych przez Zamawiającego, bez względu na formalny sposób ich wprowadzenia, determinuje sposób rozumienia obowiązków nałożonych na wykonawcę. W tym kontekście, wskazujemy przy tym m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 8 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 368/11), w ramach którego Izba wskazała, iż: *„Každorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Bez znaczenia w tym przypadku jest okoliczność, że zmiana ta została dokonana bez dochowania procedur wskazanych w ustawie Pzp”*. Tym samym w dniu 20 lipca 2018 r. powzięto informację o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, iż 10-dniowy termin na wniesienie odwołania został w tym przypadku zachowany. Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

## UZASADNIENIE

1. Z treści pisma z dnia 20 lipca 2018 r., przekazującego odpowiedzi na zapytania dotyczące treści SIWZ, a także z opublikowanej w tej samej dacie zaktualizowanej SIWZ, do której załączone zostało m.in. *zestawienie ilości robót wykonanych*, wyniknęły następujące okoliczności, generujące poniższe uwagi i wątpliwości:

- a) Zamawiający odnosząc się do jakości prac i materiałów wbudowanych już przez poprzedniego wykonawcę dokonał zastrzeżenia, zgodnie z którym **na etapie realizacji zamówienia** – jeszcze przed przystąpieniem do wykonania kolejnej warstwy konstrukcji nawierzchni lub asortymentu wykonawca obowiązany będzie **zweryfikować stan wykonanych wcześniej robót pod kątem zgodności z projektem budowlanym oraz specyfikacją techniczną**. *W przypadku nie potwierdzenia zgodności z projektem budowlanym i SST Wykonawca wyłoniony w przetargu zobowiązany będzie do doprowadzenia danego asortymentu do zgodności z projektem budowlanym i SST. Koszt powyższego należy ująć w cenie ofertowej ryczałtowej* (vide: pismo z dnia 20 lipca 2018 r.: odpowiedź 6, zestaw VI (strona 18) oraz odpowiedź 3 zestaw IX (strona 47)).

Tym samym, we wskazanym zakresie Zamawiający oczekuje skalkulowania przez wykonawców w cenie ofertowej ryzyk niemożliwych do przewidzenia na obecnym etapie – sam Zamawiający wskazuje zresztą, że realny stan wykonanych uprzednio prac i wbudowanych materiałów będzie mógł zostać ustalony dopiero na etapie realizacji zamówienia. Innymi słowy, zgodnie ze wskazanymi odpowiedziami na pytania do SIWZ, wykonawcy ponosić mają odpowiedzialność za prace wykonane przez poprzedniego wykonawcę, będąc zobowiązanymi do skalkulowania ewentualnych kosztów ich doprowadzenia do zgodności z wymaganiami Zamawiającego – nie uzyskując jednak jakichkolwiek miarodajnych założeń, mogących stanowić podstawę wyceny oferty w tym zakresie – nie wiadomo bowiem jaki jest stan prac uprzednio wykonanych, a także czy i w jakim zakresie nastąpi konieczność ich dostosowania do wymagań Zamawiającego.

- b) Zamawiający nałożył na wykonawców nowy obowiązek w postaci **konieczności rozbiórki części drogi, ograniczając się w tym zakresie do wskazania odcinków**, które mają jej podlegać, zastrzegając jednocześnie (w sposób analogiczny do opisanego w pkt a) powyżej), że **przed przystąpieniem do wykonania kolejnej warstwy konstrukcji nawierzchni lub asortymentu robót** koniecznym będzie weryfikacja stanu wykonanych wcześniej robót i ich dostosowanie do wymagań zawartych w projekcie budowlanym oraz SST, które to koszty należy ująć w cenie ofertowej (vide: pismo z dnia 20 lipca 2018 r.: odpowiedź 3, zestaw VI (strona 17); odpowiedź 1 – 4 zestaw VIII (strony 43-45)).

Tym samym, Zamawiający w ramach ww. odpowiedzi na pytania wskazał na konieczność wykonania rozbiórki w określonych kilometrażach, nie precyzując jednak jaki zakres robót na tych odcinkach został wykonany, w tym jakie warstwy konstrukcyjne zostały wykonane, które z nich wykonane zostały prawidłowo, które zaś podlegać mają rozbiórce.

- c) Zamawiający w ramach czynności podjętych w dniu 20 lipca 2018 r. udostępnił zestawienie ilości robót wykonanych, protokoły odbioru częściowego oraz inwentaryzację geologiczną wykonaną przez poprzedniego wykonawcę. Do wskazanych zagadnień referują odpowiedzi zawarte w zestawie VI – odpowiedź nr 4 (strona 17); zestawie X – odpowiedź nr 1 (strona 50); zestawie IX – odpowiedź nr 2 (strona 47) oraz zestawie XI – odpowiedzi nr 21 – 23 (strona 54).

Udostępnione materiały – teoretycznie mające umożliwić wycenę dokonywaną przez Wykonawcę w elemencie odnoszącym się do prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, nie spełniają wymogów precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia, uniemożliwiając dokonanie jakichkolwiek realnych założeń, mających być podstawą konstruowanej oferty. Nie załączona została bowiem dokumentacja powykonawcza dotycząca poprzedniej realizacji, która obrazowałaby ilość i stan wykonanych prac; zestawienie ilości wykonanych robót nie wskazuje na prawidłowość (bądź uchybienia) w ich realizacji (dokument nie referuje więc do jakości wykonanych prac i konieczności ich ewentualnego dostosowania do wymagań Zamawiającego); protokoły odbioru częściowego podają jedynie zestawienie kwotowe zaawansowania robót (nie określając postępu technicznego); inwentaryzacja geodezyjna nie zawiera natomiast informacji dotyczącej tego jakie warstwy nawierzchni zostały już wykonane.

2. W kontekście kwestionowanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego, wynikających z ww. odpowiedzi na pytania do SIWZ oraz dokonanej wówczas jej aktualizacji, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że **na etapie kalkulacji oferty przetargowej potencjalni wykonawcy w zakresie odnoszącym się do elementów wykonanych przez poprzedniego wykonawcę nie otrzymali więc jakichkolwiek miarodajnych danych, na których mogliby się oprzeć wyceniając swoją ofertę.** Ani informacje podane przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na przywoływane pytania ani załączona dokumentacja nie pozwalają bowiem na ocenę jakie warstwy nawierzchni zostały wykonane przez poprzedniego wykonawcę, które z nich wykonane zostały prawidłowo i jaki byłby konieczny zakres prac do zrealizowania przez wykonawcę wyłonionego w bieżącym postępowaniu, który doprowadziłby do zgodności elementów zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie, Zamawiający w ramach wprowadzonych postanowień wprost wskazuje, że ocena prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę nastąpić ma już w ramach realizacji bieżącej inwestycji i w przypadku wykrycia jakichkolwiek nieprawidłowości, wszelkie koszty związane z doprowadzeniem ich do prawidłowego stanu ma pokryć Wykonawca wyłoniony

w niniejszym postępowaniu. W związku z tym, jeżeli wykonawca oprze swoją wycenę na hipotetycznych założeniach, a założenia wynikające z tak poczynionych hipotez okazałyby się na etapie realizacji zamówienia błędne, to Zamawiający przy tak ukształtowanych postanowieniach SIWZ przewidujących cenę ryczałtową (vide: Rozdział XVI SIWZ oraz §3 Wzoru umowy), uwzględniając również udzielone odpowiedzi na pytania, uniemożliwi złożenie wykonawcy jakiegokolwiek skutecznego roszczenia w tym przedmiocie. **Innymi słowy, skoro Wykonawcy pozbawieni zostają *de facto* możliwości oparcia się na jakichkolwiek miarodajnych informacjach dotyczących prac, które zostały już zrealizowane na terenie inwestycji, to oznacza to, że Zamawiający nie dokonał w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia i całe ryzyko i odpowiedzialność w tym zakresie w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawców.**

3. Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego w zakresie odnoszącym się do prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę (a co za tym idzie prac koniecznych do wykonania przez wykonawcę wyłonionego w bieżącym postępowaniu, które miałyby doprowadzić je do zgodności z wymaganiami Zamawiającego), **każdy z potencjalnych wykonawców może w konsekwencji poczynić odmienne ustalenia mające być podstawą wyceny jego oferty.** Przy obecnie dostępnych informacjach i dokumentacji, część wykonawców założyć może konieczność całkowitej przebudowy prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę; część zaś uwzględnić ich częściową prawidłowość. W rezultacie taka sytuacja generuje **ryzyko uzyskania nieporównywalnych ofert w ramach postępowania, godząc tym samym w sposób bezpośredni w zasadę uczciwej konkurencji.** Tymczasem, **wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego powinni otrzymać jednolite i stanowcze informacje obejmujące taki zakres danych, który umożliwi im przygotowanie i wycenę składanych ofert.** Każdy z wykonawców zyskać musi pewność co do tego jakie elementy powinny podlegać wycenie, a tym samym co stanowić będzie na etapie realizacji punkt odniesienia determinujący ewentualne zmiany kontraktowe.
4. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, **w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację.** Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż **perspektywą decydująca dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy.** Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, **wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.** W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż *„opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)”.*
5. Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt, że zakres i jakość prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę w istotnym stopniu oddziałują na zobowiązania nałożone na wykonawcę bieżącego postępowania (zakres prac koniecznych do wykonania w celu dostosowania robót uprzednio wykonanych do wymagań Zamawiającego), stanowiąc tym samym istotny element składowy w

ramach wyceny oferty, **informacje będące podstawą wyceny w tym zakresie powinny więc mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie istnieje faktyczna możliwość ich weryfikacji na etapie sporządzenia oferty.** W tym kontekście, podkreślenia wymaga, że Zamawiający w ramach przekazanych w dniu 20 lipca 2018 r. odpowiedzi na pytania do SIWZ, wprost zastrzegł brak możliwości wykonywania przez wykonawców odwiertów, które mogłyby dać podstawę do realnej oceny jakości i zakresu prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę (vide: zestaw VII – odpowiedź na pytanie nr 3 (strona 19) oraz zestaw VIII – odpowiedź na pytania 5 i 6 (strona 46)). Trudno byłoby zresztą oczekiwać podejmowania samodzielnych ustaleń w tym zakresie przez każdego z potencjalnych wykonawców i wymagać od nich angażowania dodatkowych środków na etapie ofertowania, w sytuacji gdy nie mają jeszcze pewności czy pozyskają dany kontrakt i zakładane na jego podstawie zyski. W związku z tym, tym bardziej **w zakresie odnoszącym się do zakresu i jakości prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę (a tym samym zakresu czynności koniecznych do wykonania na etapie realizacji inwestycji co do elementów wykonanych przez poprzedniego wykonawcę), Wykonawcy otrzymać powinni wiążący ich dla potrzeb wyceny zestaw informacji, stanowiący również punkt odniesienia w aspekcie rozstrzygnięcia ewentualnych roszczeń na etapie realizacji kontraktu, ponieważ samodzielnie – wobec niemożliwości przeprowadzenia własnych badań na tym etapie- nie są w stanie nawet w sposób przybliżony oszacować ryzyk z tym elementem związanych.**

6. Wszystkie powyższe okoliczności, jednoznacznie wskazują, że **kwestionowane działania i zaniechania Zamawiającego, nie dając wykonawcom jednoznacznych podstaw do wyceny ich ofert, nakładają na wykonawców obowiązek kalkulacji niemożliwych do oszacowania ryzyk.** Skalę kosztów związanych z pracami koniecznymi do wykonania w celu doprowadzenia prac uprzednio wykonanych do zgodności z wymaganiami Zamawiającego, będzie można dokładnie określić dopiero po wykonaniu badań weryfikacyjnych na etapie realizacji kontraktu, z czego zdaje sobie zresztą sprawę Zamawiający – wskazując w zastrzeżeniach zawartych w odpowiedziach na pytania wskazane w pkt a) i b) na wstępie, że weryfikacja prac uprzednio wykonanych ma nastąpić już po podpisaniu umowy przy udziale Inspektora Nadzoru, jednakże koszty związane z pracami koniecznymi do wykonania, z tej weryfikacji wynikającymi, należy skalkulować już w cenie ofertowej. Tym samym, realne określenie kosztów prac stanowiących część zobowiązań nałożonych na wykonawców, **uzależnione jest od zdarzeń przyszłych, niemożliwych w sposób jednoznaczny do przewidzenia na etapie ofertowania.** Takie ujęcie opisu przedmiotu zamówienia wskazuje więc na definiowanie obowiązków wykonawców za pomocą przyszłych zdarzeń, które to działanie jest jednoznacznie sankcjonowane w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych. Tytułem przykładu, Odwołujący wskazuje w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), potwierdzony wyrokiem SO w Warszawie z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16), w którym to zanegowano zastosowanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, w którym ewentualne zmiany w stosunku do danych wyjściowych wskazywanych przez Zamawiającego miałyby być ryzykiem obciążającym wyłącznie Wykonawcę. Jak wskazała KIO w ramach uzasadnienia ww. wyroku **„w chwili składania ofert wykonawca nie ma wiedzy co do tego, czy taka sytuacja będzie miała miejsce oraz jaki będzie zakres ewentualnych zmian. Ewentualne ryzyko związane z wprowadzonymi zmianami obciążać będzie wówczas wykonawcę. Z uwagi na brak wiedzy co do zakresu zmian oraz ich wpływu na wartość wykonywanych prac oraz innych elementów związanych z realizacją zamówienia (np. czasu) obciążanie tym ryzykiem w całości wykonawcę należy uznać za niewłaściwe”.** Warto podkreślić, że Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie *a priori*, iż zobowiązania nakładane na wykonawców, wynikające z przyszłych zdarzeń nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji (co przejawiać miałyby się w

zakazie modyfikacji kontraktu w tych obszarach) jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.

7. Zastosowany przez Zamawiającego mechanizm opisu przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie – wynikający z braku udostępnienia szczegółowych informacji i dokumentacji obrazującej realny zakres i jakość prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, przy jednoczesnym przerzuceniu całości ryzyk związanych z elementami wykonanymi przez poprzedniego wykonawcę na wykonawcę bieżącego postępowania, **ma na celu zdjąć z Zamawiającego wszelką odpowiedzialność za dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie.** Taka konstrukcja, komfortowa dla Zamawiającego, nie może zostać jednak zaaprobowana. Z jednej strony świadczy bowiem o próbie wprowadzenia jednostronnych postanowień, naruszających w sposób rażący równowagę stron stosunku zobowiązaniowego (pełna odpowiedzialność za niemożliwe do przewidzenia efekty prac poprzedniego wykonawcy spoczywać miałyby na Wykonawcy), z drugiej zaś o próbie braku wywiązania się z prerogatywy przypisanej wyłącznie Zamawiającemu. **To wyłączną rolą Zamawiającego jest precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia.** W tym miejscu raz jeszcze podkreślić należy, że art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wymaga aby Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia posługiwał się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnił wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jako, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego, **nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia.** Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji. **W tym aspekcie podkreślamy, że braki w udostępnionych przez Zamawiającego materiałach przetargowych, podnoszonych w ramach przedmiotowego odwołania, są brakami technicznymi, dotyczą istotnego zakresu nałożonych na wykonawców zobowiązań. Brak tego, tych dokumentów, uniemożliwia wykonawcy ustalenie dokładnego zakresu inwestycji, co ma wprost przełożenie na wartość oferty.** Równolegle, konstruując treść SIWZ i wszelkich załączników do niej należy mieć na uwadze, że nadrzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się **w postulatcie ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki.** Postulat ten realizowany jest w ramach ustawowej granicy swobody umów opisanej w art. 353<sup>1</sup> KC, a postanowienia SIWZ nie mogą się temu sprzeciwić. W licznych wypowiedziach judykatury jako naruszające zasady współżycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki.
8. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż brak udostępnienia szczegółowych informacji i dokumentacji obrazującej realny zakres i jakość prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę świadczy tak o naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jak również art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Intencją ustawodawcy niewątpliwie było w kontekście cytowanych przepisów, aby zagwarantować względną równowagę w stosunkach kreowanych na linii wykonawca – zamawiający, wymuszając na zamawiającym konieczność przekazania maksymalnie precyzyjnych danych niezbędnych podczas konstruowania oferty w reżimie zamówień publicznych. Próba zdjęcia z siebie tej odpowiedzialności i przerzucenie wszelkich ryzyk związanych z niedookreślonym przedmiotem zamówienia na wykonawców poprzez posłużenie się konstrukcją ceny ryczałtowej, determinuje natomiast, że wskazana idea zostaje zaburzona. Powyższe, oddziałuje przy tym również na racjonalność wydatkowania środków publicznych – skoro bowiem Zamawiający

poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia przerzuca nadmierne ryzyka na wykonawców, to generuje to ryzyko nie tylko otrzymania nieporównywalnych ofert, ale też ofert skalkulowanych „zachowawczo”, w sposób zupełnie hipotetyczny szacujących ryzyka, które mogą w ramach postępowania w ogóle nie wystąpić. Zdaniem Odwołującego, konkurencyjność postępowania i dążenie do uzyskania rynkowych i porównywalnych ofert jest szczególnie istotne w zamówieniach współfinansowanych ze środków unijnych, stąd postulaty zgłaszane w niniejszym odwołaniu powinny zostać zaaprobowane także przez wzgląd na funkcjonowanie omawianych, nadrzędnych zasad systemu zamówień publicznych w Polsce.

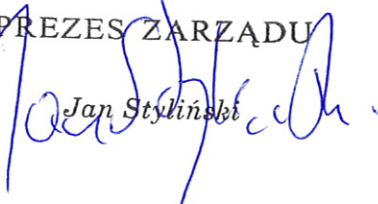
9. **W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez:**

- przekazanie przez Zamawiającego dokumentacji powykonawczej odnoszącej się do prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, która obrazowałaby ich zakres;
- przekazania przez Zamawiającego jednoznacznej informacji o zakresie rozbiórki koniecznej do wykonania na wyszczególnionych przez niego odcinkach (w szczególności ze wskazaniem warstw, które zostały już prawidłowo wykonane oraz warstw, które ulec mają rozbiórce);
- wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym dla celów wyceny oferty wykonawcy przyjąć mają założenie prawidłowej jakości prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę w pozostałym zakresie wynikającym z dokumentacji powykonawczej (poza wyszczególnionymi do rozbiórki i prawidłowo opisanymi odcinkami) z jednoczesnym zagwarantowaniem, iż w przypadku stwierdzenia na etapie realizacji jakości prac odbiegającej od wymagań zamawiającego, wykonawcy zwolnieni zostaną z odpowiedzialności za zaistniały stan faktyczny i przysługiwać im będzie prawo do dodatkowego wynagrodzenia związanego z doprowadzeniem istniejącego stanu robót do zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, wnoszę i wywodzę jak na wstępie.**

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

PREZES ZARZĄDU  


**POLSKI ZWIĄZEK  
PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA**  
02-316 Warszawa, ul. Kaliska 23, lok. U4  
tel. 22 114 95 26  
NIP: 526-27-86-889, REGON: 015796734