

1. W Pkt 2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie zmiany przepisów prawa dotyczące przedmiotu zamówienia, które wejdą w życie w ciągu pięciu miesięcy od daty podpisania umowy. Wykonawcy z tego tytułu nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie”.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy intencją Zamawiającego jest wyłączenie zastosowania dyspozycji art. 405 k.c., art. 632 k.c. oraz art. 357¹ k.c. i czy należy traktować oświadczenie o braku przysługiwania dodatkowego wynagrodzenia jako zwolnienie z obowiązku zapłaty za prace dodatkowe w rozumieniu art. 508 k.c.? Jeśli tak, Wykonawca wnosi o skreślenie tego zdania, albowiem postanowienie SIWZ w tym zakresie pozostaje w sprzeczności z przepisami art. 7 i 29 pzp oraz art. 353¹ k.c., art. 354 k.c. oraz art. 487 kc. w zw. z art. 14 pzp. Wykonawca zwraca uwagę, że „*opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 r. KIO 1217/13). Co istotne „Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia odwołując przy tym opis do planowanych zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego. Zamawiającego obowiązuje stan prawny aktualny na dzień wszczęcia postępowania a nie stan prawny mający obowiązywać w przyszłości” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2012 r. KIO 2162/12). Wykonawca podnosi, że w warunkach prowadzonego postępowania każdy z wykonawców inaczej będzie identyfikował poszczególne ryzyka (ilość ewentualnych analiz, które będzie musiał w rzeczywistości wykonać, jak również kierunek ewentualnych zmian prawnych, mogących mieć wpływ na przedmiot zamówienia), co nieuchronnie doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. Zaś w skrajnych przypadkach, zaistnienie zasygnalizowanych ryzyk może spowodować, że zrealizowanie zamówienia będzie drastycznie różne od tego, które Zamawiający zasadniczo opisał w SIWZ, a przede wszystkim będzie pociągać za sobą konieczność poniesienia przez wykonawcę dodatkowych kosztów. Zaistnienie takiej sytuacji naruszy art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń. Nie ulega wątpliwości, iż zawierana w przyszłości umowa będzie umową wzajemną, w której świadczenie jednej strony jest odpowiednikiem świadczenia strony drugiej. Świadczenia winno być ekwiwalentne od dnia zawarcia umowy do jej ukończenia - inaczej umowa przestaje być wzajemna. W treści umowy o wykonanie zamówienia publicznego nie można zawierać postanowień umożliwiających zachwianie tej zasady wobec niemożliwości przewidzenia określonych zdarzeń w dniu zawarcia umowy. Jest to tym bardziej istotne, że wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe. Sprzeczność przyjętego przez Zamawiającego sposobu określenia/opisu przedmiotu zamówienia z przepisami ustawy Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w podobnym stanie faktycznym (wyrok z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 184/10 oraz wyrok z dnia 14 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09). Ponadto Wykonawca podnosi, że dyspozycja art. 7 pzp stanowi nie tylko o równym, niepodlegającym dyskryminacji, dostępie wykonawców do zamówień publicznych, lecz także wyraża się w równości pomiędzy zamawiającym a

wykonawcami. Oznacza to, że zamawiający, jako strona stosunku cywilnoprawnego (jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w wyniku postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy) nie może stawiać się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych uczestników postępowania, co w sposób oczywisty stanowi naruszenie tej równości (tak G. Wicik, P. Wiśniewski w "Prawo zamówień publicznych Komentarz", C.H. Beck, Warszawa 2007). Wykonawca podnosi ponadto, że „z przepisu art. 7 ust. 1 PZP wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości i zasada uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonana z uwzględnieniem tych samych kryteriów. Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Przy realizacji tej zasady należy brać pod uwagę fakt, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 844/08, KWANTUM.54669). Wreszcie Wykonawca zauważa, że jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 października 2013 roku, KIO 2267/13, że brak pełnego wykazu aktów prawnych nie pozwoli wykonawcom sporządzić właściwej oferty i jako taki narusza dyspozycje art. 29 ust. 1 pzp. W wyroku tym KIO słusznie podkreśliło, że Zamawiający musi mieć na uwadze cztery główne funkcje, które zostały przypisane opisowi przedmiotu zamówienia w różnych etapach postępowania. Funkcjami tymi są:

- 1) określenie dla samego zamawiającego potrzeb, czyli określenie czego żąda zamawiający;
- 2) umożliwienie wykonawcy podjęcia decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu;
- 3) umożliwienie wykonawcy sporządzenia niepodlegającej odrzuceniu oferty;
- 4) zbadanie przez zamawiającego czy oferta odpowiada potrzebom zamawiającego czyli czy jest zgodna ze specyfikacją.

Zamawiający, który nie jest w stanie opracować najwcześniejszej fazy postępowania opisu przedmiotu zamówienia nie może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie jednym z podstawowych warunków jest przekazanie na równych prawach wszystkim wykonawcom opisu przedmiotu zamówienia, sporządzonego zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp

W tym kontekście wykonawca podnosi, że „do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji” (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. II Ca 693/2005, Gazeta Prawna 2009/171 str. C5). „Ponieważ opisowi przedmiotu zamówienia nie można było przypisać cechy jednoznaczności i wyczerpującego charakteru, stwierdzić należy, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.”. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 r., KIO/UZP 101/07, KWANTUM.45444).

Uwzględniając powyższe nie sposób z góry zakładać, że w ramach ryczałtowego wynagrodzenia wykonawca mają mieścić się także ewentualne dodatkowe, nie znane w chwili składania oferty czynności, które w przyszłości może narzucić ustawodawca. Narzucając wykonawcom Kalkulację takich nieprzewidzianych i niemożliwych do przewidzenia czynności w ramach ustalonego wynagrodzenia w istocie zatem Zamawiający doprowadza do sytuacji złożenia nieporównywalnych ofert, co ewidentnie narusza dyspozycję art. 7 i 29 ust. 1 pzp.

2. w § 4 ust. 7 Załącznika nr 7 do SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *Termin płatności należności: zapłata za fakturę częściową wystawioną nie wcześniej niż w miesiącu październiku 2014 roku oraz i fakturę końcową nastąpi w terminie 30 dni od dnia doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT za wykonane prace wraz z bezusterkowym protokołem odbioru prac lub protokołem stwierdzającym usunięcie usterek ujawnionych podczas odbioru*

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie i modyfikację tego postanowienia w sposób dostosowujący to postanowienie do brzmienia § 6 ust. 3 istotnych postanowień umowy, które przewidują możliwość odmowy podpisania protokołu odbioru jedynie w razie stwierdzenia, że wady lub usterki są istotne dla Zamawiającego. Jednocześnie w § 6 ust. 3 wnosimy o skreślenie zawartego tamże sformułowania „dla Zamawiającego”. Istnienie wad jest pojęciem obiektywnym, a odniesienie się do subiektywnego przekonania Zamawiającego narusza dyspozycję

art. 7 i 29 pzp. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego „Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek” (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07, OSP 2009/1/7).

3. w § 5 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ zastrzeżono, że „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za przekazane dane z Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Inowrocławiu”.

Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy należy przez to rozumieć, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność, za prawidłowość dokumentów, które przekazuje Powiat, wchodzący w skład Związku Powiatów będących Zamawiającym czy też w zdaniu tym zaszła pomyłka? Ponieważ wykonawcy nie mają żadnego wpływ na w/w dane wnosimy o skreślenie tego postanowienia jako rażąco naruszającego art. 7 w zw. z art. 29 pzp oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 487 k.c. Wykonawca wskazuje, że stosownie do art. 473 § 1 K.c.: „Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” Jednak dłużnik na podstawie art. 473 K.c. nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela Stosownie do art. 651 K.c. i orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle tego przepisu: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad” (por wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98, OSNC.2000.9.173, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 821/08, KWANTUM.54613). Takie ukształtowanie stosunków umownych prowadzi do tego, że wykonawcy składając ofertę będą zmuszeni uwzględnić w cenie oferty ryzyko związane z wadami dokumentacji PODiK.

4. w § 5 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ Zamawiający posługuje się pojęciem „obowiązującymi przepisami i normami” – Wykonawca zwraca się z zapytaniem jakie różnice dostrzega Zamawiający między tymi pojęciem przepis a norma. Czy Zamawiającemu chodzi o normy w rozumieniu art. 2 pkt 4) ustawy z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji (Dz.U Nr 169, poz. 1386), a jeśli tak o które konkretnie normy – wnosimy o ich wyszczególnienie. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o normalizacji stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne.
5. w § 6 ust. 7 Załącznika nr 7 do SIWZ Zamawiający zastrzegł *Wszystkie niezbędne materiały do wykonania umowy Wykonawca dostarcza we własnym zakresie i na własny koszt* – prosimy o wyjaśnienie o jakie konkretnie materiały chodzi Zamawiającemu, względnie wskazanie czy jakiegokolwiek materiałów lub narzędzia udostępnia Zamawiający lub podmiot trzeci?
6. W § 9 ust. 2 lit c) Załącznika nr 7 do SIWZ Zamawiający zastrzegł karę umowną w przypadku braku usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi, liczonej od dnia wyznaczonego na termin usunięcia wad. Jednocześnie Zamawiający nie określił z góry jakie są terminy usuwania wad. Wnosimy zatem o wyjaśnienie względnie sprecyzowanie terminu na usunięcie wady. Obecnie Zamawiający uzurpuje sobie prawo do jednostronnego wyznaczenia terminu usunięcia wad, nieznanego nawet w przybliżeniu Wykonawcy, którego niedotrzymanie skutkuje obowiązkiem zapłaty kary umownej.

7. W § 13 ust. 3 pkt 3) Załącznika nr 7 do SIWZ Wykonawca proponuje dokonanie korekty w sposób następujący: zmiana obowiązujących przepisów prawa, wpływająca na sposób realizacji umowy lub jej koszty, a w szczególności zmiana przepisów podatkowych, w tym zmiana stawki VAT, jeżeli zmiana stawki VAT będzie powodować zmianę kosztów wykonania umowy po stronie wykonawcy, zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia o kwotę równą różnicy w kwocie podatku zapłaconego przez wykonawcę

Przechodząc do uwag o charakterze ogólnym odnoszących się do wszystkich w/w zarzutów wykonawca wskazuje, że jak się podkreśla w nauce prawa zamówień publicznych, „*sposób opisanie przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla procedury udzielenia zamówienia. Można stwierdzić bez przesady, że jest to podstawowe zagadnienie zamówień publicznych*” (G. Wicik [w:] G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 209). Od opisu przedmiotu zamówienia zależy, po pierwsze, powzięcie przez wykonawcę przekonania o możliwości przystąpienia do postępowania (albowiem musi on ocenić, czy jest w stanie wykonać świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia), po drugie zaś, możliwość określenia wysokości zaproponowanej przez wykonawcę ceny. Te dwa czynniki niewątpliwie mają fundamentalne znaczenie dla udziału wykonawcy w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Nie znając zakresu prac jakie muszą zostać skalkulowane w ramach oferowanego wynagrodzenia nie sposób prawidłowo opracować oferty. Co wreszcie najistotniejsze „*SIWZ powinna zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty, a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy, jak i sam zamawiający, interpretowali jej zapisy w jednakowy sposób. Wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2008 r., KIO/UZP 412/08, KWANTUM.51289). „*Zgodnie z przepisami prawa i linią orzeczniczą, to na zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego doprecyzowania SIWZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego dookreślenia przez zamawiającego postanowień SIWZ*” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2007 r., KIO/UZP 1404/07, KWANTUM.45357). Wreszcie nie ulega wątpliwości, że **zgodnie z wykładnią celowościową przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy ROZSZERZAJĄCO INTERPRETOWAĆ przepis art. 7 ust. 1 ustawy** (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 kwietnia 2005 roku, UZP/ZO/0-811/05, LEX nr 179160).

Uwzględniając powyższe wątpliwości wykonawcy nie można nie wspomnieć, że celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest ochrona wykonawców ubiegających się o zamówienie jako podmiotów słabszych. Tę odmienność akcentów widać analizując Prawo Unii Europejskiej. U podłoża Dyrektywy Rady 92/50/EEC o koordynacji procedur udzielenia publicznych na usługi leżą podstawowe zasady ustanowione w Traktacie Rzymskim: swobodny przepływ towarów, usług oraz swoboda prowadzenia działalności gospodarczej. Celem dyrektywy jest przede wszystkim zapewnienie poszanowania tych zasad w zakresie udzielania zamówień publicznych, czyli zapewnienie równego i swobodnego dostępu do zamówień publicznych udzielanych w każdym kraju członkowskim. Zważyć przy tym należy, iż rozpatrując spory pomiędzy zamawiającymi a oferentami Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie wprost i bezpośrednio stosował przepis Traktatu Rzymskiego, nie dając posłuchu argumentom na rzecz interesu publicznego przytaczanym zwykle przez zamawiających. Na podstawie przepisów ustawy można zatem sformułować wniosek „*każdy, kto jest w stanie wykonać zamówienie publiczne ma prawo do ubiegania się o jego udzielenie na równych prawach z innymi i z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz do uzyskania zamówienia w razie złożenia najkorzystniejszej oferty*” (Dariusz Koba, Zamówienia Publiczne na Dostawy i Usługi, Poradnik, Urząd Zamówień Publicznych, Departament Szkoleń i Wydawnictw, Warszawa 2004, s. 8). Ponadto Wykonawca zwraca także uwagę, że „*Nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze*

umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010 r. KIO 1775/10)

Uwzględniając powyższe, bardzo poważne wątpliwości, zdaniem Wykonawcy dla zadbania także o własne interesy i prawidłowość toczącego się postępowania, Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 p.z.p. dokonanie odpowiedniej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W braku modyfikacji SIWZ, Wykonawca rozważa złożenie odwołania na treść SIWZ, co narazi Zamawiającego na dodatkowe koszty oraz przedłuży toczące się postępowanie.