

Gdańsk, dnia 28 lutego 2013r.

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

Odwolujący się: Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o.

Ul. Opacka 12,
80-338 Gdańsk
Polska
Tel: (58) 552 12 83
Fax: (58) 552 02 78
Adres poczty elektronicznej: marcin.zeszutek@doraco.pl
Przedstawiciel: Marcin Zeszutek (Imię i Nazwisko)

Zamawiający: Gmina Miasto Lębork
ul. Armii Krajowej 14
84-300 LĘBORK
Polska
Tel: (59) 86 37 753
Fax: (59) 86 22 559
E-mail: inwestycje@um.lebork.pl

Określenie Przedmiot Zamówienia:

Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Budowa elektrociepłowni opalanej biomasą jako podstawowego źródła ciepła w systemie ciepłowniczym miasta Lęborka”

Numer nadany przez Zamawiającego: GM.271.22.2013.I

Numer ogłoszenia: 2013/S 037 058465


Wskazanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z prawem:

Odwolanie wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu PL-Lębork: Roboty budowlane w zakresie budowy elektrowni i elektrociepłowni 2013/S 037-058465.

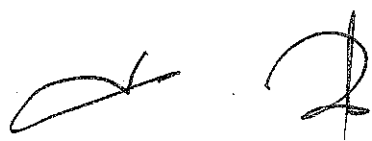
Zwizcle przedstawienie zarzutów:

Działając w imieniu własnym w oparciu o art. 180 ust. 1 wnosimy odwołanie od treści Ogłoszenia o Zamówieniu oraz od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Lębork zarzucając Zamawiającemu naruszenie treścią obu dokumentów:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. Art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe określenie przedmiotu zamówienia tj. poprzez:




- a. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku przygotowania kosztorysu inwestorskiego (III.3.1).d SIWZ oraz II.2.1.1.d Ogłoszenia), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych (III.3.1).e SIWZ oraz II.2.1.1.e Ogłoszenia), przedmiaru robót opracowanego dla każdej branży (III.3.1).f SIWZ oraz II.2.1.1.f Ogłoszenia) co narusza nakaz optymalizacji wymogów stawianych Wykonawcom przez pryzmat wymogów przedmiotu zamówienia, z uwagi na to, że elementy te pozostają zbędne w ramach wybranego przez Zamawiającego trybu modelu realizacji zamówienia – zaprojektuj i zabuduj.
- b. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzyskania wymaganych decyzji, opinii, sprawdzeń, uzgodnień i zatwierdzeń wymaganych przepisami prawa (III.3.2 SIWZ oraz II.2.1.2 Ogłoszenia) oraz innych wymaganych do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę – poprzez brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, która wyklucza możliwości oszacowania terminu uzyskania pozwolenia na budowę, a także uniemożliwia ustalenie zakresu oferty i w konsekwencji uprawnia do składania ofert o nieporównywalnych zakresach.
- c. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapewnienia wszelkich materiałów eksploatacyjnych do rozruchu przedmiotu zamówienia (III.3.17 SIWZ), co stanowi obejście przepisów o udzielaniu zamówień na dostawę tego rodzaju elementów.
- d. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku przebudowy połączenia wjazdu na teren z ulicą I Armii WP i wybudowanie ogrodzenia z bramą wjazdową z napędem elektrycznym i furtki wejściowej na teren Zakładu Przerobu Drewna Lasów Państwowych (III.3.11 SIWZ oraz 5.3.6.4. Załącznika nr 1 do SIWZ PFU oraz II.2.1.1.10 Ogłoszenia), co w istocie stanowi świadczenie na rzecz podmiotu trzeciego innego niż Zamawiający, a dodatkowo brakuje dokumentacji wskazującej na dysponowanie przez Zamawiającego zgodą podmiotu trzeciego na wejście na teren, rozbiórkę dotychczasowego ogrodzenia oraz montaż nowego.
- e. Brak ustalenia w treści SIWZ w jaki sposób dojdzie do rozliczenia energii wyprodukowanej przez elektrociepłownię w procedurze rozruchu, skoro zgodnie z IV.3.2 SIWZ rozruch nastąpił będzie po podłączeniu obiektu do sieci ciepłej i elektrycznej.
- f. Nałożenie na Wykonawcę pozbawionego precyzji obowiązku uzyskania wszelkich zaświadczeń, zezwoleń, koncesji, zgód, zatwierdzeń i spełnienia wymogów wszelkich władz i organów administracji (IV.3.3 SIWZ) podczas gdy istotą SIWZ jest jednoznaczne i precyzyjne określenie obowiązków jakie obciążają Wykonawcę, a oceniając tą regulację wskazać należy, że w istocie nie wiadomo jakiego rodzaju dokumenty Wykonawca ma uzyskiwać.
- g. Wymaganie od Wykonawcy przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę w terminie 26 tygodni od dnia podpisania umowy (IV.4 SIWZ), co biorąc pod uwagę możliwość wydawania samej decyzji o pozwoleniu na budowę przez 65 dni oraz uwzględniając konieczność poprzedzenia tej procedury postępowaniem w sprawie oceny oddziaływania na środowisko oznacza, że faktyczne prace projektowe mają być zakończone w okresie krótszym niż 16 tygodni, co powinno być oceniane w kategoriach świadczenia niemożliwego.
- h. Umożliwienie ustalenia z wybranym Wykonawcą poza procedurą zamówienia publicznego harmonogramu płatności (IV.4. SIWZ) co ma przełożenie na uzyskiwane finansowanie zewnętrzne kontraktu i tym samym na poziom oferty.



Narusza zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania wyrażone w art. 7 ustawy dopuszczenie do niejawnych negocjacji bardzo istotnego z punktu widzenia finansowania realizacji kontraktu parametru jakim jest harmonogram rzeczowo-finansowy.

- i. Brak opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego, w szczególności w drodze zaniechania określenia ilości wizyt w zadanym przedziale czasu, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulację treścią oferty w tej części – SIWZ III.3.4 oraz II.2.1.4 Ogłoszenia).
- j. Brak opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu oraz ponoszenia kosztów tego serwisu, w szczególności poprzez brak wyszczególnienia rodzajów części, jakie będą podlegały wymianie i serwisowaniu i określeniu zakresu tego serwisu, a także braku uwzględnienia zamówienia usługi w ramach przedmiotu zamówienia i braku wskazania stosownych kodów CPV, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulację treścią oferty w tej części – SIWZ III.3.1.19 oraz Załącznik nr 12 do SIWZ oraz 2.1.19 Ogłoszenia
- k. Brak należytego opisu sposobu przeprowadzenia wizji w terenie. Wykonawcy nie wiedzą czy mają wizję tą przeprowadzać samodzielnie i w jaki sposób będą mieli wejść na teren przyszłej inwestycji, czy też Zamawiający planuje zorganizowanie podobnej czynności i przedstawienie terenu, czy też Zamawiający przewiduje udostępnienie terenu dla potrzeb zrealizowania wizji - pkt. III.7 SIWZ.
- l. Brak należytego opisu warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej i elektrycznej, co oznacza, że wykonawcy nie wiedzą na jakich warunkach obiekt będzie przyłączany do sieci ciepłowniczej oraz elektrycznej i nie wiedzą na jakich warunkach następował będzie rozruch co oznacza, że nie znają istotnych elementów przedmiotu zamówienia bowiem od pomyślnego rozruchu zależy odbiór prac i brak kar umownych - §9 ust. 21 Załącznika nr 9 do SIWZ oraz 2.1.17 Ogłoszenia
- m. Oczekiwanie od Wykonawców wskazania punktowych bardzo precyzyjnych danych dotyczących oferowanych elementów obiektu oraz obwarowanie ich bardzo rygorystycznymi karami umownymi, podczas gdy w chwili obecnej żaden z Wykonawców nie dysponuje choćby projektem budowlanym stąd kwestionować należy możliwość tak szczegółowego opisanego przedmiotu zamówienia. Pośrednio wskazuje na to również decyzja Zamawiającego, który opis obiektu zawarł w PFU a nie dokumentacji projektowej – pkt. VI.3.3 SIWZ.
- n. Oczekiwanie od Wykonawców przygotowania analizy hydraulicznej miejskiej sieci ciepłowniczej bez zapewnienia Wykonawcom prawa dostępu do tej dokumentacji i infrastruktury, która znajduje się w gestii podmiotu trzeciego tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka z o.o. – Załącznik nr 1 do SIWZ PFU pkt. 1.5.3.E str. 11.
- o. Brak ustalenia warunków poboru wody i warunków przyłącza do sieci MPEC Lębork spółka z o.o. co oznacza, że podstawowy dla realizacji inwestycji element jakim jest lokalizacja przyłącza oraz jego parametry nie zostały w ogóle przez Zamawiającego opisane – Załącznik nr 1 do SIWZ PFU pkt. 2.3.1 str. 15.
- p. Brak dysponowania w chwili obecnej przez Zamawiającego prawem do terenu przeznaczonego pod realizację zamierzenie budowlanego na co wskazuje

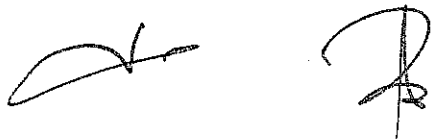


w sposób jednoznaczny treść 2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ PFU, a co wpływa na możliwość realizacji zamierzenia, a przede wszystkim terminowe przekazanie Wykonawcy dokumentów niezbędnych do wystąpienia o pozwolenie na budowę.

2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 29 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie w treści SIWZ konkretyzacji warunków udziału Wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia – V.3 SIWZ oraz III.2.3.1.3.1.2. i III.2.3.1.3.1.3 Ogłoszenia.
3. Art. 353(1) k.c. w zw. art. 647 k.c. w zw. z art. 139 §1 oraz §7 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nałożenie na Wykonawcę ewentualnego obowiązku pozyskiwania nieruchomości tak należy bowiem oceniać obowiązek uzgodnienia kształtu zjazdu na drogę publiczną w ramach realizacji ogrodzenia dla Lasów Państwowych (III.3.10 SIWZ) w przypadku wystąpienia takiej konieczności.
4. Art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust 1 i art. 139 §1 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez ustalenie warunków realizacji przedsięwzięcia w sposób naruszający naturę umowy o roboty budowlane, dzieło, zlecenie, dostawy oraz zasady współzycia społecznego w części, w jakiej SIWZ oraz Załącznik nr 9 do SIWZ:
 - a. Nie określają jednoznacznych i jasnych kryteriów warunkujących odbiór końcowy i częściowy inwestycji przez co wykonawca nie dysponuje wiedzą o tym kiedy dojdzie do odbioru końcowego oraz nie będzie w stanie ustalić czy uzyskał wszystkie zatwierdzenia i spełnił wszystkie wymagania wszelkich władz – § 1 ust. 13 Załącznika nr 9 do SIWZ.
 - b. Nakazują Wykonawcy przebudowę nieruchomości (wjazd) i urządzeń (ogrodzenie brama wjazdowa, furka) na nieruchomości podmiotu trzeciego – §2 ust. 2 pkt. 2.10 Załącznika nr 9 do SIWZ.
 - c. Nakazują Wykonawcy wykonanie kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiaru robót podczas gdy opracowania te pozostają zbędne w przypadku realizacji zamówienia w trybie zaprojektuj i zabuduj - §2 ust. 2 pkt. 2.1.3.-2.1.5 Załącznika nr 9 do SIWZ.
 - d. Obciążają Wykonawcę dostawą wody, energii elektrycznej i odprowadzania ścieków dla potrzeb rozruchu obiektu, która to czynność nastąpi po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie i stanowić będzie rozpoczęcie funkcjonowania gotowego formalnie i faktycznie obiektu - §2 ust. 3 załącznika nr 9 do SIWZ.
 - e. Uprawniają Zamawiającego do ustalenia rażąco krótkiego bo siedmio dniowego terminu usunięcia wad w dokumentacji projektowej, podczas gdy skala obiektu wyklucza tak krótkie terminy usunięcia usterek dokumentacji – §7 Załącznika nr 9 do SIWZ.
 - f. Uprawniają Zamawiającego po upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wad dokumentacji do odmowy przyjęcia od Wykonawcy materiału z usuniętymi wadami oraz zlecenia ich usunięcia osobie trzeciej pomimo tego, że Wykonawca oferuje poprawiony materiał - §7 Załącznika nr 9 do SIWZ.
 - g. Zobowiązują Wykonawcę do ustalenia z podmiotem trzecim zasad i warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu

do sieci ciepłowniczej, co oznacza, że wykonawcy nie wiedzą na jakich warunkach obiekt będzie przyłączany do sieci ciepłowniczej i nie wiedzą na jakich warunkach nastąpił będzie rozruch co oznacza, że nie znają istotnych elementów przedmiotu zamówienia bowiem od pomyślnego rozruchu zależy odbiór prac i brak kar umownych - §9 ust. 21 Załącznika nr 9 do SIWZ

- h. Przyznania Zamawiającemu prawa do odstąpienia od całości umowy wartej wiele dziesiątków milionów złotych z uwagi na brak przedłużenia ważności polis ubezpieczeniowych - §9 ust. 26 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- i. Przyznania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do domagania się wykonania nieokreślonych, a więc wszelkich prób lub badań bez ustalenia kto pokrywa koszt tych badań - §12 ust. 2 pkt. 1 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- j. Przyznania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do żądania naprawy (ponownego wykonania) prac wykonanych wadliwie w określonym terminie bez najmniejszego dookreślenia tego terminu, choćby słowem „odpowiednim” - §12 ust. 2 pkt. 2 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- k. Brak stopniowalności kar umownych naliczanych z tytułu opóźnienia w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi choćby poprzez odwołanie do ich znaczenia i wpływu na funkcjonowanie obiektu, co oznacza, że za zasadniczo różne wady, jak np. łuszcząca się na drzwiach farba oraz wada istotna, skutkująca wyłączeniem obiektu z użycia, Wykonawca będzie potencjalnie zobowiązany zapłacić karę umowną w tej samej wysokości pomimo nieproporcjonalności tych naruszeń co do ich istoty żądać wysokości 10.000 zł kary za jeden dzień - §15 ust. 1 pkt. 1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- l. Ustalenie dwóch kar umownych za to samo zdarzenie tj za niedotrzymanie wielkości gwarantowanej (4 mln §15 ust. 1 pkt. 1.5 załącznika nr 9 do SIWZ) oraz wielkości jednego lub więcej deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych (5 mln §15 ust. 1 pkt. 1.6 załącznika nr 9 do SIWZ) podczas gdy umowa w żadnym punkcie nie rozróżnia tych parametrów tak jak czyni to dla potrzeb kar umownych co oznacza, że w istocie zawsze dojdzie do zbiegu kar.
- m. Braku proporcji w ustalonych karach umownych nałożonych na Wykonawcę i Zamawiającego w treści §15 ust. 2 pkt. 2.3. i §15 ust. 1 pkt. 1.1 Załącznika nr 9 do umowy. Za opóźnienie w wykonaniu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia, przy czym za opóźnienie w przekazaniu placu budowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10.000 zł za każdy tydzień. Relacja jest więc taka, że w interesie Zamawiającego jest opóźnić przekazanie placu budowy i tym samym spowodować opóźnienie Wykonawcy, bo wzajemne rozliczenie kar umownych z tytułu opóźnień przyniesie Zamawiającemu 60.000 zł za każdy tydzień.
- n. Przyznania Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w jej wykonaniu przekraczającego 30 dni i pominięcia okoliczności będących przyczyną opóźnienia w tym długotrwałości działań administracji oraz braku współpracy ze strony Zamawiającego - §16 ust. 1 pkt. 1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- o. Przyznania Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku braku przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy bez obwarowania możliwości skorzystania z tego prawa wcześniejszym wzywaniem



Wykonawcy do przedłużenia ważności - §16 ust. 1 pkt. 1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ.

- p. Pominięcia w ramach rozliczania na wypadek odstąpienia, tych materiałów i urządzeń, które zostały zamówione i opłacone (choćby w części) ale jeszcze nie dostarczone na plac budowy (§16 ust. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ), podczas gdy zamawianie urządzeń dedykowanych obiektom takim jak będący przedmiotem zamówienia następuje ze znacznym wyprzedzeniem i wymaga stosownego opłacenia.
- q. Obciążenia wykonawcy kosztem usunięcia usterek lub wady albo dokonania przebudowy obiektu w przypadku negatywnego pomiaru osiągania parametrów gwarantowanych, co oznacza przerzucenie na Wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za sposób użytkowania obiektu przez Zamawiającego - §18 ust. 8 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- r. Braku prawa do zmiany terminu wykonania umowy w przypadku gdy przyczyną opóźnienia w realizacji prac będzie wynikiem przyczyn dotyczących Zamawiającego - §20 ust. 2 pkt. 2.2 i 2.6 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania.

1. Wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian:

1) SIWZ

- a. Skreślenie obowiązku przygotowania kosztorysu inwestorskiego (III.3.1).d SIWZ oraz II.2.1.1.d Ogłoszenia), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych (III.3.1).e SIWZ oraz II.2.1.1.e Ogłoszenia), przedmiaru robót opracowanego dla każdej branży (III.3.1).f SIWZ oraz II.2.1.1.f Ogłoszenia).
- b. Dookreślenie przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości jakiego rodzaju dokumentację Wykonawca ma uzyskać dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia. (III.3.2 SIWZ oraz II.2.1.2 Ogłoszenia)
- c. Skreślenie nałożonego na Wykonawcę obowiązku wybudowania ogrodzenia oraz furtki wejściowej na teren Zakładu Przerobu Drewna Lasów Państwowych (III.3.11 SIWZ oraz 5.3.6.4. Załącznika nr 1 do SIWZ PFU oraz II.2.1.1.10 Ogłoszenia),
- d. Dookreślenie przez Zamawiającego sposobu rozliczenia energii wyprodukowanej przez elektrociepłownię w procedurze rozruchu - IV.3.2 SIWZ.
- e. Doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego – SIWZ III.3.4 oraz II.2.1.4 Ogłoszenia).
- f. Doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu poprzez wyszczególnienia rodzajów części, jakie będą podlegały wymianie i serwisowaniu, określeniu zakresu tego serwisu – SIWZ III.3.1.19 oraz Załącznik nr 12 do SIWZ oraz 2.1.19 Ogłoszenia.
- g. Wydłużenia czasu na niezbędnego na przygotowanie dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę w sposób czyniący realnym ich przedstawienie z uwzględnieniem czasu jaki zajmują procedury zatwierdzania dokumentacji projektowej i oceny oddziaływania na środowisko – IV.4 SIWZ.



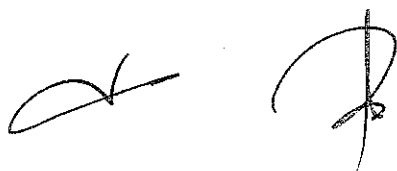
- h. Ustalenia obowiązku przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego razem z ofertą i wykluczenia możliwości negocjowania tego dokumentu (IV.4. SIWZ).
- i. Doprecyzowanie zapisów dotyczących sposobu przeprowadzenia wizji w terenie - pkt. III.7 SIWZ.
- j. Doprecyzowanie warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej poprzez przedstawienie przez Zamawiającego stosownych warunków przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej oraz ciepłowniczej- §9 ust. 21 Załącznika nr 9 do SIWZ a także Załącznik nr 1 do SIWZ PFU pkt. 2.3.1 str. 15 oraz 2.1.17 Ogłoszenia.
- k. Odstąpienie od wskazywania przez Wykonawców punktowych bardzo precyzyjnych danych dotyczących oferowanego obiektu i poprzestanie na podaniu kryteriów oceny ofert – pkt. VI.3.3 SIWZ.
- l. Zapewnienie Wykonawcom prawa dostępu do dokumentacji miejskiej sieci ciepłowniczej celem umożliwienia wykonania jej analizy hydraulicznej – Załącznik nr 1 do SIWZ PFU pkt. 1.5.3.E str. 11.
- m. Przedstawienie przez Zamawiającego prawa do terenu umożliwiającego realizację inwestycji - 2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ PFU.
- n. Odstąpienia od wymogu posiadania przez osoby wskazywane przez Wykonawcę doświadczenia w budowie obiektu wykorzystującego system ORC – V.3 SIWZ oraz III.2.3.1.3.1.2. i III.2.3.1.3.1.3 Ogłoszenia.

2) Wzór umowy:

- a. Ustalenie jednoznacznych i jasnych kryteriów warunkujących odbiór końcowy inwestycji przez wskazanie decyzji jakie należy uzyskać dla jego skutecznego przeprowadzenia - § 1 ust. 13 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- b. Odstąpienie od przebudowy nieruchomości (wjazd) i urządzeń (ogrodzenie, brama wjazdowa, furka) podmiotu trzeciego – §2 ust. 2 pkt. 2.10 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- c. Odstąpienie od obowiązku wykonania kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiaru robót - §2 ust. 2 pkt. 2.1.3.-2.1.5 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- d. Obciążenia Zamawiającego dostawą wody, energii elektrycznej i odprowadzania ścieków oraz dostawy biomasy dla potrzeb rozruchu obiektu - §2 ust. 3 załącznika nr 9 do SIWZ.
- e. Wydłużenia do 21 dni siedmio dniowego terminu usunięcia wad w dokumentacji projektowej – §7 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- f. Usunięcia prawa Zamawiającego do odmowy, po upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wad dokumentacji, przyjęcia od Wykonawcy materiału z usuniętymi wadami oraz zlecenia ich usunięcia osobie trzeciej pomimo tego, że Wykonawca oferuje poprawiony materiał - §7 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- g. Wskazania przez Zamawiającego warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej - §9 ust. 21 Załącznika nr 9 do SIWZ



- h. Zamianę prawa do odstąpienia od całości umowy z uwagi na nieprzedłużenie ważności polis ubezpieczeniowych na prawo Zamawiającego do samodzielnego przedłużenia ich ważności na koszt Wykonawcy - §9 ust. 26 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- i. Odebrania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do domagania się wykonania nieokreślonych, a więc wszelkich prób lub badań alternatywnie na wskazaniu, że badania te będą wykonywane na koszt Zamawiającego - §12 ust. 2 pkt. 1 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- j. Doprecyzowanie prawa inspektora nadzoru inwestorskiego do żądania naprawy (ponownego wykonania) prac wykonanych wadliwie poprzez wskazanie, że termin ustalony przez inspektora będzie terminem odpowiednim, nie krótszym niż 30 dni lub ustalonym każdorazowo i odpowiednio do poziomu skomplikowania prac - §12 ust. 2 pkt. 2 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- k. Ustalenie stopniowości kar umownych naliczanych z tytułu opóźnienia w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi poprzez odwołanie do ich znaczenia i wpływu na funkcjonowanie obiektu i takie ich ukształtowanie aby za opóźnienie w usunięciu wad nie wpływających na funkcjonalność obiektu kara była mniejsza, a za opóźnienie w usunięciu wad wpływających na funkcjonalność była większa - §15 ust. 1 pkt. 1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- l. Usunięcie jednej z dwóch kar umownych przewidzianych za to samo zdarzenie tj. za niedotrzymanie wielkości gwarantowanej (4 mln §15 ust. 1 pkt. 1.5 załącznika nr 9 do SIWZ) oraz wielkości jednego lub więcej deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych (5 mln §15 ust. 1 pkt. 1.6 załącznika nr 9 do SIWZ).
- m. Zwiększenia kary umownej płatnej przez Zamawiającego na wypadek opóźnienia w przekazaniu placu budowy do wartości wyrównującej wysokość kary nałożonej na Wykonawcę za opóźnienie w realizacji zamówienia - §15 ust. 2 pkt. 2.3. i §15 ust. 1 pkt. 1.1 Załącznika nr 9 do umowy.
- n. Wykluczenia prawa Zamawiającemu do odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w jej wykonaniu przekraczającego 30 dni w sytuacji gdy przyczyną tego będą okoliczności za które Wykonawca nie odpowiada, a w szczególności długotrwałość działań administracji oraz braki współpracy ze strony Zamawiającego - §16 ust. 1 pkt. 1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- o. Obwarowania przyznanego Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku braku przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy koniecznością uprzedniego wezwania Wykonawcy do przedłużenia ważności zabezpieczenia w ustalonym przez Zamawiającego nie krótszym niż 14 dni terminie - §16 ust. 1 pkt. 1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- p. Wprowadzenia obowiązku rozliczenia – na wypadek odstąpienia od umowy - również tych materiałów i urządzeń, które zostały zamówione i



opłacone (choćby w części) ale jeszcze nie dostarczone na plac budowy (§16 ust. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ).

- q. Zwolnienia Wykonawcy od ponoszenia kosztów usunięcia usterek lub wad albo dokonania przebudowy obiektu w przypadku negatywnego pomiaru osiągania parametrów gwarantowanych o ile efekt ten będzie wynikiem przyczyn dotyczących Zamawiającego w tym niewłaściwej eksploatacji obiektu przez Zamawiającego - §18 ust. 8 Załącznika nr 9 do SIWZ.
- r. Udzielenie Wykonawcy prawa do zmiany terminu wykonania umowy w przypadku gdy przyczyną opóźnienia w realizacji prac będzie działanie Zamawiającego - §20 ust. 2 pkt. 2.2 i 2.6 Załącznika nr 9 do SIWZ.

2. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów wywołanych odwołaniem.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

Z uwagi na zainteresowanie we wzięciu udziału w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia poprzez skierowanie pytań do Zamawiającego w piśmie nr TF/5/2013 z dnia 27 lutego 2013 roku oraz przez wzgląd na posiadane zasoby i doświadczenie w realizacji dużych projektów infrastrukturalnych, które umożliwiają wzięcie udziału w niniejszym postępowaniu i uzasadniają interes w uzyskaniu zamówienia, a także po analizie SIWZ oraz ogłoszenia opublikowanego przez Zamawiającego należało w trybie art. 180 zgłosić powyższe zarzuty z poniższym uzasadnieniem dla ich sformułowania.

Dowód: - pismo nr TF/5/2013 z dnia 27 lutego 2013 roku.

Jednocześnie wskazuję, że ogłoszenie opublikowane zostało w dniu 21 lutego 2013r. stąd 10 dniowy termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 03 lutego 2013r., a z uwagi na to, że wypada w niedzielę ulega przesunięciu na dzień 04 lutego 2013r. Niezależnie jednak od powyższego odwołanie niniejszej składane jest w dniu 01.03.2013r. co czyni je złożonym w terminie

I. Zarzut niejasnego i nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia lub braku jego opisu w ogóle.

Stosownie do treści Art. 7 ust. 1 w zw. Art. 29 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający utrudnienie uczciwej konkurencji.

Tymczasem warunki SIWZ wskazują wyraźnie na zaniechanie wykonania powyższego obowiązku przez Zamawiającego. W szczególności poprzez:

1. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku przygotowania kosztorysu inwestorskiego (III.3.1).d SIWZ), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (III.3.1).e SIWZ), przedmiaru robót opracowanego dla każdej branży (III.3.1).f SIWZ) co narusza nakaz optymalizacji wymogów stawianych Wykonawcom przez pryzmat wymogów przedmiotu zamówienia, z uwagi na to, że elementy te pozostają zbędne w ramach wybranego przez Zamawiającego trybu modelu realizacji zamówienia – zaprojektuj i zabuduj.

Nie należy zapominać, że Zamawiający wybrał metodę realizacji zamówienia zaprojektuj i wybuduj więc zgodnie z treścią art. 31 ust. 2 ustawy nie ma potrzeby dysponowania powyższą dokumentacją przez Zamawiającego. Rozważanie konieczności sporządzenia

tych dokumentów odbywać się może przez pryzmat przygotowania dokumentów i postępowania i opisanie przedmiotu zamówienia – art. 31 ust. 1 ustawy, a nie zamawiania ich w toku wykonania robót.

Istotą modelu zaprojektuj i wybuduj jest to, że w zamian za ryczałtową cenę Zamawiający otrzymuje gotowy obiekt, a naruszeniem ustawy oraz dyscypliny finansów publicznych jest domaganie się przez Zamawiającego od Wykonawcy przygotowania dokumentacji, która pozostaje zbędna z punktu widzenia należytego wykonania umowy.

2. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzyskania wymaganych decyzji, opinii, sprawdzeń, uzgodnień i zatwierdzeń wymaganych przepisami prawa (III.3.2 SIWZ) oraz innych wymaganych do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę – poprzez brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, która wyklucza możliwości oszacowania terminu uzyskania pozwolenia na budowę, a także uniemożliwia ustalenie zakresu oferty i w konsekwencji uprawnienia do składania ofert o nieporównywalnych zakresach.

W rzeczywistości brak precyzji oznacza, że Wykonawca nie wie kiedy będzie gotowy do przeprowadzenia odbioru końcowego w sposób zadowalający Zamawiającego, a to wprowadza zupełną dowolność i arbitralność w działaniu Zamawiającego.

Tymczasem zgodnie z treścią rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko z dnia 9 listopada 2010 r. (Dz.U. Nr 213, poz. 1397) tj. §3 ust. 1 pkt. 4 – elektrociepłownie o mocy poniżej 300 MW są obiektami, które mogą potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko.

Taka kwalifikacja może oznaczać, że organy ochrony środowiska w trybie art. 63 ustawy z dnia 03 października 2008r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227) stwierdzą obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania.

W chwili obecnej Zamawiający nie informuje o konieczności przeprowadzenia tej procedury choć treść 1.3. Załącznika nr 1 do SIWZ PFU wskazuje na to, że Zamawiający może posiadać wiedzę o konieczności jego przeprowadzenia – skoro planuje udostępnić raport oddziaływania na środowisko.

Tego rodzaju sytuacja oznacza, że Wykonawcy składając ofertę mają dowolność w uwzględnieniu tego faktu co prowadzi do możliwości złożenia niekonkurencyjnych ofert co do terminu realizacji inwestycji. Jedni Wykonawcy złożą oferty uwzględniając konieczność przeprowadzenia postępowania w sprawie oceny a inni nie.

3. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapewnienia wszelkich materiałów eksploatacyjnych do rozruchu przedmiotu zamówienia (III.3.17 SIWZ), co stanowi obejście przepisów o udzielaniu zamówień na dostawę tego rodzaju elementów.
4. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku przebudowy połączenia wjazdu na teren z ulicą I Armii WP i wybudowanie ogrodzenia, bramy wjazdowej i furtki wejściowej na teren Zakładu Przerobu Drewna Lasów Państwowych (III.3.11 SIWZ oraz 5.3.6.4. Załącznika nr 1 do SIWZ PFU) w istocie stanowi świadczenie na rzecz podmiotu trzeciego innego niż Zamawiający – brakuje przy tym informacji aby Zamawiający stosował regułę art. 16 ustawy i łączne prowadzenie zamówienia w tym przedmiocie.

Już niezależnie od powyższego odnotować należy brak zgody podmiotu trzeciego na ingerencję w jego nieruchomości oraz obciążenie Wykonawcy koniecznością – co najmniej – zgłoszenia robót budowlanych związanych z przebudową ogrodzenia skoro dotyczy to ogrodzenia od strony drogi publicznej – tak art. 30 ust 1 pkt. 3 prawa

budowlanego. To zaś wymaga złożenia przez stosowne jednostki oświadczenia o prawie do dysponowania nieruchomością, a w konsekwencji oznacza, że Wykonawca działał będzie nie tylko materialnie – poprzez faktyczne wykonanie prac – ale zmuszany jest przez Zamawiającego również do formalnego – postępowanie administracyjne – przeprowadzenia całości tematu.

5. Brak ustalenia w treści SIWZ w jaki sposób dojdzie do rozliczenia energii (elektrycznej i ciepłej) wyprodukowanej przez elektrociepłownię w procedurze rozruchu, skoro zgodnie z IV.3.2 SIWZ rozruch następował będzie po podłączeniu obiektu do sieci ciepłej.

Pamiętać należy, że o ile Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia mediów i paliwa celem przeprowadzenia rozruchu Zamawiający nie wskazuje czyją własność stanowiła będzie energia wyprodukowana podczas rozruchu.

Odnosić należy, że rozruch będzie następował przed odebraniem obiektu przez Zamawiającego, a więc wówczas gdy obiekt będzie znajdował się w gestii Wykonawcy.

6. Nałożenie na Wykonawcę pozbawionego precyzji obowiązku uzyskania wszelkich zaświadczeń, zezwoleń, koncesji, zgód, zatwierdzeń i spełnienia wymogów wszelkich władz i organów administracji (IV.3.3 SIWZ) podczas gdy istotą SIWZ jest jednoznaczne i precyzyjne określenie obowiązków jakie obciążają Wykonawcę, a oceniając tą regulację wskazać należy, że nawet w przypadku uzyskania przez Wykonawcę koncesji lub zezwolenia ich administracyjny charakter wykluczy możliwość ich przeniesienia na Zamawiającego.

Wykonawca nie wie jakiego rodzaju zakres decyzji kryje się pod pojęciem „wszelkich decyzji wszelkich organów” stąd nie wie jakiego rodzaju zakres obowiązków zostaje mu powierzony. Nie wie w ilu postępowaniach będzie musiał brać udział i jakie będą tego koszty oraz jaki czas będzie musiał poświęcić na tego rodzaju aktywność.

7. Wymaganie od Wykonawcy przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę w terminie 26 tygodni od dnia podpisania umowy (IV.4 SIWZ), co biorąc pod uwagę możliwość wydawania samej decyzji o pozwoleniu na budowę przez 65 dni oraz uwzględniając konieczność poprzedzenia tej procedury postępowaniem w sprawie oceny oddziaływania na środowisko oznacza, że faktyczne prace projektowe mają być zakończone w okresie znacznie krótszym niż 16 tygodni, co powinno być oceniane w kategoriach świadczenia niemożliwego.

W chwili obecnej Zamawiający nie informuje o konieczności przeprowadzenia tej procedury choć treść 1.3. Załącznika nr 1 do SIWZ PFU wskazuje na to, że Zamawiający może posiadać wiedzę o konieczności jego przeprowadzenia – skoro planuje udostępnić raport oddziaływania na środowisko.

8. Umożliwienie ustalenia z wybranym Wykonawcą poza procedurą zamówienia publicznego harmonogramu płatności (IV.4. SIWZ) co ma przełożenie na uzyskiwane finansowanie zewnętrzne kontraktu i tym samym na poziom oferty. Narusza zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania wyrażone w art. 7 ustawy dopuszczenie do niejawnych negocjacji bardzo istotnego z punktu widzenia finansowania realizacji kontraktu parametru jakim jest harmonogram rzeczowo-finansowy.

Bezpośrednim skutkiem tego rodzaju działania może być arbitralne zwolnienie danego Wykonawcy od ponoszenia ciężarów związanych z inżynierią finansową służącą zapewnieniu środków dla bieżącej działalności. Korzystniejsze rozłożenie płatności oznacza udostępnienie przedsiębiorcy zasobów, których nie musi on pozyskiwać z rynku, to zaś uprzywilejowuje go względem tych, którzy podobnego wsparcia nie uzyskali.

9. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego, w szczególności w drodze zaniechania określenia ilości wizyt w zadanym przedziale czasu, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulacje treścią oferty w tej części – SIWZ III.3.4).

Postępowanie to wyklucza możliwość prawidłowej wyceny tego rodzaju usługi i skutkować może - poprzez swoją nieokreśloność - manipulowaniem treścią oferty.

Pogląd powyższy wprost potwierdza stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o treści: „Powyższe stanowisko znajduje normatywne uzasadnienie w treści art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz w konieczności zachowania zasad z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 oraz przejrzystości na etapie zlecenia zamówienia na prace projektowe. Wiedza wykonawcy na temat sprawowania nadzoru autorskiego może mieć istotny wpływ na treść jego oferty złożonej w postępowaniu na wykonanie dokumentacji projektowej, a tym samym wynik tego postępowania (konkursu).”¹

10. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu oraz ponoszenia kosztów tego serwisu, w szczególności poprzez brak wyszczególnienia rodzajów części, jakie będą podlegały wymianie i serwisowaniu, określeniu zakresu tego serwisu, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulacje treścią oferty w tej części – SIWZ III.3.1.19 oraz Załącznik nr 12 do SIWZ

SIWZ nie określa przy tym, jakiego rodzaju części i jakiego rodzaju materiały eksploatacyjne zapewnić ma Wykonawca w ramach tej usługi i nie określa podstawowych elementów tej usługi, ilości wizyt, terminów serwisowania i nie odsyła nawet do wskazań producenta urządzeń lub innego rodzaju neutralnych wskaźników czynności serwisowych.

Zamawiający oczekuje natomiast, aby w treści Załącznika nr 12 Wykonawcy podali wykaz części zamiennych zalecanych do wymiany w toku serwisu choć na etapie ofertowania nie ma żadnych danych dotyczących konkretnych urządzeń jakie pojawiają się w obiekcie, a to z uwagi chociażby na brak dokumentacji projektowej.

11. Brak należytego opisu sposobu przeprowadzenia wizji w terenie. Wykonawcy nie wiedzą czy mają wizję tą przeprowadzać samodzielnie i w jaki sposób będą mieli wejść na teren przyszłej inwestycji, czy też Zamawiający planuje zorganizowanie podobnej czynności i przedstawienie terenu, czy też Zamawiający przewiduje udostępnienie terenu dla potrzeb zrealizowania wizji - pkt. III.7 SIWZ.

12. Brak należytego opisu warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej, co oznacza, że wykonawcy nie wiedzą na jakich warunkach obiekt będzie przyłączany do sieci ciepłowniczej i nie wiedzą na jakich warunkach następować będzie rozruch co oznacza, że nie znają istotnych elementów przedmiotu zamówienia bowiem od pomyślnego rozruchu, który pozostaje podstawowym obowiązkiem Wykonawcy, zależy odbiór prac i brak kar umownych - §9 ust. 21 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Finalnie Wykonawcy nie mają danych pozwalających ustalić wielkość nakładów niezbędnych na przyłączenie obiektu do sieci, odległość przyłącza od obiektu, czy też konieczność dokonania inwestycji w sieci lub jej rozbudowy dla prawidłowego przyłączenia obiektu.

¹ „Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego”, <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1954>, data wytworzenia 08.02.2012r.

Elementem niezwykle istotnym dla całej umowy i prawidłowego jej wykonania jest prawidłowość i terminowość rozruchu, który uzależniony jest do warunków przyłączenia obiektu do sieci ciepłej. Jakiegokolwiek przestoje w tym względzie lub przedłużenie czasu skutkować będzie popadnięciem przez Wykonawcę w opóźnienie.

13. Oczekiwanie od Wykonawców wskazania punktowych, bardzo precyzyjnych danych dotyczących oferowanych obiektów oraz obwarowanie ich bardzo rygorystycznymi karami umownymi, podczas gdy w chwili obecnej żaden z Wykonawców nie dysponuje choćby projektem budowlanym – pkt. VI.3.3 SIWZ.

Założeniem towarzyszącym Zamawiającemu powinno być wymaganie uzyskania obiektu spełniającego normy ustawowe w tym co do poziomów emisji.

W konsekwencji skutkiem modyfikacji powinno być takie ustalenie treści Załącznika nr 12 aby odpowiadał on zapisom ustawowym i wymogom określonym w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie standardów emisyjnych z instalacji z dnia 22 kwietnia 2011 r. (Dz. U. Nr 95, poz. 558) i taka modyfikacja SIWZ przywróci jego zgodność z ustawą.

Propozycją Odwołującego jest aby Załącznik nr 12 zawierał dwa elementy ustalone obecnie, jako kryteria wyboru ofert i pozostałe dane odzwierciedlające wymogi powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

14. Oczekiwanie od Wykonawców przygotowania analizy hydraulicznej miejskiej sieci ciepłowniczej bez zapewnienia Wykonawcom prawa dostępu do tej dokumentacji, która znajduje się w gestii podmiotu trzeciego tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka z o.o. – Załącznik nr 1 do SIWZ PFU pkt. 1.5.3.E str. 11.

Oznacza to, że żaden z Wykonawców kalkulujących ofertę nie jest w stanie stwierdzić jakiego rodzaju wydatki wiążą się z uzyskaniem dostępu do dokumentacji osoby trzeciej tj. MPEC sp. z o.o. W istocie nie wiadomo nawet czy spółka posiada niezbędną do takiej analizy dokumentację i jakie będą działania Zamawiającego o ile spółka ta nie przedstawi jej w oczekiwanym przez Wykonawcę terminie.

W konsekwencji oferty nie będą porównywalne bowiem każdy z Wykonawców inaczej podejrze do problemu i samodzielnie uzupełni sobie treść SIWZ czyniąc takie lub inne założenia.

15. Brak ustalenia warunków poboru wody i warunków przyłącza do sieci MPEC Lębork spółka z o.o. co oznacza, że podstawowy dla realizacji inwestycji element jakim jest lokalizacja przyłącza oraz jego parametry nie zostały w ogóle przez Zamawiającego opisane – Załącznik nr 1 do SIWZ PFU pkt. 2.3.1 str. 15.

Wykonawcy nie wiedzą zatem skąd należało będzie prowadzić sieci celem podłączenia obiektu, a to wpłynie na wartość ich oferty. Jest istotna różnica, czy rury prowadzone będą na odcinku 10 metrów czy 100 metrów – choćby przez wzgląd na parametry czynnika grzewczego.

16. Brak dysponowania w chwili obecnej przez Zamawiającego prawem do terenu przeznaczanego pod realizację zamierzenie budowlanego na co wskazuje w sposób jednoznaczny treść 2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ PFU, a co wpływa na możliwość realizacji zamierzenia, a przede wszystkim terminowe przekazanie Wykonawcy dokumentów niezbędnych do wystąpienia o pozwolenie na budowę.

Podsumowując powyższe w chwili obecnej SIWZ nie pokazuje w pełni, jaki zakres kosztów Wykonawcy mają uwzględnić w ramach składanych ofert, co wyklucza możliwość złożenia

pełnej i porównywalnej oferty. Każdy z nich ofertował będzie, zatem jedynie to, co sam wyinterpretuje z tekstu SIWZ, a nie to, co jest w sposób wyraźny objęte zamówieniem.

Utrwalonym poglądem KIO jest, aby opis przedmiotu Zamówienia był sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (tak KIO w wyroku z dnia 05 marca 2012r. KIO 356/12 oraz wyrok KIO z 28.02.2012r. 229/12; 238/12; 239/12; 242/12;245/12;247/12), co w niniejszym postępowaniu nie ma miejsca.

II. Ustalenie zbyt wysokich i nieproporcjonalnych warunków dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Uwzględniając charakter przedmiotu zamówienia oraz jego skalę, a przede wszystkim to, że stanowić on ma jedną z niewielu instalacji tego rodzaju w Polsce wskazać należy, że brakuje przesłanek uprawniających Zamawiającego do ustalania tak wysokich progów wymagań wobec osób mających funkcjonować w trakcie realizacji zamówienia - V.3 SIWZ.

W szczególności zakwestionować należy wymóg dysponowania przez kierowników: budowy, robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń oraz robót w specjalności instalacji w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń z doświadczeniem w budowie obiektów posiadających bloki kogeneracyjne.

Odwołać należy się do niewielkiej ilości postawionych z wykorzystaniem tej technologii obiektów w Polsce, co skutkuje zamkniętym i wąskim kręgiem osób spełniających wymogi Zamawiającego.

Stwierdzić przy tym należy, że technologia wybrana przez Zamawiającego nie wymaga żadnych dodatkowych umiejętności, uprawnień lub zdolności, których nie posiadaliby inżynierowie funkcjonujący w powyższych branżach. Odnotować należy również, że urządzenia pracujące w technologii ORC zwyczajowo montowane są przez producentów i przez te same podmioty są serwisowane. Pamiętać należy, że uprawnienia budowlane nadawane są w nawiązaniu do potrzeb i procesu budowlanego stąd montaż urządzeń technologicznych nie wymaga posiadania żadnych uprawnień przewidzianych Prawem Budowlanym.

Jako ograniczające konkurencję ocenić należy oczekiwanie przedstawienia osób z podobnym doświadczeniem, bowiem ani wymogi technologii ani prawa nie dyktują konieczności legitymowania się dodatkową wiedzą przy budowie obiektów obejmujących system ORC. Formułowanie tego rodzaju wymogu oznacza w istocie ograniczenie dostępu do zamówienia.

III. Naruszające naturę umowy o roboty budowlane, dzieło, zlecenie, dostawę oraz zasady współzycia społecznego ustalenie warunków umownych realizacji kontraktu.

Treść Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez ustalenie ewidentnie niekorzystnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia stanowi w tych częściach naruszenie art. 353(1) k.c. w zw. z art. 139 §1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych a badając tego rodzaju zachowanie Zamawiającego przez pryzmat art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznać należy, że narzucanie uciążliwych warunków umownych stanowi naruszenie prawa i oceniane jest przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Pamiętać należy przy tym, że związanie Zamawiającego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów potwierdził Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 13 lipca 2005r. sygn. akt. UZP/ZO/0-1688/05.

Niezależnie od powyższego wskazać należy również, że wprowadzone przez Zamawiającego ustalenia powinny być badane także przez pryzmat art. 304 k.k., który penalizuje wyzyskiwanie położenia innej osoby poprzez nałożenie na nią świadczenia niewspółmiernego. Bezdyskusyjnym jest natomiast, że umowa o realizację zamówienia publicznego realizowana jest w trybie adhezyjnym stąd Wykonawcy nie mają pełnej możliwości korygowania ustalonych przez Zamawiającego reguł.

W tym znaczeniu Zamawiający konstruując warunki umowne powinien unikać sformułowań niepotrzebnych dla zabezpieczenia jego interesu, a będących obciążeniem Wykonawców. Uznać należy, że karanie przez polskiego ustawodawcę zachowań wykorzystujących nierówne relacje stron stanowić powinno dla Zamawiającego dyrektywę interpretacyjną przy konstruowaniu reguł umownych.

W konsekwencji powyższego uzasadnione jest stwierdzenie, że Zamawiający nie ma prawnej możliwości dowolnego ustalenia treści relacji umownej z wykorzystaniem ewidentnie silniejszej pozycji w ramach systemu zamówień publicznych.

W oparciu o powyższe zakwestionować należy, zatem te postanowienia Załącznika nr 9 do SIWZ, które:

1. Nie określają jednoznacznych i jasnych kryteriów warunkujących odbiór końcowy inwestycji przez co wykonawca nie dysponuje wiedzą o tym kiedy dojdzie do odbioru końcowego i trudno mu będzie ustalić czy uzyskał wszystkie zatwierdzenia i spełnił wszystkie wymagania wszelkich władz – § 1 ust. 13 Załącznika nr 9 do SIWZ.

W chwili obecnej Wykonawca nie wie jakiego rodzaju działania musi wykonać, aby doprowadzić do odbioru końcowego przedmiotu umowy. W szczególności nie wie jakiego rodzaju: testy, próby funkcjonalne, zaświadczenia, koncesje, zezwolenia, zgody i zatwierdzenia, wymogi wszelkich władz i organów ma uzyskać.

To zaś przekłada się na składaną ofertę bowiem Wykonawca nie wie w ilu postępowaniach przyjdzie mu występować i jakie dokumenty – poza pewnego rodzaju standardem – Zamawiający ma na myśli, kiedy pisze o spełnieniu wszystkich wymogów wszelkich władz administracyjnych.

2. Nakazują Wykonawcy przebudowę nieruchomości (wjazd) i urządzeń (ogrodzenie, brama wjazdowa, furtka) na nieruchomości podmiotu trzeciego – §2 ust. 2 pkt. 2.10 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Tymczasem przedmiotem niniejszego postępowania jest realizacja określonego obiektu w ramach przedstawionego przez Zamawiającego terenu i wykonywanie świadczeń na rzecz podmiotów trzecich wykracza poza opisany kodami CPV przedmiot zamówienia.

Odnosić należy przy tym, że Zamawiający nie powołuje się na regulę art. 16 ustawy prawo zamówień publicznych, która pozwoliłaby na wspólne prowadzenie postępowania.

3. Nakazują Wykonawcy wykonanie kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiaru robót podczas gdy opracowania te pozostają zbędne w przypadku realizacji zamówienia w trybie zaprojektuj i zabuduj - §2 ust. 2 pkt. 2.1.3.-2.1.5 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Przygotowanie tego rodzaju dokumentacji nie służy kompletnie żadnym celom Zamawiającego, który w wyniku realizacji zamówienia otrzyma gotowy do funkcjonowania obiekt w zamian za zapłatę ceny ryczałtowej (tak §13 ust. 1 Załącznika nr 9 do umowy).

4. Obciążają Wykonawcę dostawą wody, energii elektrycznej i odprowadzania ścieków dla potrzeb rozruchu obiektu, która to czynność nastąpi po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie i stanowić będzie rozpoczęcie funkcjonowania gotowego formalnie i faktycznie obiektu - §2 ust. 3 załącznika nr 9 do SIWZ.

5. Uprawniają Zamawiającego do ustalenia rażąco krótkiego bo siedmiodniowego terminu usunięcia wad w dokumentacji projektowej, podczas gdy skala obiektu wyklucza tak krótkie terminy usunięcia usterek dokumentacji – §7 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Nie należy zapominać, że dokumentacja projektowa dotyczy obiektu o dużych rozmiarach, skomplikowanego i zamknięta zostanie w wielu tomach rysunków i uzgodnień. Pozostaje niemożliwym do wykonania usunięcie wad w takiej dokumentacji w terminie 7 dni od dnia jej przekazania tym bardziej, że w tym czasie projektanci mogą przygotowywać kolejne opracowania (np. projekt wykonawczy po budowlanym).

6. Uprawniają Zamawiającego po upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wad dokumentacji do odmowy przyjęcia od Wykonawcy materiału z usuniętymi wadami oraz zlecenia ich usunięcia osobie trzeciej pomimo tego, że Wykonawca oferuje poprawiony materiał - §7 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Literalna treść zapisu sugeruje prawo Zamawiającego do odmowy przyjęcia oferowanego przez Wykonawcę poprawionego materiału o ile jest on spóźniony choćby o jeden dzień. Drugim uprawnieniem – uzupełniającym prawo do odmowy przyjęcia poprawionego materiału – jest prawo do powierzenia usunięcia usterek podmiotowi trzeciemu.

W istocie zatem dochodzi do sytuacji w której wady zostały przez Wykonawcę usunięte – choć z opóźnieniem – a Zamawiający odmawia ich odebrania i poleca wykonać tą samą pracę raz jeszcze tyle, że osobie trzeciej.

7. Zobowiązują Wykonawcę do ustalenia z podmiotem trzecim zasad i warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej, co oznacza, że wykonawcy nie wiedzą na jakich warunkach obiekt będzie przyłączany do sieci ciepłowniczej i nie wiedzą na jakich warunkach następować będzie rozruch co oznacza, że nie znają istotnych elementów przedmiotu zamówienia bowiem od pomyślnego rozruchu zależy odbiór prac i brak kar umownych - §9 ust. 21 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Tymczasem to rolę Zamawiającego, jako inwestora, jest uzyskanie stosownych warunków przyłączeniowych oraz włączenia obiektu do sieci i ich udostępnienie Wykonawcom.

Charakter dokumentu jakim są warunki przyłącza może bowiem wiązać się z koniecznością przeprowadzenia dalszych jeszcze robót i inwestycji wymaganych przez przedsiębiorstwo sieciowe będące gestorem danej sieci.

8. Przyznania Zamawiającemu prawa do odstąpienia od całości umowy wartej wiele dziesiątków milionów złotych z uwagi na nie przedłużenie ważności polis ubezpieczeniowych - §9 ust. 26 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Tymczasem rozwiązanie to nie koreluje z istotą kontraktu i powagą zamówienia. Skutek odstąpienia od umowy ma tak dalekosiężne konsekwencje, że powinien być unikany – nie służy bowiem ani Zamawiającemu ani Wykonawcy.

Stąd zasadną jest modyfikacja tego zapisu i odebranie prawa do odstąpienia od umowy w zamian za przyznanie prawa do przedłużenia ubezpieczeń na koszt i ryzyko Wykonawcy.

9. Przyznania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do domagania się wykonania nieokreślonych, a więc wszelkich prób lub badań bez ustalenia kto pokrywa koszt tych badań - §12 ust. 2 pkt. 1 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Treść umowy nie przewiduje obciążania takimi kosztami Zamawiającego co otwiera dyskusję na temat źródła finansowania podobnych działań inspektora nadzoru inwestorskiego. Brak precyzji umowy może prowadzić do uznania, że pokrycie kosztów należy do Wykonawcy.

10. Przyznania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do żądania naprawy (ponownego wykonania) prac wykonanych wadliwie w określonym terminie bez najmniejszego dookreślenia tego terminu, choćby słowem „odpowiednim” - §12 ust. 2 pkt. 2 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Zapis powyższy stwarza zagrożenie ustalenia terminu w sposób arbitralny i nieuwzględniający warunków technicznych związanych z wykonaniem prac i oznacza w istocie uzyskanie przez Zamawiającego kompletnej władzy nad Wykonawcą, w tym ustalenie nawet jednodniowego terminu. Zapis SIWZ nie przewiduje, bowiem choćby tego, aby termin wskazany przez Zamawiającego był terminem odpowiednim do charakteru wady.

11. Brak stopniowości kar umownych naliczanych z tytułu opóźnienia w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi choćby poprzez odwołanie do ich znaczenia i wpływu na funkcjonowanie obiektu, co oznacza, że za odpadającą farbę z drzwi oraz za wyłączenie obiektu z użycia Zamawiający uprawniony będzie żądać 10.000 zł kary za jeden dzień - §15 ust. 1 pkt. 1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ.

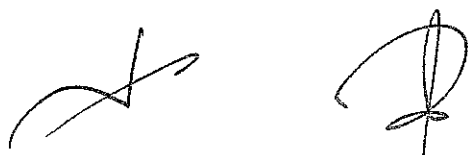
Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający tak samo traktuje wadę drobną, błaHOSTKĘ oraz wadę poważną – istotną z punktu widzenia funkcjonowania obiektu. W obu przypadkach Wykonawca karany będzie tą samą kwotą 10.000 zł za opóźnienie w ich usunięciu.

Tymczasem wielkość obiektu i jego skomplikowany charakter może skutkować ustaleniem wielu setek drobnych wad lub usterek poczynając od nie domykających się drzwiach, a skończywszy na regulacji okien czy grzejników. Usunięcie ich wszystkich w terminie narzuconym przez Zamawiającego może nie być możliwe niemniej trudno uznać za zgodne z regułami karanie za to opóźnienie w taki sam sposób jak karanie za wadę powstrzymującą działalność obiektu. Taka kara – adekwatna w stosunku do dużych awarii – będzie rażąco wygórowana w przypadku niewielkich usterek.

12. Ustalenie dwóch kar umownych za to samo zdarzenie tj za niedotrzymanie wielkości gwarantowanej (4 mln §15 ust. 1 pkt. 1.5 załącznika nr 9 do SIWZ) oraz wielkości jednego lub więcej deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych (5 mln §15 ust. 1 pkt. 1.6 załącznika nr 9 do SIWZ) podczas gdy umowa w żadnym punkcie nie rozróżnia tych parametrów tak jak czyni to dla potrzeb kar umownych co oznacza, że w istocie zawsze dojdzie do zbiegu kar.

Odnosić należy, że SIWZ nie różnicuje wskaźników podawanych przez Wykonawców. Nie precyzje w szczególności wielkości gwarantowanych, których niedotrzymanie nie stanowi powodu do odmowy odbioru przedmiotu umowy oraz deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych.

Oba te terminy dotyczą tych samych informacji przedstawionych w Załączniku nr 12 do umowy, a treść §11 ust. 3 umowy jednoznacznie mówi o tym, że muszą być uzyskane wszystkie parametry wskazane w tym Załączniku.



Niezależnie od powyższego regule §15 ust 1 pkt. 1.6 załącznika nr 9 do SIWZ zarzucić należy również brak stopniowości. Przewiduje ona karanie w wysokości 5 mln złotych już od uchybienia jednemu parametrowi przy czym kwota nie wzrasta w przypadku większej liczby niedotrzymanych parametrów.

W istocie zatem w lepszej sytuacji jest ten Wykonawca, który uchybi 5 parametrom niż ten który uchybi jednemu. Podmiot pierwszy zapłaci 1 mln za każdy parametr a podmiot drugi 5 mln.

13. Braku proporcji w ustalonych karach umownych nałożonych na Wykonawcę i Zamawiającego w treści §15 ust. 2 pkt. 2.3. i §15 ust. 1 pkt. 1.1 Załącznika nr 9 do umowy. Za opóźnienie w wykonaniu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia, przy czym za opóźnienie w przekazaniu placu budowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10.000 zł za każdy tydzień. Relacja jest więc taka, że w interesie Zamawiającego jest opóźnić przekazanie placu budowy i tym samym spowodować opóźnienie Wykonawcy, bo wzajemne rozliczenie kar umownych z tytułu opóźnień przyniesie Zamawiającemu 60.000 zł za każdy tydzień.
14. Przyznania Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w jej wykonaniu przekraczającego 30 dni i pominięcia okoliczności będących przyczyną opóźnienia w tym długotrwałości działań administracji oraz braku współpracy ze strony Zamawiającego - §16 ust. 1 pkt. 1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Pamiętać należy, że procedura realizacji obiektu obejmuje również szereg postępowań administracyjnych. Samo uzyskiwanie pozwolenia na budowę może zająć 65 dni (nie licząc postępowań środowiskowych). W konsekwencji ustalenie po stronie Zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy w przypadku 30 dniowego opóźnienia w realizacji prac jawi się jako rażąco naruszające porządek prawny.

W pierwszej kolejności odnotować należy, że z opóźnieniem mamy do czynienia w przypadku uchybienia terminowi również z przyczyn za które uchybiający nie odpowiada.

Przełożenie powyższego na prowadzone postępowania oznacza, że o ile Wykonawca nie będzie mógł zrealizować obiektu w założonym terminie z uwagi na przeszkody natury administracyjnej – np. trwające procedury odwoławcze! – popadnie w opóźnienie i zapłaci za to kary umowne.

O ile Zamawiający nie udzieli Wykonawcy prawa do terenu (którego dzisiaj Zamawiający nie posiada) i przez to dojdzie do opóźnienia w wykonaniu obiektu Wykonawca zapłaci karę umowną.

Uzasadnione jest zatem stwierdzenie, że ustalenie kary umownej płatnej z tytułu okoliczności, za które Wykonawca nie odpowiada stanowi naruszenie istoty kary umownej opisanej w art. 483 §1 k.c. Zgodnie z tym przepisem kara umowna służyć może jedynie w przypadku zawinionego przez dłużnika niewykonania zobowiązania (tak. K. Zagrobelny [w:] Kodeks Cywilny. Komentarz. Pod red. E. Gniewek, wyd. C.H.Beck, Warszawa 2006, nb. 9 i 10).

Nie ma żadnego powodu dla tak rygorystycznie określonych kar umownych, a bieżąca kontrola realizacji umowy pozwala na natychmiastową reakcję w przypadku błędów w toku budowy. Zamawiający posiada, zatem szereg narzędzi służących bieżącej kontroli i nie ma powodów do ustalania tak drastycznego unormowania kar umownych.

Tymczasem zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt. 6) narzucanie uciążliwych warunków umownych przynoszących nieuzasadnione korzyści

definiowane jest, jako nadużywanie pozycji dominującej i czynność naruszająca konkurencję, co oznacza, że Zamawiający formułuje treść SIWZ wbrew zasadzie ochrony konkurencji. SIWZ nie wyjaśnia przy tym przyczyn tak rygorystycznego ustalenia kar umownych oraz ich ogromnej wysokości.

15. Przyznania Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku braku przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy bez obwarowania możliwości skorzystania z tego prawa wcześniejszym wzywaniem Wykonawcy do przedłużenia ważności - §16 ust. 1 pkt. 1.3 Załącznika nr 9 do SIWZ.
16. Pominięcia w ramach rozliczania na wypadek odstąpienia od umowy tych materiałów i urządzeń, które zostały zamówione i opłacone (choćby w części) ale jeszcze nie dostarczone na plac budowy (§16 ust. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ), podczas gdy zamawianie urządzeń dedykowanych obiektom takim, jak będący przedmiotem zamówienia następuje ze znacznym wyprzedzeniem i wymaga stosownego opłacenia.
17. Obciążenia wykonawcy kosztem usunięcia usterek lub wady albo dokonania przebudowy obiektu w przypadku negatywnego pomiaru osiągania parametrów gwarantowanych, co oznacza przerzucenie na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za sposób użytkowania obiektu przez Zamawiającego - §18 ust. 8 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Tymczasem szczególnie podkreślić należy fakt trzymania pełnej pieczy nad zakładem przez Zamawiającego, który samodzielnie i w oparciu o własne decyzje wpływa na sposób eksploatacji obiektu. Decyzje te mogą skutkować pogorszeniem pracy obiektu i jego urządzeń, a nawet ich zniszczeniem. Literalna treść umowy takich okoliczności nie uwzględnia obciążając Wykonawcę koniecznością zapewnienia stosownych parametrów obiektu przez okres 36 miesięcy i bez względu na przyczyny ich obniżenia.

O ile zatem spadek możliwości obiektu będzie wynikiem zaniedbania, zaniechania lub niedbałości albo winy umyślnej Zamawiającego Wykonawca nie powinien być obciążony kosztem naprawy tego rodzaju wad lub usterek.

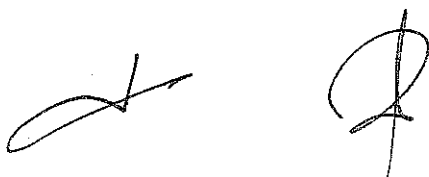
18. Braku prawa do obligatoryjnej zmiany terminu wykonania umowy w przypadku gdy przyczyną opóźnienia w realizacji prac będą przesłanki dotyczące Zamawiającego - §20 ust. 2 pkt. 2.2 i 2.6 Załącznika nr 9 do SIWZ.

Odnotować należy, że zgodnie z treścią §2 ust. 6 Załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiający oczekuje wskazania dziennej daty zakończenia robót. Uwzględniając przy tym zakres prac, rozmiar obiektu, a przede wszystkim to, że Zamawiający nie dysponuje prawem do terenu, brakuje informacji o konieczności przeprowadzenia postępowań środowiskowych niezbędnym jest udzielenie Wykonawcy zwolnienia od zapłaty kar umownych wynikających z tego rodzaju konstrukcji.

Obecnie umowa w ogóle nie przewiduje zmiany daty realizacji zamówienia z przyczyn dotyczących Zamawiającego i przewiduje karanie Wykonawcy za opóźnienie w realizacji umowy.

Wykluczenie powyższych sytuacji może polegać w szczególności na zastąpieniu terminu opóźnienie terminem zwłoka lub innym doprecyzowaniem ustaleń umownych.

Głównym założeniem powinno być jednak to, aby przyczyny dotyczące Zamawiającego i uniemożliwiające pracę Wykonawcy bezpośrednio przekładały się na terminy realizacji prac wyznaczone Wykonawcy. W chwili obecnej bowiem w skrajnej sytuacji braku współpracy ze strony Zamawiającego, konsekwencje z tego powodu poniesie Wykonawca, to on popadnie bowiem w opóźnienie z realizacją kontraktu. Ze względu na



posłużenie się terminem „opóźnienie” pozbawione znaczenia będzie to, że przyczyną uchybienia terminowi będzie działanie Zamawiającego.

Za Odwołującego

WICEPREZES ZARZĄDU

Karol Zduńczyk

WICEPREZES ZARZĄDU

Zenon Dąbrowski

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z odpisem z KRS oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
2. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania.
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Korporacja Budowlana
DORACO Spółka z o.o.
80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12
tel. (058) 552 12 83, tel. (058) 552 12 07
fax (058) 552 02 78, NIP 584-020-15-83