

WYROK

Warszawa, dnia 2 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzi
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2024 r. przez wykonawcę SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Narodowy im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawcy HOCHTIEF Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1.2, 1.3 oraz 1.4 odwołania;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.1. i nakazuje zamawiającemu Zakładowi Narodowemu im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu dokonanie zmiany treści dokumentów zamówienia poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 (§ 6 ust. 1 pkt 62 załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w części 2/3 oraz zamawiającego Zakład Narodowy im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu w części 1/3 i i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Narodowego im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu na rzecz SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 4 267 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Narodowy im. Ossolińskich z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu w zakresie wymaganym do uzyskania pozwolenia na użytkowanie wraz z budową przyłączy i przebudową kolizji sieci, na podstawie dokumentacji projektowej, obejmującego w szczególności wykonanie: 1) robót budowlanych wraz z budową przyłączy i przebudową kolizji sieci, 2) technologii gastronomii, 3) czynności serwisowych dla wykonanych robót, wbudowanych materiałów i urządzeń oraz wykonanie zabiegów pielęgnacyjnych w okresie gwarancji, 4) wszelkiej niezbędnej dokumentacji, w tym dokumentacji powykonawczej i modelu BIM oraz uzyskanie decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wynikających z zapisów umowy.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S:127/2024 pod numerem 390858-2024 w dniu 2 lipca 2024 r. Do postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 lipca 2024 r. wykonawca SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”)

wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy (dalej jako „Umowa”). Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej jako „KC”), art. 353(1) KC, art. 58 § 1 i 2 KC, art 5 KC, art 471 KC w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp art. 16 ust. 1)- 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, art. 103 ust 1, art. 431, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań Umowy w sposób sprzeczny z w/w przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami KC oraz ustawy Pzp, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez:

1.1.nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 na podstawie wytycznych Zamawiającego i w sposób z nim uzgodniony (§ 6. Ust 1 pkt 62 Umowy), przy czym ani wytyczne ani sposób wykonania tego zobowiązania nie został określony w dokumentacji przetargowej co stanowi naruszenie:

- obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący.
- opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert.

1.2.nałożenie na wykonawcę obowiązku weryfikacji Dokumentacji Projektowej i STWiORB przekazanych przez Zamawiającego oraz zgłoszenie Zamawiającemu i Inwestorowi Zastępczemu wszelkich rozbieżności w dostarczonych dokumentach, błędów, wad oraz niejednoznacznych postanowień w terminie 30 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy z zastrzeżeniem, iż niedochowanie powyższego terminu skutkować będzie zwolnieniem Zamawiającego z wszelkiej odpowiedzialności w związku z taką rozbieżnością, niejednoznacznością, błędem lub wadą w Dokumentacji Projektowej i STWiORB (§ 6. Ust 1 pkt 16 Umowy) co stanowi naruszenie:

- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący,
- opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane z a pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia on oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert , a także precyzyjne określenie zakresu swoich zobowiązań
- nieuprawnione zgodnie z Pzp (art. 433 pkt 3 Pzp) przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,

1.3.nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania wszelkich niezbędnych decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wszelkich zgód decyzji, pozwoleń, zezwoleń i uzgodnień, niezbędnych dla realizacji całości Przedmiotu Umowy, bez doprecyzowania, że obowiązek ten obejmuje to tylko te decyzje, zezwolenia, uzgodnienia i zatwierdzenia, których uzyskanie wynika z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (dokumentacji przetargowej) (§5 ust 2 pkt 2) oraz §6 ust 1 pkt 39 Umowy) w sytuacji gdy i) takie pozwolenie, uzgodnienia lub decyzje mogą zmodyfikować zakres przedmiotu zamówienia oraz ii) część uzyskanych przez Zamawiającego zgód, decyzji, pozwoleń, zezwoleń i uzgodnień ulegnie wygaśnięciu jeszcze przed zawarciem umowy pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym w sprawie przedmiotowego zamówienia lub w trakcie realizacji robót, co stanowi naruszenie:

- obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący,
- opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane z a pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia on oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert , a także precyzyjne określenie zakresu swoich zobowiązań,
- nieuprawnione zgodnie z Pzp (art. 433 pkt 3 Pzp) przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,

1.4.nieprecyzyjny opis wymogów w zakresie poziomu uszczegółowienia danych dot. Modelu BIM(pkt 3.5 Załącznika nr 10 do Umowy [Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogiBIM] na generalne wykonawstwo zamówienia pn. „Budowa Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu” zadanie nr DZP-2621-31/2024), który uniemożliwia wykonawcy określenie swoich zobowiązań w tym zakresie w dniu złożenia oferty, co stanowi naruszenie:

- obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący,
- opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane z a pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia on oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert , a także precyzyjne określenie zakresu swoich zobowiązań,

1.5.nieuzasadnione przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy projektowe w zakresie kolizji instalacji międzybranżowych poprzez przeniesienie na wykonawcę obowiązku koordynacji międzybranżowej w zakresie BIM (pkt 7.3.2 i 7.4 Załącznika nr 10 do Umowy [Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM] na generalne wykonawstwo zamówienia pn. „Budowa Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu” zadanie nr DZP-2621-31/2024), co stanowi naruszenie:

- obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący,
- opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane z a pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia on oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert , a także precyzyjne określenie zakresu swoich zobowiązań,
- nieuprawnione zgodnie z Pzp (art. 433 pkt 3 Pzp) przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,

1.6.zobowiązanie wykonawcy do naprawienia i doprowadzenia do stanu poprzedniego infrastruktury technicznej (w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych nawierzchni oraz terenów przyległych), niezależnie od winy wykonawcy oraz niezależnie od tego czy ww. elementy i infrastruktura były prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego, bez zagwarantowania wykonawcy zwrotu poniesionych, udokumentowanych kosztów, a także dodatkowego wynagrodzenie za te czynności jak i przedłużenia terminów umownych w przypadku, gdy podjęte przez wykonawcę działania dotyczą lub wynikają z elementów nieobjętych dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego co skutkuje przeniesieniem na wykonawcę odpowiedzialności za dokumentację dostarczoną przez Zamawiającego (§ 6 ust 1 pkt. 29 Umowy) co z kolei stanowi naruszenie:

- obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący,
- opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane z a pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia on oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert , a także precyzyjne określenie zakresu swoich zobowiązań,
- nieuprawnione zgodnie z Pzp (art. 433 pkt 3 Pzp) przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian treści dokumentów zamówienia w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu.

Uzasadniając zarzut nr 1.1. Odwołujący podniósł, że postępowanie dotyczy wykonania robót budowlanych. Dokumentację projektową dla tych robót powinien dostarczyć Zamawiający. Wynika to z formuły zamówienia przyjętej przez Zamawiającego. Co za tym idzie, zgodnie z przepisem art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienie na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jednocześnie, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (przepis art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy Pzp). W tym stanie rzeczy zupełnie niezrozumiałe dla Odwołującego jest nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 co wynika z § 6. Ust 1 pkt 62 Umowy.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający nie wskazał żadnych wytycznych dot. realizacji tego obowiązku, a treść postanowień Umowy sugeruje, że szczegóły dot. realizacji ww. obowiązku projektowania będą przekazywane wykonawcy na etapie realizacji Umowy. Mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia przewidziany Umową,

wv. zobowiązanie w ocenie Odwołującego narusza zasady wynikające z KC i ustawy Pzp z przyczyn opisanych powyżej, w tym w szczególności, obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący, obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców albowiem uniemożliwia oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert. Naturalną konsekwencją takich postanowień jest postawienie następującego pytania: na jakiej podstawie Wykonawca ma oszacować zakres prac projektowych? Jeśli takie prace są przedmiotem zamówienia publicznego (zaprojektowanie i wybudowanie obiektów opisanych w projekcie), zamawiający publiczny ma określone obowiązki. Musi opisać wymagania, wytyczne dla projektanta. Zgodnie z przepisami Ustawy Pzp robi to w postaci programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „PFU”). Dla takiego zamówienia oczywistą formą wynagrodzenia jest również wynagrodzenie ryczałtowe, jednakże podstawą jego oszacowania jest wspomniany PFU.

Zdaniem Odwołującego pozostawienie § 6 ust. 1 pkt 62 Umowy bez zmian sprawi, że z jednej strony Zamawiający będzie miał nieograniczone uprawnienie do inicjowania kształtu i zakresu dokumentacji projektowej, a z drugiej strony, Wykonawca będzie miał za każdym razem obowiązek zapewnienia personelu, który sporządzi dokumentację projektową według (nieznanych na dzień zawarcia Umowy) oczekiwań Zamawiającego (i pośrednio właściciela nieruchomości który nawet nie jest stroną przedmiotowego postępowania przetargowego), uzyska wszelkie decyzje z tym związane, łącznie z pozwoleniem na budowę. Żaden wykonawca nie jest w stanie choćby w przybliżeniu stwierdzić, jaki może być zakres prac projektowych oczekiwanych przez Zamawiającego. Nie jest tego w stanie stwierdzić także sam Zamawiający albowiem z treści Umowy wynika, że projekt zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 będzie uzgadniany przez Zamawiającego z właścicielem działki. Dlatego właśnie, przez brak tego koniecznego wspólnego mianownika dla wykonawców, nie będą oni w stanie sporządzić ofert, które da się porównać. Każdy wykonawca może przyjąć inne założenia, każdy może przyjąć inną marżę wynagrodzenia od poszczególnych świadczeń, nie ma choćby jednego pewnego elementu, na podstawie którego wykonawcy mogliby oszacować ten zakres prac (projektowanie i związane z nim dokumenty), zarówno pod względem kadry, jak i czasu, wreszcie także w zakresie kosztów, które by się z takimi zobowiązaniami wiązały. Nie bez znaczenia jest także znaczny czas, w przeciągu którego umowa ma być realizowana..

Ten zakres świadczenia Wykonawcy jest w ocenie Odwołującego po pierwsze niedopuszczalną, wykraczającą poza ramy swobody kontraktowej zmianą formuły zamówienia, albowiem żaden przepis ustawy Pzp nie zna konstrukcji, którą forsuje Zamawiający. Roboty budowlane – a na to rozpisal przetarg Zamawiający – w reżimie zamówień publicznych opisuje się albo dla formuły polegającej na ich budowie, albo w formule polegającej na ich zaprojektowaniu i wybudowaniu. W zależności od wyboru czyni się to albo za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, albo za pomocą programu funkcjonalno- użytkowego. Po drugie, niezależnie od niedopuszczalnej formuły zamówienia, Zamawiający nie podolał swojemu podstawowemu obowiązkowi, zawartemu w przepisie art. 99 ustawy Pzp i nie opisał przedmiotu zamówienia (w części dotyczącej projektowania) w żaden sposób, nie tylko nie uczynił tego jednoznacznie i wyczerpująco. Po prostu zaniechał zupełnie tej czynności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy.

Odwołujący przedstawił wspólne uzasadnienie dla zarzutów nr 1.2, 1.5 oraz 1.6, podkreślając, że postępowanie dotyczy wykonania robót budowlanych. Zamawiający zdecydował, że będzie dysponował dokumentacją projektową, której wykonanie zlecił zapewne profesjonalnemu projektantowi, zapłacił za nią wynagrodzenie ze środków publicznych, by następnie ogłosić przetarg na wybór wykonawcy robót, które ma wykonać wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Roboty do wykonania dla wyłonionego tak wykonawcy są opisane w tej właśnie dokumentacji projektowej. Zamawiający uznał też, że najlepszym rodzajem wynagrodzenia dla Wykonawcy, będzie wynagrodzenie ryczałtowe. W związku z ryzykiem po stronie wykonawcy zatem, polegającym na konieczności wykazania się szczególną starannością przy szacowaniu wynagrodzenia, Zamawiający jest zobowiązany udostępnić wykonawcy rzetelne podstawy do sporządzenia oferty. W SWZ znajduje się szczegółowo wymieniona dokumentacja, na podstawie której wykonawca ma wycenić swoje zobowiązanie. Z przyczyn, których jedynie można się domyślać, Zamawiający zniweczył swój rzetelny wysiłek przenosząc na wykonawcę:

- odpowiedzialność za wszelkie rozbieżności, błędy, wady oraz niejednoznaczne postanowienia w dostarczonych dokumentach, które nie zostaną zgłoszone w terminie zawitym 30 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy,
- odpowiedzialność za wszelkie kolizje międzybranżowe (a zatem błędy dostarczonej dokumentacji) stwierdzone w ramach realizacji prac, co w połączeniu z § 6. Ust 1 pkt 62 Umowy oznacza przejęcie odpowiedzialności przez wykonawcę za te kolizje, które nie zostaną zgłoszone w terminie 30 dni roboczych od podpisania Umowy,
- odpowiedzialności za wszelkie uszkodzenia lub zniszczenia w toku realizacji Umowy istniejących budynków lub infrastruktury technicznej (w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych

nawierzchni oraz terenów przyległych), i to nawet gdy nie były one prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji projektowej.

W ocenie Odwołującego taka treść Umowy, powoduje przerzucenie odpowiedzialności Zamawiającego za jakość, kompletność i poprawność dokumentacji projektowej na wykonawcę. Na etapie wykonywania robót budowlanych ujawniają się z reguły wady dokumentacji, głównie wynikające z błędnych założeń, które były podstawą do opracowania dokumentacji – stan faktyczny jest inny niż przyjęty w dokumentacji: wadliwe mapy służące do projektowania (niezinwentaryzowane uzbrojenie terenu), „nieprecyzyjne” badania geologiczne, inny stan danego elementu niż wynikający z ekspertyz itp.). Wykonawca nie może ponosić konsekwencji niedbałego, nierzetelnego, niekompletnego czy niespójnego sporządzenia przez projektanta Dokumentacji projektowej, a zatem nienależytego wykonania swoich zobowiązań przez autora dokumentacji projektowej. Zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za nieznany zupełnie zakres i nieznane warunki. Odwołujący podkreślił, że na obecnym etapie wykonawca nawet nie ma najmniejszego pojęcia jak oszacować takie przyszłe prace. Odwołujący powołał się na art. 433 ustawy Pzp, podnosząc ponadto, że takie sformułowanie postanowień Umowy stanowi również naruszenie obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący, opisanie przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, obowiązku przygotowania i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W dalszej części Odwołujący wskazał na orzecznictwo odnoszące się do przerzucania na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, a związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisaniem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w zakresie zarzutu nr 1.5 wniósł o wykreślenie punktu 7.3.2 Załącznika nr 10 do Umowy oraz zmianę pkt 7.4 tego załącznika w następujący sposób *„Wykrywanie i rozwiązywanie kolizji będzie się odbywało na bieżąco wyprzedzająco w ramach prac realizacyjnych. Wszystkie branże należy skoordynować ze sobą i zweryfikować kolizje. W przypadku braku wykrycia kolizji na wybranym obszarze można w tej lokalizacji rozpocząć prace montażowe. W przypadku wykrycia kolizji na wybranym obszarze Wykonawca poinformuje Zamawiającego i Inwestora Zastępczego o jej wystąpieniu oraz ewentualnie zaproponuje sposób jej usunięcia, przy czym wystąpienie kolizji oraz jej usunięcie stanowiąc będzie ryzyko Zamawiającego, tym samym Wykonawca będzie uprawniony do wydłużenia terminów realizacji lub otrzymania dodatkowego wynagrodzenia w przypadku gdy takie kolizje będą miały wpływ na koszt i/lub czas realizacji Umowy.”*

W zakresie zarzutu nr 1.6 Odwołujący wniósł o zmianę § 6 ust. 1 pkt 29 wzoru umowy w następujący sposób: *„29) natychmiastowe usuwanie w sposób zgodny ze sztuką budowlaną wszelkich szkód i awarii spowodowanych przez Wykonawcę w trakcie realizacji robót; w przypadku uszkodzenia lub zniszczenia w toku realizacji Umowy istniejących budynków lub infrastruktury technicznej (w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych nawierzchni oraz terenów przyległych) naprawa i doprowadzenie do stanu poprzedniego w sposób zgodny ze sztuką budowlaną oraz po uzgodnieniu z właścicielem budynku lub infrastruktury warunków tej naprawy o ile elementy te były prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji przetargowej lub mogły być z łatwością zauważone w trakcie wizji lokalnej; za wszelkie szkody i ich skutki wyrządzone osobom trzecim na ich mieniu lub osobie przez Wykonawcę lub podmioty przez niego zatrudnione do realizacji Przedmiotu Umowy, wyrządzone podczas wykonywania Przedmiotu Umowy lub z tytułu zwinionego działania albo zaniechania pracowników Wykonawcy lub pracowników podmiotów przez niego zatrudnionych do realizacji Przedmiotu Umowy odpowiada Wykonawca; w przypadku wystąpienia osób trzecich z roszczeniami bezpośrednio do Zamawiającego z ww. tytułu, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie zwrócić Zamawiającemu wszelkie koszty poniesione przez niego, w tym koszty zasądzone prawomocnymi wyrokami łącznie z kosztami zastępstwa procesowego.”*

Zamawiający w dniu 26 lipca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględni zarzut nr 1.2 oraz zarzut nr 1.3 i wprowadzi w tym zakresie wnioskowane przez Odwołującego zmiany. Zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich pozostałych zarzutów, co do których nie wypowiedział się wprost, że je uwzględni i dokona stosownych zmian w dokumentach zamówienia.

W zakresie zarzutu nr. 1.1. Zamawiający wskazał, że przychylił się w części do żądania Odwołującego, jednak nie poprzez usunięcie § 6 ust. 1 pkt 62 umowy, a jego doprecyzowanie. Zamawiający wskazał, że zmienia treść § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy w następujący sposób:

„wykonanie w terminie 20 miesięcy od daty podpisania Umowy projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2. Projekt winien uwzględniać zintegrowanie przestrzenne działki 6/2, AM 26, obręb Stare Miasto z działkami sąsiednimi tj.: 7, 6/1, AM 26, obręb Stare Miasto oraz być wykonany w branżach: architektonicznej (zagospodarowanie terenu oraz elementy

małej architektury typu ławki, śmietniki, stojaki rowerowe), architektury krajobrazu (zieleni), drogowej (zapewnienie wjazdu technicznego, w tym obsługi wywozu śmieci dla budynków zlokalizowanych na działkach 6/1 i 7 z wykorzystaniem istniejącego wjazdu na działkę nr 6/1 od ulicy Szewskiej), sanitarnej (odprowadzenia wód deszczowych wraz z niwelacją istniejących studzienek) oraz elektrycznej (oświetlenie). Projekt zostanie wykonany w sposób zgodny z ustawą Prawo budowlane. Przed ostateczną akceptacją Zamawiający dokona uzgodnienia projektu z właścicielem działki. W tym celu Wykonawca przekaże Zamawiającemu po 1 egzemplarzu projektu w wersji papierowej i elektronicznej, a po uzgodnieniu – 2 egzemplarze ostatecznego projektu w wersji papierowej i w wersji elektronicznej. Po uzyskaniu akceptacji właściciela działki, obowiązkiem Wykonawcy będzie (na podstawie wymaganych prawem kolejnych egzemplarzy ww. projektu) niezwłoczne wystąpienie oraz uzyskanie wszelkich pozwoleń, uzgodnień lub decyzji właściwych organów na wykonanie zakresu robót objętych projektem zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2. Dodatkowo Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiaru robót i kosztorysu inwestorskiego, opracowanych w sposób zgodny z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r., poz. 2458).”

Zamawiający wyjaśnił, że opracowanie projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 przez wykonawcę robót budowlanych jest niezbędne z uwagi na konieczność wykonania prac projektowych na działce o nr ewid. 6/2 nieobjętych zakresem zamówienia udzielonego wybranemu w ramach konkursu na wykonanie prac projektowych biuro projektowemu. Ponadto z decyzji nr 833/2021 z dnia 21.09.2021 r. (pozwolenie konserwatorskie na wycinkę drzew i krzewów) wydanej przez Miejskiego Konserwatora Zabytków, stanowiącej załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie, wynika wymóg wykonania nasadzeń zastępczych na tej działce, a zakres tych prac objęty jest przedmiotem zamówienia na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych. Dodatkowym wymogiem wynikającym z tej decyzji jest konieczność wykonania i złożenia do Miejskiego Konserwatora Zabytków do zaopiniowania, przed wykonaniem tych prac, projektu nasadzeń, co oznacza konieczność równoległego wykonania projektu zagospodarowania tej działki integrującego ze sobą zagospodarowanie sąsiadujących działek. W przeciwnym wypadku Zamawiający musiałby powierzyć wykonanie tych prac podmiotowi trzeciemu, co wobec nałożenia na wykonawcę obowiązku wykonania projektu nasadzeń, o czym jest mowa w § 6 ust. 1 pkt 45 wzoru umowy, oznaczałoby konieczność powtórzenia tego zakresu prac. Ze względów formalnych (uwzględnienie działki 6/2, AM 26, obręb Stare Miasto w odrębnej decyzji o pozwoleniu na budowę tj. dla inwestycji realizowanej na działce 6/1, AM 26, obręb Stare Miasto) Zamawiający nie mógł uwzględnić konieczności zagospodarowania działki 6/2 w trakcie uzyskiwania pozwolenia na budowę dla budowy Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu.

Zamawiający wskazał, że proponuje powyższe doprecyzowanie § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy, tak aby usunąć wszelkie potencjalne wątpliwości wykonawców, a w konsekwencji, aby wymagania w tym zakresie były opisane w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący, a jednocześnie aby wykonawcy mogli dokonać rzetelnego oszacowania wynagrodzenia za te prace. W opinii Zamawiającego proponowane zapisy będą wystarczające dla oszacowania ceny tej usługi przez wykonawcę będącego profesjonalistą w branży i posiadającego wymagane przez Zamawiającego w SWZ kompetencje. Dodał, że zarzut braku opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych jest niezasadny, ponieważ sporny zapis odnosi się do usług towarzyszących wykonywanym robotom budowlanym, a nie stricte samym robót budowlanych.

W odniesieniu do zarzutu nr 1.5 Zamawiający wskazał, że po to zleca wykonawcy modelowanie w BIM, aby uniknąć kolizji. Takie kolizje mogą pojawić się w trakcie realizacji robót praktycznie tylko i wyłącznie wówczas, jeśli wykonawca błędnie opracował model lub też, gdy wykonał roboty budowlane niezgodnie z tym modelem lub dokumentacją projektową. Proponowane przez Odwołującego zmiany są zatem niecelowe i nielogiczne. Zamawiający wskazał ponadto, że w kwestionowanej regulacji umownej nie przenosi na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. W polskim systemie prawnym zarówno ogólna odpowiedzialność kontraktowa (art. 471 KC) jak i szczególna forma odpowiedzialności za szkodę pod postacią obowiązku zapłaty kary umownej (art. 483 KC) oparta jest na zasadzie winy. Oznacza to, że dłużnik uwalnia się od odpowiedzialności wykazując, że szkoda powstała na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, bez względu na to czy stwierdzono to w umowie. Nie ma więc potrzeby kazuistycznego wyliczania w umowie okoliczności, za które dana strona nie ponosi odpowiedzialności. Przepis art. 433 pkt 3 ustawy Pzp nie pozwala na przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za okoliczności niezawinione, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Żadne z postanowień umowy czy też załączników do niej nie zawiera takich niedozwolonych klauzul, co oznacza, że wykonawca nie będzie odpowiadał za nienależyte wykonanie umowy wynikające z jakichkolwiek okoliczności, za jakie nie ponosi odpowiedzialności, zawinione przez Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniu Odwołującego, aby zapewnić brak nawet potencjalnego przeniesienia na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, proponuje następujące zmiany w pkt 7.3.2 oraz 7.4 załącznika nr 10 do umowy: pkt 7.3.2, poprzez dopisanie słów oznaczonym pogrubieniem: „skoordynowany przez Wykonawcę, który rozwiąże wszystkie kolizje międzybranżowe w ciągu 6 miesięcy od podpisania Umowy z Zamawiającym (w przypadku gdy usunięcie kolizji będzie miało wpływ na inne roboty lub Urządzenia, zastosowanie znajdą zapisy § 22 Umowy)”, pkt 7.4, poprzez dodanie słów oznaczonych pogrubieniem: „Wykrywanie i rozwiązywanie kolizji będzie się odbywało na bieżąco wyprzedzająco w ramach prac realizacyjnych. Wszystkie branże należy skoordynować ze sobą i zweryfikować kolizje. W przypadku braku wykrycia kolizji na wybranym obszarze można w tej lokalizacji rozpocząć roboty budowlane. W przypadku wykrycia kolizji na wybranym obszarze Wykonawca poinformuje Zamawiającego i Inwestora Zastępczego o jej wystąpieniu oraz zaproponuje sposób jej usunięcia, przy czym jeśli wystąpienie kolizji nie nastąpiło z winy Wykonawcy, zastosowanie znajdą zapisy § 22 Umowy.”

Odnosząc się do zarzutu nr 1.6 Zamawiający wskazał, że przychyliła się do żądania Odwołującego w zakresie dodania słów „z ww. tytułu” i dokona takiej zmiany w § 6 ust. 1 pkt 29 umowy. W pozostałym zakresie Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z zarzutami Odwołującego i wnosi o ich oddalenie. Dodanie dopisku „o ile elementy te były prawidłowo zinventaryzowane w dokumentacji przetargowej lub mogły być z łatwością zauważone w trakcie wizji lokalnej” jest zdaniem Zamawiającego całkowicie nieuzasadnione. Zgodnie z umową wykonawca w terminie 10 dni roboczych od zawarcia umowy zobowiązany jest do wykonania szczegółowej dokumentacji fotograficznej i filmowej terenów przyległych i obiektów w bezpośrednim sąsiedztwie terenu budowy. Celem powyższego ma być uzyskanie wiarygodnego i aktualnego materiału stanowiącego bazę wyjściową umożliwiającą doprowadzenie przez wykonawcę terenu budowy oraz terenów przylegających do stanu pierwotnego. Dodatkowo, zgodnie z dokumentacją projektową przed rozpoczęciem robót ziemnych, należy wykonać uaktualnienia istniejącego uzbrojenia podziemnego, a następnie wykonać przekopy kontrolne. Z uwagi na lokalizację inwestycji w ścisłym centrum mocno zabudowanego centrum miasta w dokumentacji projektowej (pkt. 7 Inne niezbędne dane wynikające ze specyfiki, charakteru i stopnia skomplikowania obiektu budowlanego projektu budowlanego pn. Budowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przebudową przyłącza do dz. 6/2 oraz budowa sieci ciepłowniczej (napowietrznej-tymczasowej), przebudowa kanalizacji telekomunikacyjnej Orange Polska i Netii, budowa drogi polegająca na przebudowie oświetlenia drogowego, przebudowa linii NN oraz budowa linii kablowej SN, przebudowa sieci wodociągowej polegająca na zmianie lokalizacji hydrantu, budowa przyłącza wodociągowego, kanalizacji sanitarnej i deszczowej w związku z budową Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu przy ul. Szewskiej), wskazano, że: „przed rozpoczęciem robót ziemnych należy wykonać uaktualnienia istniejącego uzbrojenia podziemnego, a następnie wykonać przekopy kontrolne. Nie wyklucza się występowania w terenie uzbrojenia niezinventaryzowanego”. Także w STWiORB zawarto informację o konieczności wykonania przed rozpoczęciem robót przekopów poprzecznych celem dokładnej lokalizacji istniejących sieci i uniknięcia kolizji. W związku z powyższym w opisie przedmiotu zamówienia przewidziano możliwość wystąpienia niezidentyfikowanych elementów infrastruktury, ale w celu uniknięcia ich uszkodzenia w cenie oferty należy skalkulować ww. przekopy kontrolne.

W opinii Zamawiającego wykonawca będący profesjonalistą w branży, który posiada doświadczony personel w realizacji inwestycji zlokalizowanych w ścisłym centrum gęsto zabudowanego, historycznego starego miasta, jest w stanie wycenić i oszacować nakład pracy związany z wykonaniem przekopów poprzecznych celem dokładnej lokalizacji istniejących sieci i uniknięcia kolizji, a następnie z realizacją prac w taki sposób, aby tych kolizji faktycznie uniknąć. Przedmiot zamówienia jest zatem opisany w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 30 lipca 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.2, zarzutu nr 1.3 oraz zarzutu nr 1.4.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego po stronie Odwołującego przez wykonawcę HOCHTIEF Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu jako Uczestnika.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot bezpośrednio zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, dążący do wyeliminowania wymagań, które w jego ocenie naruszają

przepisy ustawy Pzp wpływając negatywnie na możliwość złożenia oferty i warunki realizacji zamówienia, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść SWZ wraz z załącznikami, a także pisma procesowe złożone w sprawie oraz stanowiska Stron i Uczestnika przedstawione na rozprawie. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu załączonego do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, tj. decyzji nr 833/2021 z dnia 21 września 2021 r. – pozwolenie konserwatorskie, zezwalającej na usunięcie drzew i krzewów w związku z realizacją robót budowlanych w zakresie budowy gmachu Muzeum książąt Lubomirskich, na okoliczności wynikające z treści tego dokumentów, wskazane w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W oparciu o treść dokumentów zamówienia obowiązującą w dacie zamknięcia rozprawy Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest realizacja przez Wykonawcę przedsięwzięcia pn. Budowa Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu w zakresie wymaganym do uzyskania pozwolenia na użytkowanie wraz z budową przyłączy i przebudową kolizji sieci, na podstawie dokumentacji projektowej, obejmującego w szczególności wykonanie: 1) robót budowlanych wraz z budową przyłączy i przebudową kolizji sieci, 2) technologii gastronomii, 3) czynności serwisowych dla wykonanych robót, wbudowanych materiałów i urządzeń oraz wykonanie zabiegów pielęgnacyjnych w okresie gwarancji, 4) wszelkiej niezbędnej dokumentacji, w tym dokumentacji powykonawczej i modelu BIM oraz uzyskanie decyzji, zezwoleń, uzgodnień i zatwierdzeń wynikających z zapisów umowy. W pkt 2 wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 10 SWZ, tożsamy z Załącznikiem nr 1 do umowy (Załącznik nr 9 do SWZ). Obejmował on projekt budowlany, projekty sieci, przyłączy, projekty wykonawcze, STWiORB oraz inne dokumenty związane z realizacją inwestycji.

W § 2 ust. 1 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy wskazano, że przedmiotem Umowy są:

- 1)roboty budowlane polegające na budowie obiektu w ramach Inwestycji „Budowa Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu” i oddanie obiektu wraz z Urządzeniami niezbędnymi do uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,
- 2)roboty budowlane polegające na budowie osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przebudową przyłącza ciepłowniczego oraz budowie sieci ciepłowniczej (napowietrznej-tymczasowej), przebudowie kanalizacji telekomunikacyjnej, przebudowie drogi polegającej na przebudowie oświetlenia drogowego, przebudowie linii NN oraz linii kablowej SN, przebudowie sieci wodociągowej polegającej na zmianie lokalizacji hydrantu, budowie przyłączy: wodociągowego, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, dla których dokonane zostało zgłoszenie do odpowiedniego organu oraz roboty budowlane polegające na budowie linii kablowej niskiego napięcia jako rezerwowego zasilania budynku od stacji transformatorowej przy ul. Grodzkiej 12, na podstawie odrębnej decyzji pozwolenia na budowę, a także roboty budowlane polegające na przebudowie układu drogowego (budowie/remontcie chodnika) z niezbędną infrastrukturą techniczną, dla których dokonane zostało zgłoszenie do odpowiedniego organu,
- 3)wykonanie Opracowań Wykonawcy (w tym modeli BIM i rysunków warsztatowych) i zapewnienie platformy EOD zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 2– „Wymagania dotyczące Opracowań Wykonawcy”, Załącznika nr 9 – „Platforma elektronicznego obiegu dokumentów – opis cyrkulacji” oraz Załącznika nr 10– „Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM” do Umowy,
- 4)przeprowadzenie szkoleń dla wskazanego przez Zamawiającego personelu z obsługi obiektu (w tym wbudowanych Materiałów i Urządzeń) przed zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego,
- 5)zapewnienie świadczeń z gwarancji jakości w trakcie jej obowiązywania,
- 6)świadczenie usług serwisowych i konserwatorskich dla wbudowanych Urządzeń i tych Materiałów, dla których takie czynności zostały przewidziane przez producentów tych Materiałów w celu utrzymania gwarancji, oraz wykonanie zabiegów pielęgnacyjnych zieleni w okresie odrębnej rękojmi i gwarancji,
- 7)przeniesienie na Zamawiającego praw autorskich i licencji do wszystkich utworów i modeli BIM wytworzonych na potrzeby realizacji Umowy.

W § 2 ust. 7 wzoru umowy wskazano, że Zamawiający na podstawie umowy dzierżawy nr 3/2023 z dnia 30.06.2023 r., Załącznik nr 8 do Umowy – „Pozostałe dokumenty związane z realizacją Inwestycji w Etapie I” jest wraz z Luni Sp. z o.o. współdzierżawcą działki nr ewid. 6/2, AM 26 obręb Stare Miasto zlokalizowanej w bezpośrednim sąsiedztwie terenu budowy. Zamawiający po uzyskaniu zgody właściciela terenu na udostępnienie Wykonawcy działki nr ewid. 6/2 w celu realizacji robót na tej działce (procedura w trakcie) i protokolarnego ustalenia z współdzierżawcą

sposobu i warunków korzystania z działki nr ewid. 6/2, przekaże dostęp do niej Wykonawcy w terminie i na zasadach zgodnych z przekazaniem terenu budowy. Wyżej wskazana działka może zostać udostępniona Wykonawcy na inne potrzeby np. usytuowania na niej tymczasowych obiektów budowlanych np. zaplecza budowy po wykonaniu przez Wykonawcę planu organizacji terenu budowy oraz uzyskaniu przez Zamawiającego zgody właściciela terenu na realizację tego planu w części dotyczącej działki nr ewid. 6/2. Za dopełnienie czynności wymaganych Prawem budowlanym w zakresie wynikającym z planu organizacji terenu budowy odpowiada Wykonawca. Wykonawca z dniem podpisania protokołu przekazania działki nr ewid. 6/2 przejmuje na siebie obowiązek ponoszenia opłat za korzystanie z działki nr ewid. 6/2 zgodnie z Umową dzierżawy z dnia 30.06.2023 r. oraz inne opłaty wynikające z protokołów uzgodnień do tej umowy. W przypadku, gdyby warunki i sposób korzystania z działki nr ewid. 6/2 uzgodnione przez Zamawiającego z współdzierżawcą (Luni Sp. z o.o.) okazały się dla Wykonawcy niewystarczające, Wykonawca może uzgodnić inne warunki korzystania w odrębnym protokole.

W § 6 wzoru umowy określono katalog obowiązków wykonawcy, w tym w ust. 1 wskazano, że do obowiązków Wykonawcy, oprócz określonych w innych postanowieniach Umowy, należy m.in.:

- pkt 16) weryfikacja Dokumentacji Projektowej i STWiORB przekazanych przez Zamawiającego oraz zgłoszenie Zamawiającemu i Inwestorowi Zastępczemu wszelkich rozbieżności w dostarczonych dokumentach, błędów, wad oraz niejednoznacznych postanowień w terminie zawitym 30 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy za pomocą personelu, o którym mowa w par. 8 ust. 11 Umowy. Brak złożenia Inwestorowi Zastępczemu i Zamawiającemu powiadomienia o stwierdzonych rozbieżnościach, niejednoznacznościach, błędach lub wadach w ww. terminie 30 Dni Roboczych skutkuje zwolnieniem Zamawiającego z wszelkiej odpowiedzialności w związku z taką rozbieżnością, niejednoznacznością, błędem lub wadą w Dokumentacji Projektowej i STWiORB;
- pkt 29) natychmiastowe usuwanie w sposób zgodny ze sztuką budowlaną wszelkich szkód i awarii spowodowanych przez Wykonawcę w trakcie realizacji robót; w przypadku uszkodzenia lub zniszczenia w toku realizacji Umowy istniejących budynków lub infrastruktury technicznej (w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych nawierzchni oraz terenów przyległych) naprawa i doprowadzenie do stanu poprzedniego w sposób zgodny ze sztuką budowlaną oraz po uzgodnieniu z właścicielem budynku lub infrastruktury warunków tej naprawy; za wszelkie szkody i ich skutki wyrządzone osobom trzecim na ich mieniu lub osobie przez Wykonawcę lub podmioty przez niego zatrudnione do realizacji Przedmiotu Umowy, wyrządzone podczas wykonywania Przedmiotu Umowy lub z tytułu zawinionego działania albo zaniechania pracowników Wykonawcy lub pracowników podmiotów przez niego zatrudnionych do realizacji Przedmiotu Umowy odpowiada Wykonawca; w przypadku wystąpienia osób trzecich z roszczeniami bezpośrednio do Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie zwrócić Zamawiającemu wszelkie koszty poniesione przez niego, w tym koszty zasądzone prawomocnymi wyrokami łącznie z kosztami zastępstwa procesowego;
- pkt 45) wykonanie nasadzeń zastępczych zgodnie z uzyskanymi decyzjami wraz z wykonaniem i uzgodnieniem z organem, który wydał zgodę na wycinkę drzew, projektu nasadzeń oraz pielęgnacja zieleni w okresie odrębnej rękojmi i gwarancji, o której mowa w § 18 ust. 12 Umowy.
- pkt 62) wykonanie w terminie 20 miesięcy od daty podpisania Umowy projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 na podstawie wytycznych Zamawiającego i w sposób z nim uzgodniony oraz przekazanie Zamawiającemu w celu uzgodnienia tego projektu z właścicielem działki. Po uzyskaniu akceptacji właściciela działki, obowiązkiem Wykonawcy będzie niezwłoczne wystąpienie oraz uzyskanie wszelkich pozwoleń, uzgodnień lub decyzji właściwych organów na wykonanie zakresu robót objętych projektem zagospodarowania działki nr ewid. 6/2;

W załączniku nr 10 do Umowy (załącznik nr 9 do SWZ)Wymagania Informacyjne Zamawiającego (EIR) określające wymogi BIM w pkt 7 zawarto wymagania odnoszące się do koordynacji i wykrywania kolizji, w tym m.in. wskazano:

7.3.Całościowy model BIM dla wszystkich branż w pełnym zakresie zostanie:

7.3.1.stworzony przez Wykonawcę na podstawie otrzymanej Dokumentacji Projektowejw ciągu 3 miesięcy od podpisania Umowy z Zamawiającym,

7.3.2.skoordynowany przez Wykonawcę, który rozwiąże wszystkie kolizje międzybranżowe w ciągu 6 miesięcy od podpisania Umowy z Zamawiającym.

7.4.Wykrywanie i rozwiązywanie kolizji będzie się odbywało na bieżąco wyprzedzająco w ramach prac realizacyjnych.

Wszystkie branże należy skoordynować ze sobą i zweryfikować kolizje. W przypadku braku wykrycia kolizji na wybranym obszarze można w tej lokalizacji rozpocząć prace montażowe. W przypadku wykrycia kolizji na wybranym obszarze Wykonawca poinformuje Zamawiającego i Inwestora Zastępczego o jej wystąpieniu oraz ewentualnie zaproponuje sposób jej usunięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu, należy wskazać, że zgodnie z:

- art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;
- art. 16 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;
- art. 99 ust. 1 ustawy Pzp: Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- art. 103 ust. 1 ustawy Pzp - Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych;
- art. 431 ustawy Pzp - Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia;
- art. 433 pkt 3 ustawy Pzp - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- art. 5 KC: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony;
- art. 58 KC: § 1 Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2 Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego;
- art. 471 KC - Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi;
- Art. 647 KC - Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zarzut nr 1.1

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.1 dotyczącego nałożenia na wykonawcę obowiązku wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 na podstawie wytycznych Zamawiającego i w sposób z nim uzgodniony (§ 6. ust 1 pkt 62 wzoru umowy), w sytuacji gdy ani wytyczne ani sposób wykonania tego zobowiązania nie został określony w dokumentacji przetargowej.

Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wskazuje się jednolicie w doktrynie i orzecznictwie opis przedmiotu zamówienia, jako dokument na podstawie którego wykonawcy przygotowują ofertę, stanowi jeden z kluczowych dokumentów zamówienia wpływających na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawcy kalkulując cenę ofertową muszą dysponować jasnymi i kompletnymi danymi pozwalającymi na prawidłową identyfikację zakresu zamówienia i warunków wpływających na jego realizację. Jak wskazano m.in. w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3718/21, istota art. 99 ust. 1 ustawy Pzp sprowadza się do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje. W wyroku z dnia 27 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1262/22, Izba podkreśliła, że to na zamawiającym spoczywa ciężar sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez ustawodawcę, tak aby możliwe było jednoznaczne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji. Treść

dokumentacji postępowania winna więc być podstawą do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenia oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w zasadzie w ogóle nie opisał przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2. Zamawiający poza nałożeniem na wykonawcę w § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy obowiązku wykonania takiego projektu i wyłącznie hasłowym wskazaniem, że projekt ma zostać wykonany „na podstawie wytycznych Zamawiającego i w sposób z nim uzgodniony” oraz „uzgodniony z właścicielem działki” nie przedstawił żadnych informacji umożliwiających prawidłowe zidentyfikowanie zakresu tej usługi, a w konsekwencji jej prawidłową wycenę. Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek szczegółów odnośnie wymaganych prac projektowych, poprzestając na wskazaniu, że wykonawcy zostaną przekazane bliżej nieokreślone wytyczne Zamawiającego na etapie realizacji umowy. Przy tak sformułowanym obowiązku wykonawcy na etapie składania ofert nie dysponują żadnymi wymiernymi danymi, które pozwalałyby oszacować zakres prac projektowych, nie wiedzą jakie branże ma on objąć, jakie założenia należy w tym projekcie uwzględnić, jakie jest przeznaczenie tej działki i jakie są zamierzenia Zamawiającego i właściciela działki względem niej. Wykonawca składając ofertę ma obowiązek uwzględnienia w cenie ryczałtowej kosztów wykonania projektu zagospodarowania działki, podczas gdy wszelkie informacje i wytyczne, umożliwiające dokonanie takiej wyceny, mają zostać mu przekazane dopiero po zawarciu umowy. Jak słusznie spostrzegł Odwołujący, w takiej sytuacji każdy wykonawca może przyjąć inne założenia np. co do wymiaru niezbędnego zaangażowania projektantów, co w sposób oczywisty przekładać się będzie na wycenę, a konsekwencji może prowadzić do nieporównywalności ofert. W przedmiotowym przypadku wykonawca został obciążony niedookreślonym obowiązkiem opracowania projektu zagospodarowania działki, który - mimo braku danych - musi w jakiś sposób wkalkulować w cenę oferty. Z kolei na etapie realizacji umowy wykonawca będzie musiał uwzględnić wszelkie wytyczne Zamawiającego nieznanne na etapie składania oferty, niezależnie od przyjętych podczas składania oferty założeń. Powyższe narusza zarówno art. 99 ust. 1 ustawy Pzp jak i wykracza poza zasady swobody kontraktowej i równości stron umowy z uwagi na obciążenie wykonawcy obowiązkami, których zakresu nie jest on w stanie prawidłowo zidentyfikować składając ofertę. Izba podkreśla, że art. 99 ust. 1 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do takiego opisu przedmiotu zamówienia, które będzie nie tylko kompletne i wyczerpujące, ale będzie również uwzględniało wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym jej wycenę. Stanowi to jedną z gwarancji zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powyższego obowiązku nie dopełnił, wobec czego zarzut nr 1.1. okazał się zasadny.

Izba nie przychyliła się natomiast do wniosku Odwołującego o wykreślenie obowiązku wynikającego z § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy.

Izba wskazuje, że Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy zamówienia, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć. Nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby Zamawiającego, nawet jeżeli generuje on po stronie wykonawców dodatkowe obowiązki, niedogodności czy trudności na etapie realizacji zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wykazał, że obciążenie wykonawcy mającego realizować roboty budowlane polegające na budowie Gmachu Muzeum Książąt Lubomirskich we Wrocławiu obowiązkiem opracowania projektu zagospodarowania sąsiedniej, niewielkiej działki o powierzchni 420m², na której znajdować się może zaplecze budowy, jest uzasadnione organizacyjnie, logistycznie i ekonomicznie. Jak wyjaśnił Zamawiający, w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia zachodzi konieczność wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2, która nie była objęta zakresem zamówienia udzielonego w ramach konkursu na projekt Muzeum. Skoro zaś wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia – zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 45 wzoru umowy - zobowiązany będzie m.in. do wykonania projektu nasadzeń zastępczych, to uzasadnionym jest skoordynowanie projektu nasadzeń z projektem zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2, aby zachować funkcjonalno – przestrzenną całość, uniknąć niepotrzebnego powielania prac oraz konieczności zaangażowania kolejnego wykonawcy do realizacji prac projektowych dla tej niewielkiej działki. Odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił argumentacji, która przeczyłaby tym potrzebom Zamawiającego.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający dokonał zmiany formuły zamówienia wykraczającej poza ramy swobody kontraktowej. Nie jest niczym nadzwyczajnym to, że na rynku zamówień publicznych udzielane są zamówienia o charakterze mieszanym czy zróżnicowanym przedmiotowo. Prawdą, jest że zgodnie z art. 103 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, natomiast program funkcjonalno-użytkowy służy do opisu zamówienia, którego przedmiotem jest jednocześnie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Powyższe nie wyklucza jednak prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na klasyczne roboty

budowlane, w ramach którego występuje także pewien dodatkowy element w postaci niezależnych od robót budowlanych, drobnych usług projektowych. Nie budziło w sprawie wątpliwości, że główny przedmiot zamówienia, tj. roboty budowlane polegające na budowie obiektu (gmachu Muzeum) oraz na budowie sieci ciepłowniczej został przez Zamawiającego opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz STWiORB, czyli zgodnie z wymogami wynikającymi z ustawy Pzp, Odwołujący nie stawiał w tym zakresie zarzutów. Mimo nieprecyzyjnego opisanie obowiązków wykonawcy w zakresie opracowania projektu zagospodarowania działki 6/2, to trudno uznać, aby samo ujęcie w ramach obowiązków wykonawcy tej usługi projektowej miało w sposób nieuzasadniony godzić w równowagę kontraktową. Nie budzi wątpliwości Izby, że wykonawca – z zastrzeżeniem precyzyjnego i wyczerpującego określenia przez Zamawiającego zakresu tej usługi – będzie w stanie dokonać jej wyceny i ująć te koszty w cenie za realizację zamówienia, która jest ceną ryczałtową. Wywiązanie się z obowiązku wykonania spornego projektu nie powinno powodować po stronie wykonawcy szczególnych trudności skoro i tak będzie on umownie zobowiązany do zaangażowania do realizacji zamówienia osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń we wszystkich branżach, które podlegać będą weryfikacji w ramach kontroli dokumentacji projektowej i STWiORB (por. § 8 ust. 11 wzoru umowy). Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego dotyczących obowiązku opisanie przez Zamawiającego wymagań związanych z projektem zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 za pomocą projektu funkcjonalno – użytkowego, Izba stwierdziła, że nie zostały one poparte wnikliwą analizą dokumentów zamówienia (Odwołujący *de facto* nie przedstawił w tym zakresie żadnej analizy). W szczególności w treści odwołania próżno szukać argumentacji, która wykazywałaby, że zakresem zamówienia zostało objęte wykonanie robót budowlanych na działce o nr ewid. 6/2 w oparciu o opracowany przez wykonawcę projekt zagospodarowania terenu, co wskazywałoby na realizację robót budowlanych na ww. działce w formule „projektuj i buduj” i implikowałoby obowiązek sporządzenia PFU.

W świetle powyższego Izba, nie będąc związana żądaniami odwołania, a jedynie podstawami faktycznymi i prawnymi zarzutów odwołania, które referowały m.in. do opisanie obowiązków wykonawcy w zakresie wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a ponadto mając na uwadze istnienie po stronie Zamawiającego uzasadnionych potrzeb, aby obciążyć obowiązkiem wykonania tego projektu wykonawcę realizującego roboty budowlane, uznała za konieczne doprecyzowanie opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie, a nie wykreślenie § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.1. i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści dokumentów zamówienia poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wykonania projektu zagospodarowania działki o nr ewid. 6/2 (§ 6 ust. 1 pkt 62 załącznika nr 9 do SWZ - wzór umowy) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Odnosząc się jeszcze do przedstawionej w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie propozycji zmiany § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy, Izba wskazuje, że okoliczność ta pozostawała bez wpływu na rozstrzygnięcie. Na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający nie wprowadził stosownych zmian w SWZ w tym zakresie, zgodnie zaś z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. W świetle tego przepisu nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia hipotetyczne działania przyszłe, których zamiar dokonania sygnalizuje Zamawiający. Sam zamiar dokonania zmiany § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy nie konwaliduje nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzonego w oparciu o treść tego postanowienia umownego obowiązującą w dacie zamknięcia rozprawy. Izba ma świadomość, że wprowadzenie odpowiednich zmian w opisie przedmiotu zamówienia może być procesem czasochłonnym, jednak Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, powinien zdawać sobie sprawę, że brak wprowadzenia deklarowanych zmian w dokumentach zamówienia do czasu zamknięcia rozprawy, przy jednoczesnym niezłożeniu przez Zamawiającego oświadczenia procesowego o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu spowoduje, że zarzut będzie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu w oparciu o taką treść postanowień SWZ, jaka została zaskarżona, a nie w oparciu o proponowane przyszłe zmiany. Zamawiający na pytanie Izby podczas rozprawy potwierdził zarówno fakt, że nie wprowadził jeszcze zmian w § 6 ust. 1 pkt 62 wzoru umowy, jak i że jego stanowisko o „przychyleniu się do w części do żądania Odwołującego, jednak nie poprzez usunięcie § 6 ust. 1 pkt 62 umowy, a jego doprecyzowanie” nie stanowi uwzględnienia zarzutu. Konsekwencje takiego działania obciążają Zamawiającego.

Ponadto z uwagi na treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp nie podlega ocenie Izby również pismo złożone przez Zamawiającego już po zamknięciu rozprawy, w którym poinformował on o dokonaniu w dniu 1 sierpnia 2024 r. modyfikacji SWZ. Okoliczność czy zmiany wprowadzone w dokumentach zamówienia przez Zamawiającego wypełniają ciążący na Zamawiającym obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie stanowi przedmiotu

rozstrzygnięcia Izby w tym postępowaniu odwoławczym.

Zarzut nr 1.2 – 1.4

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 30 lipca 2024 r. złożył oświadczenie procesowe do protokołu o wycofaniu zarzutów odwołania oznaczonych nr 1.2, 1.3 oraz 1.4.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby. Ww. regulacje znajdują zastosowanie również w przypadku wycofania zarzutów w części, skoro bowiem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, może także zrezygnować z popierania części zarzutów odwołania. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wycofaniu odwołania w części wiąże Izbę i obliuguje ją do umorzenia postępowania odwoławczego w danym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Zarzut nr 1.5 i 1.6

Izba oddaliła zarzuty nr 1.5 i 1.6 odwołania, stwierdzając, że argumentacja zawarta w odwołaniu w tym zakresie była wyłącznie hasłowa i nie wykazywała zasadności zarzutów.

Przed wszystkim zauważyć należy, że Odwołujący przedstawił na str. 18-19 odwołania zbiorcze uzasadnienie faktyczne dla zarzutów nr 1.2, 1.5 i 1.6, przy czym w praktyce – poza wskazaniem, że przeniesiono na niego odpowiedzialność w zakresie opisanym w zaskarżonych postanowieniach, tj.:

- zarzut 1.2 – „odpowiedzialność za wszelkie rozbieżności, błędy, wady oraz niejednoznaczne postanowienia w dostarczonych dokumentach, które nie zostaną zgłoszone w terminie zawitym 30 Dni Roboczych od dnia podpisania Umowy” - § 6 ust. 1 pkt 16 wzoru umowy;
- zarzut 1.5 – „odpowiedzialność za wszelkie kolizje międzybranżowe (a zatem błędy dostarczonej dokumentacji) stwierdzone w ramach realizacji prac, co w połączeniu z § 6. ust 1 pkt 62 Umowy oznacza przejęcie odpowiedzialności przez wykonawcę za te kolizje, które nie zostaną zgłoszone w terminie 30 dni roboczych od podpisania Umowy” – pkt 7.3.2 i 7.4 Załącznika nr 10 do wzoru umowy;
- zarzut 1.6 – „odpowiedzialność za wszelkie uszkodzenia lub zniszczenia w toku realizacji Umowy istniejących budynków lub infrastruktury technicznej (w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych nawierzchni oraz terenów przyległych), i to nawet gdy nie były one prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji projektowej” - § 6 ust. 1 pkt 29 wzoru umowy;

Odwołujący nie przedstawił żadnej rzeczowej argumentacji, popartej analizą treści dokumentów zamówienia, która wykazywałaby, że faktycznie doszło tutaj do przeniesienia na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Argumentacja zawarta w odwołaniu koncentruje się wyłącznie na kwestii odpowiedzialności za błędy w dokumentacji projektowej i ogranicza się do stwierdzenia, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji niedbałego, nierzetelnego, niekompletnego czy niespójnego sporządzenia przez projektanta dokumentacji projektowej, a zatem nienależytego wykonania swoich zobowiązań przez autora dokumentacji projektowej. Przypomnieć jednak należy, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1.2 i poinformował o tym, że wprowadzi żądane przez Odwołującego zmiany w § 6 ust. 1 pkt 16 wzoru umowy. Tym samym wykonawca będzie odpowiedzialny wyłącznie za te rozbieżności, błędy czy wady w dokumentacji projektowej, których działając z należytą starannością nie dostrzegł w zakreślonym terminie, przewidzianym na szczegółową analizę dokumentacji projektowej, a które to wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien był dostrzec przy zachowaniu wymaganej od niego zawodowej staranności. Odwołujący nie kwestionował przy tym obowiązku zaangażowania do realizacji umowy osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń we wszystkich branżach, które podlegać będą weryfikacji (§ 8 ust. 11 wzoru umowy). W ocenie Izby nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu z faktu, że w trosce o powodzenie inwestycji przyjął wielostopniowy mechanizm weryfikacji dokumentacji projektowej i STWiORB (tj. przez wykonawcę, który opracował projekt, przez samego Zamawiającego i przez wykonawcę, który ma realizować roboty budowlane w oparciu o ten projekt).

Izba stwierdziła ponadto, że do obowiązku weryfikacji i koordynacji kolizji międzybranżowych (zarzut nr 1.5) w odwołaniu szerzej się nie odniesiono. Odwołujący poprzestał wyłącznie na wskazaniu, że wykonawcę obciążał będzie obowiązek rozwiązania kolizji międzybranżowych, co oznacza przejęcie odpowiedzialności za te kolizje, które nie zostały zgłoszone zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 16 wzoru umowy (w odwołaniu w tym zakresie błędnie wskazano na § 6 ust. 1 pkt 62).

Argumentacja ta jednak zdezaktualizowała się, ponieważ Zamawiający uwzględnił zarzut 1.2 dotyczący § 6 ust. 1 pkt 16 wzoru umowy i wprowadzi zmiany w brzmieniu wnioskowanym przez Odwołującego. Żadnych innych argumentów Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił. Odwołujący nawet nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie mamy tu do czynienia z sytuacją, o której mowa w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, a jego stanowisko zostało przedstawione w oderwaniu od całokształtu treści wzoru umowy oraz ogólnej zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, wynikającej z Kodeksu cywilnego (art. 471 KC). Prezentowane podczas rozprawy twierdzenia odnoszące się do braku posiadania przez wykonawcę praw autorskich do dokumentacji projektowej czy do ryzyka związanego z koniecznością modyfikacji dokumentacji projektowej, uzyskania nowych warunków przyłączeniowych czy zamiennego pozwolenia na budowę, wykraczały poza podstawy faktyczne zarzutu przedstawione w odwołaniu, a jako takie stanowiły argumentację spóźnioną. Analogicznie za spóźnione Izba uznała twierdzenia o tym, że brak wiedzy co do zakresu potencjalnych kolizji międzybranżowych może prowadzić do nieporównywalności ofert. W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł abuzywności zaskarżonych klauzul przewidzianych w pkt 7.3.2 i 7.4 załącznika nr 10 do umowy, a pod pozorem tej abuzywności dążył do zwolnienia się z obowiązku skoordynowania w oparciu o dokumentację projektową całościowego modelu BIM dla wszystkich branż, w tym do zwolnienia się z obowiązku proponowania rozwiązań w celu usunięcia tych ewentualnych kolizji. Jak wyjaśnił jednak Zamawiający, po to zamierza on zlecić wykonawcy modelowanie w BIM, aby możliwe było zidentyfikowanie potencjalnych kolizji przed realizacją danego zakresu robót i zapobieżenie negatywnym skutkom, jakie mogłyby nastąpić w przypadku niewykrycia tych kolizji. Obciążenie wykonawcy takim obowiązkiem ma w ocenie Izby logiczne uzasadnienie.

Dalej należy wskazać, że uzasadnienie faktyczne zarzutów odwołania również w ogóle nie referuje do stanowiącej podstawę zarzutu nr 1.6 kwestii odpowiedzialności za uszkodzenia czy zniszczenia w toku realizacji umowy. Odwołujący poza wskazaniem w *petitum* odwołania, że wykonawca jest zobowiązany do naprawienia i doprowadzenia do stanu poprzedniego infrastruktury niezależnie od tego czy była ona prawidłowo zinwentaryzowana w dokumentacji dostarczanej przez Zamawiającego, nie przedstawił rzeczowej i merytorycznej argumentacji, która uwzględniałaby zarówno kompleksową treść dokumentów zamówienia, jak i uwarunkowania związane z realizacją inwestycji oraz zasady odpowiedzialności kontraktowej wynikające z prawa cywilnego. Jak zaś wskazał Zamawiający wykonawca został zobowiązany do wykonania szczegółowej dokumentacji fotograficznej i filmowej terenów przyległych i obiektów w bezpośrednim sąsiedztwie terenu budowy, jak i został zobowiązany do wykonania uaktualnienia istniejącego uzbrojenia podziemnego, a następnie wykonania przekopów kontrolnych. Zamawiający w dokumentach zamówienia rzetelnie poinformował wykonawców, że z uwagi na specyfikę lokalizacji inwestycji nie wyklucza się występowania w terenie uzbrojenia niezainwentaryzowanego. Z tego względu w dokumentach zamówienia zaznaczono konieczność wykonania przed rozpoczęciem robót przekopów poprzecznych celem dokładnej lokalizacji istniejących sieci i uniknięcia kolizji. Zamawiający wykonał także uprzednie badania archeologiczne, aby zminimalizować ryzyko wystąpienia takich sytuacji. W ocenie Izby Odwołujący wnioskując o wprowadzenie w treści § 6 ust. 1 pkt 29 wzoru umowy warunku, aby określone elementy (budynki, infrastruktura techniczna) były prawidłowo zinwentaryzowane w dokumentacji przetargowej lub były łatwo zauważalne w trakcie wizji lokalnej, dążył do nieuzasadnionego w stanie faktycznym sprawy ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy i udogodnienia mu warunków realizacji zamówienia. Nie wykazał jednak w żaden sposób, że w rzeczonym przypadku doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła zarzuty nr 1.5 i 1.6 odwołania jako nieudowodnione.

Rozstrzygnięcie to znalazło odzwierciedlenie w pkt 3 sentencji orzeczenia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo

uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego z trzech zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 1/3 (zarzut nr 1.1) i bezzasadne w zakresie dwóch z trzech zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 2/3 (zarzuty nr 1.5 i 1.6), w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono Odwołującego i Zamawiającego w ww. proporcji. Wycofane zarzuty nr 1.2 – 1.4, w zakresie których postępowanie umorzono, nie były brane pod uwagę przy stosunkowym rozliczeniu kosztów.

Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, udokumentowaną fakturą. Łącznie wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 23 600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 000 zł, tytułem wpisu od odwołania, podczas gdy odpowiadał za nie jedynie do wysokości 15 733,33 zł (2/3 z 23 600 zł). W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 267 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego (20 000 zł), a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (15 733,33 zł), po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych, zgodnie z § 7 ust. 6 Rozporządzenia.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 4 sentencji orzeczenia.

Izba nie uwzględniła złożonego podczas rozprawy wniosku Odwołującego o zwrot części wpisu uiszczonego od odwołania z uwagi na częściowe uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego.

Po pierwsze, należy wskazać, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1.2 – 1.4 odwołania zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na wycofanie tych zarzutów przez Odwołującego. Tym samym wniosek kosztowy Odwołującego, oparty na częściowym uwzględnieniu zarzutów nr 1.2 i 1.3 przez Zamawiającego, nie koreluje ze złożonym przez Odwołującego oświadczeniem procesowym o wycofaniu tych dwóch zarzutów oraz zarzutu nr 1.4.

Po drugie, wniosek ten nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp i Rozporządzenia. Zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Przepis ten należy stosować odpowiednio do wycofania odwołania w części – w zakresie wycofanych zarzutów odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, nie mając przełożenia w tym przypadku na koszty postępowania.

Rozważając zaś jedynie teoretycznie wniosek o zwrot części wpisu w kontekście częściowego uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego należy wskazać, że Rozporządzenie w sposób jednoznaczny w § 9 ust. 3 reguluje sposób rozliczenia kosztów w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego w części i rozpoznania pozostałych zarzutów. Przepis ten stanowi, że w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę: 1) uwzględnione w całości - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się § 7 ust. 1 pkt 1; 2) odrzucone albo oddalone w całości - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1; 3) uwzględnione w części - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, 5 i 6. Rozporządzenie nie przewiduje w takiej sytuacji obowiązku zwrotu wykonawcy proporcjonalnej części wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....