

Sygn. akt: KIO 1653/23, KIO 1676/23

WYROK
z dnia 27 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 czerwca 2023 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach **9 i 12 czerwca 2023 roku** przez wykonawców:

- 1) **I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** (Odwołujący) – sygn. akt KIO 1653/23;
- 2) **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** (Odwołujący 1) – sygn. akt KIO 1676/23

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miasto Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie** przy udziale **wykonawcy PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 1676/23, **po stronie Odwołującego 1**

orzeka:

I.

1. Uwzględnić odwołanie w sprawie KIO 1653/23 i nakazać Zamawiającemu:

- a) dokonanie zmian opisu przedmiotu zamówienia, w tym postanowień Programu Funkcjonalno - Użytkowego, poprzez wprowadzenie zapisów dopuszczających zaoferowanie nawierzchni poliuretanowej z pełnego poliuretanu (Full Pur) z wypełnieniem EPDM;
- b) ujednolicenie zapisów opisu przedmiotu zamówienia w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wskazanie, że grubość nawierzchni musi mieścić się w przedziale 13-14 mm;
- c) wykreślenie wymagania, z którego wynika, że Zamawiający wymaga zaoferowania „*nawierzchni bieżni – prefabrykowanej, nawierzchni kauczukowej z rolki o gr. (...) warstwy wierzchniej teksturowej min. 6 mm – kolor czerwony*”.

2. kosztami postępowania obciążyć **Zamawiającego - Gminę Miasto Rzeszów**

z siedzibą w Rzeszowie, w następujący sposób:

- a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** tytułem wpisów od odwołania,
- b) zasądza od **Zamawiającego - Gminy Miasta Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz - **Odwołującego - I. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

II.

1. umarza w części postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 1676/23 z uwagi na wycofanie zarzutów 1-3 odwołania;

2. uwzględnić odwołanie w pozostałej części i nakazać Zamawiającemu zmianę istotnych postanowień umownych przez dostosowanie wzoru umowy przez wprowadzenie postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji, gdy wystąpią wady nieistotne dokumentacji projektowej (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru), a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem dokumentacji przysługiwać będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z dzieła);

3. kosztami postępowania obciążyć **Zamawiającego - Gminę Miasto Rzeszów**

z siedzibą w Rzeszowie, w następujący sposób:

- a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisów od odwołania,
- b) zasądza od **Zamawiającego - Gminy Miasta Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz - **Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 1626/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Miasto Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Budowa Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego przy ul. Wyspiańskiego w Rzeszowie”. Numer ogłoszenia o zamówieniu 328704-2023-PL (Dz.U./S S105), opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02 czerwca 2023 r.

Sygn. akt 1653/23

Dnia 9 czerwca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy

z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2022 r., poz. 1710 ze zmianami, zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołał Wykonawca I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono w zakresie czynności Zamawiającego polegających na ukształtowaniu dokumentów zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

- w sposób ograniczający uczciwą konkurencję poprzez ukształtowanie PFU w ten sposób, że uniemożliwiono zaprojektowanie oraz wykonanie nawierzchni innej niż nawierzchnia prefabrykowana kauczukowa MONDO, co uniemożliwia złożenie oferty z nawierzchnią lekkoatletyczną poliuretanową typu full pur lub jakąkolwiek inną nawierzchnią kauczukową,
- w sposób, który umożliwia zaoferowanie wyłącznie nawierzchni jednego producenta tj. MONDO bez uzasadnienia obiektywnymi względami techniczno-użytkowymi, a co za tym idzie naruszenie konkurencyjności z uwagi na ograniczenia do jednego produktu.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1.art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 ustawy Pzp - poprzez postawienie ograniczających wymogów w zakresie nawierzchni w sposób niezapewniający najlepszej jakości uzasadnionej charakterem zamówienia i nieprowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,
- 2.art. 99 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia, tj. PFU w zakresie rodzaju nawierzchni w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez postawienie wymagania, że możliwe jest wyłącznie zaoferowanie nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej, co uniemożliwia złożenie Odwołującemu oferty,
- 3.art. 99 ust. 4 ustawy Pzp – poprzez opisanie wymogów nawierzchni w ten sposób, że prowadzą do opisu w sposób zbieżny w skutkach z użyciem w opisie zamówienia nazwy własnej systemu nawierzchni MONDO, co powoduje, że doszło do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców, braku możliwości ubiegania się o zamówienie Odwołującemu, który oferuje nawierzchnię kauczukową innego producenta lub nawierzchnię poliuretanową typu FullPur, które również gwarantują uzyskanie oczekiwanej przez Zamawiającego klasy obiektu.

Odwołujący wnosil o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikację brzmienia PFU w zakresie możliwych do zaprojektowania i wykonania rodzajów nawierzchni, które gwarantują uzyskanie przez wybudowany obiekt wymaganej klasy obiektu, tj.:
- dopisanie na str. 38 PFU w części dotyczącej rodzaju nawierzchni – nawierzchni poliuretanowej z pełnego poliuretanu (tzw. full pur) z wypełnieniem EPDM,
- wykreślenie wymagania zawartego na str. 39 PFU o treści: „*nawierzchnia bieżni – prefabrykowana nawierzchnia kauczukowa z rolki o gr. podstawowej 14 mm, warstwy wierzchniej teksturowej min. 6 mm – kolor czerwony*”.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Po analizie treści dokumentacji zamówienia Odwołujący stwierdził jednak, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że uniemożliwił zainstalowanie na obiekcie stanowiącym przedmiot zamówienia jakiegokolwiek innej nawierzchni niż nawierzchnia MONDO. W konsekwencji w sytuacji, gdy treść SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do nawierzchni została sformułowana w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający wskazał, że celem postępowania jest wybudowanie Stadionu Lekkoatletycznego kategorii IIIA z możliwością rozgrywek piłki nożnej na poziomie ekstraklasy, wraz z zapleczem treningowym oraz organizacją imprez kulturalnych. Zamawiający wskazał przy tym, że szczegółowy zakres i wielkość inwestycji określa Program Funkcjonalno-Użytkowy.

Program Funkcjonalno-Użytkowy na str. 38 wskazuje, że Zamawiający wymaga zaprojektowania i wykonania na obiekcie nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej: „*rodzaj nawierzchni – syntetyczna, posiadająca certyfikat WA91) prefabrykowana nawierzchnia kauczukowa*”.

Na kolejnej stronie (s. 39 PFU) Zamawiający wskazuje przy tym, że nawierzchnia ma posiadać grubość 14 mm oraz, że warstwa wierzchnia ma mieć min. 6 mm.

Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający ukształtował PFU w ten sposób, że ograniczył zarówno rodzaj nawierzchni tylko do jednego rodzaju, tj. nawierzchni prefabrykowanej kauczukowej (wykluczając nawierzchnię typu full-pur), ale i w ramach nawierzchni kauczukowych wskazanymi parametrami grubości ograniczył konkurencję wskazując na jeden produkt – nawierzchnię typu MONDO.

Jest to o tyle niespójne, że na str. 38 PFU Zamawiający wskazał, że płytę stadionu należy projektować i wykonać zgodnie z koncepcją programowo-przestrzenną oraz zgodnie z wytycznymi PZLA – a żaden z tych dokumentów nie ogranicza rodzaju nawierzchni wyłącznie do nawierzchni kauczukowej.

Koncepcja programowo-przestrzenna (załącznik nr 8 do PFU) w opisie technicznym na str. 20 wprost wskazuje, że stadion kat. III powinien posiadać nawierzchnię prefabrykowaną kauczukową lub nawierzchnię poliuretanową z pełnego poliuretanu. Ponadto, Zamawiający udostępnił również załącznik nr 19 do PFU w postaci dokumentu autorstwa T. M. pn. Nawierzchnie syntetyczne, gdzie na str. 57 wskazano, że zgodnie z instrukcjami IAAF i postanowieniami Zarządu PZLA możliwe jest wykonanie nawierzchni bieżni i rozbiegów z nawierzchni kauczukowych lub poliuretanowych z pełnego poliuretanu (full PUR). Również cytowana przez Zamawiającego uchwała PZLA nr 44/2020 na str. 4 wskazuje na dopuszczenie obu typów nawierzchni.

Żaden z powołanych przez Zamawiającego dokumentów nie określa zatem, że przy stadionie kat. III powinna zostać wykonana tylko nawierzchnia kauczukowa – wręcz przeciwnie, każdy z dokumentów jednakowo dopuszcza zarówno nawierzchnię kauczukową, jak i nawierzchnię poliuretanową z pełnego poliuretanu. W konsekwencji niezrozumiały dla Odwołującego jest powód ograniczenia rodzajów nawierzchni tylko do jednego, z wykluczeniem nawierzchni poliuretanowej.

Co również istotne Ministerstwo Sportu i Turystyki wydało wytyczne dla wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie z Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej (Departament Infrastruktury Sportowej. Warszawa, Luty 2022). Na dokument ten powołuje się sam Zamawiający na str. 39 PFU. Dokument ten stanowi również załącznik nr 12 do PFU. W opracowaniu tym Ministerstwo Sportu wskazało najczęściej stwierdzane wady dokumentacji nawierzchni, które to

dokładnie powielił Zamawiający w tym postępowaniu. Ministerstwo wskazało bowiem, że parametry nawierzchni *powinny być ustalone najlepiej w taki sposób, aby spełniały je co najmniej 2 nawierzchnie różnych producentów* – str. 16 dokumentu. Mimo wytycznych samego Ministerstwa Zamawiający w postępowaniu dokonał sprzecznego z ustawą Pzp opisu przedmiotu zamówienia, bowiem wykluczył możliwość zaoferowania nawierzchni poliuretanowej, zaś w ramach nawierzchni kauczukowej poprzez ustanowienie parametrów dotyczących grubości dopuścił wyłącznie jedną nawierzchnię (typu MONDO).

Zdaniem Odwołującego takie ukształtowanie zapisów PFU jest sprzeczne z obowiązującymi zasadami wynikającymi z regulacji dotyczących budowy obiektów lekkoatletycznych. Zamawiający wbrew tym regulacjom uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty w tym postępowaniu. Na rynku istnieją bowiem inne nawierzchnie niż nawierzchnia opisana przez Zamawiającego, tj.:

- nawierzchnie poliuretanowe typu full pur - certyfikowane, najwyższej jakości, posiadające wszelkie wymagane dokumenty i certyfikaty, zainstalowane na szeregu różnych obiektów o najwyższej jakości,
- inne nawierzchnie kauczukowe, które jednak nie spełniają jednego wymagania jakie postawiono w PFU, czyli konieczności posiadania grubości podstawowej 14 mm i warstwy wierzchniej tekturowej min. 6 mm (takie parametry posiada tylko nawierzchnia kauczukowa MONDO - inne produkty, zgodnie z wymogami World Athletics mają grubość min. 13 mm,

a zatem tym jednym parametrem dopuszczono wyłącznie nawierzchnię MONDO).

Użycie tych nawierzchni pozwala na uzyskanie przez Zamawiającego kategorii obiektu sportowego III według PZLA (co jest celem postępowania), a zatem niedopuszczenie tych nawierzchni jest jawnym ograniczeniem konkurencyjności postępowania.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu wprowadził zaś wymagania ograniczające konkurencyjność postępowania, które nie wynikają z wymagań Polskiego Związku Lekkiej Atletyki czy World Athletics, ani jakichkolwiek innych dokumentów czy regulacji branżowych.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Naruszenie zasady wynikającej z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane). W tym postępowaniu Zamawiający zawęził rodzaj nawierzchni wyłącznie do nawierzchni kauczukowej, a w ramach tego wyłącznie do nawierzchni „Mondo”, która jest jedyną tego typu nawierzchnią dostępną na polskim rynku, która spełnia wymagania postawione w SWZ. Mimo że Zamawiający nie używa wprost nazwy tego produktu w treści SWZ, to jednak w praktyce tylko ta jedna nawierzchnia może być w tym postępowaniu zaoferowana. Pomimo opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretny produkt (nawierzchnię Mondo) Zamawiający nie zrealizował obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Nawet jeśli na rynku istniałoby kilku różnych Wykonawców, którzy oferują nawierzchnię Mondo, to zasada konkurencyjności nie jest zachowana, bowiem naruszenie konkurencyjności polega na dopuszczeniu przez Zamawiającego tylko jednego produktu - jednego systemu nawierzchni. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub Wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku Wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.

Zasadniczym obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia respektującego zasady udzielenia zamówień publicznych przy uwzględnieniu, wyłącznie rzeczywiście uzasadnionych obiektywnymi względami, potrzeb (tak wyrok KIO 1066/20, KIO 802/20).

W postępowaniu potrzebą Zamawiającego jest uzyskanie stadionu, który otrzyma certyfikat III kategorii według PZLA. Gwarantują to zarówno inne nawierzchnie kauczukowe występujące na rynku, jak i nawierzchnie Full PUR, które spełniają wszelkie wymagania Polskiego Związku Lekkiej Atletyki i wielokrotnie otrzymały pozytywną opinię PZLA potwierdzoną wystawionym certyfikatem kat. III. W konsekwencji wykluczenie innych nawierzchni z postępowania jest jawnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

O jakości nawierzchni świadczy również to, że obiekty z innymi nawierzchniami (niedopuszczonymi przez Zamawiającego w tym postępowaniu) posiadają certyfikat Class 1. Jest to najwyższy certyfikat w branży nawierzchni sportowej świadczący o najwyższej jakości. Na obiektach z takim certyfikatem mogą być przeprowadzane imprezy o najwyższej randze, o czym świadczy sama aktualna uchwała PZLA nr 72 – Kategorii stadionów lekkoatletycznych. Posiadanie certyfikatu Class 1 na całym świecie pozwala na to, aby obiekt mógł starać się o przyznanie organizacji międzynarodowych zawodów – nie mówimy zatem o lokalnych zawodach, czy mistrzostwach, a o największych międzynarodowych imprezach lekkoatletycznych. Nie jest tak, że takie wymagania spełnia tylko nawierzchnia MONDO, bowiem certyfikat Class 1 posiada szereg różnych nawierzchni – w tym nawierzchni poliuretanowych typu full-pur, które Zamawiający powinien dopuścić w postępowaniu.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że Zamawiający może oczywiście żądać i oczekiwać od Wykonawców rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych (KIO 79/11), jak również w sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie uzasadnione jest on uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych Wykonawców. W tej sprawie jasno określonym w dokumentach zamówienia celem tego postępowania jest budowa obiektu kat. III, a zatem niewątpliwie Zamawiający powinien dopuścić do postępowania nawierzchnie, które pozwolą mu spełnić ten cel.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych wymagań użytkowników, bowiem również nawierzchnia poliuretanowa typu full-pur czy inna nawierzchnia kauczukowa niż nawierzchnia MONDO pozwoli Zamawiającemu na uzyskanie obiektu najwyższej jakości – w tym uzyskanie certyfikatu kat. III.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący uważał, że złożenie odwołania jest konieczne, w konsekwencji wnosząc o jego uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1676/23

Dnia 12 czerwca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, w prowadzonym postępowaniu złożył Wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej jako „Odwołujący 1”.

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w tym w szczególności projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Odwołujący 1 zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

PROWADZENIE PRAC NA CZYNNYM OBIEKCIE

1.naruszenie art. 16 pkt. 1) – 3) ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp

w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 58 kc i art. 3531 kc poprzez wskazanie we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SWZ, w § 12 ust. 22 że: *Roboty wykonywane będą na czynnym obiekcie i Wykonawca zobowiązany jest prowadzić prace w sposób umożliwiający wykonywanie statutowych zadań użytkownika obiektu przez cały okres prowadzenia robót. Wobec powyższego teren budowy, na którym będą prowadzone roboty budowlane powinien być zabezpieczony w sposób umożliwiający prawidłowe i bezpieczne użytkowanie obiektu*, podczas gdy z zakresu prac opisanego

w PFU wynika, że aktualnie funkcjonujący obiekt ma podlegać rozbiórce, a przedmiotem zamówienia jest budowa nowego obiektu, spełniającego wymagania PFU. Wobec powyższego w trakcie prowadzenia robót o zakresie opisanym w PFU nie będzie możliwości wykonywania statutowych zadań użytkownika obiektu. Opis przedmiotu zamówienia dokonany jest zatem w sposób wzajemnie się wykluczający, spreczny i niejasny. Dodatkowo, stawiając we wzorze umowy przedmiotowe wymaganie umożliwienia użytkowania obiektu Zamawiający stawia wykonawcom zadanie niemożliwe do wykonania (niemożliwość świadczenia);

WYMAGANIA DLA UMÓW Z PODWYKONAWCAMI

2.naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp, art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 ustawy Pzp, art. 464 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp, art. 465 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 6471 § 1 i 3 kc, w zakresie w jakim w sposób nadmierny nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje on w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą wskazując

w § 13 ust. 6 pkt. 7) lit. c) wzoru umowy, że: *umowa podwykonawcza nie może zawierać postanowień dotyczących dokonywania przez Wykonawcę zatrzymań (zmniejszeń) wynagrodzenia*, co może prowadzić do takiej interpretacji, która uniemożliwiałaby wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pieniężnej. Odwołujący 1 podkreślił, że stawiając taki wymóg dla treści umów podwykonawczych Zamawiający

w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą, do dodatkowo pozostaje

w sprzeczności z przyjętą praktyką rynkową dotyczącą stosowania w umowach

z podwykonawcami zabezpieczenia w formie kaucji pieniężnej. Wprowadzone ograniczenie może uniemożliwić otrzymanie jakiegokolwiek zabezpieczenia od niektórych podwykonawców;

ODSTĄPIENIE – DOWOLNY WARUNEK I BRAK WEZWANIA

3.naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 354 § 2 kc poprzez sformułowanie w § 4 ust. 5 wzoru umowy

(i powiązanych z nim ust. 4 i 6 tego paragrafu) uprawnienia do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w następującej sytuacji: *Trzykrotne odnotowanie przez Zamawiającego faktu wykonywania przez Wykonawcę danej części umowy niezgodnie z harmonogramem uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy*; podczas gdy tak sformułowane uprawnienie do odstąpienia nie wskazuje, że do odstąpienia może dojść wyłącznie

w przypadku wystąpienia istotnych niezgodności z harmonogramem, skutkujących,

np. brakiem możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia w terminie. Dodatkowo postanowienie w żaden sposób nie wskazuje, że Zamawiający wezwie uprzednio wykonawcę do naprawy naruszeń przed zastosowaniem sankcji w postaci odstąpienia od umowy, a stanowi wyłącznie o „odnotowaniu” tego faktu przez Zamawiającego, co może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy. Narusza

to obowiązki lojalności kontraktowej ze strony Zamawiającego i obowiązek współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji postanowienia wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego.

ODBIÓR DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ TYLKO BEZ WAD I BRAKÓW

4.naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp

w zw. z art. 643 kc poprzez zawarcie w treści wzoru umowy postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru dokumentacji projektowej w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub braków, co wyraża się w sformułowaniu § 15 ust. 4 pkt. 6) – 8) wzoru umowy w następujący sposób:

6) *Zamawiający dokona odbioru opracowania projektowego w terminie 10 dni roboczych, licząc od dnia jego przekazania, a w przypadku stwierdzenia wad lub braków*

w opracowaniu projektowym odmówi odbioru i wezwie Wykonawcę do usunięcia wad lub braków, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego,

7) *z przeprowadzonych czynności odbioru spisany zostanie protokół odbioru częściowego,*

8) *w razie nieusunięcia wad lub braków opracowania projektowego w terminie, o którym mowa w pkt 6, pomimo uprzedniego wezwania, Zamawiający może od umowy odstąpić; odstąpienie powinno być dokonane na piśmie, w terminie 60 dni od upływu terminu do usunięcia wad; podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego w przypadku umowy o dzieło (wykonanie prac projektowych) do odmowy odbioru powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś*

w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy (dokumentacji projektowej) z wadami nieistotnymi Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym

zakresie.

Odwołujący 1 wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany załącznika nr 1 do SWZ – Projekt umowy poprzez:

1.w zakresie zarzutu dotyczącego sprzecznego opisu przedmiotu zamówienia

i wymagania od wykonawców spełnienia świadczenia niemożliwego - dostosowanie wzoru umowy do przepisów prawa i pozostałych wymagań przedmiotowego przetargu i wykreślenie kwestionowanego postanowienia, tj. § 12 ust. 22 wzoru umowy w całości;

2.w zakresie zarzutu dotyczącego ingerencji w treść umów wykonawcy

z podwykonawcami/dalszymi podwykonawcami - dostosowanie wzoru umowy do przepisów prawa i wykreślenie kwestionowanego postanowienia, tj. § 13 ust. 6 pkt. 7) lit. c) wzoru umowy w całości;

3.w zakresie zarzutu dotyczącego błędnego sformułowania podstawy do odstąpienia

w przypadku odnotowania przez Zamawiającego naruszeń harmonogramu, bez wskazania że chodzi o istotne naruszenia i bez konieczności wezwania przez Zamawiającego do naprawy naruszeń - dostosowanie wzoru umowy do przepisów prawa i wykreślenie kwestionowanego postanowienia, tj. § 4 ust. 5 wzoru umowy i związanego z nim § 4 ust.

6 wzoru umowy,

ewentualnie

- dokonanie modyfikacji postanowień § 4 ust. 4, 5 i 6 wzoru umowy w taki sposób,

by zapewnione zostało, że odstąpienie będzie możliwe wyłącznie w przypadku wystąpienia istotnych naruszeń harmonogramu oraz poprzedzone będzie wezwaniem Wykonawcy do naprawy naruszeń, na przykład w następujący sposób:

4.W razie wykonywania przez Wykonawcę danej części umowy niezgodnie

z harmonogramem Zamawiający odnotuje ten fakt w protokole narady koordynacyjnej lub

w innej formie pisemnej i poinformuje o tym Wykonawcę, wzywając go do naprawienia naruszeń w odpowiednim, nie krótszym niż 7 dni terminie.

5.Trzykrotne odnotowanie przez Zamawiającego faktu wykonywania przez Wykonawcę danej części umowy w istotny sposób niezgodnie z harmonogramem uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, pod warunkiem że Zamawiający uprzednio wezwał Wykonawcę do naprawy naruszeń w odpowiednim, nie krótszym niż 7 dni terminie, a Wykonawca pomimo upływu terminu nie naprawił naruszeń.

6.Odstąpienie, o którym mowa w ust. 5, powinno być dokonane na piśmie, w terminie do 30 dni od dnia bezskutecznego upływu terminu wskazanego w trzecim wezwaniu do naprawy naruszeń.

4.w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia uprawnienia Zamawiającego do odbioru dokumentacji projektowej wyłącznie bez wad i braków - dostosowanie wzoru umowy do przepisów prawa przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne dokumentacji projektowej (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru), a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem dokumentacji przysługiwać będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z dzieła). Zmiana taka mogłaby polegać na wprowadzeniu do istniejących postanowień Projektu umowy na przykład następujących zmian:

6)Zamawiający dokona odbioru opracowania projektowego w terminie 10 dni roboczych, licząc od dnia jego przekazania, a w przypadku stwierdzenia wad lub braków

w opracowaniu projektowym Zamawiającemu przysługiwać będą następujące uprawnienia:

a)w przypadku wad lub braków o charakterze nieistotnym Zamawiający dokona odbioru opracowania projektowego i w protokole odbioru częściowego Strony określą odpowiedni termin na usunięcie wad lub braków, nie krótszy jednak niż 14 dni;

b)w przypadku wad lub braków o charakterze istotnym (tj. uniemożliwiającym korzystanie z opracowania projektowego w sposób zgodny z przeznaczeniem) Zamawiający ma prawo odmówić odbioru i wezwać Wykonawcę do usunięcia istotnych wad lub braków,

w odpowiednim terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni

7)z przeprowadzonych czynności odbioru spisany zostanie protokół odbioru częściowego,

8)w razie nieusunięcia wad lub braków opracowania projektowego o charakterze istotnym (tj. uniemożliwiającym korzystanie z opracowania projektowego w sposób zgodny

z przeznaczeniem) w terminie, o którym mowa w pkt 6, pomimo uprzedniego dodatkowego wezwania, Zamawiający może od umowy odstąpić; odstąpienie powinno być dokonane na piśmie, w terminie 60 dni od upływu terminu do usunięcia wad.

Odwołujący 1 wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący¹ jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte w projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Między dokumentami przekazanymi występują sprzeczności, które powodują że opis przedmiotu zamówienia sformułowany jest w sposób niezgodny z wymaganiami ustawy Pzp i które mogą uniemożliwić potencjalnemu wykonawcy zrealizowanie zamówienia. Ponadto Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, a mogące w przyszłości znacząco utrudnić pozyskanie zabezpieczeń od podwykonawców. Zamawiający wprowadził również do wzoru umowy postanowienia, pozwalające mu na odmowę odbioru opracowania projektowego w sytuacji występowania jakichkolwiek wad,

co stoi w sprzeczności z przepisami prawa cywilnego i linią orzecniczą, która wskazuje że takie uprawnienie może występować wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych dzieła. Skoro treść SWZ i załączonego do niego Projektu umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący 1 ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień wzoru umowy i PFU.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 02 czerwca 2023 r., zatem odwołanie wniesiono w ustawowo wymaganym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący 1 uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący 1 podkreślił, że konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15).

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie (tak wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

PROWADZENIE PRAC NA CZYNNYM OBIEKCIE

Odwolujący 1 zauważył, że pomiędzy dokumentami przekazanymi przez Zamawiającego występuje istotna sprzeczność, która uniemożliwia realizację robót w sposób spełniający wymagania Zamawiającego.

W warunkach umowy w § 12 ust. 22 wśród zobowiązań wykonawcy znalazło się następujące wymaganie: „*Roboty wykonywane będą na czynnym obiekcie i Wykonawca zobowiązany jest prowadzić prace w sposób umożliwiający wykonywanie statutowych zadań użytkownika obiektu przez cały okres prowadzenia robót. Wobec powyższego teren budowy, na którym będą prowadzone roboty budowlane powinien być zabezpieczony w sposób umożliwiający prawidłowe i bezpieczne użytkowanie obiektu.*”

Powyższe wymaganie nie jest powtórzone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), natomiast stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, postawionymi przed wykonawcami w tym dokumencie.

Już sam tytuł zamówienia wskazuje, że zakres zadania polega na budowie Podkarpackiego Centrum Lekkoatletycznego. Przedmiotem zamówienia nie jest remont, przebudowa czy modernizacja, która być może mogłaby pozwalać na jednoczesne wykonywanie niektórych zadań statutowych przez użytkownika obiektu. W pkt. 2.3 PFU określając zakres robót budowlanych w odniesieniu do istniejących obiektów, budowli i uzbrojenia terenu Zamawiający wskazał na rozbiórkę, demontaż i likwidację istniejących urządzeń i obiektów.

Skoro zatem Zamawiający planuje zrealizowanie prac polegających na likwidacji urządzeń sportowych, boisk, rzutni, bieżni, skoczni wraz z przypisaną im infrastrukturą, likwidacji trybun naziemnych, rozbiórkę nawierzchni boisk w tym płyty głównej boiska, etc. to z obiektywnych względów w trakcie prowadzenia prac nie będzie można prowadzić działalności polegającej na np. odbywaniu zawodów sportowych.

Dalej z PFU wynika, że stadion należy zlokalizować w miejscu istniejącego obiektu, zachowując dotychczasowy układ lokalizacyjny. Wszystkie elementy projektowane muszą być zrealizowane z materiałów nowych.

Skoro zatem wykonawca ma wykonać szerokie spektrum np. robót ziemnych, to obiekt nie będzie mógł być używany do celów statutowych użytkownika, takich jak prowadzenie treningów czy zawodów. Fizycznie bowiem aktualny obiekt zostanie rozebrany, a nowy nie będzie jeszcze istniał. W trakcie prowadzenia robót o takim zakresie wykonawca nie będzie mógł zapewnić dostępu osób postronnych na teren budowy ani wydzielić części placu budowy do użytkowania. Na wykonawcy spoczywa obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa na placu budowy i przy takim zakresie robót Odwołujący 1 jako podmiot profesjonalnie działający na rynku robót budowlanych nie widzi możliwości sprostania wymaganiom określonym w § 12 ust. 22 wzoru umowy.

Dodatkowo Odwołujący 1 wyjaśnił, że zgodnie z treścią Załącznika do PFU - Errata wykonawca ma wykonać wyburzenia w obrębie istniejących urządzeń sportowych z użyciem ciężkiego sprzętu obejmujących swym zakresem m.in.:

- Demontaż konstrukcji stalowej dachu wraz poszyciem.
- Wyburzenia obiektów kubaturowych trybun.
- Wyburzenia fundamentów trybun oraz obiektów towarzyszących.

Wszystkie wskazane zadania wymagają użycia ciężkiego sprzętu oraz wskazują na konieczność wygrodzenia stref niebezpiecznych. Ponadto wykonawca ma pozyskać pozwolenie na rozbiórkę i budowę nowego obiektu.

Informacja na temat rozbiórki widnieje również w załączniku nr 11 do PFU – inwentaryzacja – w pliku „Zestawienie elementów rozbiórkowych 2.0”, w tym m.in. rozebrać trzeba istniejącą nawierzchnię tartanową, bez której niemożliwe jest prowadzenie zawodów sportowych.

Idąc dalej – Wykonawca ma wykonać roboty ziemne związane z fundamentowaniem, wykonaniem podbudów pod projektowanymi obiektami kubaturowymi oraz nawierzchniami sportowymi. Wszystkim tym pracom będą towarzyszyć głębokie wykopy, które stanowią zagrożenie dla osób postronnych, mogących znaleźć się w obszarze prowadzonych prac. Ponadto wykonawca ma zrealizować prace instalacyjne w obrębie nawierzchni sportowych, np. odwodnienia, podgrzewanie murawy. Wszystkim tym pracom będą towarzyszyć głębokie wykopy z użyciem ciężkiego sprzętu. Dodatkowo równolegle prowadzone mają być prace związane z przebudową infrastruktury podziemnej, w szczególności istniejącej sieci elektroenergetycznej SN.

W PFU – opis konstrukcji oraz instalacji pod murawą – wg PFU wynika, że wykonawca ma wykonać kilka warstw konstrukcji oraz instalacje w miejscu projektowanej murawy, w związku z tym na całym tym terenie będzie wykonany wykop.

Załącznik nr 19 do PFU – nawierzchnie syntetyczne – wg tego załącznika bieżnia wykonana z nawierzchni syntetycznej wymaga określonych w załączniku podbudów w związku z tym prowadzone tam będą prace ziemne uniemożliwiające prowadzenie zawodów.

Biorąc pod uwagę powyższe wymagania PFU niemożliwe jest jednoczesne sprostanie wymaganiom PFU i wymaganiom określonym w § 12 ust. 22 wzoru umowy. Dlatego Odwołujący 1 stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien zrezygnować z tego wymagania określonego wzorem umowy, bo w ten sposób nie tylko umożliwi wykonawcy sprawne zrealizowanie jego zobowiązań wynikających z PFU i przepisów prawa, ale również zapewni bezpieczeństwo ewentualnym uczestnikom zawodów czy widzom, którzy z oczywistych względów nie mogą przebywać na przedmiotowym placu budowy.

Dodatkowo w żadnym miejscu dokumentacji przekazanej w ramach zamówienia, poza przedmiotowym wymaganiem wynikającym z umowy, nie znajduje się postanowienie podobne, wymagające prowadzenia prac na czynnym obiekcie. Dokumentacja nie zawiera również opisu czy wskazania konkretnie jakie zadania użytkownik obiektu chciałby realizować w na obiekcie w trakcie realizacji robót.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego 1 uzasadniony jest wniosek o wykreślenie postanowienia ze wzoru umowy.

PODWYKONAWCY

Odwolujący 1 zarzucił również Zamawiającemu, że formułując postanowienia umowy ingeruje w sposób

nieuzasadniony i nie służący ochronie Zamawiającego w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą, a to poprzez uniemożliwienie dokonywania zatrzymań (zmniejszeń) wynagrodzenia (ograniczenie dla treści umów podwykonawczych wynikające z treści § 13 ust. 6 pkt. 7) lit. c) wzoru umowy).

Pewnego rodzaju standardem rynkowym w umowach podwykonawczych jest korzystanie z pieniężnej formy zabezpieczenia, bowiem kondycja finansowa wielu firm podwykonawczych, zwłaszcza mniejszych, działających na rynkach lokalnych, nie pozwala na złożenie zabezpieczeń w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej. Wykonawca zaś, działając w sposób odpowiedzialny i zapewniający ochronę jego interesów, a także sprawną realizację inwestycji, wymaga złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez podwykonawców. Często zabezpieczeniem w formie pieniężnej jest kaucja – tj. dokonywane są umowne (za zgodą obu stron) potrącenia konkretnej kwoty z wynagrodzenia podwykonawcy. W chwili dokonania takiego potrącenia dana kwota przestaje być już wynagrodzeniem, a staje się kaucją (zabezpieczeniem). Nie jest już zatem objęta solidarną odpowiedzialnością Zamawiającego.

Zamawiający sformułował ograniczenie dla treści umów podwykonawczych w tak ogólny sposób, że możliwa jest jego taka interpretacja, która w trakcie realizacji (gdy dojdzie do etapu zatwierdzeń umów z podwykonawcami) wyłącza możliwość stosowania opisanej umownej kaucji jako pieniężnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej. Dlatego też Odwołujący 1 objął postanowienie swoim odwołaniem, mimo że stoi na stanowisku iż umowna kaucja nie jest wprost „zatrzymaniem (zmniejszeniem) wynagrodzenia”.

Stosując takie wymagania dla treści umów podwykonawczych Zamawiający wkracza w sferę, która nie jest objęta jego solidarną odpowiedzialnością.

Zamawiający zmusza strony umowy podwykonawczej do stosowania innych form zabezpieczenia, tj. gwarancje bankowe czy ubezpieczeniowe, gdyż inny prawny instrument skutecznego zabezpieczenia wierzytelności nie istnieje. Pozyskanie takiego typu zabezpieczeń bywa ekstremalnie trudne dla drobniejszych podwykonawców, w szczególności w aktualnej sytuacji rynkowej. Praktyka pokazuje, iż zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu stanowi ponad 90% wszystkich zabezpieczeń. Koszty ustanowienia gwarancji są zbyt wysokie i niemożliwe do spełnienia przez podwykonawców, dlatego mając na względzie ograniczone możliwości zabezpieczenia roszczeń wykonawcy nie podejmują się wykonania zadań, co powoduje przeestoje i paraliż terminowości prac na inwestycjach.

Odwołujący 1 ma świadomość, że ograniczenie możliwości ustanowienia takiego zabezpieczenia zapewne ma źródło w obawach Zamawiającego przed roszczeniami o solidarną zapłatę z tytułu zatrzymanych kwot, nie mniej jednak ta kwestia była już przedmiotem orzecznictwa i rozważań doktryny i – nawet w przypadku istnienia obaw Zamawiającego – mogłaby zostać wyjaśniona poprzez odpowiednie sformułowanie postanowień umowy (w szczególności umowy podwykonawczej), a nie przez arbitralne stosowanie postanowień, które mogą prowadzić do wykluczenia pieniężnej formy zabezpieczenia.

Zgodnie z prawem inwestor ponosi solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Wiele zależy od tego w jaki sposób zakwalifikowane zostaną środki zatrzymane przez wykonawcę – czy jako kaucja czy też jako zatrzymanie kwoty wynagrodzenia. Za kaucję gwarancyjną inwestor bowiem nie odpowiada. Zatrzymanie części wynagrodzenia na poczet kaucji gwarancyjnej doprowadza do częściowego wygaśnięcia wierzytelności podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. W to miejsce pojawia się zaś jego roszczenie o zwrot kaucji na warunkach określonych w umowie, czyli w razie jej niewykorzystania i upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione. W zakresie ustanowionej kaucji wygasa wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a w jej miejsce pojawiła się wierzytelność o zwrot kaucji w razie zajścia warunków określonych umową (tak Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2017 r. Sygn. akt V CSK 428/16).

Sąd Najwyższy w ww. wyroku sygn. akt V CSK 428/16 wskazał, że: „Co do zasady, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada on solidarnie z wykonawcą zlecającym roboty budowlane wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Skoro jednak roszczenie o zapłatę dochodzonej w pozwie kwoty, na skutek częściowego odnowienia zobowiązania stron, w zakresie wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji gwarancyjnej, utraciło charakter roszczenia o wynagrodzenie, brak podstaw do zasądzenia tej kwoty od pozwanego”.

Kluczowa więc będzie wykładnia postanowień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W orzecznictwie jako dominujący uznaje się pogląd, zgodnie z którym za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest więc tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2018 roku (sygn. akt I CSK 349/17; „Posłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna”, „kaucja na zabezpieczenie”, „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy” itp. nie przesądza,

że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia. W razie powstania po stronie zamawiającego wierzytelności związanej z nienależytym wykonaniem umowy, wierzytelność ta może podlegać kompensacie z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Ocena, jakiego rodzaju zabezpieczenie strony uzgodniły posługując się pojęciem „kaucja”, powinna być dokonywana in casu i wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej całokształt postanowień umownych.”

Dopuszczenie umownego tworzenia kaucji, tj. zabezpieczenia pieniężnego nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego, ale i umożliwi wykonawcy skuteczne podzelenie części robót podwykonawcy. Wstawiając zaskarżone ograniczenie dla treści umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą.

Stąd Odwołujący 1 wnosil o dokonanie zmiany i wykreślenie ograniczenia z warunków umowy o zamówienie publiczne.

ODSTAPIENIE – DOWOLNE WARUNKI I BRAK WEZWANIA

Zamawiający przewidział dla siebie w § 4 ust. 5 wzoru umowy uprawnienie do odstąpienia od umowy w sytuacji, w której Zamawiający odnotuje trzykrotny fakt wykonywania przez Wykonawcę danej części umowy niezgodnie z harmonogramem.

Odwołujący 1 zarzucał temu postanowieniu:

-brak sprecyzowania, że odstąpienie może mieć miejsce w przypadku naruszeń harmonogramu o charakterze istotnym, np. takich które skutkować będą brakiem możliwości wykonania przedmiotu umowy w terminie, oraz

-brak wymagania, by przed odstąpieniem Zamawiający wezwał wykonawcę do naprawy naruszeń.

W treści § 4 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający co prawda określa co rozumie przez „odnotowanie” – tj. że w razie wykonywania przez Wykonawcę danej części umowy niezgodnie z harmonogramem Zamawiający odnotuje ten fakt w protokole narady koordynacyjnej lub w innej formie pisemnej i poinformuje o tym Wykonawcę; nie jest to jednak w żaden sposób jednoznaczne z wezwaniem do naprawy naruszeń, któremu powinno towarzyszyć wyznaczenie odpowiedniego terminu, w którym dane naruszenie zostanie usunięte.

W ocenie Odwołującego stosowanie ogólnych postanowień dających możliwość dowolnego odstąpienia od umowy przez jedną ze Stron narusza obowiązek lojalności kontraktowej i obowiązek współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji takie postanowienia wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Tak doniosła w swych skutkach czynność jak odstąpienie od umowy powinna być zastrzeżona dla wyjątkowych sytuacji, tj. tylko takich w których dochodzi do naruszeń obowiązków o istotnym charakterze. Tymczasem to postanowienie wzoru umowy nie odnosi się do istotnych odstępstw od harmonogramu, a do odstępstw każdego rodzaju, nawet takich które nie mają przełożenia na osiągnięcie przez Stronę umowy celu, jakim jest terminowa realizacja całej inwestycji. Zauważyć należy, że w trakcie realizacji robót budowlanych może dochodzić do odstępstw od harmonogramu, które są związane np. z warunkami atmosferycznymi, problemami z dostępnością materiałów, ograniczeniami w dostawach, etc. Niewielkie odstępstwa powinny być dopuszczalne, a w każdym razie nie powinny otwierać Inwestorowi drogi do odstąpienia od umowy. Zastosowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu postanowienie § 4 ust. 5 wzoru umowy stwarza pole do różnych interpretacji, tj. również do takiej, która pozwoli na odstąpienie w przypadku niewielkich, nieistotnych odstępstw od harmonogramu. Z tego względu przedmiotowa możliwość do odstąpienia od umowy jest nadmiarowa i niewspółmierna.

Zgodnie z art. 431 ustawy Pzp zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Regulacja ta koresponduje z obowiązkiem wierzyciela do współdziałania

w wykonaniu zobowiązania wynikającym z art. 354 § 2 kc.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od Umowy bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy nie jest działaniem „w celu należytej realizacji umowy”. Zamawiający działając w celu należytej realizacji umowy zamiast odstępować od umowy w pierwszej kolejności powinien wskazać wykonawcy na uchybienia, które zaistniały w toku realizacji umowy i wezwać wykonawcę do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości, określając termin ich naprawy. Dopiero w przypadku, gdy uchybienia te nie zostaną usunięte w odpowiednim terminie, Zamawiający powinien uzyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z takim rozumieniem pojęcia działania „w celu należytej realizacji umowy” przemawia treść art. 491 kc, który zakłada, że wierzyciel zanim skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy powinien wezwać dłużnika do usunięcia nieprawidłowości, gdyż nadrzędnym celem stron umowy powinno być zrealizowanie umowy, a nie szukanie pretekstu do jej rozwiązania poprzez odstąpienie.

Odwołujący 1 wnosił o usunięcie postanowienia, jako niejasnego i stwarzającego możliwość do różnej interpretacji, bądź ewentualnie przez korektę jego treści w kierunku, który zaproponował Odwołujący 1 we wnioskach odwołania.

ODBIÓR DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ TYLKO BEZ WAD I BRAKÓW

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zarówno wykonanie prac projektowych, jak również wykonanie robót budowlanych na podstawie uprzednio wykonanego projektu. Zastrzeżenie to jest o tyle konieczne, że Zamawiający dokonując określenia warunków odbioru przedmiotu umowy oddzielnie opisał odbiór dokumentacji projektowej i oddzielnie odbiór robót budowlanych. W przypadku procedury odbiorowej robót budowlanych Zamawiający zgodnie z wymaganiami kodeksu cywilnego i zgodnie z orzecznictwem dokonał rozgraniczenia wad na wady o charakterze istotnym i nieistotnym, wskazując że dokona odbioru robót budowlanych, jeśli wystąpią wady o charakterze istotnym.

Niestety w przypadku odbioru dokumentacji projektowej Zamawiający nie dokonał już takiego podziału wad, ze względu na ich charakter i zastrzegł na swoją korzyść arbitralne prawo do odmowy odbioru, jeśli wystąpią wady lub braki dokumentacji projektowej, niezależnie od ich charakteru. Tymczasem wymagania treści art. 643 kc dla odbioru dzieła są analogiczne do wymagań art. 647 kc dotyczących odbioru robót budowlanych. Art. 643 kc ustanawia dla zamawiającego obowiązek odbioru dzieła, które przyjmując zamówienie (wykonawca) wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.

Orzecznictwo i doktryna potwierdzają, że Zamawiający nie ma obowiązku odebrania dzieła w razie wydania mu dzieła z wadami istotnymi, które uniemożliwiają korzystanie z niego zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiają się wyrażeniu umowie [tak wyrok z dnia 25 października 2021 r. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, sygn. I AGa 14/20 (LEX nr 3273035)]. Kompleksowo kwestię odbioru dzieła i uprawnień zamawiającego wyjaśnia Sąd Apelacyjny w Gdańsku w orzeczeniu z dnia 10 czerwca 2019 r. V AGa 239/18 (LEX nr 2712635), którego tezy brzmią:

„1. Czynność odbioru składa się z elementu faktycznego, polegającego na objęciu przez zamawiającego w posiadanie dzieła o charakterze materialnym lub ucieleśnionego materialnie względnie umożliwieniu mu korzystania z innych rodzajów dzieła, oraz elementu wolicjonalnego, obejmującego oświadczenie zamawiającego (składane w sposób wyraźny lub dorozumiany), że dzieło zostało wykonane zgodnie z umową.

2. Obowiązek odbioru odnosi się do dzieła wykonanego przez przyjmującego zamówienie zgodnie z swoim zobowiązaniem i zaofiarowanego zamawiającemu. Zgodność tę należy oceniać, biorąc po uwagę treść zawartej przez strony umowy, elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 354 § 1). Oddawane dzieło powinno być zgodne z treścią stosunku obligacyjnego pod względem ilościowym i jakościowym, posiadać cechy

i właściwości funkcjonalne uzgodnione przez strony, a także zostać zaofiarowane we właściwym miejscu i czasie. Odbiór powinien nastąpić niezwłocznie po oddaniu (zaofiarowaniu) dzieła przez przyjmującego zamówienie, chyba że dłuższy termin wynika

z umowy lub jest uzasadniony charakterem podlegającego odbiorowi dzieła.

3. Oddanie przez przyjmującego zamówienie dzieła z wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub

sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru dzieła, a tym samym wynagrodzenie nie staje się wymagalne. W sytuacjach, w których dzieło wykazuje jedynie wadę nieistotną, jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, natomiast zamawiający powinien wówczas skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi.

4. Odbiór dzieła stanowi pokwitowanie, a zarazem potwierdza spełnienie przez przyjmującego zamówienie świadczenia (wykonanie dzieła) zgodnie z treścią zobowiązania. Wskazuje się zarazem, iż odbiór stwarza domniemanie faktyczne, że dzieło zostało wykonane zgodnie z umową. Domniemanie to zamawiający może obalić, wykazując, że dzieło nie zostało wykonane w pełni lub zostało wykonane nienależycie. W chwili dokonywania odbioru zamawiający może poczynić odpowiednie zastrzeżenia dotyczące stwierdzonych wad, wskazać terminy ich usunięcia lub skorzystać z uprawnień do obniżenia wynagrodzenia”.

W podobnym tonie do uprawnień zamawiającego w przypadku występowania wad nieistotnych dzieła wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 29 czerwca 2017 r. o sygn.. I ACa 174/17 (LEX nr 2402408). Powyższe stanowisko, wynikające z wyroków podziela Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, nakazując zamawiającym zmianę postanowień umów, które naruszają obowiązek dokonania odbioru dzieła w przypadku wystąpienia nieistotnych wad – tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 listopada 2021 r., sygn.. KIO 3098/21 (LEX nr 3348110).

Dlatego też Odwołujący 1 ponownie podkreślił, że występowanie niewielkich wad jest normalne w procesie projektowania czy wykonywania robót budowlanych w tak szerokim zakresie, jak jest to przedmiotem postępowania. Przepisy prawa cywilnego dają Zamawiającemu odpowiednie instrumenty do żądania usunięcia wad czy np. odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia w przypadku ich wystąpienia. Sam Zamawiający przewidział w swoim projekcie umowy karę umowną za zwłokę w usunięciu wad – zatem dostrzega inne instrumenty do egzekwowania usunięcia wad poza wyłącznie odmową odbioru. Z tych względów postanowienia umowne, które przewidują jedynie „bezusterkowy” odbiór dokumentacji, powinny zostać skorygowane i dostosowane do wymagań prawa, na przykład w sposób zaproponowany przez Odwołującego 1 we wnioskach odwołania.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący 1 wnosil i wywodził jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania,

o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi

w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego KIO 1676/23 po stronie Odwołującego 1 zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył w poszczególnych sprawach odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości.

Odwołujący w sprawie KIO 1653/23 na rozprawie pottrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu.

Odwołujący 1 w sprawie KIO 1676/23 na posiedzeniu wycofał zarzuty 1 – 3 odwołania, wobec czego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Odwołujący 1 podtrzymał zarzut nr 4 odwołania.

W ocenie Izby oba odwołania w podtrzymywanym zakresie w całości zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 1653/23

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 99 ust. 2 ustawy Pzp: *Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.*

Z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W ocenie Izby Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w zakresie wymagań nawierzchni sportowej naruszył przywołane przepisy ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, bowiem celem postępowania odwoławczego jest weryfikacja postanowień SWZ w świetle Pzp oraz w świetle przepisów kodeksu cywilnego.

Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy

w sprawie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej

w art. 353¹ k.c. Strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Izba nie przeczy, że uprawnieniem Zamawiającego jest określenie swoich wymagań funkcjonalnych wobec przedmiotu zamówienia publicznego, jego istotnych cech i rozwiązań, by zakładany cel inwestycyjny został osiągnięty. Jednakże Zamawiający nie może zapominać, że jego swobodę w wyborze rozwiązań ogranicza zasada uczciwej konkurencji określona w ustawie Pzp. Niewątpliwie zasada ta nie oznacza w reżimie zamówień publicznych, że Zamawiający jest zobowiązany dopuścić wszystkich wykonawców na danym rynku, ale z drugiej strony nie jest dopuszczalne takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia oferty tylko do określonej grupy wykonawców,

oferującej jeden rodzaj nawierzchni, jeżeli ograniczenie to nie zostało uzasadnione obiektywnymi i racjonalnymi potrzebami zamawiającego.

Zamawiający, choć nie użył w dokumentacji postępowania nazwy własnej, znaku towarowego czy patentu, to ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie zaprzeczał, że jego życzeniem jest, by na obiekcie wykorzystana była nawierzchnia kauczukowa typu Mondo. Z opisu zamówienia wynika niezbicie, że Zamawiający nie dopuścił żadnych innych rozwiązań.

Ocenić więc należało, czy Zamawiający wykazał, że istnieją usprawiedliwione, obiektywne okoliczności, które na taką konstrukcję opisu przedmiotu zamówienia pozwalają. W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby Zamawiający konstruując opis przedmiotu zamówienia takich obiektywnych potrzeb nie wykazał i nie udowodnił.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie ma jednolitego charakteru i wyraża intencję Zamawiającego, by grubość nawierzchni mieściła się

w przedziale między 13 a 14 mm. W dokumentacji postępowania znajdują się różne zapisy, w jednym miejscu Zamawiający posługuje się przedziałem liczbowym, w innym ogranicza parametr do wielkości 14 mm. Zapisy nie mają więc spójnego charakteru. Jednocześnie Zamawiający, choć wyraził intencję posługiwania się w przypadku grubości nawierzchni przedziałem liczbowym, do momentu zakończenia rozprawy, nie zmodyfikował odpowiednio dokumentacji postępowania i nie ujawnił w sposób wyraźny wszystkim wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty, w jaki sposób ten parametr będzie oceniany.

Skoro z dokumentacji postępowania można wywieść wnioszek, że zapisy w różnych jej miejscach nie są identyczne, należało doprowadzić do sytuacji, w której dokumentacja uzyska jednolitą treść. Z tego powodu Izba nakazała Zamawiającemu ujednolicenie zapisów opisu przedmiotu zamówienia w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wskazanie, że grubość nawierzchni musi mieścić się w przedziale 13-14 mm.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający pominął całkowicie w odpowiedzi na odwołanie odniesienie się do drugiej części zarzutu, w której zakwestionowano konieczność posiadania przez nawierzchnię warstwy wierzchniej ściernistej o grubości 6 mm. Jak wynika z dowodów przedstawionych przez Odwołującego, Polski Związek Lekkiej Atletyki (dalej jako „PZLA”) określając wymagania co do nawierzchni sportowych powołuje się na parametry opisane przez World Athletics (WA) - PZLA nie stawia żadnych innych wymagań co do parametrów nawierzchni. Wynika to z uchwały PZLA, do której treści odwołuje się także Zamawiający, a także z podręcznika „Track and Field Facilities Manual” wydanego przez organizację WA, do którego nawiązuje uchwała PZLA. Także dokumenty, na których bazowało Ministerstwo Sportu, przygotowując wymagania dla projektów starających się o dofinansowanie nawiązują do wymogów WA. Zatem twierdzenia Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu nawiązuje do wymogów PZLA nie polegają na prawdzie. Z drugiej strony Zamawiający nie zaprzeczył teżom odwołania, że to właśnie ustalenie poziomu danego parametru powoduje, że możliwe jest zaoferowanie tylko jednego typu nawierzchni – Mondo. Ustalając ten parametr Zamawiający nie tylko ogranicza możliwość zaoferowania jednego typu nawierzchni ale jeszcze ogranicza w tym typie możliwość do zaoferowania tylko nawierzchni Mondo. Już tylko to działanie należy uznać za naganne.

Dodatkowo dostrzec należy, iż dokumenty wydane przez PZLA i Ministerstwo Sportu mają charakter rekomendacji. Nie określają i nie tworzą obowiązkowych zapisów, które zamawiający są zobowiązani wprowadzić do dokumentów przetargowych. Zwłaszcza zaś Ministerstwo Sportu klarownie podaje, że obowiązkiem zamawiających jest zachowanie zasad wyznaczonych przez przepisy prawa, przez co należy rozumieć także ustawę Pzp, a w jej ramach zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może więc z treści tych dokumentów wywodzić, że tylko zastosowanie nawierzchni kauczukowej pozwoli mu na uzyskanie certyfikatu w klasie III lub wyższej, bowiem z treści przywołanych dokumentów to nie wynika. Co więcej, dokumenty te podlegają ciągłym zmianom i dalszym uzgodnieniom stosowanie do rozwiązań uzyskanych przez zamawiających w wyniku prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Jeszcze klarowniejsza jest sytuacja w przypadku rodzaju nawierzchni.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający ograniczył ten rodzaj do nawierzchni kauczukowej. Natomiast z wszystkich przedstawionych przez Odwołującego dokumentów wynika, że by uzyskać klasę III obiektu (jak zakłada Zamawiający w SWZ) dopuszczalne

i możliwe jest stosowanie także nawierzchni poliuretanowej typu full pur. W każdym dokumencie, na który powołują się Zamawiający i Odwołujący dopuszczono oba rodzaje nawierzchni jako rozwiązania jednakowo dobre.

Jak twierdzi Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, *„Intencją Zamawiającego nie jest wskazanie na konkretnego producenta lecz wyposażenie obiektu w taką właśnie nawierzchnię, o takich parametrach, właściwościach i walorach użytkowych, posiadającej certyfikat World Athletics i rekomendację World Athletics i Polskiego Związku Lekkiej Atletyki.”*

Tymczasem żaden z wymienionych podmiotów nie specyfikuje w tak dokładny

i zawiązujący sposób parametrów dla rodzaju nawierzchni sportowych. W każdym natomiast wymieniane są co najmniej dwa rozwiązania jako spełniające wymagania organizacji międzynarodowych i PZLA.

Wszystkie cele, o których wspomina Zamawiający, a więc możliwość prowadzenia zawodów sportowych rangi międzynarodowej, pełnienie roli obiektu treningowego dla sportowców uprawiających sport wyczynowo, zdobywanie przez sportowców kwalifikacji olimpijskich, bicie rekordów świata, czy zdobywanie medali ani PZLA, ani WA nie wiąże z koniecznością zastosowania na obiekcie jednego rodzaju nawierzchni sportowej, wskazując konkretnie na nawierzchnię kauczukową. Dodatkowo Odwołujący wykazał, przedstawiając wyciąg z rejestru stadionów w Polsce, że na istniejących obiektach posiadających wyższą kategorię zastosowano nawierzchnię typu full pur.

Z innego zestawienia przedstawionego przez Odwołującego wynika, że także na obiektach funkcjonujących na całym świecie posiadających certyfikat Class 1 (zestawienie World Athletics dostępne na oficjalnej stronie WA) istnieje duża grupa obiektów, gdzie zastosowano nawierzchnię innego typu niż kauczukowa, a nie przeszkodziło to w uzyskaniu certyfikatu

i możliwości organizowania imprez sportowych rangi międzynarodowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na przewagę nawierzchni kauczukowej nad innymi w praktycznie każdym z jej parametrów (odpowiednia sprężystość, zapewniająca optymalne warunki użytkowania, optymalna elastyczność odbicia - łagodzi wstrząsy, co powoduje znacznie mniejszą męczliwość mięśni i minimalizuje ryzyko mikrourazów; bardzo niska odształcalność, odporność na uszkodzenia mechaniczne - klucia i zadarcia). Na okoliczności te nie przedstawił jednak żadnych dowodów. Postępowanie dowodowe po stronie Zamawiającego ograniczyło się do złożenia opinii Sekcji Sportowej Resovia, w której rekomendowano pokrycie bieżni i rozbiegów stadionu nawierzchnią kauczukową MONDO. Prezes Sekcji podkreślał, że ubiegając się o możliwość organizowania zawodów najwyższej klasy, nawierzchnią preferowaną przez Federację Europejską jest nawierzchnia MONDO. Ponadto

nawierzchnia ta jest trwalsza, twardsza

i szybsza, co pozwala uzyskiwać zawodnikom lepsze rezultaty. W piśmie nawiązano również do sposobu wymiany i naprawy tego typu nawierzchni, co może być zdaniem Prezesa istotne przy rozgrywkach meczów piłkarskich. Dostrzeżenia wymaga, iż jest to stanowisko podmiotu niejako związanego z Zamawiającym, nic dziwnego zatem, że popiera On decyzję Zamawiającego. Z opinii nie wynika natomiast, że zastosowanie wybranego rodzaju nawierzchni zagwarantuje lepsze wyniki sportowców, mniejszą urazowość. Opinia oparta jest na twierdzeniach Prezesa, pełniącego także rolę trenera ale nie przedstawiono z nią jakichkolwiek materiałów źródłowych czy badań, które popierałyby wyrażone stanowisko. Opinię należy traktować jako subiektywne stanowisko osoby pełniącej także funkcję działacza sportowego i nastawionej pozytywnie do użytkowania tylko jednego rodzaju nawierzchni. W przeciwwadze Odwołujący złożył w poczet materiału dowodowego szereg dokumentów (w tym wyniki badań instytutów sportowych) obrazujących zachowanie nawierzchni kauczukowej po określonym okresie użytkowania. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tych dokumentów.

Reasumując, w ocenie Izby argumentacja Zamawiającego ogranicza się do ogólnych twierdzeń i wyciągania wniosków z dokumentów pochodzących od PZLA, WA, czy Ministerstwa Sportu, które w żaden sposób z nich nie wynikają, a z pewnością nie usprawiedliwiają i nie umożliwiają opisu zamówienia, który ogranicza możliwość zastosowania tylko jednego rodzaju nawierzchni.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy

w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1676/23

Nie było sporne między stronami, że w ramach prowadzenia postępowania w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, wykonanie dokumentacji projektowej jest jednym z etapów takiego zamówienia. By możliwe było rozpoczęcie etapu wykonywania robót budowlanych, konieczne jest stworzenie dokumentacji projektowej, przy czym w stosowanym trybie zarówno dokumentację, jak i roboty budowlane wykonuje jeden wykonawca.

Nie było sporne również to, że taka umowa ma charakter mieszany, to jest w części stosuje się regulacje dotyczące umowy o dzieło, a w części regulacje odnoszące się do umowy o roboty budowlane.

Izba podziela stanowisko Odwołującego 1, że w takim przypadku, część umowy odnosząca się do wykonania dokumentacji projektowej korzysta z rozwiązań określonych przez przepisy kodeksu cywilnego w zakresie wykonania dzieła. Dostrzeżenia wymaga,

iż Zamawiający we wzorze umowy przewidział odbiory częściowe, wyodrębniając właśnie dwa etapy, gdzie jednym z nich jest odbiór dokumentacji projektowej.

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, wyrażonego

w odpowiedzi na odwołanie, że „w przypadku formuły *zaprojektuj – zbuduj*, dokonanie odbioru dokumentacji projektowej z wadami, może mieć przełożenie na jakość robót budowlanych, wykonanych w oparciu o wadliwą dokumentację”.

Podkreślić należy,

iż obowiązek sprawdzenia części prac stanowiących o wykonaniu fragmentu umowy spoczywa również na Zamawiającym. Nie może on w całości przerzucić odpowiedzialności na wykonawcę. Skoro Zamawiający zdecydował się na odbiory częściowe, to do jego obowiązków należy także sprawdzenie, czy odbierana dokumentacja projektowa, na podstawie której prowadzone mają być roboty budowlane jest wykonana w sposób należyty, przez co należy rozumieć, czy spełnia wszystkie wymogi i przyszłe oczekiwania Zamawiającego względem mającego powstać obiektu sportowego. Zarówno więc uprawnieniem, jak i obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru dokumentacji także pod względem merytorycznym.

W tym miejscu Izba zauważa, iż Zamawiający całkowicie pomija w swojej argumentacji regulację i wykładnię art. 643 kodeksu cywilnego, że której wynika,

że zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Jak wynika z wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu *odebranie dzieła jest potwierdzeniem, że powstał w związku z jego oddaniem obowiązek zapłaty wynagrodzenia za dzieło zgodnie z art. 642 § 1 KC, co nie pozbawia zamawiającego możliwości wykazywania, że doszło do nienależytego wykonania umowy*. Jak wskazywał Sąd w uzasadnieniu wyroku *tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru – istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez wykonawcę wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem. Odbiór nie może być uzależniony od braku wad. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę dokonania odbioru, jednocześnie wykluczając wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia*. Jest to stanowisko wielokrotnie wyrażane w doktrynie i orzecznictwie odnoszącym się do zagadnienia odbioru dzieła

i istnienia wad w dziele. Fundamentalną kwestią podczas interpretacji art. 643 kodeksu cywilnego oraz wynikających z niego konsekwencji jest wskazanie, że obowiązek odbioru dzieła dotyczy jedynie dzieła właściwie wykonanego, zgodnego z umową. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 listopada 1998 roku (sygn. akt II CKN 53/98, *Legalis numer 355807*) „*Obowiązek odebrania dzieła przez zamawiającego dotyczy dzieła należycie wykonanego, a więc spełniającego umówione wymagania*”. Potwierdzenie tej linii orzeczniczej znajduje się m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2014 roku, (sygn. akt IV CSK 610/13, *Legalis numer 1163161*) „*Obowiązek odbioru nie powstaje, gdy wydane dzieło ma wady, a więc jest wykonane niezgodnie z treścią zobowiązania*.”

Jeżeli jednak dzieło odpowiada przyjętemu zobowiązaniu to, jak wskazał Sąd Apelacyjny

w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2008 roku (sygn. akt I ACa 853/07) art. 643 nie daje możliwości odmowy odbioru dzieła. Bezzasadna odmowa odbioru dzieła nie wyłącza natomiast wymagalności roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia.

Niewątpliwie także, zarówno w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że jeśli

w chwili oddawania dzieła jego wady są w istotne w takim rozumieniu, że dyskwalifikują to dzieło pod względem jego przeznaczenia (określonego w), to należy uznać, że umowa nie została w ogóle wykonana (tak postanowienie Sądu Najwyższego

z 17 kwietnia 2015 r., III CZP 8/15). W takiej sytuacji nie zachodzi ani wydanie dzieła, ani odebranie. Zamawiający nie ma

wtedy obowiązku zapłaty wynagrodzenia. Wbrew więc stanowisku Zamawiającego, można określić w jaki sposób należy rozumieć pojęcie „wad istotnych” dokumentacji. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zamawiający może odmówić odebrania dzieła i zapłaty wynagrodzenia, gdy w chwili oddania dzieła ma wady istotne (wyroki SN z 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97; z 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06;

z 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11; z 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12; z 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12). Jak wskazuje się w orzecnictwie Sądu Najwyższego, za zasadnością tego stanowiska przemawia względ na zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy

o dzieło oraz charakter tej umowy jako umowy rezultatu. Istotność wady ma miejsce, gdy nie można uznać, aby dzieło nimi dotknięte było wydane przez przyjmującego zamówienie zgodnie ze swym zobowiązaniem, od czego jest uzależniona wymagalność roszczenia

o zapłatę wynagrodzenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2021 roku, sygn. akt V CSKP 10/21) – „W orzecnictwie Sądu Najwyższego dominuje także pogląd,

że obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia – co do zasady - aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych.

W tym pragmatycznym stanowisku wskazuje się na konieczność rozróżnienia niewykonania zobowiązania od nienależytego wykonania zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Podnosi się, że przyjęcie odmiennego stanowiska naruszałoby równowagę między zamawiającym a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce – zwłaszcza przy skomplikowanych przedmiotach umowy - jest trudne do realizacji. W konsekwencji przyjmuje się, że strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła (por. m.in. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 90, z dnia 26 lutego 1998 r., I CKN 520/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 167, z dnia 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00, niepubl., z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, niepubl., z dnia 14 lutego 2007 r., II CNP 70/06, niepubl., z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, nr 1, poz. 7, z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10, niepubl., z dnia 18 stycznia 2012 r., II CSK 213/11, OSNC-ZD 2013, nr B, poz. 31,

z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12, niepubl., z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, niepubl. i z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12, niepubl.).”

Co do możliwości korzystania przez Zamawiającego z uprawnień z tytułu rękojmi, to możliwe jest takie ułożenie stosunku prawnego, iż z prawa do rękojmi w stosunku do dokumentacji projektowej Zamawiający może korzystać niezależnie od prawa do rękojmi dla robót budowlanych. Żaden z przepisów prawa nie narzuca Zamawiającemu możliwości rozdzielenia w umowie tych uprawnień.

Jeżeli, co Zamawiający wielokrotnie podkreślał, nadrzędnym celem jest wybudowanie obiektu w największym stopniu spełniającego potrzeby Zamawiającego, to winien on współpracować z wybranym Wykonawcą na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia, tak by realizacja przedsięwzięcia nie podlegała zakłóceniom. Na etapie wykonania dokumentacji projektowej oznacza to, w ocenie składu orzekającego Izby, wskazanie Wykonawcy tak istotnym błędów dokumentacji, które ją dyskwalifikują i nie prowadzą do uzyskania zamierzonego celu. Jak celnie zauważył na rozprawie Odwołujący 1, możliwe jest wprowadzenie do wzoru umowy takich zapisów, z których wynikał będzie nakaz usunięcia błędów przed przejściem do następnego etapu prac lub zakaz rozpoczęcia prac budowlanych do momentu usunięcia wad dokumentacji wyszczególnionych przez Zamawiającego.

Reasumując, z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę istotnych postanowień umownych przez dostosowanie wzoru umowy przez wprowadzenie postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji, gdy wystąpią wady nieistotne dokumentacji projektowej (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru), a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem dokumentacji przysługiwać będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z dzieła).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach orzeczenie łączne.

Przewodniczący:

.....