Sygn. akt: KIO 897/15

WYROK
z dnia 18 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 kwietnia 2015 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD" Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia Konsorcjum: Warbud S.A., GTM Bâtiment SAS oraz SICRA ILE DE France

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Kujawsko – Pomorskim Inwestycją Medycznym sp. z o.o. wprowadzenie następujących zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- **uzupełnienie dokumentacji projektowej o dokumenty stanowiące inwentaryzację stanu istniejącego modernizowanych pięter II – V;**
- **uzupełnienie dokumentacji projektowej o dokument stanowiący harmonogram udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu klauzula 1.8 „Przechowywanie i dostarczanie dokumentów" - wprowadzenie postanowień określających termin na zatwierdzenia przez Zamawiającego dokumentacji oraz postanowień precyzujących okoliczności uzasadniające brak zatwierdzenia dokumentacji przez Zamawiającego;**
- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu klauzula 3.3 „Polecenie inżyniera" – wprowadzenie postanowień określających, iż prawo powierzenia wykonania polecenia Inżyniera podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy winno być poprzedzone wezwaniem Wykonawcy do wykonania polecenia Inżyniera, z wyznaczeniem dodatkowego terminu;**
- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.1. „Ogólne zobowiązania wykonawcy" - wprowadzenie postanowień określających termin na zatwierdzenie Dokumentacji Projektowej przez Inżyniera Kontraktu;**
- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.8 „Procedury bezpieczeństwa" – wprowadzenie postanowień określających termin na przedstawienie uwag lub termin na zatwierdzenie przez Inżyniera Kontrakt planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;**
- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.27 „Instalacje istniejące" wprowadzenie postanowień zobowiązujących Zamawiającego do udostępnienia wykonawcom dokumentacji zawierającej informacje na temat umiejscowienia istniejących instalacji;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.3 „Program" – wprowadzenie postanowień odzwierciedlających obowiązek przygotowania Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów przez Zamawiającego, postanowień dopuszczających zmianę Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego w przypadku zmiany Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów po uzgodnieniu z Wykonawcą oraz postanowień regulujących wpływ zmiany Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego na termin realizacji**

Kontraktu, z zastrzeżeniem, że **przesunięcie terminu realizacji Kontraktu z powodu zmian w Harmonogramie udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów nie może rodzić negatywnych konsekwencji po stronie Wykonawcy;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.2 „Czas na ukończenie" w zw. z cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.7 „Kary za opóźnienie" – wprowadzenie postanowień o braku możliwości naliczania kar umownych z tytułu przekroczenia terminów w uzyskaniu przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub innych dokumentów warunkujących użytkowanie każdego oddziału szpitalnego w przypadku, gdy opóźnienie jest spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.9 „Następstwa zawieszenia" wprowadzenie postanowień przewidujących, iż w przypadku zawieszenia robót z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego Wykonawcy będzie przysługiwało prawo** żądania **przedłużenia terminu realizacji Kontraktu bez ponoszenia ryzyka zapłaty kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania robót oraz pokrycia uzasadnionych kosztów związanych z zawieszeniem prac;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 11.1 „Dokończenie zaległych prac i usuwanie wad" – wprowadzenie postanowień określających termin na powiadomienie Wykonawcy przez Inżyniera o stwierdzonej wadzie lub uszkodzeniu;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 14.7 „Zapłata" – wprowadzenie postanowień określających termin na podpisanie przez Zamawiającego** Świadectwa **lub Przejściowego Płatności Końcowego** Świadectwa **Płatności;**

- **w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.2 „Uprawnienie Zamawiającego do rozwiązania Kontraktu" – dostosowanie brzemienia klauzuli do przepisu art. 145 ustawy Pzp.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD" Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **zamawiającego Kujawsko – Pomorskich Inwestycji Medycznych sp. z o.o. na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ERBUD" Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę 18

600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu.**

Przewodniczący

……

Sygn. akt: KIO 897/15

UZASADNIENIE

W dniu 30 kwietnia 2015 r. do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zmówienia konsorcjum ERBUD S.A. - Lider konsorcjum ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD" Przemysłówka sp. z o. o. - Partner konsorcjum ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Kujawsko-Pomorskim Inwestycją Medycznym sp. z o.o., z siedzibą w Toruniu (dalej „Zamawiający"): (i) zaniechaniu opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący; (ii) sformułowaniu wzoru umowy w sposób niejasny i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego; (iii) wyznaczenie bardzo późnego terminu wizji lokalnej (11 maja 2015), co z uwagi na niejasny i niekompletny opis przedmiotu zamówienia pozostawia, zmuszający Wykonawców do polegania przy szacowaniu przedmiotu zamówienia na danych pozyskanych z wizji lokalnej, ustanawia zbyt krótki termin na złożenie oferty i naruszeniu w ten sposób:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w związku z § 19 pkt 4 lit. g) oraz i) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ:

1.1 dokumentacji projektowej, będącej inwentaryzacją stanu istniejącego modernizowanych pięter II-V, a pozwalających na zaprojektowania i wykonania przebudowy i remontów oddziałów szpitalnych kondygnacji II-V piętra budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Toruniu w zakresie Odcinka 5, bez konieczności polegania w tym zakresie na danych, które Wykonawcy zdobędą podczas wizji lokalnej, lecz z możliwością polegania wyłącznie na programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: „PFU"), który winien być kompletny, wyczerpujący i spójny;

1.2 harmonogramu udostępniania pięter i powierzchni z dyslokacją oddziałów i pacjentów, pozwalającego na zapoznanie się z planowanymi przez Zamawiającego terminami przetransportowania pacjentów, przebywających w czasie modernizacji na piętrach II-V budynku głównego, która to informacja ma zasadnicze znaczenie dla możliwości oszacowania ryzyka opóźnienia się Wykonawcy w dotrzymaniu terminu realizacji zamówienia, w związku z niemożnością kontynuowania modernizacji na poszczególnych kondygnacjach, z uwagi na nieudostępnienie przez Zamawiającego poszczególnych kondygnacji w zakładanym przez Wykonawcę terminie;

2. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 353[1] kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do zawarcia we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, których dodatkowo treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom ani zasadom współżycia społecznego, a co za tym idzie jest uprawniony do sformułowania wzoru umowy z następującymi wadami:

2.1 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.1.1.6. „Dokumentacja Projektowa" wzoru umowy - brak informacji, jaka dokumentacja zostanie przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego, a jaką dokumentację Wykonawca jest obowiązany sam sporządzić, w o dokumenty przekazane przez oparciu Zamawiającego, a także brak informacji jaka jest hierarchia ważności dokumentów składających się na w Dokumentację Projektową, przypadku wystąpienia wewnętrznych sprzeczności w tej dokumentacji;
2.2 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.1.1.10. „Przedmiar robót" wzoru umowy - zaniechanie podania faktycznych i poprawnych ilości robót w przedmiarze, które pozwoliłyby Wykonawcy na określenie przedmiotu zamówienia i wycenienie go (wynagrodzenie ryczałtowe);
2.3 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula I.I.2.4. „Inżynier" wzoru umowy - zaniechanie udostępnienia umowy zawartej pomiędzy Inżynierem a Zamawiającym, pomimo że zakres obowiązków i uprawnień Inżyniera ma wpływ na zakres obowiązków i uprawnień Wykonawcy;
2.4 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.8. „Przechowywanie i dostarczanie dokumentów" wzoru umowy - umożliwienie Zamawiającemu dopuszczania się dowolnego opóźnienia w zatwierdzaniu dokumentacji oraz zaniechanie wskazania podstawy nie zatwierdzenia dokumentów, co powoduje, że

decyzja Zamawiającego będzie w zakresie nie zatwierdzania lub zatwierdzenia dokumentów będzie całkowicie arbitralna;
2.5 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.10. „Używanie przez Zamawiającego Dokumentów Wykonawcy" lit. f) wzoru umowy - zaniechanie określenia, jakie oprogramowanie Zamawiający ma na myśli;
2.6 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.12. „Poufne szczegóły" wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę obowiązku powstrzymywania się od ujawniania informacji na temat robót, co jest sprzeczne z art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe;
2.7 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.12. „Poufne szczegóły" wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę obowiązku powstrzymywania osób trzecich od publikowania informacji na temat robót, co jest warunkiem niemożliwym do spełnienia;
2.8 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 3.1. „Obowiązki i uprawnienia inżyniera" wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę obowiązku wykonywania poleceń Inżyniera wraz z równoczesnym obarczeniem go odpowiedzialnością za wykonanie takiego polecenia (np. niezgodnego z obowiązkami wynikającymi z Kontraktu);
2.9 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 3.3. „Polecenia Inżyniera" wzoru umowy - stworzenie przez Zamawiającego uprawnienia do powierzenia wykonania polecenia podmiotowi trzeciemu, bez zachowania procedury przewidzianej w art. 636 kodeksu cywilnego;
2.10 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.1. „Ogólne zobowiązania wykonawcy" wzoru umowy - obarczenie Wykonawcę kosztami zmian Dokumentacji Projektowej również w przypadku konieczności ich wprowadzenia, z uwagi na wykryte przez Wykonawcę wady, błędy itp. w dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji;
2.11 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.1. „Ogólne zobowiązania wykonawcy" wzoru umowy - zaniechanie wskazania w jakiej ilości Wykonawca zobowiązany jest przekazać Dokumentację Projektową, oraz w jakim czasie Dokumentacja Projektowa będzie zatwierdzona przez Inżyniera;

2.12 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4. „Podwykonawcy" ust. 6 wzoru umowy - wskazanie, że w przypadku zaniechania przedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów płatności, Zamawiający może wstrzymać płatność całego należnego wynagrodzenia, a nie jedynie w części, w jakiej Wykonawca nie przedstawił żądanych dowodów;

2.13 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4. „Podwykonawcy" ust. 10 wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę obowiązku powstrzymywania osób trzecich (podwykonawcy oraz podwykonawcy dalszego) od powierzania innym podmiotom robót, bez zgłoszenia tych podmiotów trzecich Zamawiającemu, co jest warunkiem niemożliwym do spełnienia;

2.14 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4. „Podwykonawcy" ust. 11 wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę kary umownej za niewykonanie świadczenia pieniężnego, nawet wówczas, gdy świadczenie to nie jest jeszcze wymagalne lub zaniechanie płatności nastąpiło z uzasadnionych przyczyn;

2.15 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4. „Podwykonawcy" ust. 11 i 12 wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę kary umownej za niewykonanie lub nieterminowego wykonania świadczenia pieniężnego, podczas gdy art. 483 § 1 kodeksu cywilnego przewiduje możliwość nałożenia kary umownej wyłącznie w przypadku niespełnienia lub nienależytego spełnienia świadczenia niepieniężnego;

2.16 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.8. „Procedury bezpieczeństwa" lit f) wzoru umowy - zaniechanie określenia, w jakim terminie Inżynier zobowiązany jest wyrazić swój akcept lub uwagi do planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;

2.17 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.12. „Nieprzewidywalne warunki techniczne" lit b) wzoru umowy - wykreślenie niniejszego punktu skutkuje przeniesieniem wszelkich ryzyk związanych z usuwaniem nagłych przeszkód na Wykonawcę;

2.18 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.27. „Istniejące instalacje" wzoru umowy - zaniechanie zobowiązania się do przekazania kompletnej dokumentacji, wskazującej na umiejscowienie wszystkich istniejących instalacji, tak aby Wykonawca mógł wykonywać roboty bez narażania tych instalacji uszkodzenie;

2.19 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 6.1. „Zatrudnienie kadry i robotników" wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę obowiązku weryfikacji działań osób trzecich (podwykonawcy) w zakresie ich polityk tyczących się zatrudniania i opłacania pracowników, co jest warunkiem niemożliwym do spełnienia;

2.20 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.2. „Czas na Ukończenie" wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę wyłącznego ryzyka opóźnień w realizacji robót, spowodowanych opieszałością organów administracyjnych przy wydawaniu decyzji administracyjnych i uzgodnień, również w przypadku konieczności wystąpienia o zgodę na zmianę pozwolenia na budowę, z uwagi na wady, błędy itp. dokumentacji, przekazanej przez Zamawiającego;

2.21 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.3. „Program" wzoru umowy - nałożenie na Wykonawcę wyłącznego ryzyka opóźnień w realizacji robót, spowodowanych arbitralną decyzją Zamawiającego o konieczności zmiany Harmonogramu;

2.22 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.7. „Kara za opóźnienie" wzoru umowy - dokonanie zmiany nazwy klauzuli (pierwotna nazwa „Kara za zwłokę") oraz treści klauzuli w sposób, który nakłada na Wykonawcę ryzyko za działania i zaniechania osób trzecich (w tym również Zamawiającego), które powodują przesunięcie się terminu ukończenia robót;

2.23 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.9. „Następstwa zawieszenia" pkt (b) wzoru umowy - wykreślenie punktu, co powoduje nałożenie na Wykonawcę ryzyka ponoszenia kosztów zawieszenia robót, nawet jeśli zostały

spowodowane przez Zamawiającego;

2.24 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 11.1. „Dokończenie zaległych prac i usuwanie wad" pkt (c) wzoru umowy - wskazanie, że Inżynier powiadamia Wykonawcę o wadach lub uszkodzeniach w „odpowiednim" terminie, podczas gdy informacja ta winna być przekazana „bezzwłocznie";

2.25 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 11.4. usuwania wad" wzoru umowy - „Niewypełnienie obowiązku zobowiązanie Wykonawcy do usuwania wad lub usterek w robotach „ujawnionych" przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, zamiast „zgłoszonych Wykonawcy" przed upływem Okresu Zgłaszania Wad;

2.26 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 11.4. usuwania wad" wzoru umowy - „Niewypełnienie obowiązku zobowiązanie Wykonawcy do zapłaty kary umownej za opóźnienie w usuwaniu wad lub usterek, zamiast za „zwłokę";

2.27 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 3) lit. b) wzoru umowy - uzależnienie możliwości zmiany Czasu na Ukończenie od okresu wstrzymania Robót, w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do Dokumentacji Projektowej wymuszonych zmianą przepisów, podczas gdy zmiana Czasu na Ukończenie powinna być uzależniona również od zakresu zmian, wprowadzonych do Dokumentacji Projektowej;

2.28 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 5) wzoru umowy - uzależnienie możliwości zmiany treści Kontraktu od konieczności zmiany Dokumentacji Projektowej spowodowanej „błędami projektowymi", podczas gdy możliwość zmiany treści Kontraktu winna być przewidziana bez względu na to co legło u podstaw konieczności dokonania zmiany

w Dokumentacji Projektowej, uzależnienie możliwości zmiany Czasu na Ukończenie od okresu wstrzymania Robót, w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do Dokumentacji Projektowej, podczas gdy zmiana Czasu na Ukończenie powinna być uzależniona również od zakresu zmian, wprowadzonych do Dokumentacji Projektowej;

2.29 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 11) wzoru umowy - uzależnienie możliwości zmiany treści Czasu na Ukończenie nie od czasu faktycznie niezbędnego na wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych, lecz od okoliczności, czy roboty te „uniemożliwiają lub istotnie utrudniają" realizację Robót;

2.30 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 13) wzoru umowy - zaniechanie określenia podstaw i sposobu wyceny zmniejszonego zakresu Robót;

2.31 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 14.7. „Zapłata" pkt (a) wzoru umowy - zaniechanie zobligowania Zamawiającego do podpisania Przejściowego Świadectwa Płatności lub Końcowego Świadectwa Płatności, wystawionego przez Inżyniera, bez zbędnej zwłoki;

2.32 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.2. „Rozwiązanie przez Zamawiającego" pkt (g) akapit drugi zdanie pierwsze wzoru umowy - uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu w terminie 60 dni od dnia dowiedzenia się o okolicznościach stanowiącej podstawę do odstąpienia, co jest terminem zbyt długim;

2.33 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.5. „Uprawnienie do rozwiązania Kontraktu" wzoru umowy - uprawnienie Zamawiającego Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu przez cały okres trwania Kontraktu, z wyłączeniem ostatnich 14 dni przez zakończeniem ostatniego Odcina, z uwagi na wystąpienie niesprecyzowanych w Kontrakcie przyczyn „niezawinionych przez Zamawiającego", co wprowadza niepewność stosunku prawnego;

2.34 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.5. „Uprawnienie do rozwiązania Kontraktu" wzoru umowy - uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od w przypadku wielokrotnego Kontraktu Zamawiającego dokonywania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, przy czym za „wielokrotne" Zamawiający uznaje dwukrotne

uiszczenie zapłaty, co nie spełnia kryterium „wielokrotności";

2.35 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 17.4. „Następstwa ryzyka Zamawiającego" wzoru umowy - wyłączenie z uprawnień Wykonawcy możliwości odstąpienia od Kontrakty, w sytuacji wystąpienie przyczyn, o których

mowa w klauzuli 17.3, zastępując to uprawnienie prawem Zamawiającego do wprowadzenia zmian do Kontraktu, co nie równoważy niedogodności związanych z wystąpieniem przyczyn wskazanych w ww. klauzuli;

2.36 cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 20.1. „Roszczenia Wykonawcy" wzoru umowy - w jednej zmianie warunków Kontraktu Zamawiający wprowadza niewielką modyfikację do klauzuli 20.1., zaś w następnej zmianie warunków Kontraktu Zamawiający oświadcza, że klauzule 20.1. - 20.8 skreśla się, jako nie mające zastosowania;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do ustanowienia terminu składania ofert uwzględniającego czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a co za tym idzie jest uprawniony do wyznaczenie terminu wizji lokalnej zaledwie trzy (3) tygodnie przed terminem składania ofert (termin wizji lokalnej: 11 maja 2015, termin składania ofert: 03.06.2015r.), co z uwagi na niejasny i niekompletny opis przedmiotu zamówienia pozostawia, zmuszający Wykonawców do polegania przy szacowaniu przedmiotu zamówienia na danych pozyskanych z wizji lokalnej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: (i) dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie niezwłocznego przekazania wszystkim Wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany SIWZ, oraz nakazanie zamieszczenia zmiany SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana; (ii) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie określenie przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie jego wartości, tj. o co najmniej 14 dni, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp; (iii) dokonania zmiany Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych I uzyskanie pozwoleń na użytkowanie obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą podziemną i drogową określonych w Dokumentacji Projektowej łącznie jako „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu" zlokalizowana w Toruniu przy ul. Św. Józefa 51-59. Przedsięwzięcie zostało podzielone na jedenaście Odcinków:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02 października 2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 189-332994. W dniu 11 października 2014 r. Ogłoszenie było uzupełnianie (nr ogłoszenia 2014/S 196-345719), a następnie

dwukrotnie sprostowane - w dniu 25 października 2014r. (nr ogłoszenia 2014/S 206-363979) oraz w dniu 01 listopada 2014r. (nr ogłoszenia 2014/S 211-372966).

Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 21 kwietnia 2015 r., tj. wraz z przekazaniem Odwołującemu drogą e-mailową zaproszenia do składania ofert wraz z linkiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ").

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

A. ZAKRES I TREŚĆ DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ

Odwołujący wskazał, że w treści Ogłoszenia o zamówieniu - opisu przedmiotu zamówienia oraz kodów CPV - przedmiot zamówienia został określony jako wykonanie robót budowlanych. Zaś w treści SIWZ Zamawiający poszerzył przedmiot zamówienia o wykonanie modernizacji pięter II - V głównego budynku szpitala w trybie „zaprojektuj i wybuduj",

dokonując stosownych zmian również w kodach CPV. Jednakże, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie przekazał kompletnego, wyczerpującego i spójnego PFU do zakresu prac, które mają być zrealizowane przez Wykonawcę w trybie „zaprojektuj i wybuduj".

Zgodnie z § 19 pkt 4 lit. g) „część informacyjna programu funkcjonalno- użytkowego obejmuje: (...) 4) inne posiadane informacje / dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: (...) g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów". Przepis ten oznacza, że forma i zakres dokumentacji projektowej, włącznie z PFU, powinien umożliwiać Wykonawcom należytą ocenę ryzyk i wycenę prac projektowych i budowlanych. W ocenie Odwołującego na chwilę obecną nie jest to możliwe, ponieważ dokumentacja pozostawia zbyt duże pole do interpretacji (konieczność dokonania wizji lokalnej, samodzielnej oceny zakresie robót podczas wizji, wymiarowanie robót w oparciu o wizję, typowanie robót opisanych zbyt ogólnie - zmiany w instalacjach itd.). W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi opisu jednoznacznego i wyczerpującego, ani nie pozwala na uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez wszystkich Wykonawców w sposób tożsamy (równy).

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uzupełnienie dokumentacji projektowej, o dokument stanowiący inwentaryzację stanu istniejącego modernizowanych pięter II -V, który pozwoli wykonawcom na zaprojektowania i wykonania przebudowy i remontów oddziałów szpitalnych kondygnacji II-V piętra budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Toruniu w zakresie Odcinka 5, bez konieczności polegania w tym zakresie na danych, które Wykonawcy zdobędą podczas wizji lokalnej (żądanie nr 1).

Zgodnie z § 19. pkt 4 lit. i) „[część informacyjna programu funkcjonalno- użytkowego obejmuje: (...) 4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: (...) i) dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem". Przepis ten oznacza, że forma i zakres dokumentacji projektowej, włącznie z PFU, powinien umożliwiać Wykonawcom należytą ocenę ryzyk i opracowanie realnego i zgodnego z założeniami Zamawiającego harmonogramu modernizacji poszczególnych pięter. W ocenie Odwołującego na chwilę obecną nie jest to możliwe, ponieważ Wykonawcy nie mają wiedzy, w jakich terminach Zamawiający zamierza udostępniać Wykonawcy poszczególne piętra modernizowanej części szpitala. Z uwagi zaś na fakt, że w czasie modernizacji na piętrach II-V budynku głównego przebywać będą pacjenci, poznanie harmonogramu dyslokacji oddziałów i udostępniania zajmowanych przez pacjentów pięter ma istotne znaczenie dla możliwości oszacowania ryzyka opóźnienia się Wykonawcy w dotrzymaniu terminu realizacji zamówienia, w związku z niemożnością kontynuowania modernizacji na poszczególnych kondygnacjach, z uwagi na nieudostępnienie przez Zamawiającego poszczególnych kondygnacji w zakładanym przez Wykonawcę terminie. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w ocenie Odwołującego, nie stanowi opisu jednoznacznego i wyczerpującego, ani nie pozwala na uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez wszystkich Wykonawców w sposób tożsamy (równy).

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uzupełnienie dokumentacji projektowej, o dokument stanowiący harmonogram udostępniania pięter i powierzchni z dyslokacją oddziałów i pacjentów, który pozwoli Wykonawcom na uwzględnienie w cenie ofertowej ewentualnego ryzyka opóźnienia ukończenia robót, wynikłego z późnego udostępnienia przez Zamawiającego poszczególnych pięter kondygnacji II -V budynku głównego szpitala (żądanie nr 2).

B. POSTANOWIENIA WZORU UMOWY

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający winien zawrzeć w SIWZ istotne postanowienia umowy lub wzór umowy. Zamawiający zawarł w SIWZ wzór umowy, który jednak jest niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi normami, zawartymi w art. 353¹ kodeksu cywilnego. Powołany przepis kodeksu cywilnego stanowi bowiem, że „[strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego". Tymczasem, treść lub cel kwestionowanych postanowień wzoru umowy jest w rażący sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego lub sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku prawnego - z uwagi na nierówne rozłożenie ryzyk, praw i obowiązków pomiędzy stronami - albo też są sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Zatem, niezbędne jest dokonanie wnioskowanych zmian, celem konwalidowania wadliwych postanowień wzoru umowy.

W odniesieniu do postanowienia, zawartego w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.1.1.6. „Dokumentacja Projektowa" wzoru umowy, Odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, iż umowa o realizację przedmiotowego zamówienia oparta jest o postanowienia FIDIC formuła „wybuduj", zaś część zamówienia (dotycząca modernizacji pięter II -V budynku głównego szpitala) realizowana jest w formule „zaprojektuj i wybuduj", definicja „Dokumentacji Projektowej" nie jest adekwatna do przedmiotu umowy, gdyż nie uwzględnia jej specyfiki. Mianowicie, brak jest informacji, jaka dokumentacja zostanie przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego, a jaką dokumentację Wykonawca jest obowiązany sam sporządzić, w oparciu o dokumenty przekazane przez Zamawiającego. Ponadto, z uwagi na bardzo duży przedmiot zamówienia i wielość dokumentów składających się na Dokumentację Projektową, zgodnie z doświadczeniem Odwołującego, w dokumentacji tej mogą pojawić się sprzeczności. W ocenie Odwołującego w celu uniknięcia niejasności, co do rzeczywistego przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien był zatem ustalić hierarchię ważności dokumentów, składających się na Dokumentację Projektową.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę definicji „Dokumentacji Projektowej" poprzez wskazanie: (a) zamkniętego katalogu dokumentów, które przekaże Wykonawcy Zamawiający oraz poprzez wskazanie zamkniętego katalogu dokumentów, które zobowiązany jest sporządzić Wykonawca, w oparciu o dokumenty przekazane przez (b) hierarchii składających na Zamawiającego, oraz ważności dokumentów, się Dokumentację Projektową (zadanie nr 3).

W postanowieniu zawartym w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.1.1.10. „Przedmiar robót" wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, że „„Przedmiar robót" oznacza materiał pomocniczy przy wyliczeniu ceny Oferty. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie narzuca podstaw wyceny robót ryczałtowych. Oznacza to, że jakiekolwiek ilości, które mogą być umieszczone w jakimkolwiek miejscu przedmiaru robót są ilościami szacunkowymi i nie muszą być uważane za faktyczne i poprawne ilości robót, których realizacji wymaga się od Wykonawcy". W myśl tego postanowienia, na etapie realizacji Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się na przedmiar robót jako wiążący dokument w zakresie ilości robot. Tymczasem, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, więc decydującą rolę przy wycenie oferty mają właśnie przedmiary robót oraz projekty. Ponadto, przedmiar robót stanowi ważną część opisu przedmiotu zamówienia. Zatem, jeżeli załączone do SIWZ przedmiary nie mają charakteru wiążącego dla Wykonawców, Wykonawcy nie są w stanie poznać, jaki jest przedmiot zamówienia objętym Postępowaniem.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę definicji „Przedmiaru robót" poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „„Przedmiar robót" oznacza materiał pomocniczy przy wyliczeniu ceny Oferty. Zamawiający nie narzuca podstaw wyceny robót ryczałtowych. Jednakże, jakiekolwiek ilości które są umieszczone w jakimkolwiek miejscu przedmiaru robót są ilościami ostatecznymi i powinny być uważane za faktyczne i poprawne ilości robót, których realizacji wymaga się od Wykonawcy" (żądanie nr 4).

W postanowieniu zawartym w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.1.2.4. „Inżynier" wzoru umowy, Zamawiający definiuje pojęcie „Inżyniera wskazując, że

„[termin „Inżynier" jest równoznaczny z pojęciem „Inżynier Kontraktu". Inżynier działa w granicach określonych niniejszym Kontraktem oraz umową zawartą z Zamawiającym." W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wskazuje jednak, iż treść umowy zawartej pomiędzy Inżynierem a Zamawiającym zostanie ujawniona Wykonawcy. Zakres obowiązków i uprawnień Inżyniera ma wpływ na zakres obowiązków i uprawnień Wykonawcy, zatem treść przedmiotowej umowy powinna być przekazana Wykonawcy, tak aby był w stanie uwzględnić tę treść podczas realizacji Robót.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę definicji „Inżyniera" poprzez nadanie jej następującego brzmienia: Inżynier“ (...) Inżynier działa w granicach określonych niniejszym Kontraktem oraz umową zawartą z Zamawiającym. Kopia umowy zawartej pomiędzy Inżynierem a Zamawiającym zostanie przekazana przez Zamawiającego Wykonawcy w terminie 3 dni od dnia podpisania Kontraktu” (żądanie nr 5).

15

W postanowieniu zawartym w cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.8. „Przechowywanie i dostarczanie dokumentów" wzoru umowy, Zamawiający precyzuje, że „W przypadku opóźnienia w przekazaniu lub niezatwierdzenia takich dokumentów, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń względem Zamawiającego”. W ocenie Odwołującego, w postanowieniu tym Zamawiający gwarantuje sobie możliwość zatwierdzania dokumentacji w dowolnie wybranym przez siebie terminie, bez uwzględnienia konieczności współdziałania z wykonawcą przy realizacji umowy. Zastrzega przy tym, że Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń w przypadku nie przedstawiania swojego akceptu przez dowolnie długi okres czasu, np. 6 miesięcy. Ponadto, Zamawiający nie wskazuje, jakie mogą być potencjalne podstawy odmowy zatwierdzenia dokumentów. W konsekwencji, decyzja Zamawiającego w zakresie czasu, w którym podejmie decyzje odnośnie przekazanych przez Wykonawcę dokumentów, a także w zakresie nie zatwierdzania lub zatwierdzenia dokumentów będzie całkowicie arbitralna. Takie działanie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i nie zasługuje na ochronę.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 1.8. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Zamawiający przekaże Wykonawcy swoją decyzję w zakresie przedstawionych do zatwierdzenia dokumentów bezzwłocznie. W przypadku uzasadnionego merytorycznie niezatwierdzenia takich dokumentów przez Zamawiającego, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń względem Zamawiającego” (żądanie

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.10. „Używanie przez Zamawiającego Dokumentów Wykonawcy" lit. f) wzoru umowy, Zamawiający żąda: „Wykonawca zapewni udzielenie Zamawiającemu, w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, bezterminowej, nieodwołalnej, przenoszalnej, niewyłącznej licencji do oprogramowania w zakresie niezbędnym do funkcjonowania Robót”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nigdzie nie wyartykułował, jakie oprogramowanie Zamawiający ma na myśli.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 1.10. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Wykonawca zapewni udzielenie w ramach Zamawiającemu, Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, bezterminowej; nieodwołalnej, przenoszonej, niewyłącznej licencji do następującego oprogramowania: [....do uzupełnienia przez Zamawiającego, zgodnie z Jego potrzebami...], w zakresie niezbędnym do funkcjonowania Robót (...)" (żądanie nr 7).

16

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 1.12. „Poufne szczegóły'" wzoru umowy, Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek „powstrzymać się od składania publicznych oświadczeń na temat wykonywanych robót w ramach Kontraktu bez uprzedniej zgody Zamawiającego. Wykonawca nie będzie publikował lub pozwalał na publikowanie, ani ujawniał żadnych szczegółów robót w żadnym periodyku zawodowym czy technicznym lub gdziekolwiek indziej, bez uprzedniej zgody Zamawiającego”. W ocenie Odwołującego nakaz powstrzymywania się przez Wykonawcę od ujawniania informacji na temat robót, jest

sprzeczny z art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe. Przepisy te stanowią bowiem: „Art. 4. 1. Przedsiębiorcy i podmioty niezaliczone do sektora finansów publicznych oraz niedziałające w celu osiągnięcia zysku są obowiązane do udzielenia prasie informacji o swojej działalności, o ile na podstawie odrębnych przepisów informacja nie jest objęta tajemnicą lub nie narusza prawa do prywatności"; „Art. 5. 1. Każdy obywatel, zgodnie z zasadą wolności słowa i prawem do krytyki, może udzielać informacji prasie. 2. Nikt nie może być narażony na uszczerbek lub zarzut z powodu udzielenia informacji prasie, jeżeli działał w granicach prawem dozwolonych. Ponadto Odwołujący wskazał, że w cytowanej klauzuli Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek powstrzymywania osób trzecich od publikowania informacji na temat robót. Tymczasem, wykonawca nie ma wpływu na podmioty od siebie niezależne.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o wykreślenie cytowanego fragmentu klauzuli 1.12. (żądanie nr 8).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 3.1. „Obowiązki i uprawnienia inżyniera" wzoru umowy, Zamawiający określa, że niezależnie od obowiązku uzyskania zgody, jak objaśniono powyżej, jeżeli w opinii Inżyniera zdarzył się wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia lub Robót lub sąsiadującą nieruchomość może on, bez zwalniania Wykonawcy z żadnego z jego obowiązków i odpowiedzialności w ramach Kontraktu, polecić Wykonawcy wykonać każdą taką pracę, która, w opinii inżyniera, może być konieczna do zmniejszenia ryzyka. Wykonawca, pomimo braku zgody Zamawiającego, winien zastosować się do każdego takiego polecenia Inżyniera". Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego, że jeżeli zdarzy się wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia lub robót lub sąsiadującej nieruchomości, to Wykonawca zobowiązany jest wypełnić każde polecenie Inżyniera, choćby było ono sprzeczne z postanowieniami kontraktu, mając na uwadze, że następczo zostanie pociągnięty do odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Kontraktu. Innymi słowy, Zamawiający jednocześnie nakłada na Wykonawcę obowiązek postępowania zgodnie z poleceniem Inżyniera oraz obarczać go odpowiedzialnością za wykonanie tego polecenia.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 3.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „niezależnie od obowiązku uzyskania zgody, jak objaśniono powyżej, jeżeli w opinii Inżyniera zdarzył się wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia lub Robót lub sąsiadującą nieruchomość może on polecić Wykonawcy wykonać każdą taką pracę, która, w opinii Inżyniera, może być konieczna do zmniejszenia ryzyka. Wykonawca, pomimo braku zgody Zamawiającego, winien zastosować się do każdego takiego polecenia Inżyniera. Jeżeli polecenia te będą sprzeczne z postanowieniami Kontraktu lub spowodują niewykonanie lub nienależyte wykonanie Kontraktu, Wykonawca będzie zwolniony z odpowiedzialności za wynikłą z tego tytułu szkodę. Jednocześnie w przypadku, gdy z wykonania polecenia Inżyniera wynikną po stronie Wykonawcy koszty lub dojdzie do opóźnienia w wykonaniu Kontraktu, Wykonawca uprawniony będzie do roszczenia w stosunku do Zamawiającego o zwrot takich kosztów lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie" (żądanie nr 9).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 3.3. „Polecenia Inżyniera" wzoru umowy, Zamawiający zastrzegł, że „[w] razie nie wykonania polecenia Inżyniera przez Wykonawcę Zamawiający może w szczególności powierzyć wykonanie polecenia podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności osobnego powiadomienia o tym Wykonawcy". Tymczasem, zgodnie z art. 636 kodeksu cywilnego, Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo wezwać Wykonawcę do wykonania polecenia Inżyniera, z wyznaczeniem terminu jego wykonania, i dopiero po bezskutecznym upływie tego terminu uprawniony jest do wprowadzenia wykonawcy zastępczego. W ocenie Odwołującego niniejsza klauzula jest więc wprost sprzeczna z obowiązującymi przepisami.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 3.3. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „[w] razie nie wykonania polecenia Inżyniera przez Wykonawcę Zamawiający może w szczególności powierzyć wykonanie polecenia podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, po uprzednim bezskutecznym

wezwaniu Wykonawcy do wykonania tego polecenia w wyznaczonym przez siebie terminie, który uwzględniał będzie czasochłonność polecenia, i który nie będzie krótszy niż trzy dni robocze." (zadanie nr 10).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.1. „Ogólne zobowiązania wykonawcy" wzoru umowy, Zamawiający żąda, aby „Wykonawca niezwłocznie powiadomi inżyniera, z kopią do Zamawiającego, o każdym błędzie, pominięciu, wadzie lub innej usterce w Dokumentacji Projektowej lub Specyfikacjach, jaką wykryje podczas analizowania dokumentów stanowiących Kontrakt lub podczas wykonywania Robót. Wykonawca wykona

na własny koszt zmiany Dokumentacji Projektowej, której wykonanie stanie się wynikiem rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę i uzyska w tym zakresie zatwierdzenie Projektanta, Inżyniera i Zamawiającego". W ocenie Odwołującego postanowienie to obarcza zatem Wykonawcę kosztami zmian Dokumentacji Projektowej w każdym możliwym przypadku, również i w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia zmian występuje z uwagi na wykryte przez Wykonawcę wady, błędy itp. w dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji. Przerzucanie na Wykonawcę ryzyka pokrycia takich kosztów jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 4.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Wykonawca niezwłocznie powiadomi inżyniera, z kopią do Zamawiającego, o każdym błędzie, pominięciu, wadzie lub innej usterce w Dokumentacji Projektowej lub Specyfikacjach, jaką wykryje podczas analizowania dokumentów stanowiących Kontrakt lub podczas wykonywania Robót. Wykonawca wykona zmiany Dokumentacji Projektowej, której wykonanie stanie się wynikiem rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę i uzyska w tym zakresie zatwierdzenie Projektanta, Inżyniera i Zamawiającego na koszt Zamawiającego, chyba że autorem błędnej dokumentacji jest Wykonawca lub dokumentacja powstała na jego zlecenie" (żądanie nr 11).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.1. „Ogólne zobowiązania wykonawcy" wzoru umowy, Zamawiający wskazał, iż „[d]dokumentacja projektowo wykonana w związku z Kontraktem przez Wykonawcę lub dla niego będzie podlegała zatwierdzeniu przez Inżyniera, po uprzednim uzgodnieniu z osobą sprawującą nadzór autorski. (...) Roboty nie będą uznane za ukończone dla celów przejęcia dopóki dokumentacja ta nie zostanie przekazana Inżynierowi w stosownej ilości oraz nie zostanie przez niego zatwierdzona". Odwołujący wskazał, że ustęp ten nie reguluje jednak, w jakiej ilości Wykonawca zobowiązany jest przekazać Dokumentację Projektową, oraz w jakim czasie Dokumentacja Projektowa zostanie przez Inżyniera zatwierdzona.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 4.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „[dokumentacja projektowa wykonana w związku z Kontraktem przez Wykonawcę lub dla niego będzie podlegała zatwierdzeniu przez Inżyniera w terminie trzech (3) dni roboczych, po uprzednim uzgodnieniu z osobą sprawującą nadzór autorski. (...) Roboty nie będą uznane za ukończone dla celów przejęcia dopóki dokumentacja ta nie zostanie przekazana Inżynierowi w stosownej ilości, tj. w dwóch egzemplarzach, oraz nie zostanie przez niego zatwierdzona (żądanie nr 12).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4, „Podwykonawcy"' ust. 6 wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, że przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę wszystkich oświadczeń lub wszystkich oświadczeń i wszystkich dowodów, jeśli Zamawiający ich zażądał, Zamawiający może wstrzymać wypłatę należnego wynagrodzenia za Roboty objęte wystawionym Świadectwem Płatności. W ocenie Odwołującego regulacja ta jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, gdyż zezwala Zamawiającemu na wstrzymanie płatności całego należnego wynagrodzenia, a nie jedynie w części, w jakiej Wykonawca nie przedstawił żądanych dowodów.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 4.4.

poprzez nadanie jej następującego brzmienia: ,,[w] przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę wszystkich oświadczeń lub wszystkich oświadczeń i wszystkich dowodów, jeśli Zamawiający ich zażądał, Zamawiający może wstrzymać wypłatę należnego wynagrodzenia za Roboty objęte wystawionym Świadectwem Płatności w części, w jakiej Wykonawca nie przedstawił odpowiednich poświadczeń zapłaty" (żądanie nr 13)

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4. „Podwykonawcy" ust. 10 wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, że „[w] przypadku nie zgłoszenia Zamawiającemu podwykonawcy robót (dalszego podwykonawcy) i powierzenia mu do wykonania części przedmiotu Umowy, na Wykonawcę (odpowiednio na Podwykonawcę, dalszego podwykonawcę) zostanie nałożona kara w wysokości 100000 zł za każde naruszenie (brutto)". Postanowienie to nakłada na Wykonawcę obowiązek powstrzymywania osób trzecich (podwykonawcę oraz podwykonawcę dalszego) od powierzania innym podmiotom robót, bez zgłoszenia tych podmiotów trzecich Zamawiającemu. W ocenie Odwołującego taki warunek jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, gdyż postanowienia umowne zawarte pomiędzy Wykonawca a Zamawiającym nie mogą przewidywać nałożenia kary umownej na podmiot trzeci. Ponadto, wysokość kary umownej również jest zbyt wygórowana.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 4.4. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „W przypadku nie zgłoszenia Zamawiającemu podwykonawcy robót i powierzenia mu do wykonania części przedmiotu Umowy, na Wykonawcę zostanie nałożona kara w wysokości 20 000 zł za każde naruszenie (brutto) (zadanie nr 14).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.4. „Podwykonawcy"' ust. 11wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, że „[w] przypadku braku zapłaty wynagrodzenia

należnego Podwykonawcy lub dalszym podwykonawcom Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 10 % wynagrodzenia należnego i nie zapłaconego Podwykonawcy lub odpowiednio dalszym podwykonawcom (brutto)". Odwołujący wskazał, że abstrahując od okoliczności, że Zamawiający przewiduje nałożenie na Wykonawcę kary umownej za niewykonanie świadczenia pieniężnego, nawet wówczas, gdy świadczenie to nie jest jeszcze wymagalne lub zaniechanie płatności nastąpiło z uzasadnionych przyczyn, podkreślić należy, że postanowienie to jest sprzeczne z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem kodeksu cywilnego, karę umowną można ustanowić wyłącznie w przypadku niespełnienia lub nienależytego spełnienia świadczenia niepieniężnego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o wykreślenie cytowanego fragmentu klauzuli 4.4. (żądanie nr 15).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.8. „Procedury bezpieczeństwa" lit f) wzoru umowy, Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek „uzyskiwania akceptacji inżyniera dla planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia". Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił, w jakim terminie Inżynier zobowiązany jest wyrazić swój akcept lub uwagi do planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 4.8. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „uzyskiwania akceptacji Inżyniera dla planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, który wyrazi swój akcept lub uwagi w terminie trzech (2) dni roboczych" (zadanie nr 16).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.12. „Nieprzewidywalne warunki techniczne" wzoru umowy, Zamawiający przewidział wykreślenie pkt (b). Odwołujący wskazał, że wykreślenie niniejszego punktu skutkuje przeniesieniem wszelkich ryzyk związanych z usuwaniem nagłych przeszkód na Wykonawcę. Taki nieproporcjonalny podział ryzyk pomiędzy strony Kontraktu jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o w przywrócenie wykreślonego pkt (b) klauzuli

4.12. (żądanie nr 17).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 4.27. „Istniejące instalacje" wzoru umowy, Zamawiający wskazał: „Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji takich jak odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i

elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób jednoznaczny uchyla się od obowiązku przekazania Wykonawcom kompletnej dokumentacji, wskazującej na umiejscowienie wszystkich istniejących instalacji, tak aby Wykonawca realizujący Kontrakt mógł wykonywać roboty bez narażania tych instalacji na uszkodzenie. Tymczasem, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 4.27. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Wykonawca zaznajomi się z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego, zawierającą informacje na temat umiejscowienia wszystkich istniejących instalacji, takich jak odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje" (żądanie nr 18).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 6.1, „Zatrudnienie kadry i robotników" wzoru umowy, Zamawiający formułuje postanowienie, które „[odnosi się to do całego personelu i siły roboczej zatrudnionego przez Wykonawcę lub jego Podwykonawców" Jednakże, w ocenie Odwołującego, nałożenie na Wykonawcę obowiązku weryfikacji działań osób trzecich (podwykonawców) w zakresie ich polityk tyczących się zatrudniania i opłacania pracowników, jest warunkiem sprzecznym w prawem i zasadami współżycia społecznego. Wykonawca nie może bowiem ponosić odpowiedzialności za działania lub zaniechania podwykonawców, nie związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 6.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „odnosi się to do całego personelu i siły roboczej zatrudnionego przez Wykonawcę" (żądanie nr 19).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.2. „Czas na Ukończenie" pkt (c) wzoru umowy Zamawiający nakłada na Wykonawcę następujący obowiązek: „uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego wszelkich koniecznych decyzji administracyjnych i uzgodnień, w tym ewentualnie pozwolenia na budowę, zgłoszenia zamiaru wykonania robót lub zmiany pozwolenia na budowę w zakresie robót objętych Dokumentacją Projektową i Dokumentami Wykonawcy oraz decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub innych przewidzianych przepisami wszelkich dokumentów warunkujących użytkowanie obiektów przez Użytkownika". Jednakże, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazuje, że Czas na Ukończenie ulega przesunięciu o termin uzyskiwania stosownych decyzji i uzgodnień.

Nałożenie na Wykonawcę wyłącznego ryzyka opóźnień w realizacji robót, spowodowanych opieszałością organów administracyjnych przy wydawaniu decyzji administracyjnych i uzgodnień, również w przypadku konieczności wystąpienia o zgodę na zmianę pozwolenia na budowę, z uwagi na wady, błędy itp. dokumentacji, przekazanej przez Zamawiającego, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

4Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 8.2. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego wszelkich koniecznych decyzji administracyjnych i uzgodnień, w tym ewentualnie pozwolenia na budowę, zgłoszenia zamiaru wykonania robót lub zmiany pozwolenia na budowę w zakresie robót objętych Dokumentacją Projektową i Dokumentami Wykonawcy oraz decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub innych przewidzianych przepisami wszelkich dokumentów warunkujących użytkowanie obiektów przez Użytkownika, z zastrzeżeniem, że Czas na Ukończenie ulegnie przedłużeniu o okres oczekiwania na

wydanie decyzji lub uzgodnień, jeżeli konieczność wystąpienia o wydanie danej decyzji administracyjnej lub uzgodnienia wynikła po podpisaniu Kontraktu, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego" (żądanie nr 19).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.3. „Program" wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, że: „Zamawiający lub Inżynier może żądać aktualizacji Harmonogramu stosownie do bieżących okoliczności w tym zmieniających się potrzeb Szpitala. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Inżynierowi aktualizację Harmonogramu na każde wezwanie w terminie 7 dni od takiego wezwania oraz każdorazowo, gdy zachodzi niezgodność między postępem Robót a jego wykonaniem o więcej niż 30 dni, a także w innych przypadkach, na żądanie Inżyniera". W ocenie Odwołującego postanowienie to jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż nakłada na Wykonawcę wyłączne ryzyko opóźnień w realizacji robót, spowodowanych arbitralną decyzją Zamawiającego o konieczności zmiany Harmonogramu. Tymczasem, zmiana potrzeb Zamawiającego powinna stanowić podstawę do renegocjacji Kontraktu, a nie jednostronnego żądania zmian.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 8.3. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Zamawiający lub Inżynier może żądać renegocjacji Harmonogramu z uwagi na zmianę bieżących okoliczności, w tym zmieniających się potrzeb Szpitala. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Inżynierowi aktualizację Harmonogramu, gdy zachodzi niezgodność między postępem Robót a jego wykonaniem o więcej niż 30 dni" (żądanie nr 20).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.7. „Kara za opóźnienie" wzoru umowy, Zamawiający dokonał zmiany nazwy klauzuli (pierwotna nazwa „Kara za zwłokę") oraz treści klauzuli w sposób, który nakłada na Wykonawcę ryzyko przesunięcie się terminu ukończenia robót, spowodowane działaniami lub zaniechaniami osób trzecich (w tym również Zamawiającego). W ocenie Odwołującego Zamawiający przewiduje penalizację opóźnienia Wykonawcy w uzyskiwaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowaniu lub innych dokumentów, podczas gdy oryginalna treść FIDICa wyważa ryzyka występujące podczas procesu budowlanego i obciąża Wykonawcę ryzykiem za zwłokę w uzyskiwaniu ww. dokumentów. Przerzucanie niemalże wszystkich ryzyk na Wykonawcę jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę klauzuli 8.7. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: (i) nagłówek: „Kara za zwłokę"; (ii) pierwszy akapit zdanie drugie: „Kara może być zastosowana w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę Czasu na Ukończenie każdego z Odcinków lub innych elementów Robót, których ukończenie jest wskazane w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu. Szczególnie rygorystycznie będą monitorowane i będą podlegały karom umownym przekroczenia terminów, w razie zwłoki w uzyskiwaniu przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub innych dokumentów warunkujących użytkowanie) każdego oddziału szpitalnego> z uwagi na duże ryzyko powstania zaburzeń ciągłości pracy Szpitala w jego newralgicznych miejscach" (żądanie nr 21).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.9. „Następstwa zawieszenia" wzoru umowy Zamawiający wykreślił pkt (b). W ocenie Odwołującego wykreślenie tego punktu powoduje nałożenie na Wykonawcę ryzyka ponoszenia kosztów zawieszenia robót, nawet jeśli zawieszenie zostało spowodowane przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego postanowienia, które obarczają odpowiedzialnością jedną ze stron umowy za działania lub zaniechania drugiej strony umowy, są niezgodne z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o w przywrócenie wykreślonego pkt (b) klauzuli 8.9. (żądanie nr 22).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 11.1. „Dokończenie zaległych prac i usuwanie wad" pkt (c) wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że „Jeżeli pojawi się wada lub uszkodzenie, to Wykonawca zostanie o tym odpowiednio powiadomiony przez

Inżyniera. W ocenie Odwołującego w powyższym postanowieniu brakuje obowiązku
24

---

niezwłocznego powiadomienia wykonawcy przez Inżyniera o stwierdzonej wadzie lub uszkodzeniu. Dostęp do takiej wiedzy jest dla Wykonawcy nieodzowny w pilnym terminie, z uwagi na konieczność weryfikacji wniosków Inżyniera oraz potencjalny wpływ różnorodnych czynników na pogłębianie się zaistniałej wady.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 11.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „jeżeli pojawi się wada lub uszkodzenie, to Wykonawca zostanie o tym powiadomiony bezzwłocznie przez Inżyniera" (żądanie nr 23).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 11.4. „Niewypełnienie obowiązku usuwania wad" wzoru umowy, Zamawiający wskazuje: „jeżeli Wykonawca nie usunie wad lub usterek w Robotach ujawnionych przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, w terminie ustalonym w powiadomieniu Zamawiającego (lub w jego imieniu), o którym mowa w punkcie (b) klauzuli 11.1 [Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad, to Wykonawca z uwzględnieniem klauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w związku z tym uchybieniem na zasadach określonych w klauzuli 8.7 [Kary umowne za opóźnienie] i w sumach podanych w Załączniku do Oferty". W ocenie Odwołującego tak sformułowane postanowienie jest wadliwe z dwóch przyczyn. Po pierwsze, jak sama nazwa "Okres Zgłaszania Wad" wskazuje, Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad lub usterek w zgłoszonych w tym właśnie okresie, a nie „ujawnionych" przed jego upływem. O ile bowiem obiektywnie można stwierdzić, kiedy wada została zgłoszona, o tyle Wykonawca nie jest w stanie zweryfikować, czy dana wada powstała w czasie trwania ww. okresu czy też już po jego ustaniu, lecz Zamawiający jest przekonany, że została ujawniona wcześniej. Po drugie, klauzula ta jest niezgodna z wnioskowaną zmianą do klauzuli 8.7., gdyż posługuje się pojęciem „opóźnienia" zamiast „zwłoki".

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 11.4. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „jeżeli Wykonawca nie usunie wad lub usterek w Robotach wskazanych Wykonawcy przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, w terminie ustalonym w powiadomieniu Zamawiającego (lub w jego imieniu), o którym mowa w punkcie (b) klauzuli 11.1 [Ukończenie zaległej pracy i usunięcie wad], to Wykonawca z uwzględnieniem klauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego] zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w związku z tym uchybieniem na zasadach określonych w klauzuli 8.7 [Kary za zwłokę] / w sumach podanych w Załączniku do Oferty" (żądanie nr 25).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 3) lit. b) wzoru umowy, Zamawiający wprowadził „możliwość wprowadzenia zmian w
25

Dokumentacji Projektowej w zakresie uzasadnionym zmianą przepisów, zmiany wynagrodzenia w przypadku poniesienia w związku z tym dodatkowych wydatków przez Wykonawcę lub o kwotę wystąpienia oszczędności maksymalnie dodatkowych wydatków/oszczędności potwierdzonych przez Inżyniera, a także Czasu na Ukończenie, jeżeli zmiana przepisów spowoduje wstrzymanie Robót rzutujące na Czas na Ukończenie, zawieszenia Robót. Zatem, w ocenie Odwołującego, Zamawiający uzależnił możliwość zmiany Czasu na Ukończenie spowodowanego koniecznością wprowadzenia zmian do Dokumentacji Projektowej, od okresu wstrzymania Robót. Tymczasem, zmiana Czasu na Ukończenie powinna być uzależniona również od zakresu zmian, wprowadzonych do Dokumentacji Projektowej i ich czasochłonności.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 13.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „możliwość wprowadzenia zmian w Dokumentacji Projektowej w zakresie uzasadnionym zmianą przepisów, zmiany wynagrodzenia w przypadku poniesienia w związku z tym dodatkowych wydatków przez Wykonawcę lub o kwotę wystąpienia oszczędności maksymalnie dodatkowych wydatków/oszczędności potwierdzonych przez Inżyniera, a także Czasu na Ukończenie, maksymalnie o okres wstrzymania Robót oraz okres wykonania robót objętych tymi

zmianami, uzasadniony ich wdrażaniem" (żądanie nr 26).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 5) wzoru umowy, Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany Kontraktu, jeżeli zaistniała „konieczność dokonania zmian w Dokumentacji Projektowej (wprowadzenia uzupełnień, rozwiązań zamiennych) w przypadku błędów projektowych, których wystąpienie utrudnia lub uniemożliwia realizację Robót zgodnie z Kontraktem i przepisami powszechnie obowiązującego prawa, o ile dokonanie tych zmian wpływa na przedłużenie Czasu na Ukończenie lub przez powoduje konieczność poniesienia dodatkowych wydatków Wykonawcę albo powstanie oszczędności', dopuszcza się zmiany wynagrodzenia w przypadku poniesienia w związku z tym dodatkowych wydatków przez Wykonawcę lub wystąpienia oszczędności maksymalnie o kwotę dodatkowych wydatków/oszczędności potwierdzonych przez Inżyniera, a także Czasu na Ukończenie, jeżeli zmiana przepisów spowoduje wstrzymanie Robót rzutujące na Czas na Ukończenie, maksymalnie o okres zawieszenia Robót". W ocenie Odwołującego tak sformułowane postanowienie bezzasadnie zawęża możliwość wprowadzania zmian w Dokumentacji projektowej wyłącznie do „błędów projektowych", podczas gdy zasadne byłoby uwzględnienie również innych przesłanek, skutkujących koniecznością wprowadzenia tych zmian. Ponadto, w ocenie Odwołującego, postanowienie to zawęża możliwość zmiany Czasu na Ukończenie wyłącznie do sytuacji, w

której wstrzymanie Robót następuje z uwagi na „zmianę przepisów" Również i to zawężenie bezzasadnie wyklucza możliwość przesunięcia Czasu na Ukończenie z uwagi na wstrzymanie Robót, spowodowane innymi czynnikami niż zmiana przepisów prawa. Ponadto, przy przesunięciu Czasu na Ukończenie winna być brana pod uwagę również skala zmian (tj. czas potrzebny na ich wprowadzenie i wykonanie), nie tylko długość okresu wstrzymania Robót.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 13.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „konieczności dokonania zmian w Dokumentacji Projektowej (wprowadzenia uzupełnień, rozwiązań zamiennych} w szczególności w przypadku błędów projektowych, których wystąpienie utrudnia lub uniemożliwia realizację zgodnie z Kontraktem i Robót przepisami powszechnie obowiązującego prawa; o ile dokonanie tych zmian wpływa na przedłużenie Czasu na Ukończenie lub przez powoduje konieczność poniesienia dodatkowych wydatków Wykonawcę albo powstanie oszczędności dopuszcza się zmiany wynagrodzenia w przypadku poniesienia w związku z tym dodatkowych wydatków przez Wykonawcę lub wystąpienia oszczędności maksymalnie o kwotę dodatkowych wydatków/oszczędności potwierdzonych przez Inżyniera; a także Czasu na Ukończenie, jeżeli konieczność dokonania zmian w Dokumentacji Projektowej będzie rzutować na Czas na Ukończenie, maksymalnie o okres wstrzymania Robót oraz okres wykonania Robót objętych tymi zmianami, uzasadniony ich wdrażaniem" (żądanie nr 21).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2 pkt 11) wzoru umowy Zamawiający wskazuje, iż „w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych jeżeli to uniemożliwia lub istotnie utrudnia realizację Robót wpływając na przedłużenie Czasu na Ukończenie, dopuszcza się przedłużenie Czasu na Ukończenie maksymalnie w którym realizacja określonego rodzaju Robót była niemożliwa lub istotnie utrudniona i przez który zakończenie Robót w Czasie na Ukończenie było niemożliwe, a także w przypadku konieczności poniesienia dodatkowych wydatków przez Wykonawcę albo powstania oszczędności, dopuszcza się zmiany wynagrodzenia w przypadku poniesienia w związku z tym dodatkowych wydatków przez Wykonawcę lub wystąpienia oszczędności maksymalnie o kwotę dodatkowych wydatków/oszczędności potwierdzonych przez Inżyniera". W ocenie Odwołującego Zamawiający uzależnia możliwości zmiany treści Czasu na Ukończenie nie od czasu faktycznie niezbędnego na wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych, lecz od okoliczności, czy roboty te „uniemożliwiają lub istotnie utrudniają" realizację Robót. W ocenie Odwołującego taka regulacja jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, gdyż wyłącza możliwość

zmiany Czasu na Ukończenie w sytuacji, gdy roboty dodatkowe lub zamienne nie uniemożliwiają lub nie utrudniają w istotny sposób realizacji Robót, lecz z uwagi na swą czasochłonność nie pozwalają na realizację Robót zgodnie z Harmonogramem.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 13.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych wpływając na przedłużenie Czasu na Ukończenie, dopuszcza się przedłużenie Czasu na Ukończenie maksymalnie o okres wykonania tych robót, a także w przypadku konieczności poniesienia dodatkowych wydatków przez Wykonawcę albo powstania oszczędności, dopuszcza się zmiany wynagrodzenia w przypadku poniesienia w związku z tym dodatkowych wydatków przez Wykonawcę lub wystąpienia oszczędności maksymalnie o kwotę dodatkowych wydatków/oszczędności potwierdzonych przez inżyniera" (żądanie nr 28).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 13.1. „Prawo do Zmian" ust. 2pkt 13) wzoru umowy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w następującym zakresie: „zmniejszenie zakresu realizowanych Robót /prac w ramach Kontraktu przewiduje się obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy o wartość robót zaniechanych, ustaloną przez Inżyniera". W postanowieniu tym Zamawiający nie wskazał jednak, w jaki sposób Inżynier ustali wartość, o którą pomniejszone zostanie wynagrodzenie Wykonawcy. W ocenie Odwołującego to zaniechanie określenia podstaw i sposobu wyceny zmniejszonego zakresu Robót prowadzić może do arbitralnego szacowania tych wartości, bez odnoszenia się do ich realnej wartości. Regulacja taka jest więc sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 13.1. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „zmniejszenie zakresu realizowanych Robót / prac w ramach Kontraktu przewiduje się obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy o wartość robót zaniechanych, ustaloną przez Inżyniera. Przy ustalaniu wartości robót zaniechanych, inżynier kontraktu weźmie pod uwagę faktyczną wartość tych Robót, opublikowaną w KNR-ach w dniu przekazania Wykonawcom zaproszenia do składania ofert, a w przypadku kwestionowania przez Wykonawcę wartości wskazanej obliczonej przez Inżyniera, Wykonawca uprawniony jest do powołania biegłego, którego opinia jest wiążąca dia stron Kontraktu. Koszty opinii biegłego pokrywa Wykonawca, jeżeli wycena robót zaniechanych, dokonana przez biegłego, nie różni się od wyceny Inżyniera o więcej niż pięć procent (< +/- 5%). Koszty opinii biegłego pokrywa Zamawiający, jeżeli wycena robót zaniechanych dokonana przez biegłego różni się od wyceny Inżyniera o więcej niż pięć procent (> +/- 5%f (żądanie nr 29).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 14.7. „Zapłata" pkt (a) wzoru umowy, Zamawiający reguluje kwestie płatności w następujący sposób: „kwotę potwierdzoną w Przejściowym Świadectwie Płatności lub Końcowym Świadectwie Płatności w ciągu 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT na wskazany w niej rachunek bankowy Wykonawcy. Wykonawca wystawi fakturę VAT po podpisaniu przez Zamawiającego Przejściowego Świadectwie Płatności lub Końcowego Świadectwa Płatności wystawionego przez Inżyniera. W ocenie Odwołującego postanowienie to nie nakłada więc na Zamawiającego obowiązku podpisania Przejściowego Świadectwa Płatności lub Końcowego Świadectwa Płatności wystawionego przez Inżyniera „bez zbędnej zwłoki". Takie przyzwolenie na ewentualną opieszałość Zamawiającego, której negatywne skutki odczuje wyłącznie Odwołujący, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 14.7. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „kwotę potwierdzoną w Przejściowym Świadectwie Płatności lub Końcowym Świadectwie Płatności w ciągu 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT na wskazany w niej rachunek bankowy Wykonawcy. Wykonawca wystawi fakturę VAT po bezzwłocznym podpisaniu przez Zamawiającego Przejściowego Świadectwie Płatności lub Końcowego Świadectwa Płatności wystawionego przez Inżyniera" (żądanie nr 30).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.2. „Rozwiązanie przez Zamawiającego" pkt (g) akapit drugi zdanie pierwsze wzoru umowy, Zamawiający zastrzega,

w odniesieniu do przyczyn wymienionych w tym punkcie, że „[w] każdym z takich przypadków lub okoliczności Zamawiający może odstąpić od Kontraktu w terminie 60 dni od dnia dowiedzenia się o okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia i usunąć Wykonawcę z Terenu Budowy". W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu w terminie 60 dni od dnia dowiedzenia się o okoliczności stanowiącej podstawę do odstąpienia jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W obecnym brzmieniu, odstąpienie może bowiem nastąpić na długo po zaprzestaniu uchybień w realizacji Kontraktu, w okresie gdy jest on już prawidłowo realizowany. W ocenie Odwołującego regulacja ta powoduje więc niepewność stosunku prawnego i możliwość wykorzystywania takich "starych" uchybień, jako pretekstu do usunięcia Wykonawcy w okresie późniejszym.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 15.2. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: ,,[w] każdym z takich przypadków lub okoliczności Zamawiający może odstąpić od Kontraktu w terminie 14 od dnia dowiedzenia

---

się o okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia i usunąć Wykonawcę z Terenu Budowy" (żądanie nr 31).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.5. „Uprawnienie Zamawiającego do rozwiązania Kontraktu" wzoru umowy, Zamawiający zastrzega, że „Zamawiający ma prawo odstąpienia od Umowy w stosunku do niewykonanej części Umowy (nierozpoczętych Odcinków), w terminie 14 dni przed zakończeniem ostatniego Odcinka realizowanego przez Wykonawcę, jeżeli z przyczyn niezawinionych przez Zamawiającego lub gdy dalsza realizacja inwestycji będzie nieuzasadniona". W ocenie Odwołującego Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu przez cały okres trwania Kontraktu, z wyłączeniem ostatnich 14 dni przez zakończeniem ostatniego Odcina, z uwagi na wystąpienie niesprecyzowanych w Kontrakcie przyczyn „niezawinionych przez Zamawiającego", jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, postanowienie to jest bowiem uznaniowe i stojące w sprzeczności z zasadą pacta sunt servanda oraz wprowadza niepewność stosunku prawnego. Obecnie bowiem, Zamawiający może wedle swojego uznania i bez wskazania żadnej konkretnej przyczyny odstąpić od Kontraktu.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 15.5. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Zamawiający ma prawo odstąpienia od Kontraktu w stosunku do niewykonanej części Kontraktu (tj. nierozpoczętych Odcinków), jeżeli dalsza realizacja inwestycji będzie w sposób obiektywny niezasadna, oraz jeżeli Zamawiający poinformuje Wykonawcę o odstąpieniu od Kontraktu w terminie 14 dni od dnia powzięcia informacji lub od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację, o wystąpieniu obiektywnych przyczyn niweczących zasadność realizacji inwestycji" (żądanie nr 32).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.5. „Uprawnienie Zamawiającego do rozwiązania Kontraktu" wzoru umowy, Zamawiającego wprowadza uprawnienie do odstąpienia od Kontraktu w przypadku wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Przy czym, „przez wielokrotne dokonywanie bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy strony rozumieją co najmniej dwu dokonanie takiej zapłaty na rzecz dowolnego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy". Odwołujący wskazał, że wprowadzenie możliwości odstąpienia od umowy w przypadku dwukrotnego, bezpośredniego uiszczenie przez Zamawiający zapłaty jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Intencją tego postanowienia jest bowiem zapobieganie nagminnym i rażącym naruszeniom Kontraktu w zakresie zapłaty na rzecz podwykonawców oraz

---

dalszym podwykonawcom. Zatem dwukrotne dokonanie takiej zapłaty nie spełnia kryterium „wielokrotności".

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 15.5. poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „[przez wielokrotne dokonywanie

bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy strony rozumieją co najmniej czterokrotne dokonanie takiej zapłaty na rzecz dowolnego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy" (żądanie nr 33).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 17.4. „Następstwa ryzyka Zamawiającego" wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że ,,[w przypadku wystąpienia sytuacji, o których mowa w Kl. 17.3, o ile będzie to możliwe zgodnie z Kontraktem i przepisami, Zamawiający może wprowadzić zmiany; zgodnie z Kl. 13 [zmiany i korekty]. Tym samym, Zamawiający wyłączył z uprawnień Wykonawcy możliwości odstąpienia od Kontraktu, w sytuacji wystąpienie przyczyn, o których mowa w klauzuli 17.3. Uprawnienie to Zamawiający zastąpił uprawnieniem Zamawiającego do wprowadzenia zmian do Kontraktu, co nie równoważy jednak niedogodności związanych z wystąpieniem przyczyn wskazanych w ww. klauzuli. W ocenie Odwołującego takie jednostronnie korzystne regulacje, pozwalające odstąpić Zamawiającemu od umowy w każdym czasie i bez ważnych przyczyn, a z drugiej strony wyłączające uprawnienie Wykonawcy do odstąpienia od Kontraktu w sytuacji wystąpienia siły wyższej, wojny itp., jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu klauzuli 17.4. poprzez nadanie jej brzmienia zgodnego w treścią odnośnego projektu umowy FIDIC („Warunki Kontraktu na budowę" - FIDIC czerwony), (żądanie nr 33).

W cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 20.1. „Roszczenia Wykonawcy'" wzoru umowy, Zamawiający w jednej zmianie warunków Kontraktu wprowadza niewielką modyfikację do klauzuli 20.1., zaś w następnej zmianie warunków Kontraktu Zamawiający oświadcza: „Klauzule 20.1. - 20.8 skreśla się, jako nie mające zastosowania". Powyższe zmiany stoją względem siebie w sprzeczności.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę cytowanego fragmentu dotyczącego klauzul 20.1. - 20.8 poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Klauzule 20.2. - 20.8 skreśla się, jako nie mające zastosowania" (żądanie nr 34).

TERMIN SKŁADANIA OFERT

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 03 czerwca 2015r. Odwołujący podniósł, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia bowiem specyfiki niniejszego zamówienia publicznego, złożonego charakteru tego projektu, a nade wszystko okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i niejasny.

Z uwagi na fakt, że opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny, Wykonawcy nie mogą składać oferty w oparciu wyłącznie o dokumenty składające się na SIWZ. Dla uzyskania informacji, jaki zakres prawdopodobnie jest zgodnie z intencją Zamawiającego objęty przedmiotem zamówienia, Wykonawcy zmuszeni są odbyć wizję lokalną. Termin zaś wizji lokalnej został zaś wyznaczony na zaledwie trzy (3) tygodnie przed terminem składania ofert tj. 11 maja 2015 r. Odwołujący wniósł o modyfikacje postanowień ogłoszenia o zamówienia i SIWZ i wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 2 tygodnie tj. nie wcześniej niż na dzień 17 czerwca 2015 r. (żądanie 35).

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego SIWZ na okoliczność ustalenia opisu przedmiotu zamówienia. Na podstawie powyższego dokumentu Izba ustaliła, że kwestionowane przez Odwołującego SIWZ zawarte w treści odwołania odpowiadają zapisom w SIWZ.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 4 maja 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Warbud S.A., GTM Bâtiment SAS oraz SICRA ILE DE France. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 14 maja 2015 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie wszystkich podniesionych zarzutów.

32

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp

Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

W ocenie Izby Zamawiający poprzez nieprzekazanie wykonawcom inwentaryzacji stanu istniejącego modernizowanych pięter II – V oraz braku załączenia do SIWZ szczegółowego Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją oddziałów i pacjentów naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

33

Co do inwentaryzacji stanu istniejącego modernizowanych pięter II – V stanowisko Zamawiającego sprowadzało się do twierdzenie, że nie posiada takiego dokumentu, a wszystko co miał przekazał wykonawcom. Zamawiający wskazał, że wszystkie wymagane informacje zawarł w Projekcie Funkcjonalno – Wykonawczym („PFU"). Nie można zaaprobować takiego działania Zamawiającego. Nie jest bowiem obowiązkiem Zamawiającego przekazanie wszystkiego co ma w swojej dokumentacji, ale przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu Zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia to winien on, przed wszczęciem postępowania, lub zlecić jej samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację przygotowanie podmiotowi trzeciemu. Uzupełnieniem informacji o stanie technicznym

modernizowanych pięter nie może być wizja lokalna ani możliwość kontaktu wykonawców ze wskazanymi przez Zamawiającego przedstawicielami szpitala. Podkreślić bowiem należy, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane to dokumentacja projektowa stanowi treść SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartych w opracowanej dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Tym samym umożliwienie wykonawcom dokonanie wizji lokalnej nie sposób uznać jako uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o inwentaryzację modernizowanych pięter II – V. Jak wyjaśnił Odwołujący wizja lokalna odbyła się w czynnym szpitalu, w którym znajdują się pacjenci. Polegała wyłącznie na spacerze wykonawców po poszczególnych piętrach i wizualnym oglądzie miejsca modernizacji. Żaden z wykonawców nie miał możliwości zbadać stanu tynków, podłogi, sieci energetycznej czy gazowej. Podobnie możliwość kontaktu wykonawców z przedstawicielami szpitala również nie może stanowić uzupełnienia braków w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma żadnej kontroli nad zakresem i rodzajem informacji, jaki może zostać udzielony wykonawcom. Co więcej nie ma żadnej pewności czy wszyscy wykonawcy otrzymają ten sam zakres informacji. To zaś przekłada się bezpośrednio na porównywalność ofert. Podkreślić bowiem należy, że ocenie winny podlegać oferty porównywalne. Porównywalność można zapewnić wyłącznie poprzez przekazanie wykonawcom jednakowych informacji stanowiących bazę dla szacowania kosztów realizacji zamówienia. Działania Zamawiającego wypaczają temu celowi.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że obecne brzmienie SIWZ, w tym PFU, w którym Zamawiający odsyła w zakresie opisu technicznego pięter II – V do wizji lokalnej, narusza

art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu oraz w piśmie procesowym z dnia 15 maja 2015 r. wskazał na konkretne informacje niezawarte w treści SIWZ (co zresztą potwierdził sam Zamawiający podczas rozprawy) co do modernizowanych pięter II – V, które uniemożliwiają mu rzetelną wycenę kosztów realizacji tej części zamówienia. Stanowisko Zamawiającego, iż nie posiada innych informacji nie może być usprawiedliwieniem braku podjęcia przed wszczęciem postępowania koniecznych kroków w celu przygotowania pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający nie dołożył wszelkich możliwych starań w celu należytego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Dlatego też zasadnym było nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie SIWZ o inwentaryzacji stanu istniejącego modernizowanych pięter II – V.

Dalej wskazać należy, że w związku z powyższymi zmianami, zasadnym jest również nakazanie Zamawiającemu zmiany obecnego brzmienia klauzuli 4.27 wzoru umowy. Przekazana wykonawcom inwentaryzacja stanu istniejącego modernizowanych pięter II – V winna zawierać informacje o wszystkich istniejących instalacjach. Obowiązek wykonawcy określony w klauzuli 4.27 winien obejmować zaznajomienie się z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego zawierającą informacje na temat umiejscowienia wszystkich instalacji. Oczywiście Zamawiający uprawniony jest do nałożenia na wykonawcę dodatkowego obowiązku zaznajomienia się z umiejscowieniem wszystkich instalacji przed przystąpieniem do realizacji robót, jednakże nie zwalnia go to z obowiązku przedłożenia wykonawcom pełnej dokumentacji przedstawiającej umiejscowienie takich instalacji. Dokumentacja ta jest, w ocenie Izby, niezbędna dla wyceny oferty i możliwości wykonania prac. Przystąpienie do modernizacji obecnie funkcjonującego szpitala bez jakichkolwiek informacji o umiejscowieniu istniejących instalacji i wymaganie od wykonawców zaznajomienia się z instalacją przed przystąpieniem do realizacji zamówienia nie można być uznane za jednoznaczny i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający bez przedstawienia wykonawcom dokumentacji wskazującej na umiejscowienie wszelkich istniejących instalacji przerzuca na wykonawcę ryzyko uszkodzenia instalacji podczas wykonywania modernizacji i ponoszenia dodatkowych kosztów, unikając w ten sposób obowiązku przygotowania wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do szczegółowego Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją

oddziałów i pacjentów, Izba również uznała, że brak załączenia do SIWZ powyższego harmonogramu przez Zamawiającego stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Nie zasługuje na uwzględnieni argument Zamawiającego, że modernizacja pięter II – V odbywać się będzie w formule „projektuj i wybuduj", a w związku z tym wykonawca winien uwzględnić

w ofercie ryzyko związane z ewentualnym opóźnieniem oddawania poszczególnych pięter do modernizacji w ramach czynnego obiektu. Zamawiający wskazał jednocześnie, że przygotowanie przez niego takiego harmonogramu, o ile w ogóle możliwe, byłoby nieracjonalne z uwagi na dynamikę działań szpitala i procesu inwestycyjnego, pozostawiając jednocześnie wykonawcom inicjatywę w zakresie organizacji robót, za którą ponoszą odpowiedzialność.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym. Po pierwsze wskazać należy, że modernizacja pięter II – V odbywać się będzie w czynnym obiekcie. Jak wskazał Odwołujący na piętrach II – V ulokowane są istotne oddziały szpitala, które leczą pacjentów ze skomplikowanymi schorzeniami, a ich relokacja wymaga odpowiedniego uprzedniego zorganizowania zastępczego miejsca leczenia. Zamawiający wskazał w załączonym do treści SIWZ Harmonogramie (załącznik nr 5), że przewiduje okres jednego roku na wykonanie modernizacji. Nałożył jednocześnie na wykonawców obowiązek przygotowania szczegółowego – w wykonawca Harmonogramu Rzeczowo Finansowego, którym zobowiązany jest przedstawić porządek w jakim zamierza wykonać roboty, łącznie z założoną koordynacją każdego etapu przeprowadzek oddziałów szpitalnych, za który wykonawca ma ponosić odpowiedzialność. Wskazał jednocześnie, że harmonogram podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego i może ulec zmianie, jeśli nie będzie możliwości przelokowania pacjentów. W kontekście powyższych zapisów podkreślić należy w pierwszej kolejności, że Zamawiający z jednej strony kwestionuje możliwość i realność przygotowania szczegółowego Harmonogramu dyslokacji pacjentów i udostępniania pięter ze względu na dynamikę działań szpitala, a jednocześnie przerzuca to ryzyko na wykonawcę zobowiązując go do sporządzenia szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, w którym wykonawca musi a priori przyjąć jakieś założenia co do terminów udostępniania poszczególnych pięter szpitala, etapów przeprowadzek oddziałów szpitalnych, nie mając w tym zakresie jakichkolwiek szczegółowych informacji. Co więcej wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęte w harmonogramie założenia co do realizacji inwestycji i ewentualne opóźnienia.

Dalej Izba podkreśla, że formuła „zaprojektuj i wybuduj" nie obejmuje swoim zakresem zaprojektowania harmonogramu udostępnienia sal i dyslokacji pacjentów. Obowiązkiem wykonawcy jest wyłącznie zaprojektowanie modernizacji szpitala w ramach szczegółowego harmonogramu udostępnienia poszczególnych oddziałów przyjętego przez Zamawiającego. To nikt inny jak tylko Zamawiający winien mieć wiedzę i informację w jaki sposób pacjenci będą rozlokowani w trakcie remontu, w jakich terminach dane pietra będą udostępnione czy jednocześnie będzie udostępnionych więcej niż jedno piętro. Zamawiający zaś unikając

wypełnienia ciążącego na nim obowiązku wskazuje w SIWZ, że to wykonawca ma przygotować szczegółowy Harmonogram Rzeczowo – Finansowy, uwzględniający harmonogram remontu poszczególnych pięter nie posiadając szczegółowej wiedzy co do sposobu i terminów ich udostępnienia. Podkreślić należy, że okoliczności te nie są kontrolowane przez wykonawcę, to nie wykonawca wie gdzie i kiedy dana grupa pacjentów może opuścić dane piętro, aby wykonać niezbędne prace. To Zamawiający winien posiadać w tym zakresie odpowiednią wiedzę. Zaproponowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powoduje, że wykonawca nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Nie wie bowiem czy jednocześnie zostanie mu udostępnione jedno czy dwa piętra, ile osób musi mieć do dyspozycji na wykonanie modernizacji danego piętra czy przyjęty przez niego sposób i termin modernizacji poszczególnych pięter będzie możliwy do zrealizowania. W ocenie Izby nie można obarczać wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienia w realizacji zamówienia z powodu okoliczności na które nie ma żadnego wpływu. A w omawianej sytuacji wykonawca nie ma żadnego wpływu na termin i sposób

udostępnienia poszczególnych pięter, gdyż związane jest to wyłącznie z czynnościami Zamawiającego.

Wskazać dalej należy, że Zamawiający oświadczył, iż prowadzi dopiero w obecnej chwili rozmowy na temat możliwej dyslokacji pacjentów co oczywiście będzie się wiązało z dostępnością poszczególnych pięter dla wykonawcy. W ocenie Izby działania takie winny być podjęte przed wszczęciem postępowania. Jeśli zaś Zamawiający, jak twierdzi w odpowiedzi na odwołanie, nie jest w stanie przygotować szczegółowego harmonogramu udostępniania pięter, to przerzucanie na wykonawców obowiązku przygotowania takiego harmonogramu modernizacji w oderwaniu od rzeczywistej możliwości udostępnienia poszczególnych pięter i obarczenie ich ewentualnym ryzykiem opóźnienia realizacji inwestycji uznać należy za działanie nieuprawnione.

W ocenie Izby dopiero przedstawienie przez Zamawiającego szczegółowego Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją oddziałów i pacjentów umożliwi wykonawcom zaprojektowanie i wykonanie modernizacji pięter II – V. Dokument ten umożliwi określenie możliwego tempa postępu prac budowlanych, a tym samym pozwoli na rzetelne skalkulowanie cena za realizację tej części zamówienia.

Zmiany SIWZ – Wzór Umowy – naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców. Celem postępowania jest weryfikacja postanowień SIWZ w świetle ustawy Pzp, w więc również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc 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. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego argumentował, że Odwołujący nie wskazał jakie konkretne zasady współżycia społecznego zostały naruszone przez Zamawiającego. Wskazać jednak należy w tej kwestii, że judykatura odstąpiła od obowiązku wskazywania

wprost zasady współżycia społecznego jaka została naruszona poprzez postępowania danej osoby. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2014 r. (V CSK 322/13) odwołanie do się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych.

Na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności jako i (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej równomierny rozkład uprawnień obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalanie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień – rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień – jak i proporcjonalności uprawnień, czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel

zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający nadużył przysługującego mu prawa określenie postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego naruszając zasadę współżycia społecznego rozumianą jako zasadę słuszności w prawie (w tym słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i uczciwego postępowania). Naruszenie powyższych zasad znalazło odzwierciedlenie w następujących klauzulach zawartych we wzorze umowy:

cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.3 „Program"

W ocenie Izby zmiana obecnego brzmienia Klauzuli 8.3 jest zasadna z uwagi na uznanie przez Izbę, że Zamawiający winien dołączyć do SIWZ szczegółowy Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów. Izba uznała bowiem, że dokument ten jest konieczny i niezbędny do przygotowania przez wykonawców Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowego – Finansowego. Wskazać należy, że Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo – Finansowy to dokument, który ma przygotować wykonawca, zawierający szereg informacji, w tym szczegółowy porządek wykonania robót, z uwzględnieniem wszelkich ograniczeń wynikających z konieczności nieprzerwanej pracy

funkcjonującego szpitala. Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, że szczegółowy harmonogram wykonania poszczególnych prac zależy przede wszystkim od Harmonogramu udostępnienia poszczególnych pięter i powierzchni. Każda zmiana Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów przygotowanego przez Zamawiającego będzie mieć potencjalny wpływ na Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo – Finansowy przygotowany przez wykonawcę. Obecne brzmienie Klauzuli 8.3 uprawnia Zamawiającego oraz Inżyniera Kontraktu do wprowadzenia zmian w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym stosownie do bieżących okoliczności, w tym zmieniających się potrzeb szpitala. Oznacza to, że Zamawiający oraz Inżynier Kontraktu mają arbitralne prawo zmiany harmonogramu realizacji robót, kierując się bliżej nieokreślonymi zmieniającymi się potrzebami szpitala. W ocenie Izby wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności, w tym ponosić ryzka zapłaty kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania inwestycji, z powodu zmian w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowych powstałych na skutek zmian w Harmonogramie udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów przygotowanym przez Zamawiającego. Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. W tak specyficznej sytuacji z jaką mamy do czynienie na tle

analizowanej sprawy, gdzie modernizacja szpitala odbywać się będzie w czynnej placówce, to Zamawiający winien wykazać najwyższy stopień zaangażowania w realizację zamówienia i ponosić ewentualne ryzyka związane ze zmianą Harmonogramu udostępnienia szpitala do modernizacji. Wykonawca w żaden sposób nie może wpłynąć na tempo dyslokacji pacjentów, na termin udostępnienia poszczególnych sal szpitalnych. Są to czynności, które leżą w wyłącznej gestii Zamawiającego i ewentualne przesunięcia w ramach Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego spowodowane właśnie zmianami w Harmonogramie udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów winien ponosić Zamawiający, nie zaś wykonawca. Obecne brzmienie postanowień zawartych we wzorze umowy nie daje wykonawcy żadnej gwarancji, iż nie zostanie obciążony karami umownymi z tytuły nieterminowego wykonania inwestycji spowodowanego zmianami w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym z uwagi na „zmieniające się potrzeby szpitala". Przedłużenie czasu na ukończenie leży w gestii Inżyniera Kontraktu, zgodnie z brzmieniem Klauzuli 8.4 zaproponowanej przez Zamawiającego. Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż przedłużenie realizacji Kontraktu zostanie mu przyznane. Podkreślić również należy, że kary umowne naliczane są opóźnienie, a więc również za nieterminowe wykonanie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Takie ukształtowanie postanowień umownych jest w ocenie Izby nadużyciem przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego i narusza zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Wykonawca nie jest ubezpieczycielem zaniechań czy niewłaściwych decyzji Zamawiającego. Nie jest w stanie wycenić takiego ryzyka i wliczyć go w wartość zamówienia. I nie powinien, gdyż umowa o realizację zamówienia publicznego nie ma służyć Zamawiającemu do zabezpieczenia interesu publicznego rozumianego jako przerzucenia na wykonawcę konsekwencji i kosztów zaniechań czy niezasadnych decyzji Zamawiającego, ale ma służyć realizacji interesu publicznego.

Dlatego też w ocenie Izby zasadne jest nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie do wzoru umowy postanowień odzwierciedlających obowiązek przygotowania szczegółowego Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów przez Zamawiającego, postanowień dopuszczających zmianę Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego w przypadku zmiany Harmonogramu udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów po uzgodnieniu z Wykonawcą oraz postanowień regulujących wpływ zmiany Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego na termin realizacji Kontraktu, z zastrzeżeniem, że przesunięcie terminu realizacji Kontraktu z powodu zmian w Harmonogramie udostępnienia pięter i powierzchni z dyslokacją pacjentów i oddziałów nie może rodzić negatywnych konsekwencji po stronie Wykonawcy.

cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.2 „Czas na ukończenie" w

zw. z cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.7 „Kary za opóźnienie”

Odwołujący postawił w kontekście powyższych klauzul dwa zarzuty. Pierwszy dotyczył niezasadnej zmiany „Kary za zwłokę” na „Kary za opóźnienie”. Drugi zaś zarzut dotyczył sposobu naliczania przez Zamawiającego kar umownych z tytułu nieterminowego uzyskania niezbędnych pozwoleń na użytkowanie lub innych dokumentów.

W ocenie Izby, pierwszy z postawionych zarzutów nie potwierdził się. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenie, że zmiana dokonana przez Zamawiającego w stosunku do Ogólnych Warunków Kontraktu i wskazanie, że kary umowne będą naliczane za opóźnienie, nie za zwłokę narusza zasady współżycia społecznego i nakłada na Wykonawcę ryzyko przesunięcie się terminu ukończenia robót, spowodowane działaniami lub zaniechaniami osób trzecich (w tym również Zamawiającego).

Wskazać jednak należy, że zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego, 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. Z kolei zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zatem wynikającą z przepisów Kc zasadą jest uzależnienie odpowiedzialności kontraktowej od winy dłużnika, a naprawienie szkody wynikającej z zawinionego działania lub zaniechania może przybrać formę zapłaty kary umownej. Niemniej jednak przywołany przepis art. 471 Kodeksu cywilnego nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. W orzecznictwie wyraźnie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych za opóźnienie, tj. niezależnie od istnienia winy po stronie dłużnika (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 791/98, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania). Należy więc stwierdzić, że wynikająca z Kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wolą

stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawienia szkody (w tym także przez zapłaty kary umownej) również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych.

Dlatego też w ocenie Izby generalne stwierdzenie Odwołującego o niezasadnym naliczeniu kar umownych za opóźnienie w realizacji inwestycji nie jest zasadne. Możliwość taka istnieje i nie stanowi naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Podkreślenia jednakże wymaga, że naliczanie kar umownych nie jest pojęciem abstrakcyjnym i ma zastosowanie do konkretnych zobowiązań niepieniężnych nałożonych na strony danego stosunku zobowiązaniowego. Oznacza to, w ocenie Izby, że ocena możliwości naliczenia kar umownych w kontekście naruszenia art. 353^1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego winna być analizowane na tle konkretnego postanowienia umownego. Odwołujący zaś tego nie uczynił. Jeśli w jego ocenie naliczanie kar umownych z tytułu niewykonania określonych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy o realizację zamówienia publicznego narusza art. 353^1 kodeksu cywilnego, to winien wskazać na treść obowiązku i wyjaśnić w kontekście przedmiotu zamówienia dlaczego naliczanie kar umownych w danych przypadku stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Odwołujący zaś ograniczył się wyłącznie do generalnego stwierdzenia o niezasadnej zmianie dokonanej przez Zamawiającego, przerzuceniu ryzyka na wykonawcę, nie wskazując, z wyjątkiem jednego postanowienia, do jakich konkretnie zobowiązań wykonawca się odwołuje i jakie ryzyka ma na myśli. Tak sformułowany zarzut, w ocenie Izby, nie potwierdził się, gdyż, jak Izba wskazała powyżej, dopuszczalne jest naliczanie kar umownych za opóźnienie i wprowadzenie takiego zapisu

we wzorze umowy nie stanowi naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego.
Potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego na tle zakwestionowanej przez Odwołującego klauzuli umownej 8.2 „Czas na ukończenie" w zw. z cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.7 „Kary za opóźnienie". Analiza przywołanych postanowień umownych wskazuje, że Zamawiający obarcza wykonawcę wyłącznym ryzykiem opóźnienia w uzyskaniu niezbędnych zgód i pozwoleń administracyjnych związanych z realizacją zamówienia i w przypadku ewentualnego ich nieterminowego otrzymania nalicza kary umowne za opóźnienie. Tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy narusza zasady uczciwości postępowania oraz słuszności kontraktowej i stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu jednostronnego prawa o realizację określenia warunków umowy zamówienia publicznego. W ocenie Izby prawo jednostronnego określenia przez Zamawiającego warunków umowy nie może stanowić obejścia obowiązków Zamawiającego, jako strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, do których należy zaliczyć niewątpliwie obowiązek współpracy z wykonawcą w trakcie realizacji zamówienia, obowiązek

dostarczania niezbędnej i prawidłowej dokumentacji i informacji koniecznych do wykonania ciążących na wykonawcy obowiązków. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie Zamawiającego jest, w ocenie Izby, działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Klauzule takie są pośrednią aprobatą nieprofesjonalnego działania Zamawiającego i próbą ubezpieczenia kosztem wykonawcy własnych zaniechań czy też zaniedbań. Powoływanie się na bliżej niezdefiniowany interes publiczny przez Zamawiającego nie jest żadnym uzasadnieniem wprowadzenia takich klauzul do umów o realizację zamówienia publicznego. Interes publiczny wymaga od Zamawiającego starannego działania, przygotowania właściwych i prawidłowych dokumentów niezbędnych do uzyskania koniecznych pozwoleń i decyzji, podejmowania współpracy z wykonawcą w celu wyeliminowania opóźnień, nie zaś jednostronnego formułowania postanowień umowy, które obarczają wykonawcę zaniechniami i nieprawidłowym działaniami Zamawiającego.

W ocenie Izby kary umowne przewidziane w Klauzuli 8.7 w zw. z Klauzulą 8.2. należy uznać za przekroczenie przez Zamawiającego przysługującego mu prawo do jednostronnego określenia warunków umowy. W ocenie Izby taki sposób ukształtowania sposobu naliczenia kar umownych stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Kwestionowane postanowienie stwarza Zamawiającemu możliwość naliczania kar umownych za własne zaniechania. Dlatego też Izba nakazał Zamawiającemu wprowadzenie postanowień o braku możliwości naliczania kar umownych z tytuł przekroczenia terminów w uzyskaniu przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub innych dokumentów warunkujących użytkowanie każdego oddziału szpitalnego w przypadku, gdy opóźnienie jest spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego.

cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 8.9 „Następstwa zawieszenia"

Zamawiający w SIWZ – Warunki Szczególne Kontraktu wskazał, iż wykreśla klauzulę 8.9 przewidzianą w Warunkach Ogólnych Kontraktu, która regulowała następstwa zawieszenia robót. Zamawiający wyjaśnił, że nie jest zobowiązany do stosowania Ogólnych Warunków Kontaktu bez wprowadzania zmian i decyzja o usunięciu powyższego zapisu jest ustalonym przez Zamawiającego podziałem ryzyka. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający nie dokonał żadnego podziału ryzyku, a usuwając klauzulę 8.9 z Warunków Ogólnych Kontraktu przerzucił całe ryzyko związane z ewentualnym opóźnieniem

robót na wykonawcę. Wskazać należy, że zgodnie z Klauzulą 8.8 Inżynier może polecić wykonawcy zawieszenie wykonania całości lub części robót. Wykreślenie Klauzuli 8.9 powoduje, że wszelkie negatywne konsekwencji związane opóźnieniem robót z powodu ich

zawieszenia obciążają wykonawcę. Wskazać bowiem należy, że pkt 8.7 Zamawiający przewidział kary za opóźnienie. Oznacza to, że co do zasady wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych za niewykonania zamówienia w terminie niezależnie od tego czy opóźnienie jest wynikiem działań lub zaniechań wykonawcy czy osoby trzeciej, a więc również Zamawiającego. Usunięcie więc klauzuli 8.9 powoduje, że w przypadku zawieszenia robót z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, wykonawca nadal narażony jest na ryzyko zapłaty kar umownych. Taki podział ryzyka jest w ocenie Izby naruszeniem zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i uczciwego postępowania. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający w swoim działaniu nie może korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego w wykonawcą. Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażają się w tym, że podział ryzyka związanego z ewentualnym zawieszeniem prac budowlanych winien być skorelowany ze źródeł zawieszenia. O ile zasadnym może być przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za zawieszenie robót spowodowane działaniem lub zaniechaniem samego wykonawcy lub osób trzecich, to w kontekście umowy o realizację zamówienia publicznego obarczenie wykonawcy skutkami działań i zaniechań Zamawiającego nie może się ostać. Celem bowiem Zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań Zamawiającego nie służy powyższemu celowi w żaden sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań. Takie działanie stanowi w ocenie Izby nadużycie prawa ze strony Zamawiającego i stanowi naruszenie zasady słuszności kontraktowej i uczciwego postępowania. Dlatego też Izba nakazała wprowadzenie we wzorze umowy postanowień, iż w przypadku zawieszenia robót z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego Wykonawca będzie przysługiwało prawo żądania przedłużenia terminu realizacji Kontraktu bez ponoszenia ryzyka zapłaty kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania robót oraz pokrycia uzasadnionych kosztów związanych z zawieszeniem prac.

---

cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu, klauzula 15.5 „Uprawnienie Zamawiającego do rozwiązania Kontraktu”

W ocenie Izby obecne brzmienie klauzuli 15.5 pozostaje w sprzeczności z regulacją zawartą w art. 145 ustawy Pzp. Art. 145 ustawy Pzp przewiduje możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że możliwość jego zastosowania nie może być wyłączona wolą stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowi on samoistną podstawę takiego odstąpienia. Tym samym niejako w każdy kontrakt publiczny, z mocy ustawy, wpisana jest klauzula odstąpienia. Klauzula referująca do wydarzeń przyszłych i niepewnych, których wystąpienia nie tylko nie sposób przewidzieć, ale też dokładnie zdefiniować. Ustawodawca przewidział więc w ustawie Pzp regulację szczególną w stosunku do art. 395 kodeksu cywilnego ograniczającą umowne prawo stron odstąpienia od umowy o realizację zamówienia publicznego. Prawo to przysługuje wyłączne Zamawiającego i może z niego korzystać w ściśle określonej sytuacji. Regulacja pozostaje w zgodzie z naturą umów o w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca podpisujący umowę o realizację zamówienia publicznego czyni to w przeświadczeniu, iż wzajemne zobowiązania zostaną wykonane tj. zrealizowany zostanie cel publiczny określony w SIWZ, w zamian za co wykonawca otrzymania odpowiednie wynagrodzenia, zaś prawo odstąpienia będzie przysługiwać Zamawiającemu wyłącznie w sytuacji, gdy realizacja celu zamówienia nie będzie już w interesie publicznym. Dlatego też ustawodawca wyłączył możliwość dowolnego ustalenia przez strony przypadków uprawniających do umownego odstąpienia od umowy, wprowadzając regulację szczególną, która prawo odstąpienia do umowy wiąże z celem postępowania czyli realizacją interesu publicznego. Gdyby ustawodawca pozostawił stron dowolność w określeniu podstaw do odstąpienia od umowy, wówczas zbędna byłaby regulacja zawarta w art. 145 ustawy pzp. Oczywistym jest również, że art. 145 ustawy Pzp nie wyłączą ustawowego prawa odstąpienia od umowy wynikającego z przepisów kodeksu cywilnego tj. z art. 491 i nast. kodeksu cywilnego. Potwierdził to również Sąd Najwyższy w

wyroku z dnia 10 kwietnia 2010 r. (III CKN 1320/00) wskazując, że iż kwestię odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego oceniać należy w odniesieniu do przesłanek wskazanych w przepisach Kodeksu cywilnego, z wyjątkiem przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, o którym mowa w art. 77 ustawy o zamówieniach publicznych (obecnie art. 145 ustawy Pzp).

W analizowanej sprawie przesłanka odstąpienia zakwestionowana przez Odwołującego narusza regulację art. 145 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem zastrzega sobie jednostronne prawo do odstąpienie od niewykonanej części zamówienia posługując się niedookreślonym

pojęciem „niezasadności" realizacji zamówienia. Tak ukształtowane umowne prawo odstąpienia jest niezgodne z regulacją zawartą w art. 145 ustawy Pzp i winno zostać wykreślone ze wzoru umowy. Zamawiający winien wyłącznie odwołać się do art. 145 ustawy Pzp, która jest wyczerpującą regulacją co do zakresu możliwości odstąpienia stron od umowy o realizację zamówienia publicznego.

Podkreślenia również wymaga, że zakwestionowane prawo odstąpienia zastrzeżone na korzyść Zamawiającego nie służy w żaden sposób ochronie interesu publicznego, zaś po stronie wykonawcy rodzi ryzyko utraty zysku przewidzianego z realizacji całości zamówienia z powodu bliżej nieokreślonych przyczyn subiektywnie selekcjonowanych przez Zamawiającego. Nie jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odstąpienie przez Zamawiającego od umowy w dowolnym momencie jej realizacji z bliżej nieokreślonej przyczyny. Celem postępowanie jest zrealizowanie z góry określanego i zdefiniowanego celu publicznego i, jak wskazał ustawodawca w art. 145 ustawy Pzp, tylko w przypadku gdy dalsza realizacji owego celu publicznego nie leży w interesie publicznych Zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy.

W ocenie Izby prawo Zamawiającego od odstąpienia od umowy winno odzwierciedlać postanowienie art. 145 ustawy Pzp. Zakwestionowana klauzula we wzorze umowy winna odzwierciedlać brzmienie powyższego przepisu ustawy Pzp.

cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu klauzula 1.8 „Przechowywanie i dostarczanie dokumentów"

W ocenie Izby brak jakiekolwiek określenia we wzorze umowy okoliczności uzasadniających brak zatwierdzenia dokumentacji przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 353 kodeksu cywilnego. Zapisy zaproponowane przez Zamawiającego przyznają niczym nie ograniczone jednostronna prawo Inżynierowi Kontraktu do niezatwierdzenia Dokumentów Wykonawcy, a więc całej dokumentacji projektowej przygotowanej przez wykonawcę lub dla niego. Wskazuje jednocześnie, że wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń względem Zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że oczywistym jest, że odmowa zatwierdzenie może nastąpić tylko w uzasadnianych wypadach. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, a oczywistość na którą powołuje się Zamawiający nie wynika z zaproponowanych przez niego zapisów. Obecne przepisu uzależniają zatwierdzenie Dokumentów Wykonawcy od bliżej nieokreślonych przyczyn i narażają wykonawcę na niczym nieuzasadnione ryzyko odmowy zatwierdzenia dokumentacji, a tym samym niewykonania ciążących na wykonawcy obowiązków. Takie

działanie nie jest służy w żaden sposób ochronie interesu publicznego, a wyłącznie wprowadza niepewność po stronie wykonawcy i naraża go na arbitralne decyzje Inżyniera Kontraktu, bez prawa zgłaszania roszczeń z tego tytułu do Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała za zasadne wprowadzenie zmian wskazanych w sentencji wyroku.

Niezgodność Klauzuli 3.3 z przepisami kodeksu cywilnego

cz. II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu klauzula 3.3 „Polecenie inżyniera"

W ocenie Izby obecne brzmienie klauzuli 3.3 jest niezgodne z przepisem art. 636 kodeksu cywilnego. Wskazać bowiem należy, że o ile przepis art. 636 kodeksu cywilnego ma

charakter dyspozytywny w zakresie możliwości skorzystania z uprawnienia powierzenia zastępczego wykonania robót, to nie pozostawia on swobody co do sposobu wykonania takiego prawa. Innymi słowy decydując się na wprowadzenie w umowie możliwości powierzenia zastępczego wykonania robót, Zamawiający jest związany sposobem wykonania tego prawa wynikającym z art. 636 kodeksu cywilnego. Oznacza to, iż zlecenie wykonania zastępczego winno być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wykonania robót w wyznaczonym terminie. Obecne brzmienie zakwestionowanej klauzuli stanowi naruszenie art. 636 kodeks cywilnego stanowiąc, iż powierzenie zastępczego wykonania robót może nastąpić bez konieczności osobnego powiadomienia o tym wykonawcy. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie prezentuje sprzeczne stanowisko. Z jednej strony twierdzi, iż przepis art. 636 kodeksu cywilnego ma charakter przepisu dyspozytywnego i w związku z tym posada on uprawnienie do sformułowania zasad wykonania prawa zastępczego wykonania w sposób odmienny niż wskazany w kodeksie cywilny. Z drugiej zaś strony wskazuje, że Odwołujący błędnie zinterpretował postanowienie 3.3. gdyż z jego treści wynika, że Inżynier Kontraktu musi wydać wykonawcy dodatkowe polecenie, a gdy nie zostanie ono wykonane może zlecić zastępcze wykonanie. W ocenie Izby literalna wykładnia spornego postanowienia nie daje podstaw do przyjęcia zasadności stanowiska Zamawiającego. W związku Izba nakazała Zamawiającemu wprowadzenie postanowień określających, iż prawo powierzenia wykonania polecenia Inżyniera podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy winno być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wykonania polecenia Inżyniera, z wyznaczeniem dodatkowego terminu.

Brak określenia terminów w SIWZ – Wzór Umowy na wykonanie określonych czynności przez Zamawiającego lub Inżyniera Kontraktu

W II Rozdział 3 Warunki Szczególne Kontraktu w klauzulach 1.8, 4.1, 4.8, 11.1, oraz 14.7 Izba nakazał wprowadzenie postanowień określających terminy na dokonanie określonych czynności przez Zamawiającego lub przez Inżyniera Kontaktu. Zamawiający uzasadniał brak wskazanie zakwestionowanych terminów odwołując się do ogólnych postanowień kodeksu cywilnego tj. art. 345 oraz do deklaracji, iż oczywistym jest, że Zamawiający oraz Inżynier Kontraktu wykonają ciążące na nich obowiązki niezwłocznie. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia wzoru umowy stanowią w ocenie Izby naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący dokonał błędnej kwalifikacji naruszeń Zamawiającego, co w ocenie Izby jednak nie może stanowić podstawy do braku rozpoznania przedstawionych zarzutów. To zadaniem Izby jest bowiem dokonać procesu subsumcji i podporządkowania określonego stanu faktycznego do określonej normy prawnej. Niepowołanie przez stronę właściwych przepisów prawa nie zwalnia Izby od obowiązku ich stosowania.

Wskazać należy, że w klauzulach 1.8, 4.1, 4.8, 11.1, oraz 14.7 cz. II Rozdziału III Warunków Szczególnych Kontraktu Zamawiający określił obowiązek dokonania określonych czynności bądź to przez wykonawcę, bądź to przez Zamawiającego bądź to przez Inżyniera Kontraktu. Kwestionowane klauzule dotyczą istotnych elementów opisu i wykonania przedmiotu zamówienia, od których zależy możliwość kontynuacji pracy, usunięcia wadu lub uszkodzeń czy też otrzymaniu należnego wynagrodzenia. Brak wskazania w SIWZ – wzorze umowy termin do dokonanie czynności prawnych wskazanych w kwestionowanych klauzulach wiąże się z określanym ryzykiem po stronie wykonawcy, które winno być wyeliminowane poprzez odpowiednie zmiany zapisów SIWZ – wzoru umowy. Wskazać bowiem należy, że brak terminu na zatwierdzenia przez Zamawiającego Przejściowego czy Końcowego Świadectwa Płatności rodzi po stronie wykonawcy ryzyko wstrzymania wypłaty należnego wynagrodzenia z powodu celowej opieszałości Zamawiającego. Z kolei brak określenia przez Zamawiającego terminu na poinformowanie wykonawcy przez Inżyniera Kontraktu o wykrytej wadzie pociąga za sobą ryzyko nieuzasadnionego opóźnienia w przekazaniu tak ważnych informacji wykonawcy. To z kolei może wypływać na pogłębiania się zaistniałych wad, a w konsekwencji zwiększanie kosztów ich usunięcia. Również co do obowiązku zatwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia wskazać należy, że brak określenia terminu na wyrażenie takiej akceptacji rodzi po stronie wykonawcy ryzyko opóźnienia prac, a co za tym idzie ponoszenia kar umownych. W ocenie Izby wprowadzenie

wykonawcom zweryfikowanie ewentualnych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia i właściwsze określenie ceny ofertowej. Brak określenia terminów na wykonanie czynności przez Zamawiającego (i Inżyniera) jest naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż wykonawca nie uzyskuje koniecznych informacji do właściwego sporządzenia i wyceny oferty. W konsekwencji Izba uznała za zasadne nakazanie określenia w klauzulach 1.8, 4.1, 4.8, 11.1, oraz 14.7 terminów na dokonanie czynności tam wskazanych.

Izba uznała, że następujące klauzule zakwestionowane przez Odwołującego nie są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego:

Klauzula 1.1.1.6 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby w zakresie zadania wykonywanego w formule „projektuj i buduj" nie sposób określić zamkniętego katalogu dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie. To po stronie wykonawcy spoczywa obowiązek projektowania tej części zadania i to wykonawca winien mieć wiedzę, jaka dokumentacja będzie konieczna w procesie inwestycyjnym w celu realizacji umowy. Podkreślenia również wymaga, że Odwołujący nie wskazał na żadne konkretne dokumenty jakie nie zostały zawarte w definicji „Dokumentacji Projektowej". Sam fakt, iż Zamawiający nie wskazał zamkniętego katalogu dokumentów nie stanowi, w ocenie Izby, podstawy do uznania, iż postanowienie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W ocenie Izby przyjęta formuła realizacji zamówienia uprawniała Zamawiającego do przyjęcia tak zaproponowanej definicji dokumentacji Również postulat Odwołującego o określeniu hierarchii projektowej. dokumentów w ramach dokumentacji projektowej nie stanowi podstawy do uznania naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego. W ocenie Izby uzasadnienie Odwołującego o potrzebie wprowadzenie hierarchii dokumentów w żaden sposób nie wyjaśnia w czym Odwołujący upatruje naruszenie zasad współżycia społecznego.

Klauzula 1.10 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Słusznie wskazał Zamawiający, iż to po stronie wykonawcy jest wykonanie robót i umożliwienie korzystania z efektów zrealizowanej inwestycji. W tym zawiera się również dobór oprogramowania, z którego będzie korzystał i które niezbędne będzie do funkcjonowania robót. Na etapie postępowania nie sposób wskazać konkretne oprogramowanie niezbędne do funkcjonowania elementów robót. Zamawiający jedynie wymaga uprawnienia do korzystania z robót, z tym również w niezbędnym zakresie z oprogramowania wykorzystanego przez wykonawcę. Izba nie znajduje podstaw do uznania, że takie wymagania Zamawiającego narusza zasady współżycia społecznego. Oczywistym jest, że Zamawiający żąda od wykonawców

przekazania mu prawa do korzystania z oprogramowania z jakiego będzie korzystał wykonawca. Takie działania uznać należy za działanie zgodne z interesem publicznym.

Klauzula 1.12 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zakwestionowana klauzula uzależnia wyłącznie składanie oświadczeń publicznych przez wykonawcę na temat wykonywanych robót od zgody Zamawiającego. Postanowienie takie nie narusza ani regulacji ustawy Prawo prasowe ani zasad współżycia społecznego. Zamawiający ma prawo posiadania kontroli na rodzajem informacji jakie są rozpowszechnianie podczas realizacji inwestycji, szczególnie w sytuacji, gdy dotyczy do modernizacji czynnej placówki szpitala, gdzie przebywają pacjenci. Wskazać dalej należy, że adresatem zakwestionowanego ograniczenia komunikacyjnego określonego w klauzuli 1.12 jest wykonawca i to wykonawca jest zobowiązany do powstrzymania się od składania publicznych oświadczeń na temat wykonywanych robót. Izba nie widzi podstaw do przyjęcia interpretacji zaprezentowanej przez Odwołującego, iż z treści zakwestionowanej klauzuli należy wywieść obowiązek wykonawcy powstrzymania osób trzecich od składania publicznych oświadczeń. Adresatem ograniczenia wprowadzonego przez Zamawiającego jest wyłącznie wykonawca i dotyczy one działań wykonawcy. Z zapisu „pozwalał na publikowanie" nie sposób wywieść obowiązku ponoszenia odpowiedzialności za działanie osób trzecich. Określenie to odnosi

się do działania wykonawcy i zakazu udzielenia zgody osobom trzecim na publiczne składania oświadczeń na temat realizowanych inwestycji. Oczywistym jest, że jeżeli wykonawca wyrazi taką zgodę nie mając uprzedniej zgody Zamawiającego to będzie z tego tytułu ponosić odpowiedzialność. Jedna jest to nada odpowiedzialność za swoje własne działanie.

Klauzula 3.1 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który w ocenie Izby błędnie zinterpretował zakwestionowaną klauzulę. W sytuacji, gdy zdarzy się wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia lub robót i wykonawca będzie zobowiązany spełnić polecenia Inżyniera sprzeczne z postanowieniami kontaktu, to wykonawca nadal będzie działał zgodnie z warunkami kontraktu. Zakwestionowana klauzula jest częścią kontraktu i jej zastosowanie w trakcie realizacji inwestycji i wykonanie polecenia Inżyniera pozostającego z sprzeczności z innymi postanowieniami Kontraktu nie powoduje, że wykonawca narusza warunki umowy i nie winien ponosić z tego tytułu odpowiedzialności.

Klauzula 4.1 – zmiany w dokumentacji projektowej – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego i przedstawionej przez niego interpretacji klauzuli 4.1. Postanowienie to wprowadza po pierwsze obowiązek wykonawcy powiadomienia Inżyniera, z kopią do Zamawiającego o każdej wadzie, błędzie lub usterce. Po drugie stanowi, że wykonawca

wykona na własny koszt zmiany w Dokumentacji Projektowej, której wykonanie stanie się wynikiem rozwiązań przyjętych przez wykonawcę. Oznacza to, w ocenie Izby, że wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca będzie chciał zastosować odmienne rozwiązanie wykonania prac niż wynikające z Dokumentacji Projektowej, to będzie zobowiązany pokryć koszty związane w wykonaniem takiej zmiany. W ocenie Izby w przypadku, gdy Dokumentacja Projektowa sporządzona przez Zamawiającego będzie zawierała błędy, wady czy inne usterki, wykonawca ma zawiadomić o tym Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego, co pozostaje w zgodzie z regulacją art. 651 kodeksu cywilnego. Z treści zakwestionowanej klauzuli nie sposób wywieść, że w zakres obowiązków wykonawcy wchodzi również dokonanie koniecznych zmian w celu usunięcia błędów, usterek czy innych wad na własny koszt. Odmienność rozwiązań rozmieć należy jako alternatywność, inny niż zaproponowany przez Zamawiającego sposób wykonania danej części zamówienia, nie zaś jako obowiązek poprawienia na koszt wykonawcy błędów, wad lub innych usterek w Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego. Wskazać również należy, że ilość egzemplarzy Dokumentacji Projektowej jaką wykonawca ma przekazać Zamawiającemu określają Ogólne Warunki Kontraktu – Warunki Kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno – budowanych projektowanych przez Zamawiającego.

Klauzula 4.4 ust. 6 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający w umowie o roboty budowlane określa m.in. postanowienia dotyczące zasad wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Zasady takie zostały określone przez Zamawiającego w Klauzuli 4.4. i nie stanowią naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego. Wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm ma na celu motywowanie wykonawcy do przestrzegania obowiązków zapłaty podwykonawcom i chroni Zamawiającego przed roszczeniami podwykonawców.

Klauzula 4.4 ust. 10 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby zakwestionowana klauzula nie narusza art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający ma bowiem prawo posiadać informacje jacy podwykonawcy (dalsi podwykonawcy) zaangażowani są w realizację zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest zawarcie odpowiednich umów z podwykonawcami, które będą respektowały wymogi Zamawiającego w zakresie zgłoszenia podwykonawców (dalszych podwykonawców). Co do możliwości nakładania kar umownych przez Zamawiającego na podwykonawcę i dalszego podwykonawcę to wskazać należy, co do zasady nie można nałożyć na podmiot nie będący stroną stosunku zobowiązaniowego obowiązku spełnienia określonego świadczenia.

Wskazać jednak należy, że wykonawca może na podstawie art. 391 kodeksu cywilnego zobowiązać się, że osoba trzecia będzie zachowywać się w określony sposób. W analizowanym stanie faktycznym to wykonawca zobowiązuje się względem Zamawiającego, że Zamawiający otrzyma informację o wszystkich podwykonawcach robót. Innymi słowy wykonawca gwarantuje, że określone osoby trzecie zachowają się w określony sposób tj. będę informować o powierzeniu realizacji zamówienia podwykonawcy. W przypadku braku spełnienia powyższego obowiązku, Zamawiający może wystąpić o zapłatę kar umownych do podwykonawców. Nie przesądzając czy takie żądanie zapłaty Zamawiającego będzie skutecznie czy nie, to wskazać należy, że to wykonawca ostateczne gwarantuje zapłatę kar umownych, jako gwarant określonego zachowania podwykonawców i dalszych podwykonawców. Wykonawca winien zaś zabezpieczyć swoje interesy poprzez odpowiednie ukształtowanie stosunku umownego z podwykonawcą, a podwykonawca z dalszym podwykonawcą.

Co do wartości kar umownych wskazać należy, że Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił żadnej argumentacji dlaczego wartość kary umownej jest wygórowana. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w czym przejawia się naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego na tle wskazanej w treści wzoru umowy wartości kary umownej w klauzuli 4.4 ust. 10.

Klauzula 4.4 ust. 11 i 12 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Co prawda istnieją wątpliwości interpretacyjne art. art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 493 par. 1 kodeksu cywilnego, jednakże wskazać należy, że ustawodawca w art. 143d a ustawy Pzp wprowadził obligatoryjne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, dotyczące podwykonawstwa. Wśród nich jest regulacja dotycząca obowiązku wprowadzenia postanowień co do kar umownych naliczanych w przypadku naruszenia postanowień umowy dotyczących podwykonawstwa, w tym z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. W kontekście powyższych regulacji powstaje niepewność interpretacyjna czy ustawodawca dopuścił możliwość nałożenia kar umownych z tytułu niewykonania zobowiązania pieniężnego. Odpowiedź na powyższe pytanie jest negatywna. Wskazać bowiem należy, że obowiązek wykonania świadczenia pieniężnego występuje w relacji podwykonawca – wykonawca. Niedopuszczalne zatem byłoby naliczanie kar umownych w powyższej relacji, gdyż dotyczy ona spełnienia świadczenia pieniężnego. Na linii Zamawiający – wykonawca naliczania kar umownych następuje z tytułu naruszenia umowy dotyczącej terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. I w takiej sytuacji nie mamy do czynienia ze świadczeniem pieniężnym.

Klauzula 4.12 „Nieprzewidzialne warunki fizyczne” - w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w jaki sposób usunięcie pkt (b) z powyżej klauzuli narusza zasady współżycia społecznego. Zamawiający wykreślają pkt (b), nałożył na wykonawcę ryzyko ponoszenia ewentualnych dodatkowych kosztów związanych z pojawieniem się nieprzewidywalnych warunków fizycznych. Jednakże, w ocenie Izby, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji ani analizy wpływu powyższej zmiany w świetle przedmiotu zamówienia oraz niemożliwości wyliczenia kosztu powyższego ryzyka w cenę oferty. W ocenie Izby wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji projektów odpowiadającym przedmiotowi zamówienia i przy rzetelnej analizę Dokumentacji Projektowej ma możliwość określenia prawdopodobieństwa wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych i oszacowania ewentualnego dodatkowego kosztów z tym związanych . Z tych względów Izba uznała, że powyższa zmiana nie narusza zasady współżycia społecznego. Podkreślenia wymaga, że to na Odwołującym ciążył ciężar wykazania, że w ramach konkretnego przedsięwzięcia wykreślenia pkt (b) narusza art. 353¹ kodeksu cywilnego, czego w ocenie Izby nie uczynił ograniczając się do generalnego stwierdzenia oderwanego od przedmiotu zamówienia i warunków kontraktowych.

Klauzula 6.1 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo oczekiwać i egzekwować od wykonawcy, iż cały personel i siła robocza zatrudniona przez wykonawcę i podwykonawcę przestrzegać będzie wymagań określonych przez Zamawiającego w klauzuli 6.1. Wykonawca zawierając stosowane umowy z innymi

osobami/podmiotami na potrzeby realizacji zamówienia jest w stanie uzgodnić ze swoimi współpracownikami konieczność przestrzegania zasada określonych przez Zamawiającego w klauzuli 6.1. W interesie publicznym jest dbałość Zamawiającego o zachowanie określonych standardów. Wykonawca może gwarantować zachowanie się podmiotów trzecich niebędących stroną stosunku zobowiązaniowego z Zamawiającym, co wynika z art. 391 kodeksu cywilnego. Izba nie znajduje podstaw do uznania, że powyższe wymagania Zamawiającego naruszają art. 353¹ kodeksu cywilnego.

Klauzula 11.4 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zgodnie z treścią umowy Okres Zgłaszania Wad to czas, w którym Zamawiający może zgłaszać wykonawcy wady wymagające usunięcia. Warunkiem skutecznego zgłoszenia przez Zamawiającego żądania usunięcia wady jest jej zgłoszenie w Okresie Zgłaszania Wad. Nie sposób w inny sposób interpretować zakwestionowanego zapisu. Wykładnia umowy winna być dokonywana zgodnie z art. 65 par. 2 kodeksu cywilnego. Odnośnie kary umownej, Izba odsyła do

wywodów zaprezentowanych w pierwszej części wyroku (Klauzula 8.2). Odwołujący nie przestawił żadnej argumentacji dlaczego właśnie kara umowna za to naruszenie jest sprzeczna z art. 353¹ kodeksu cywilnego. Samo stwierdzenie, że winno być zapisane kara za zwłokę nie może stanowić o słuszności podniesionego zarzutu. Odwołujący winien wykazać Izbie dlaczego w tej konkretnej sytuacji niezasadne byłoby naliczanie kary umownej za opóźnienie, czego nie uczynił.

Klauzule 13.1 – Izba nie podziała stanowiska Odwołującego. Wskazać należy, że zgodnie z regułą określoną art. 144 ustawy Pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Ustawodawca wyraził więc ogólną zasadę niezmienności umów. Przewidział jednakże wyjątek od powyższej zasady wskazując, iż Zamawiający może przewidzieć możliwość dokonania zmiany, o ile informacja taka znajdzie się w SIWZ oraz zostaną określoną warunki takiej zmian. Uznać więc należy, że wyłącznym dysponentem prawa ewentualnej zmiany jest Zamawiający. W ocenie Izby Zamawiający przewidział szeroki zakres dopuszczalnych zmian w zawartej umowie. Możliwość zmiany Czasu na Ukończenie z powodu zmian w Dokumentacji Projektowej od okresu wstrzymania tych prac jest nieodzownie związana z zakresem zmian, które determinując okres wstrzymania. Postulowane zmiany przez Odwołującego wynikają z dotychczasowych zapisów. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego co do zapisów zawartych w Klauzuli 13.1. ust. 2 pkt 11. W ocenie Izby Zamawiający dopuścił możliwość przedłużenia Okresu na Ukończenie z powodu konieczności wykonania robót dodatkowych/zamiennych. Zawarte regulacja obejmuje swym zakresem szeroki spektrum zdarzeń odwołując się do nieostrych pojęć podlegających wykładni na etapie realizacji umowy. Zadaniem wykonawcy jest wykonanie zamówienia w określonym terminie. Pojawienia się konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych po pierwsze nie zawsze będzie wymagać przedłużenia Czasu na Ukończenie. Po drugie czasochłonność, na którą wskazał Odwołujący może stanowić czynnik istotnie utrudniający realizację zamówienia w terminie, a w konsekwencji umożliwiający przedłużenie Czasu na Ukończenie. W ocenie Izby obecna regulacja zabezpiecza zarówno interesu Odwołującego jak i Zamawiającego i nie stanowi naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego. Co do argumentu o braku odpowiedniej regulacji sposobu ustalenia wartości obniżonego wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmniejszenia zakresu realizowanych robót, w ocenie Izby stosowane regulacje zostały zawarte przez Zamawiającego w Klauzuli 12.3 umowy.

Klauzula 15.2 – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że 60 – dniowy termin na wykonanie prawa odstąpienia jest konieczny z uwagi na potrzebę uzyskania szeregu zgód. Inwestycja jest częściowa finansowana z funduszy

Europejskiego Banku Inwestycyjnego i wszelkie kluczowe decyzji wymagają uzgodnienia z tą instytucją. Odstąpienie od umowy wymaga również zgody Województwa Kujawsko – Pomorskiego. W ocenie Izby wielkość podmiotów uczestniczących z realizacji zamówienia uzasadnia zastrzeżenie 60 – dniowego terminu na wykonanie prawa odstąpienia. Izba nie

znajduje podstaw do uznania, iż termin ten narusza art. 353¹ kodeksu cywilnego.

Klauzula 15.5 - Izba podziela stanowisko Zamawiającego. Celem regulacji wprowadzonej przez Zamawiającego jest motywacja wykonawcy do postępowania zgodnie z umową w zakresie dotyczącym rozliczeń z podwykonawcami (dalszymi podwykonawcami). Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że intencją ustawodawcy wyrażoną w art. 142 c ust. 1 Pzp było zapobieganie nagminnym i rażącym naruszeniom kontraktu. Celem regulacji jest ochrona każdego podwykonawcy uczestniczącego w procesie realizacji zamówienia. Podkreślić jednakże należy, że w kontekście powyższej klauzuli Izba uznała, że prawo odstąpienia regulowane jest treścią przepisu 145 ustawy Pzp i nakazała zmianę klauzuli 15.5 tak aby odzwierciedla treść powyższego przepisu. Wskazać dalej należy, że Zamawiający może skorzystać z regulacji art. 491 i nast. Kodeksu cywilnego i odstąpić od umowy na warunkach tam wskazanych w przypadku braku wykonania przez wykonawcę terminowych płatności na rzecz podwykonawcy. Może również zobowiązać wykonawcę na zasadach określonych w art. 391 kodeksu cywilnego do zagwarantowania, iż osoby trzecie (tj. podwykonawcy i dalsi podwykonawcy) będą dokonywać terminowych płatności, zaś w przypadku ich niewykonania będzie mógł skorzystać z ustawowego prawa odstąpienia wynikającego z art. 491 i nast. Kodeksu cywilnego.

Klauzula 17.4 - Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Prawo odstąpienia od umowy zostało uregulowane w art. 145 ustawy Pzp i przysługuje Zamawiającemu w okolicznościach tam wskazanych. Nie pozbawia to ani Zamawiającego ani wykonawcy prawa skorzystania z ustawowego prawa odstąpienia wynikającego z kodeksu cywilnego. W pierwszej części wyroku Izba nakazała zmianę klauzuli 15.5 i dostawanie jej brzemienia do art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Klauzula 20. 1 - Zamawiający dokonał sprostowania wzoru umowy w części dotyczącej podniesionego zarzut w dniu 13 maja 2015 r., które zostało opublikowane na serwerze w dniu 14 maja 2015 r. Wobec powyższego jego rozpoznanie przez Izbę jest bezprzedmiotowe bowiem na dzień wydania wyroku treści wzoru umowy zakwestionowana przez Odwołującego uległa zmianie. Odwołujący przysługuje prawo zaskarżenia zmienionej treści SIWZ.

Wskazać również należy, że Zamawiający w dniu 13 maja 2015 r. zmienił termin składania ofert o 21 dni a więc wniosek Odwołującego o przedłużeniu terminu składania ofert uznać należy za bezprzedmiotowy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

……