

WYROK
z dnia 5 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 stycznia 2013 r.** przez wykonawcę: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnikę Wrocławską ul. St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. dokonanie zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2, w zakresie podanym w uzasadnieniu wyroku.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Politechnikę Wrocławską ul. St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Politechniki Wrocławskiej ul. St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław na rzecz odwołującego Wrocławskiego Przedsiębiorstwo Budownictwa

1

Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt: KIO 171/13

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na budowę „Centrum Studiów Zaawansowanych Technik Informatycznych i Komunikacyjnych” w ramach projektu pn. „Międzyuczelniane Centrum Dydaktyczno - Technologiczne TECHNOPOLIS we Wrocławiu przy ul. Janiszewskiego 11-17, (Dziennik Urzędowy UE 2013/S 011-013906), w dniu 25 stycznia 2013 r. wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w tym wzoru umowy o

roboty budowlane, zostało wniesione odwołanie w formie elektronicznej opatrzone podpisem zweryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu - przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS (dalej odwołujący lub WROBIS), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami ustawy ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 stycznia 2013 r., a SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w tym samym terminie.

W uzasadnieniu ogólnym zarzutów i żądań wniesionego odwołania odwołujący powoływał się na posiadanie interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o jego udzielenie, a ukształtowanie przez zamawiającego powołanych poniżej zapisów SIWZ jak i umowy, stanowiącej integralną część dokumentacji przetargowej, w sposób sprzeczny z przepisami Prawa zamówień publicznych jak i Kodeksu cywilnego powoduje, iż odwołujący oraz inni wykonawcy, którzy chcieliby wziąć udział w tym postępowaniu nie będą w stanie sporządzić oferty w sposób rzetelny, odpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego oraz w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję.

Ponadto, w sytuacji, gdy oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie on zobowiązany do zawarcia z zamawiającym umowy o zamówienie publiczne w kształcie wynikającym z zapisów SIWZ jak i wzoru tej umowy, a tym samym zachodzi zobowiązanie wykonawcy do ponoszenia ciężarów związanych z realizacją inwestycji ponad miarę przyjętą w obrocie gospodarczym, co skutkuje zachwianiem równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu należycie wykonanych robót a interesem wykonawcy szybkiego otrzymania umówionego wynagrodzenia za wykonane prace. Odwołujący przytoczył powszechnie aprobowane poglądy dotyczące sporządzania

3

opisu przedmiotu zamówienia, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Podnosił, że za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tak sprecyzowanymi zapisami SIWZ przerzucił na wykonawcę ciężar na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robót – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy. Odwołujący przekonywał, że taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń. Na etapie porównywania ofert braku we wskazanym zakresie skutkować będą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności. Ideą ryczału jest wykonanie zamówienia za z góry ustaloną cenę, ale w sytuacji gdy nie wiadomo jaki jest zakres tego zamówienia - nie można tej ceny w żaden sposób skalkulować. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 5 Pzp na roboty dodatkowe. Dla przykładu odwołujący wskazywał, iż sam koszt badań i inwentaryzacji archeologicznych można szacować w milionach złotych. Podnosił, iż nie sposób ich ująć w cenie nie wiedząc czy w ogóle wystąpią ani jaki będzie ich zakres.

W oparciu o przedstawione argumenty i uzasadnienie omówionych poniżej poszczególnych zarzutów, odwołujący podsumował, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący. Dodatkowo odwołujący ogólnie podnosił, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie może ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem błędów lub braków wymaganej staranności przy

4

sporządzaniu dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji projektowej (tak m.in. KIO 806/11, KIO 184/10).

Jednocześnie mając na względzie podnoszone w odwołaniu zarzuty, zwrócił uwagę na naruszenie art. 58 K.c., 353 i K.c., w zw. z art. 487 K.c., art. 647 K.c., art. 651 K.c. oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy warunków prowadzących do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy, a tym samym braku ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Niemożność żądania wydłużenia czasu realizacji, czy kosztów obejmujących znaczne rozmiary zdarzeń, na które wykonawca nie ma wpływu i są od niego niezależne, są okolicznościami zmierzającymi do pokrzywdzenia wykonawcy – jak utrzymywał odwołujący, a co za tym idzie do niemożności spełnienia świadczenia. Wyłączenie możliwości ubiegania się o przedłużenie czasu na ukończenie robót w przypadku wystąpienia m.in. wyjątkowo niesprzyjających warunków atmosferycznych, wykrycia urządzeń, instalacji nieprzewidzianych w projekcie, odkrycie na terenie budowy bomb, niewybuchów, szczątków ludzkich oraz opóźnienia – z innych przyczyn niezależnych od wykonawcy mogą skutecznie uniemożliwić prowadzenie prac. Okoliczności te uniemożliwiają również prawidłową kalkulację ceny. Zamawiający winien także wykazać gotowość do zapłaty wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia w przypadku konieczności wykonania prac nieobjętych zakresem umowy, a także za zlecenie przeprowadzenia dodatkowych czynności czy też poniesienia dodatkowych kosztów w związku z ich przeprowadzeniem. Zamawiający, w sytuacji uregulowanej na gruncie analizowanego projektu umowy, nielimitowanym w tym względzie żadnymi kosztami czy innymi ograniczeniami, może zlecić każdą ilość robót, badań, ekspertyz niezależnie od zaistnienia rzeczywistej potrzeby czy też konieczności ich wykonania. Jest to również sprzeczne z art. 640 K.c. nakazującym stronom współdziałanie, a nie obciążanie jednej ze stron konsekwencjami działań podejmowanych przez drugą stronę.

W związku z przedstawieniem poniżej szczegółowego zakresu zaskarżenia postanowień SIWZ, odwołujący powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym wzorca umownego w postulowany przez siebie sposób.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na swoją rzecz zwrotu kosztów prowadzenia niniejszego postępowania, w tym kosztów pomocy prawnej w

5

wysokości maksymalnych stawek wynikających z § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 roku Nr 41, póź. 238), tj. w wysokości 3.600,00 zł wynikającej z przedłożonej faktury.

Wnosił także o dopuszczenie dowodów z załączonych do pisma dokumentów oraz przesłuchania świadków na okoliczności wskazane jak w treści nin. pisma (świadkowie obecni osobiście w osobach A..... G..... i M..... S..... – P.....).

We wstępie uzasadnienia podnosił, że nie polegają na prawdzie twierdzenia odwołującego, jakoby szczegółowe zaskarżone przez odwołującego zapisy SIWZ miały jakikolwiek wpływ na podjęcie decyzji w sprawie ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący realizował oraz obecnie realizuje dla zamawiającego inne

zamierzenia inwestycyjne o znacznych rozmiarach w oparciu nie tylko o podobne, ale wręcz identyczne zapisy SIWZ oraz samych umów zawartych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Na dowód przedstawił kopię umowy na realizację zadania inwestycyjnego p.n. Budowa Środowiskowej Biblioteki Nauk Ścisłych Bibliotek przy ul. Janiszewskiego we Wrocławiu. Wszystkie kwestionowane przez odwołującego zapisy wzoru umowy znajdują się w podpisanej przez niego z zamawiającym umowie na ww. zadanie. Zapisy te nie tylko nie utrudniają odwołującemu realizacji, ale też nie wywoływały nigdy zarówno na etapie udzielenia zamówienia jak i realizacji jakichkolwiek jego wątpliwości. Odwołujący w oparciu o analogiczne postanowienia, w szczególności umowne, realizuje także zamierzenia inwestycyjne dla innych inwestorów publicznych zarówno na terenie miasta Wrocławia jak i w innych lokalizacjach na terenie kraju. Wobec powyższego w ocenie zamawiającego, w szczególności w kontekście szczegółowej argumentacji, celem niniejszego odwołania nie jest, jak próbuje zaprezentować to odwołujący, umożliwienie złożenia rzetelnej oferty i ochrona słuszných interesów wykonawcy, lecz osiągnięcie zwłoki w udzieleniu zamówienia, a tym samym umożliwienie odwołującemu zakończenia zadania Bibliotek (data ukończenia robót budowlanych - 31 marca 2013) i - w razie udzielenia zamówienia odwołującemu - płynne „przerzucenie” ludzi i sprzętu na zadanie inwestycyjne, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie, z uwagi na sąsiedowanie obu terenów budowy.

Niezależnie wskazywał, iż argumentacja odwołujące o obciążeniu wykonawców *in spe* ciężarami „ponad miarę” wykraczającymi poza praktykę obrotu gospodarczego również nie może się ostać. Sam odwołujący bowiem realizuje co najmniej kilka umów zawierających rozwiązania prawne analogiczne bądź równoważne zawartym we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, a tym samym nie sposób mówić, by zapisy te w jakikolwiek sposób odbiegały od obecnej praktyki obrotu w ramach zamówień udzielanych przez zamawiających publicznych.

6

Zamawiający na wstępie odniósł się ogólnie do zarzutów, w tym nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i wskazał, że odwołujący konstruując odwołanie, nie zapoznał się wnikliwie z SIWZ oraz z zakresem wykonanych i planowanych do powierzenia robót.

Przed wszystkim zarzut odwołującego dotyczący istotnych ryzyk po stronie oferentów związanych z ustalonym ryczałtowym charakterem wynagrodzenia oraz możliwymi do wykrycia niezinventaryzowanymi sieciami uzbrojenia terenu bądź znalezionymi artefaktami mógłby być logicznie brany pod uwagę, gdyby w zakresie powierzonych do wykonania prac znajdowały się roboty ziemne, w szczególności fundamentowe, wiążące się z koniecznością wykonania głębokich wykopów. Tymczasem powierzone do realizacji prace ograniczają się zasadniczo do prac wykończeniowych (malowanie, tynkowanie, wykładziny obiektowe) we wnętrzu istniejącego budynku oraz do jego wyposażenia, przy których to pracach ryzyko odkrycia zabytków archeologicznych lub sieci uzbrojenia terenu po prostu nie występuje, a argumentację odwołującego uznał za powoływaną wyłącznie na użytek niniejszego postępowania.

Zamawiający w ramach wzoru umowy, a także formułując oczekiwania co do oferty, przewidział jej cenę jako ryczałtową. Już z samej instytucji ceny ryczałtowej uregulowanej w Kodeksie cywilnym, a w zasadzie - z porównania jej uregulowania przy umowie o dzieło i braku tej regulacji przy umowie o roboty budowlane - orzecznictwo i doktryna wywodzą brak podstaw do jej zmiany. Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów Sądu Najwyższego (zasada prawna) z dnia 9 września 2009 roku (III CZP 41/09, OSN 2010 Nr 3, poz. 33, do umowy o roboty budowlane stosuje się *per analogiam* art. 632 K.c., zgodnie z którym, w przypadku umówienia się przez strony na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Kwestionowane przez odwołującego zapisy wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, a w szczególności § 6 tego wzoru, stanowią odzwierciedlenie powyższej zasady, stąd zarzut ten nie może zyskać aprobaty. Co więcej, zamawiający, który chce wybrać wykonawcę na całość zamówienia przewidzianego dokumentacją projektową, bez ryzyka pominięcia jakiegoś zakresu robót w kosztorysie, powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe (...), gdzie przedmiar pełni jedynie funkcję pomocniczą, a zaoferowane wynagrodzenie jest wiążące za całość przedmiotu zamówienia określonego umową i dokumentacją projektową oraz nie podlega zmianie (tak: wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 730/09). Stanowisko to koresponduje jednocześnie z ustalonym przez zamawiającego kryterium oceny ofert, jakim w

przedmiotowym postępowaniu jest cena. Dla osiągnięcia transparentności tego kryterium i realizacji postulatu zgodności z art. 7 ust. 1 uPzp zamawiający nie może dopuszczać zmian, a tym bardziej wprowadzać do umowy mechanizmów zmian ceny. Taki mechanizm mógłby w istocie doprowadzić do ustalenia z oferentem ceny, która byłaby finalnie wyższą od ceny

7

ofertowej kolejnej oferty, co tym samym stałoby w całkowitej sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i transparentności udzielonego zamówienia, właśnie w drodze zastosowania takiego mechanizmu. Wskazał, iż nie neguje możliwości udzielenia zamówień dodatkowych, gdy na etapie realizacji zamówienia ujawnią się przesłanki do jego udzielenia zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 uPzp. Powyższe nie stoi w sprzeczności z okolicznością, iż na podstawie dokumentacji, za pomocą której zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, oferenci winni przewidzieć wszelkie koszty i prace konieczne dla osiągnięcia celu umowy, tj. dokończenia opisanego w dokumentacji obiektu budowlanego, uzyskania ostatecznej decyzji pozwolenia na jego użytkowanie oraz objęcia obiektu gwarancją, rękojmą i czynnościami serwisowo - konserwacyjnymi. Brak prawidłowej kalkulacji oraz przewidzenia przez oferenta, któremu udzielono zamówienia, wszystkich czynności obciążać będzie, zgodnie z dyspozycją art. 632 § 1 K.c., tego oferenta. Nie można zapominać, że oferenci są profesjonalistami w obrocie (art. 355 § 2 K.c.), a oczekiwania sformułowane przez zamawiającego nie są odosobnione w praktyce rynkowej. Niejasna była dla zamawiającego argumentacja i zarzut odwołującego w zakresie wpływu oględzin własnych obiektu na opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekuje dokonania tych oględzin z uwagi na negatywne doświadczenia realizacyjne we wcześniejszych inwestycjach, w których oferenci oględzin takich nie dokonywali. W sytuacji nagminnej pobieżnej analizy dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia - jedynie oględziny mogą oferentowi unaocznic, czy jest on w stanie technicznie i organizacyjnie podołać realizacji zamówienia. Takie rozwiązanie eliminuje przynajmniej w pewnym stopniu ryzyko składania ofert przez podmioty, które nie są w stanie zrealizować udzielonego zamówienia względnie oferują warunki realizacji tego zamówienia w całkowitym oderwaniu od ekonomicznych relacji jego wykonania (ceny ofertowe oscylujące na poziomie cen rażąco niskich), co ma wpływ na:

- szybkość udzielania zamówienia,
- brak zbytecznego prowadzenia procedur odwoławczych po koniecznym odrzuceniu ofert z uwagi na rażąco niskie ceny ofertowe oraz na
- wybór pewnych wykonawców, którzy są w stanie ekonomicznie, technicznie i organizacyjnie podołać realizacji zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że znaczną część argumentacji w zakresie sformułowanego zarzutu wobec dokumentacji przetargowej, w tym projektowej szczegółowo opisał powyżej i ją podtrzymuje.

Uzupełniająco podnosił, że odwołujący *a priori* nie wskazał na żadne błędy projektowe, zgodnie z umową rozszczeń z tego tytułu się nie zrzeka, a zamawiający możliwości rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionej w trakcie wykonywania umowy wady dokumentacji projektowej nie wyklucza, ani na wykonawcę nie przerzuca, stąd zarzut nie powinien zdaniem zamawiającego, zyskać aprobaty Izby, a

8

powołane orzecznictwo nie odnosi się do okoliczności niniejszej sprawy. Dokumentacja projektowa powinna określać dokładnie, co ma być wykonane - i to zamawiający spełnił w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w celu umożliwienia wykonawcy realizacji postulatu ustalenia adekwatnej ceny za realizację zamówienia, przedstawił dokumenty i opinie wykraczające znacznie ponad niezbędne minimum wynikające z przepisów. W SIWZ i dokumentacji zamawiający sprecyzował jakie konkretnie roboty budowlane będą wykonane i jakie dokumenty należy uzyskać.

Na zakończenie dokonał analizy żądania odwołującego w zakresie sformułowanego zarzutu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący (str. 5 *in fine* odwołania) żąda mianowicie „przekazania informacji o posiadanych dokumentach niezbędnych do sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie skompletowanych dotychczas przez poprzedniego wykonawcę”.

Zamawiający podnosił, iż w wyroku nakazana może być do wykonania czynność, której zamawiający bezprawnie zaniechał. W analizowanym przypadku uznał, że nie tylko

brak podstawy prawnej dla uwzględnienia żądania odwołującego, ale też zamawiający poprzez ujęcie w przedmiocie zamówienia całości dokumentacji powykonawczej wskazał jednocześnie, iż nie jest w posiadaniu jakichkolwiek dokumentów na tą dokumentację się składających - przekazanych przez poprzedniego GW z uwagi na brak ich przekazania - wbrew umownym obowiązkom poprzedniego GW. Tym samym, w opinii zamawiającego, brak jest podstaw do nakazania ujawnienia informacji, która została już ujawniona w SIWZ. Brak jest również podstaw, a także uzasadnionej potrzeby dla oczekiwania odwołującego dokonywania aktualizacji opinii technicznych co do stanu budynku na dzień ogłoszenia przetargu. W sytuacji, gdy budynek z uwagi na brak pozwolenia na użytkowanie wyłączony jest z wszelkiej eksploatacji, a jednocześnie jest chroniony, ogrzewany i zabezpieczony przed jakimkolwiek dostępem osób trzecich, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia obawy zmiany stanu tego budynku. Dokumentacja inwentaryzacyjna, jak sam odwołujący przyznał, pochodzi z października 2012 roku, a tym samym jest dokumentacją odzwierciedlającą obecny stan budynku i wszelkich robót w nim wykonanych. Brak jest tym samym jakiegokolwiek uzasadnienia dla dokonywania aktualizacji opracowania, które jest aktualne.

Zgodnie z powyższymi uwagami sformułowane przez odwołującego żądanie nakazania dokonania określonych czynności uznał za niezasadne, gdyż zamawiający czynności tych już dokonał względnie ich dokonanie jest całkowicie zbyteczne; brak jest podstawy prawnej dla żądania ich wykonania.

Zamawiający odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania wobec SIWZ w tym wzorze umowy. Tytułem wstępu podał, że wszelkie wskazywane (hipotetyczne) naruszenia

9

przez odwołującego winny być oceniane przez pryzmat, ewentualnego pokrzywdzenia wykonawcy przez brak ekwiwalentności świadczeń stron.

Zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający oraz wykonawcy realizują bowiem swoje interesy ekonomiczne. W umowie w sprawie zamówienia publicznego każda ze stron (zamawiający i wykonawca) jest zarazem dłużnikiem i wierzycielem. Zamawiający będąc wierzycielem wykonawcy, może domagać się od wykonawcy wykonania świadczenia (wykonania zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego), natomiast będąc dłużnikiem jest zobowiązany zapłacić wykonawcy wynagrodzenie za wykonane świadczenie (za wykonaną umowę w sprawie zamówienia publicznego). Cechą umowy w sprawie zamówienia publicznego jest ekwiwalentność świadczeń. Ekwiwalentność to cecha zobowiązań z umów wzajemnych, w których obowiązek świadczenia ciąży na obu stronach. W umowie wzajemnej każda ze stron jest dłużnikiem i wierzycielem drugiej, a świadczenie każdej stanowi ekwiwalent tego, co sama otrzymuje. Na odpłatny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazuje także Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Zecanie spółkom komunalnym przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych”, w której podkreśla, że „Z odpłatnego charakteru zamówienia publicznego wynika, iż każda ze stron umowy ma uzyskać od drugiej strony określoną korzyść majątkową. Przy czym korzyścią zamawiającego ma być określona usługa, dostawa lub robota budowlana, a korzyścią wykonawcy wynagrodzenie za tę usługę, dostawę lub robotę budowlaną. Konsekwencją takiego ujęcia umowy w ramach pojęcia zamówienia publicznego jest ustalenie, że umowa taka będzie miała zawsze charakter umowy dwustronnie zobowiązującej, w której każda ze stron występować będzie w podwójnej roli wierzyciela i dłużnika. Tak rozumiane zamówienie publiczne obejmować będzie w głównej mierze umowy wzajemne, w których świadczenie jednej ze stron umowy stanowi ekwiwalent świadczenia drugiej strony (art. 487 § 2 k.c.).”

Ocena ekwiwalentności świadczeń może być zatem dokonana wyłącznie w sytuacji, gdy świadczenia obu stron są znane. W wypadku umowy o roboty budowlane podstawowymi świadczeniami są: ze strony wykonawcy wykonanie robót budowlanych, a ze strony inwestora zapłata za nie wynagrodzenia. Tym samym o braku ekwiwalentności tych świadczeń może być mowa w sytuacji, gdy ich wartość ekonomiczna pozostaje w znacznej dysproporcji. Stanowisko to koresponduje z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2010, sygn. akt IV CSK 432/09, w którym sąd wskazał, że „umowa naruszająca zasadę ekwiwalentności świadczeń (rażąca dysproporcja świadczeń) stron może być oceniona - w

– według zamawiającego. Tym samym jeśli odwołujący nie planuje złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę - ryzyko braku ekwiwalentności świadczeń stron nie występuje, co czyni podniesione w tym obszarze zarzuty chybionymi i nakazuje oddalić z tego samego względu wszelkie zarzuty oparte na tej przesłance a sprecyzowane na str. 2 in fine do str. 5 odwołania w pkt 1-23.

Odniesienie się zamawiającego do poszczególnych zarzutów odwołania przedstawiono jako stanowisko zamawiającego przy omówieniu poniżej zarzutów odwołania.

Rozpatrując sprawę w granicach przedstawionych zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień SIWZ wraz z załącznikami, w szczególności załącznika nr 2 – wzoru umowy, zakresu dokumentacji udostępnionej wykonawcom.

Izba nie dopuściła zgłaszanego przez zamawiającego dowodu z przesłuchania świadków, gdyż dla ustalenia okoliczności istotnych w tej sprawie, wystarczające były dowody z dokumentów, w tym zawarte w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wnioskowany dowód z umowy zawartej przez odwołującego w innym postępowaniu, nie pozbawia prawa wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji gdy uprzednio analogiczne postanowienia SIWZ akceptował. Porównanie tych umów prowadzi zaś do wniosków, że zamawiający posługuje się wzorami, których nie dostosował do specyfiki tegoż zamówienia, nie będącego realizacją zadania inwestycyjnego od podstaw przez jednego wykonawcę, a jedynie dokończeniem budowy przerwanej przez poprzedniego wykonawcę, co implikuje odmienne warunki. Śądanie od syndyka masy upadłości poprzedniego wykonawcy - wydania zamawiającemu dokumentów będących podstawą dla dokonania odbioru całości inwestycji i uzyskania zezwolenia na użytkowanie dowodzi wprost, że obowiązek „przekazania dokumentów niezbędnych do sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie - skompletowanych dotychczas przez poprzedniego wykonawcę obciąża zamawiającego, bez względu „na brak ich przekazania - wbrew umownym obowiązkom poprzedniego GW.”

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 21 lutego 2013 r.

Rozdział II SIWZ

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla inwestycji p.n. „Centrum Studiów Zaawansowanych Technik Informatycznych i Komunikacyjnych”, w

11

ramach projektu pn. „Międzyuczelniane Centrum Dydaktyczno - Technologiczne TECHNOPOPOLIS we Wrocławiu” - zlokalizowanej przy ul. Janiszewskiego 11-17.

2. Roboty budowlane oznaczają pełen zakres robót budowlano-montażowych wszelkich branż budownictwa, robót rozbiórkowych, robót montażowych, usług budowlanych oraz dostaw maszyn i urządzeń dotyczących obiektu, tj. budynku wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu w zakresie opisanym w dokumentacji

i odbioru projektowej obejmującym usunięcie wad usterek wskazanych

w protokole

końcowego oraz dokończenie robót budowlano - montażowych. Wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty jw. Zamawiającemu i przekazać je zgodnie z dokumentacją projektową określoną w załączniku nr 7 do niniejszej SIWZ, umową, zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane oraz zgodnie z innymi obowiązującymi przepisami i normami, jak również zgodnie z wiedzą techniczną, zasadami sztuki budowlanej i przepisami BHP.

3. Przedmiot umowy (zamówienia) oznacza wykonanie prac określonych w ust. 2, objęcie gwarancją i rękojmią całości robót budowlanych, w tym robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A. i uzyskanie przez Wykonawcę ostatecznej i bezwarunkowej decyzji

pozwolenia na użytkowanie oraz uzyskanie bezwarunkowego odbioru robót budowlanych przez Zamawiającego, albo odbioru warunkowego i usunięcia wszystkich wad i usterek, o którym mowa w § 14 ust. 11 lit a pkt 2 umowy. (...)

4. Klasyfikacja zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

45.21.44.00-4 - Roboty budowlane w zakresie obiektów budowlanych związanych ze szkolnictwem wyższym;

45.30.00.00-0 - Roboty instalacyjne w budynkach; 45.10.00.00-8 - Przygotowanie terenu pod budowę; 39.10.00.00-3 -Meble.

5. Dobrane przez projektanta materiały konkretnych producentów Zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 uPzp, jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu, dopuszczając do zastosowania (zaproponowania w ofercie jako załącznik do formularza ofertowego) inne odpowiedniki rynkowe, równoważne ze wskazanymi, z zastrzeżeniem jednak, że nie będą one gorsze pod względem parametrów technicznych i jakościowych od wskazanych przez projektanta, które zagwarantują uzyskanie takich samych (lub lepszych) parametrów technicznych oraz będą posiadać niezbędne atesty i dopuszczenia do stosowania.

Zamawiający potwierdził, że wykonawca w załączniku do oferty nie musi wyspecyfikować wszystkich materiałów równoważnych do podanych w dokumentacji - może to być jeden materiał stanowiący odpowiednik tego opisanego w dokumentacji.

7. Przed złożeniem oferty wykonawca ma możliwość dokonania wizji lokalnej, celem sprawdzenia miejsca robót wraz z warunkami wykonania.

12

Rozdział XII SIWZ.

1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto będzie ceną ryczałtową i będzie uwzględniała wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmowała wszelkie koszty, jakie poniesie z tytułu należytej i zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji Wykonawca przedmiotu zamówienia.

2. W formularzu ofertowym należy podać cenę ofertową w PLN wraz z właściwym podatkiem VAT z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz rozbić cenę na poszczególne etapy. Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązku Wykonawcy.

3. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ. (...).

5. Przedmiot zamówienia Wykonawca zobowiązuje się wykonać zgodnie ze
i Robót Specyfikacją Techniczną Wykonania Odbioru Budowlanych,

dokumentacją

projektową, umową, decyzją o pozwoleniu na budowę, zgłoszeniem wykonania robót, prawem budowlanym, obowiązującymi warunkami technicznymi, uzgodnieniami i normami, a także dodatkowymi warunkami określonymi w zawartych umowach z dostawcami mediów.

6. Przedmiar robót jest materiałem pomocniczym dla sporządzenia kalkulacji ceny oferty i jest on dołączony do SIWZ wyłącznie celem ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty. Zamawiający uznaje, że Wykonawca wziął pod uwagę wszystkie wymagania i zobowiązania, bez względu na to czy zostały określone czy zasugerowane, zawarte we wszystkich częściach dokumentacji projektowej. Cena ofertowa musi zawierać wszelkie wydatki oraz ryzyko związane z koniecznością zrealizowania przedmiotu zamówienia.

7. Cena ofertowa brutto obejmuje wszystkie nakłady potrzebne do kompleksowego wykonania przedmiotu umowy i nie będzie podlegała waloryzacji. Ponadto wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia określonego w niniejszym ustępie w przypadku nieprzewidzianym w umowie nawet, jeżeli w chwili zawarcia umowy na bazie dostarczonych materiałów wejściowych nie przewidział wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy zgodnej z jego przeznaczeniem.

Jako odrębny Załącznik nr 2 do SIWZ, zamawiający zamieścił projekt umowy, która określa warunki umowne realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Na podstawie art.

144 uPzp, Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy oraz określa warunki tych zmian przez wprowadzenie do zawartej umowy w szczególności aneksów, o których mowa w § 18 wzoru umowy, w zakresie tam podanym.

Zamawiający udostępnił wykonawcom: Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót

budowę, które stwierdza, że projekt budowlany wykonany jest i sprawdzony przez osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane.

Ponadto w dokumentacji przetargowej zawarto jednostronny protokół odbioru końcowego robót z dnia 12.10.2012 r., o treści:

„IV. W wyniku czynności odbioru komisja stwierdziła:

1. Nie stawiał się żaden przedstawiciel Konsorcjum firm ABM SOLID S.A. w upadłości Likwidacyjnej i INSTAL BIAŁYSTOK S.A., w związku z tym dokonano odbioru jednostronnego.
2. Wykonawca nie zabezpieczył obiektu TECHNOPOLIS pomimo zapisów umowy i wielokrotnych wezwań (pisma: ACI/DB/3146/2011 z dnia 02.08.2012, ACI/DB/3872/2012 z dnia 24.09.2012, ACT/DB/4043/2012 z dnia 04.10.2012).
3. Zaawansowanie robót oraz stan obiektu określa inwentaryzacja sporządzona przez STUDIO A+R W..... J..... i Partnerzy s.c.; która stanowi załącznik do niniejszego protokołu.”

Projektant W..... J..... i Partnerzy s.c. złożył w dniu 17.12.2012 r. oświadczenie: *”Niniejszym oświadczam, że w dokumentacji projektowo-kosztorysowej odebranej protokołem odbioru w dniu 17.12.2012 roku (umowa nr końcowego ACT/DB/PWr/15/1/9/10/2012 z dnia 08.10.2012r.) nie dokonano żadnych zmian w odniesieniu do dokumentacji projektowo-kosztorysowej odebranej protokołem odbioru końcowego w dniu 07.01.2010 roku (umowa nr ACT/ZI/PWr/15/1/9/08/2008 z dnia 14.08.2008r.)”*

Tabela elementów scalonych - załącznik nr 10 określa zakres robót do wykonania oraz zakres usuwania usterek.

Zamawiający przekazał wykonawcom aktualizację dokumentacji projektowej E3-Opisy odnoszącej się do instalacji elektrycznych wewnętrznych.

Zamawiający przekazał wykonawcom szczegółową inwentaryzację robót wykonanych, aktualizację dokumentacji projektowej, szczegółową inwentaryzacją stwierdzonych usterek. Stan zaawansowania obiektu i robót towarzyszących - roboty wykończeniowe, instalacje zewnętrzne, drogi, zagospodarowanie terenu. Zamawiający przekazał również przedmiar robót jako materiał pomocniczy, a także inwentaryzacją wykonanych prac.

Ww. zakres stanowi całość dokumentacji udostępnionej wykonawcom, co strony zgodnie potwierdziły.

Zamawiający częściowo udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, i zamieścił na stronie internetowej, są jeszcze jednak pytania, co do których zamawiający jest w trakcie przygotowywania odpowiedzi.

14

W pytaniach do SIWZ, wykonawca wnosił o dokonanie zmian. Wnosimy o nadanie postanowieniu następującego nowego brzmienia: „Przedmiot umowy (zamówienia) oznacza wykonanie prac określonych w ust. 2, objęcie gwarancją i rękojmią robót budowlanych wykonanych przez Wykonawcę ...”. Wskazujemy, iż *przerzucanie na Wykonawcę odpowiedzialności za jakość robót wykonanych przez poprzednich wykonawców stanowi rażące naruszenie uzasadnionych interesów Wykonawcy i sprzeciwia się przepisom polskiego prawa. Zgodnie z art. 471 kc Wykonawca jest zobowiązany 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. Tak też jednoznacznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 marca 2009 r. (KIO/UZP 233/09) stwierdzając, że „Wykonawca ponosi jedynie odpowiedzialność za wady, prowadzące do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania, będące następstwem okoliczności za które ponosi odpowiedzialność”. Wskazać przy tym należy, iż wymaganie Zamawiającego aby Wykonawca udzielił gwarancji jakości i rękojmi za wady w stosunku do robót nie będących przedmiotem zamówienia narusza dyspozycję 29 ust. 1 pzp. Zamawiający nie określa w żaden sposób czy roboty wykonywane przez poprzednich wykonawców są zgodne z*

dokumentacją projektową, czy w trakcie odbioru zostały stwierdzone w nich wady i - ewentualnie - czy wady te zostały usunięte. Tym samym opis przedmiotu zamówienia został w tym zakresie dokonany w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenia oferty.”

Zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację zapisu i pismem z dnia 28 stycznia 2012 r. zamieszczonym na stronie internetowej informował: „Zamawiający w ramach określenia przedmiotu zamówienia dokonuje jego określenia w zakresie potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie przerzuca ponadto jakiegokolwiek odpowiedzialności na wykonawcę. W ramach udzielanego zamówienia zamawiający zamawia wykonanie przede wszystkim robót budowlanych stanowiących dokończenie już wykonanych robót a także zamawia objęcie całego budynku gwarancją i rękojmią na zasadzie swobody umów. Wykonawca w ramach kalkulacji ceny ofertowej ryczałtowej winien dokonać własnej oceny ryzyk wystąpienia wad i usterek i ryzyka te odpowiednio skalkulować w cenie ofertowej. Zamawiający bardzo precyzyjnie określa zarówno jakość wykonanych przez poprzedniego wykonawcę robót, jak i występowanie w tych robotach usterek. Przedmiotem zamówienia, jest również usunięcie usterek w robotach wykonanych przez poprzedniego wykonawcę. Usterki te wyspecyfikowane są taksatywnie w protokole odbioru z dnia 12.10.2012 roku, stanowiącym załącznik do SIWZ. Pozostałe prace w tym protokole nie zakwestionowane, a wykonane przez poprzedniego wykonawcę, zostały przez zamawiającego odebrane. Zakres prac

15

dotychczas wykonanych i pozostałych do wykonania został bardzo szczegółowo opisany i rozgraniczony w znajdującej się w SIWZ dokumentacji inwentaryzacyjnej.”

Zamawiający nie zgodził się na zmiany dotyczące relacji ze względu na podwykonawców – „Odpowiedzialność ta może skutkować, w razie braku prawidłowej regulacji wynagrodzenia za roboty budowlane przez wykonawcę na rzecz podwykonawców, skierowaniem sprawy przez podwykonawcę na drogę postępowania sądowego solidarnie przeciwko zamawiającemu i wykonawcy. W kontekście powyższych okoliczności właściwość miejscowa tego sądu nie pozostaje dla zamawiającego obojętną.”

Z wymienionej decyzji pozwolenia na budowę wynika, iż poszczególne projekty branżowe podane były procedurze sprawdzającej, zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy prawo budowlane - co zamawiający potwierdził.

Tabela elementów scalonych będzie obowiązywała wykonawcę, tak aby podał on wynagrodzenie odnośnie robót wyszczególnionych w tej tabeli.

Powyższe postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy oznaczają podstawowy rozdział obowiązków umownych pomiędzy zamawiającego i wykonawcę, który dowodzi, iż zamawiający przyjął na siebie obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej, według której ma zostać zrealizowana inwestycja.

Zamawiający wyjaśnił, że zakres zamówienia obejmuje dokończenie tej inwestycji stanowi jedynie:

- uruchomienie instalacji wszystkich branż, tj. zewnętrzne i wewnętrzne – pozostałe zewnętrzne prace to prace hydrantowe, odwodnienia, drogi oraz drogi wewnętrzne i zagospodarowanie terenu – tzw. mała architektura;

Zamawiający potwierdził, że umieścił w specyfikacji możliwość wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności (tj. niewybuchów czy znalezisk; jak ludzkie szczątki, archeologicznych), gdyż będą robione wykopy do głębokości 80 centymetrów. Zdarzyło się bowiem znalezienie niewybuchu, co spowodowało wstrzymanie robót i prac.

Zamawiający wyjaśnił, że również jest ustanowiony nadzór autorski przez wykonawcę dokumentacji projektowej. Obiekty zostały wykonane w całości, tj. są zadaszone, monitorowane i ogrzewane.

Zamawiający przyznał, że w odrębnym postępowaniu wybrał nadzór inwestorski, tj. była to firma „POI” z Inowrocławia. Zamawiający potwierdził, że protokoły odbioru robót zakrytych, protokoły w zakresie częściowych robót, dopuszczenie materiałów i dokumenty związane z tymi materiałami m.in. atesty, powinny również, poza kierownikiem budowy, być w posiadaniu firmy, która sprawowała w imieniu zamawiającego nadzór inwestorski (tj. „POI” z Inowrocławia).

16

Zakres przekazanej dokumentacji i zakres zaawansowania budowy przedstawiony przez zamawiającego, odwołujący potwierdził.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów odwołania i stanowiska zamawiającego wobec tych zarzutów, przedstawionych jak niżej, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Uzasadniając w sposób skonkretyzowany swoje stanowisko, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Politechnice Wrocławskiej naruszenie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, przez podjęcie niezgodnych z prawem czynności.

I. Zarzuty do SIWZ – naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w przedmiotowej SIWZ, przy ustalonej ryczałtowej formie wynagrodzenia:

Zarzut I.1. braku określenia aktualnej wielkości i zakresu robót polegających na usunięciu wad i usterek robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A. (inventaryzacja robót budowlanych, inventaryzacja wad i usterek - 03.07.2012r., protokół odbioru końcowego - 12.10.2012r.),

Zarzut I.2. braku w dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji informacji dotyczących posiadania przez zamawiającego protokołów odbioru robót zakrytych, protokołów z prób i badań, zatwierdzeń materiałowych oraz aprobat, atestów i deklaracji zgodności dla wbudowanych materiałów przez poprzedniego wykonawcę, które to dokumenty niezbędne są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, co powoduje niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany SIWZ obejmowały:

- sporządzenie aktualnej na dzień ogłoszenia przetargu dokumentacji w zakresie wad i usterek robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A.,
- przekazanie informacji o posiadanych przez niego dokumentach niezbędnych do sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie skompletowanych dotychczas przez poprzedniego wykonawcę.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że w rozdziale II pkt 2 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” jak i § 2 ust. 2 wzoru umowy wskazano, iż „Roboty budowlane oznaczają pełen
17

zakres robót budowlano-montażowych wszelkich branż budownictwa, robót rozbiórkowych, robót montażowych, usług budowlanych oraz dostaw maszyn i urządzeń dotyczących obiektu, tj. budynku wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu w zakresie opisanym w dokumentacji projektowej, obejmującym usunięcie wad i usterek wskazanych w protokole odbioru końcowego oraz dokończenie robót budowlano-montażowych. Wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty jw. i przekazać je zamawiającemu zgodnie z dokumentacją projektową określoną w załączniku nr 7 do niniejszej SIWZ, umową, zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane oraz zgodnie z innymi obowiązującymi przepisami i normami, jak również zgodnie z wiedzą techniczną, zasadami sztuki budowlanej i przepisami BHP”. Załączona do SIWZ dokumentacja, tj. inventaryzacja robót budowlanych, inventaryzacja wad i usterek z dnia 03.07.2012 r., oraz protokół odbioru końcowego z dnia 12.10.2012 r., która to dokumentacja została sporządzona po zakończeniu wykonywania przedmiotowego zadania przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A. określa wady i usterki w robotach budowlanych poprzedniego wykonawcy. Z uwagi na to, iż powyższe dokumenty wykonane zostały kilka miesięcy przed ogłoszeniem niniejszego postępowania jak również z uwagi na fakt, iż wybudowany obiekt nie został zabezpieczony na co wskazuje zapis rozdziału IV pkt 2 protokołu odbioru końcowego wykonawca pomimo dokonania wizji lokalnej nie jest w stanie określić jednoznacznie na dzień składania oferty rozmiaru prac naprawczych do wykonania czy też przewidzieć jakie wady poprzednich prac ujawnią się na etapie wykonywania przedmiotu

zamówienia. Wykonawca nie może bowiem ponosić odpowiedzialności za wady i usterki nieopisane w dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji ujawnione w czasie pomiędzy przygotowaniem dokumentacji a rozpoczęciem robót budowlanych. Nawet w przypadku dokonania wizji lokalnej wykonawca nie jest w stanie dokładnie określić zakresu tychże prac, jak również sprawdzić, czy wskazane prace zostały wykonane zgodnie z załączoną dokumentacją projektową. Nieuprawnionym jest więc żądanie od wykonawcy złożenia oświadczenia, iż nie zgłasza do tych robót zastrzeżeń (§ 13 ust. 1 wzoru umowy).

Zobowiązanie wykonawcy do złożenia oświadczenia o szczegółowym zapoznaniu się z robotami już wykonanymi przez poprzedniego wykonawcę i niezgłaszaniu w zakresie tychże robót zastrzeżeń, pomimo, iż zgodnie z postanowieniami art. 647 K.c. za przygotowanie inwestycji oraz dokumentację projektową odpowiada zamawiający, poczytał odwołujący jako naruszające przepisy K.c. i sprzeczne z naturą zobowiązania wzajemnego.

W załączonej przez zamawiającego dokumentacji brak jest informacji dotyczących posiadania przez zamawiającego protokołów odbioru robót zakrytych, protokołów z prób i badań, zatwierdzeń materiałowych oraz aprobat, atestów i deklaracji zgodności dla wbudowanych materiałów przez poprzedniego wykonawcę, które to dokumenty niezbędne

18

są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, co powoduje niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak posiadania przez zamawiającego powyższych dokumentów spowoduje dodatkowe, trudne do określenia na etapie składania ofert koszty oraz przedłużenie czasu związane z wykonaniem dokumentacji powykonawczej, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Odwołujący wskazywał, że na zamawiającym ciąży obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie doprecyzował go w sposób umożliwiający dokonanie wykonawcy wyceny przedmiotu zamówienia czy też oceny stanu technicznego budynku. Brak jest bowiem ekspertyzy czy też badań potwierdzających jednoznacznie jedynie te wady i usterki, które zamawiający przedstawił wykonawcom w załączonej dokumentacji.

Stanowisko zamawiającego: Wyrażane przez odwołującego obawy co do braku zabezpieczenia obiektu uznał za chybione. Co więcej, podnoszenie takiego zarzutu przez tego konkretnego potencjalnego wykonawcę budzi uzasadnione wątpliwości wobec faktu, iż w dniu 24 stycznia 2013 roku, a więc przed wniesieniem przedmiotowego odwołania, odwołujący dokonał wizji na terenie budowy (nota *bene* kolejny jej termin ograniczający się już tylko do branży sanitarnej wyznaczony jest na pierwszy tydzień lutego). Odnośnie obiektu zamawiający przyznał, iż poprzedni Generalny Wykonawca (konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A. - dalej: były lub poprzedni GW) nie wykonał ciężącego na nim obowiązku umownego dokonania zabezpieczenia robót w toku po odstąpieniu przez zamawiającego. Zamawiający, celem nie dopuszczenia do dewastacji i degradacji obiektu, niezwłocznie w siłach własnych dokonał odpowiednich zabezpieczeń obiektu (zamknięcie lub tymczasowe zamurowanie wszystkich otworów drzwiowych) oraz objął cały teren budowy całodobową ochroną własnych służb oraz całodobowym monitoringiem. Obiekt jest również na okres zimowy ogrzewany. Na dowód przywołał kopię pism z dnia 24.09.2012, 04.10.2012 i 23.10.2012 r. w przedmiocie zabezpieczenia i przejęcia obiektu wraz z jego zabezpieczeniem i ochroną; przesłuchanie świadków A..... G..... i M..... S..... – P..... Tym samym stan obiektu ujawniony w opinii inwentaryzacyjnej sporządzonej przez biuro architektoniczne „Studio A+R” (załącznik nr 3 do SIWZ) odzwierciedla nie stan historyczny, a stan obecny obiektu. Wiedzę w tym zakresie posiada także odwołujący z uwagi na przeprowadzoną wizję lokalną. Zakres prac naprawczych pozostałych do wykonania został zatem w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określony w załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej oraz opinii inwentaryzacyjnej

19

określającej nie tylko precyzyjnie ilość robót wykonanych i pozostałych do wykonania,

opisanych w dokumentacji projektowej, ale także dokonującej oceny jakościowej tych robót i specyfikującej szczegółowo roboty poprawkowe. W zakresie, w którym w opinii inwentaryzacyjnej nie wskazano istnienia usterek względnie wad w wykonanych robotach, usterki takie nie występują. Znajduje to wyraz w złożonym przez zamawiającego oświadczeniu o dokonaniu odbioru od poprzedniego GW wykonanych przez niego robót budowlanych (vide: protokół odbioru z dnia 12 października 2012 roku - załącznik nr 11 do wzoru umowy).

Zamawiający dokonując odbioru prac zasadniczo bez uwag (poza ww. specyfikacją wad) potwierdził nie tylko jakość wykonanych prac, ale też ich całkowitą zgodność z dokumentacją projektową, na podstawie której były one wykonywane.

Zamawiający przyznał, że nie dołączył do SIWZ aprobat technicznych, odbiorów robót zanikających, certyfikatów jakościowych itp. z dwóch względów. Po pierwsze dokumentacja ta nie jest w posiadaniu zamawiającego, po drugie zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 roku Nr 202, póź. 2072) przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji określonej w § 4 tego rozporządzenia, tj.:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Katalog ten zawiera tym samym opis dokumentacji wymaganej przez ustawodawcę dla prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonania robót budowlanych.

W analizowanym przypadku zamawiający zwracał uwagę na to, że dokonał znaczącego uszczegółowienia opisu tego przedmiotu uwzględniając specyfikę planowanych do powierzenia wykonawcy robót polegających na dokończeniu przerwanej inwestycji. Zamawiający, niezależnie od pozwolenia na budowę oraz kompletnej dokumentacji projektowej, zlecił opracowanie drugiej kompletnej dokumentacji, na której graficznie i w sposób jednoznaczny oznaczono pozostałe do wykonania roboty nanosząc je na rysunki oraz części tabelaryczne i zastawienia w dokumentacji tej zawarte. Niezależnie, zamawiający dokonał szczegółowej inwentaryzacji (spisu z natury) ilościowo - jakościowej

wykonanych robót budowlanych oraz zamontowanych urządzeń i wyposażenia obiektu. Tym samym, zakres specyfikacji sporządzonej przez zamawiającego znacznie wykracza poza niezbędne elementy określone w przepisach prawa. Wyrażone przez odwołującego oczekiwanie sporządzenia ekspertyzy wszystkich wykonanych elementów robót – uznał zatem nie tylko za nieracjonalne, wykraczając ponad rzeczową potrzebę opisu przedmiotu zamówienia ale też całkowicie nieuzasadnione ze względów ekonomicznych. Zlecenie dokonania badań, w szczególności laboratoryjnych, wszystkich wykonanych elementów wiązałoby się z koniecznością wstrzymania realizacji zamówienia na okres kilku lat oraz poniesienia przez zamawiającego kosztów z tym związanych, który z dużą dozą prawdopodobieństwa przekroczyłby sumę planowanych do wydatkowania środków na roboty budowlane celem dokończenia inwestycji.

Nadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający do dokumentacji przetargowej (SIWZ) dołączył ekspertyzę techniczną stanu jakościowego wykonanych robót oceniającą również ich zgodność z dokumentacją projektową. Oceny tej dokonał autor dokumentacji projektowej, na podstawie której budynek był budowany - arch. W..... J..... W ocenie zamawiającego jest on osobą najbardziej kompetentną do oceny zgodności wykonanych robót z tą dokumentacją. Wynikiem tej oceny była sporządzona inwentaryzacja wraz z oceną techniczną budynku. W związku z powyższym zarzut odwołującego poczytał za chybiony. Podsumował, że opis przedmiotu zamówienia spełnia wymogi określone w przepisach prawa i jest dostatecznie precyzyjny by umożliwić odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Na marginesie i uzupełniając jedynie wskazał, iż zarzut braku dołączenia do SIWZ dokumentów składających się finalnie na dokumentację powykonawczą (np. protokoły, certyfikaty, atesty itp.) podniesiony przez odwołującego może świadczyć jedynie o braku wnikliwej analizy SIWZ. Zamawiający bowiem w ramach przedmiotu zamówienia ujął sporządzenie tej dokumentacji w całości (tak: §3 ust. 4 projektu umowy), również co do robót wykonanych przez byłego GW. Gdyby więc zamawiający był w posiadaniu takiej dokumentacji, nie oczekiwałby jej sporządzenia w ramach czynności powierzonych do wykonania oferentowi. Podniesiony zarzut odwołującego zmierza, w ocenie zamawiającego, do nieuprawnionej próby ingerencji w słuszne oczekiwania zamawiającego co do zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia dążąc do wyłączenia z niego tych elementów, które są dla odwołującego mniej atrakcyjne.

Stanowisko Izby: zarzut I.1. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć

21

wpływ na sporządzenie oferty skutkiem braku określenia aktualnej wielkości i zakresu robót polegających na usunięciu wad i usterek robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A. (inwentaryzacja robót budowlanych, inwentaryzacja wad i usterek - 03.07.2012r., protokół odbioru końcowego - 12.10.2012r.) – nie znalazł potwierdzenia. W aktach postępowania, znajduje się kompletna dokumentacja techniczna z pozwoleniem na budowę, aktualizacja tej dokumentacji, protokół odbioru robót od poprzedniego wykonawcy, wykaz stwierdzonych usterek, inwentaryzacja wykonanych robót, oświadczenie projektanta o aktualności dokumentacji projektowej, ocena techniczna stanu jakościowego wykonanych robót. Roboty w toku - w ostatnim czasie - zostały zabezpieczone przed ujemnymi wpływami atmosferycznymi poprzez zamknięcie płytami OSB otwartej części otworów okiennych i

Z powyższych drzwiowych, co

stanowiło okoliczność przyznaną przez odwołującego.

względów, jeżeli nawet roboty w toku nie zostały zabezpieczone na cały niezbędny okres, nie wyklucza to powoływania się przez wykonawcę na ujawnione w czasie po wyborze oferty i zawarciu umowy - usterki dotychczas wykonanych robót, których wykaz usterek nie obejmował, a jednoznacznie tkwiące w danym zakresie robót i niemożliwe do stwierdzenia w czasie zalecanych oględzin terenu budowy przez wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty.

Izba uznała, że zarzut I. 2. braku w dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji informacji dotyczących posiadania przez zamawiającego protokołów odbioru robót zakrytych, protokołów z prób i badań, zatwierdzeń materiałowych oraz aprobat, atestów i deklaracji zgodności dla wbudowanych materiałów przez poprzedniego wykonawcę, które to dokumenty niezbędne są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, co powoduje niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, znalazł potwierdzenie i stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp – jako niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga od wykonawcy użycia materiałów oznaczonych w projekcie. Dopuszcza inne materiały, posiadające wymagane atesty, po uprzedniej akceptacji przez osoby wyznaczone z jego strony do nadzorowania budowy. Nie ma powodów przypuszczać, iż warunki były inne w poprzednim postępowaniu przetargowym na ten sam przedmiot zamówienia, gdyż wynikają one z odrębnych przepisów ogólnych – wymagań odnośnie materiałów budowlanych. Zamawiający wprawdzie sporządził jednostronny protokół odbioru robót od poprzedniego wykonawcy, ale dość lakoniczny, nie obejmuje on załączników: protokołów odbioru robót zakrytych, protokołów z prób i badań, zatwierdzeń materiałowych oraz aprobat, atestów i deklaracji zgodności dla wbudowanych materiałów przez poprzedniego wykonawcę, które powinny być w posiadaniu kierownika

22

budowy zgodnie z art. 46 ustawy prawo budowlane, który jest zobowiązany przez okres wykonywania robót budowlanych przechowywać dokumenty stanowiące podstawę ich

wykonania, a także oświadczenie dotyczące wyrobów budowlanych jednostkowo zastosowanych w obiekcie budowlanym, o których mowa w art. 10 ustawy z dnia 16.04.2004r. o wyrobach budowlanych oraz udostępnić te dokumenty przedstawicielom uprawnionych organów. Zamawiający w tym przypadku nie brał pod uwagę specyfiki tegoż zamówienia – stanowiącego kontynuację robót przerwanych przez poprzedniego wykonawcę, która jest odmienna od inwestycji realizowanej od podstaw, do której zasadniczo odnosi się zakres dokumentów stanowiący opis przedmiotu zamówienia oznaczony w art. 31 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, wykonawcę który podejmuje się kontynuacji budowy obiektów przejętych protokolarnie przez zamawiającego od poprzedniego wykonawcy i przekazanego jako plac dalszej budowy nie może obciążać obowiązkiem odtworzenia protokołów odbioru robót zakrytych, protokołów z prób i badań, zatwierdzeń materiałowych oraz aprobat, atestów i deklaracji zgodności dla wbudowanych materiałów przez poprzedniego wykonawcę, które to dokumenty niezbędne są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, albowiem nie ma on żadnych możliwości uzyskania tych dokumentów od poprzedniego wykonawcy. Zamawiający w SIWZ nie może narzucać na wykonawcę wykonywania obowiązków odtwarzania dokumentacji, które *stricto* nie wchodzi w opis przedmiotu zamówienia - którym są roboty budowlane w oznaczonym zakresie. Trudno sobie wyobrazić aby wykonawca robił np. odkrywkę i ustalał jakie też materiały wbudował poprzednik i poszukiwał dokumentów, że materiały te są odpowiednie i mogły zostać zastosowane. Należy wskazać, że to zamawiającego łączyła więź prawna z poprzednim wykonawcą, zatem nie jest właściwe poprzestanie na bezskutecznym wezwaniu poprzedniego kierownika robót o udostępnienie tych dokumentów, a podjęcie kroków prawnych mających doprowadzić do uzyskania tych dokumentów jako nieodzownych przy odbiorze obiektu budowlanego i uzyskaniu zezwolenia na jego użytkowanie. Upadłość poprzedniego wykonawcy oznacza jego niewypłacalność, co nie jest równoznaczne z niemożliwością odzyskania dokumentów, które winny być przekazane inwestorowi przy protokole odbioru robót. Izba miała również na uwadze, że przynajmniej kopie tej dokumentacji mogą mieć osoby, które sprawowały nadzór inwestorski i decydowały o dopuszczeniu materiałów do użycia na danej budowie, dokonywały odbiorów robót zakrytych, odbiorów częściowych. Skoro dokumenty te niezbędne są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, to postulat odwołującego zmiany postanowień SIWZ i zagwarantowanie wykonawcy *„przekazania informacji o posiadanych przez zamawiającego dokumentach niezbędnych do sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na*

23

użytkowanie skompletowanych dotychczas przez poprzedniego wykonawcę” – jest jak najbardziej zasadny i racjonalny, gdyż kwestionowane postanowienia SIWZ naruszyły art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienie ma swoją specyfikę, stanowi dokończenie robót budowlanych, zatem argumentacja zamawiającego, że przekazał zakres dokumentacji technicznej i inne dokumenty w zakresie szerszym niż mówi przepis w odniesieniu do inwestycji realizowane od początku do końca przez jednego wykonawcę, nie znajdowała uzasadnienia. Niewątpliwie nadmierne wymagania i prawie niemożliwe do spełnienia lub też wymagające nie wiadomo jak długiego czasu na odtworzenie tej dokumentacji w zderzeniu z wyznaczonym terminem zakończenia prac 30.06.2013 r. i zgłoszenia ich do odbioru, jak też końcowym terminem realizacji umowy wyznaczonym na 31.08.2013 r., może skutecznie ograniczyć liczbę wykonawców ubiegających się o to zamówienie, zatem narusza art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający podkreślając, że „Zlecenie dokonania badań, w szczególności laboratoryjnych, wszystkich wykonanych elementów wiązałoby się z koniecznością wstrzymania realizacji zamówienia na okres kilku lat oraz poniesienia przez zamawiającego kosztów z tym związanych, który z dużą dozą prawdopodobieństwa przekroczyłby sumę planowanych do wydatkowania środków na roboty budowlane celem dokończenia inwestycji” zdaje się dostrzegać, iż tożsame, a nawet większe związane z tym problemy napotka wykonawca, który podejmuje się realizacji zamówienia, nie mając dotychczas wytworzonych dokumentów, warunkujących odbiór końcowy inwestycji i uzyskanie pozwolenia na jej użytkowanie. Konieczna jest zatem modyfikacja postanowień SIWZ i zobowiązanie się zamawiającego do przekazania wykonawcy „dokumentów niezbędnych do sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, skompletowanych dotychczas przez

poprzedniego wykonawcę” – żądanie jest jak najbardziej zasadne i racjonalne, gdyż kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają wskazane przepisy ustawy Pzp, tj. art. 29 i 31 tej ustawy.

Dokumenty niezbędne są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, co powoduje niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak powyższych dokumentów spowoduje dodatkowe, trudne do określenia na etapie składania ofert koszty oraz przedłużenie czasu związane z wykonaniem dokumentacji powykonawczej, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Nie można było uwzględnić argumentacji zamawiającego, że przedstawił opis zgodny wprost z art. 31 ust. 1 Pzp. Opis musi się bowiem odnosić do przedmiotu zamówienia, zatem nie do budowy od podstaw, ale do kontynuacji budowy, gdzie oprócz zasadniczego zestawu dokumentów dokumentacji projektowej, wymagane są inne dokumenty przejęcia inwestycji w toku.

24

II. zarzuty do postanowień umowy - naruszenia art. 58 K.c., 353! K.c., w zw. z art. 487 K.c., art. 647 K.c., art. 651 K.c. oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. sporządzenie SIWZ w tym wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz zasady ekwiwalentności świadczeń wynikających z umów wzajemnych, poprzez wyraźne uprzywilejowanie zamawiającego w szczególności poprzez:

Zarzut II.1. Obciążenie wykonawców obowiązkiem objęcia gwarancją i rękojmią robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum AB Solid S.A. i Instal Białystok S.A.- Rozdział II pkt 3 SIWZ oraz § 2 ust. 3, § 13 ust. 1, § 13 ust. 4.b wzoru umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: usunięcie wszelkich zapisów umownych zobowiązujących wykonawcę do objęcia zakresem rękojmi i gwarancji robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum firm ABM Solid S.A. i Instal Białystok S.A.

W szczegółowym uzasadnieniu powyższego zarzutu odwołujący podnosił, że obciążenie wykonawców obowiązkiem objęcia gwarancją i rękojmią robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum AB Solid S.A. i Instal Białystok S.A. pomimo, iż wykonawca nie ma pewności co do jakości wykonanych prac, czy są one zgodne z przedłożoną poprzedniemu wykonawcy dokumentacją, jak również nie jest w stanie przewidzieć czy nie zostaną ujawnione inne wady, a które spowodują niemożność prawidłowego zrealizowania przez wykonawcę, działającego w dobrej wierze przedmiotu umowy. Zdaniem odwołującego powyższy zakres powinien być objęty osobą umową.

Stanowisko zamawiającego: Odwołujący może nabrać pewności co do faktycznego stanu i jakości robót wykonywanych przez poprzedniego GW po uważnej lekturze SIWZ i załączonej do niej dokumentacji. Przede wszystkim jakość wykonanych już robót potwierdzona została w inwentaryzacji, a także załączonym do SIWZ protokole odbioru końcowego tych robót, w którym zamawiający wskazał, iż dokonuje odbioru robót bez uwag, wyjąwszy wskazaną listę ich wad i usterek. Zamawiający powierza ich usunięcie wykonawcy, a tym samym odwołujący jako potencjalny wykonawca nie będzie pozbawiony pełnej kontroli nad sposobem usunięcia i jakością prac poprawkowych. Z kolei żądanie, zgodnie z którym zamawiający ma do odrębnego zamówienia wyłączyć objęcie dotychczas wykonanych robót gwarancją, jest co najmniej niezrozumiałe i stanowi próbę ingerencji odwołującego w dyskrecyjną sferę decyzyjną zamawiającego obejmującą rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie jest uprawniony do decydowania, które części przedmiotu

25

zamówienia są zamawiającemu potrzebne. O tym, jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego strony stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, tj. art. 473 § 1 K.c. stanowiący, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie

zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Obowiązek objęcia rękomią i gwarancją dotychczasowych robót przez wykonawcę nie wynika wprost z umowy o roboty budowlane. Skoro sam odwołujący przewiduje możliwość objęcia robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę gwarancją i rękomią w odrębnej umowie, co sugeruje w odwołaniu, to tym bardziej brak przeszkód prawnych, by regulacje w tym zakresie zawrzeć w jednej umowie. Zamawiający powierza bowiem wykonanie określonego zadania inwestycyjnego w określonych ramach czasowych, w których jego realizacja jest możliwa, czemu sam odwołujący nie zaprzecza. Niezależnie, oparcie odwołania na okolicznościach, które dotyczą wyłącznie subiektywnej oceny potencjalnej intratności danej części zamówienia lub subiektywnej chęci jego realizacji w danej części nie może znaleźć uznania jako zarzut trafiony.

Stanowisko Izby: Izba uznała za nietrafny, zarzut II. 1. bezpodstawności żądania objęcia gwarancją i rękomią robót budowlanych wykonanych przez poprzedniego wykonawcę konsorcjum AB Solid S.A. i Instal Białystok S.A. Nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 K.c., 353! K.c., w zw. z art. 487 K.c., art. 647 K.c., art. 651 K.c. jako warunek naruszający zasady współżycia społecznego oraz zasady ekwiwalentności świadczeń wynikających z umów wzajemnych, poprzez wyraźne uprzywilejowanie zamawiającego. Założeniem ustawy Pzp jest aby zamawiający otrzymał produkt zaspakajający jego uzasadnione potrzeby, uzyskany w wyniku realizacji zamówienia przez wykonawcę wybranego w warunkach uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp przewiduje jedynie odpłatność świadczenia wykonawcy za ceną, która nie może być rażąco niska, (górną granicą ceny limitowaną jest wyłącznie przez konkurencję rynkową), nie zakłada jednak bezwzględnej ekwiwalentności świadczeń wzajemnych między zamawiającym a wykonawcą zamówienia. Gdyby nawet można było mówić o nie ekwiwalentności tych świadczeń, to uwzględnienie zarzutu mogłoby nastąpić jedynie poprzez jednoczesne wykazanie zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenia przepisu tej ustawy, np. art. 29 ust. 2 ustawy i wykazanie wpływu kwestionowanego postanowienia na ograniczone z tego względu zainteresowanie przetargiem ze strony wykonawców – tym samym rzutujące negatywnie na zachowanie konkurencji. W ocenie Izby odwołujący tego nie wykazał. Izba również nie

26

stwierdziła bezwarunkowych przeszkód prawnych dla możliwości objęcia gwarancją i rękomią całego wykonanego obiektu budowlanego przez wykonawcę wybranego w tym postępowaniu, mimo że w znacznej części wykonanego przez innego wykonawcę. Wszak, również zjawiskiem powszechnym jest wykonywanie poszczególnych zakresów robót przez podwykonawców i odbiór tych robót przez generalnego wykonawcę, który udziela gwarancji na całość obiektów. Ustawowa rękomią z art. 568 § 1 K.c. również dotyczy całości obiektu budowlanego. Izba częściowo podzieliła argumentację zamawiającego w tym względzie, iż przede wszystkim jakość wykonanych już robót potwierdzona została w inwentaryzacji, a także w załączonym do SIWZ protokole odbioru końcowego tych robót z załącznikami, w którym zamawiający wskazał, iż dokonuje odbioru robót bez uwag, wyjąwszy wskazaną listę ich wad i usterek. Zamawiający powierza ich usunięcie wykonawcy, a tym samym odwołujący jako potencjalny wykonawca nie będzie pozbawiony pełnej kontroli nad sposobem usunięcia i jakością prac poprawkowych, zatem jakością całości robót składających się na zadanie inwestycyjne, którego rezultat zostanie objęty jego gwarancją i rękomią. Warunki zamówienia nie wyłączają zgłaszania zamawiającemu wad ukrytych robót wykonanych przez dotychczasowego GW, które nie były możliwe do stwierdzenia w wyniku wizji lokalnej, dokonanej przez odwołującego. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut II. 2. Brak możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedłużenie czasu na ukończenie robót oraz o dodatkowe wynagrodzenie w przypadku okoliczności od wykonawcy niezależnych, których rozmiar, czas i koszt są okolicznościami przyszłymi i niepewnymi, m.in. takich jak:

- a) wykrycie instalacji, urządzeń lub budowli podziemnych nie ujętych w dokumentacji projektowej i nie zinwentaryzowanych przez właścicieli i gestorów instalacji i urządzeń, a wymagających przebudowy w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy,
- b) odkrycie na terenie budowy broni, bomb, niewybuchów lub innych materiałów

wybuchowych, szczątków ludzkich oraz przedmiotów o znaczeniu archeologicznym i historycznym,

c) warunki atmosferyczne przy uwzględnieniu okoliczności, iż termin zakończenia realizacji jak i rozmiar inwestycji przy założeniu znacznych braków w zakresie jej należytego przygotowania co do kompletności dokumentacji przetargowej jest nieadekwatny w stosunku do rozmiaru i charakteru zamówienia, a warunki wskazane powyżej mogą skutecznie uniemożliwić prowadzenie prac realizacyjnych - § 5 ust. 5 w zw. z § 18 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie zapisu § 5 ust. 5 wzoru umowy, wprowadzenie zapisu o możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedłużenie czasu na ukończenie robót oraz o dodatkowe wynagrodzenie w przypadku

27

okoliczności od wykonawcy niezależnych, których rozmiar, czas i koszt są okolicznościami przyszłymi i niepewnymi, jak m.in.: a) wykrycie instalacji, urządzeń lub budowli podziemnych nie ujętych w dokumentacji projektowej i nie zinwentaryzowanych przez właścicieli i gestorów instalacji i urządzeń, a wymagających przebudowy w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy, b) odkrycie na terenie budowy broni, bomb, niewybuchów lub innych materiałów wybuchowych, szczątków ludzkich oraz przedmiotów o znaczeniu archeologicznym i historycznym, c) nadzwyczajne warunki atmosferyczne.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że w specyfikacji brak jest określenia wielkości i zakresu robót związanych przykładowo z urządzeniami podziemnymi a nieujętych w dokumentacji projektowej, zakresu robót archeologicznych, itd. przy jednoczesnym pozbawieniu wykonawcy dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia czy też możliwości żądania wydłużenia terminu realizacji. Okoliczność braku możliwości ubiegania się o przedłużenie czasu na ukończenie robót w przypadku wystąpienia m.in. niesprzyjających warunków atmosferycznych, wykrycia urządzeń, instalacji nieprzewidzianych w projekcie, odkrycie na terenie budowy bomb, niewybuchów, szczątków ludzkich, i opóźnienia z innych przyczyn niezależnych od wykonawcy mogą skutecznie uniemożliwić prowadzenie prac i przyczynić się do opóźnień. Okoliczności te uniemożliwiają również prawidłową kalkulację ceny. Zamawiający winien również wykazać gotowość do zapłaty wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia w przypadku konieczności wykonania prac nieobjętych zakresem umowy, a także za zlecenie przeprowadzenia dodatkowych czynności czy też poniesienia dodatkowych kosztów w związku z ich przeprowadzeniem. Zamawiający, w sytuacji uregulowanej na gruncie analizowanego projektu umowy, nielimitowanym w tym względzie żadnymi kosztami czy innymi ograniczeniami, może zlecić każdą ilość robót, badań, ekspertyz niezależnie od zaistnienia rzeczywistej potrzeby czy też konieczności ich wykonania. Jest to również sprzeczne z art. 640 K.c. nakazującym stronom współdziałanie, a nie obciążanie jednej ze stron konsekwencjami działań podejmowanych przez drugą stronę.

Stanowisko zamawiającego: Zarzuty podnoszone przez odwołującego w stosunku do zapisów umowy również nie mogą się ostać, a wskazują w ocenie zamawiającego na brak zapoznania się ze specyfiką planowanej do dokończenia inwestycji. Przede wszystkim wpływ warunków pogodowych na zamknięty, zadaszony i ogrzewany obiekt nie występuje. W szczególności występowanie opadów atmosferycznych pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na prowadzenie prac wewnątrz obiektu, a tym samym podniesiona argumentacja o braku możliwości przesunięcia terminu w razie ich wystąpienia jest całkowicie chybioną. W zakresie wpływu i możliwości wystąpienia badań archeologicznych na terenie budowy zamawiający ustosunkował się do tego zarzutu jak w ad. 2 ab initio złożonej odpowiedzi na odwołanie ale ponownie podkreślał, że skoro prace obejmują wykończenie obiektu a nie jego

28

budowę od postaw zarzuty odwołującego nie mogą zyskać aprobaty. W § 18 projektu umowy zamawiający wskazał dwie sytuacje mogące skutkować zmianami terminu realizacji umowy, tj. wystąpienia przeszkód o charakterze siły wyższej oraz wykrycia istotnych błędów projektowych. Roboty nie będą prowadzone w okresie zimowym.

Stanowisko Izby: Izba uznała zarzut za częściowo zasadny w odniesieniu do ustalenia zasadności ubiegania się przez wykonawcę o przedłużenie czasu na ukończenie

robót związanych jedynie: z wykryciem znalezisk archeologicznych, niezinventaryzowanych urządzeń wymagających przebudowy oraz zaistnieniem ekstremalnych warunków pogodowych nie spotykanych normalnie w naszej strefie klimatycznej, np. deszcze nawalne, powodzie. Izba przychyliła się do argumentacji odwołującego, że np. znaleziska archeologiczne i o znaczeniu historycznym oraz decyzje uprawnionych organów związane z udokumentowaniem tych odkryć i ich zabezpieczeniem, mogłyby na dłuższy czas zablokować postęp robót. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, roboty nie ograniczają się do robót wykończeniowych w obiektach ale także dotyczą budowy dróg i instalacji zewnętrznych, co świadczy, że kwestionowane postanowienia mogłyby znaleźć zastosowanie w praktyce. Zamawiający w odniesieniu do warunków pogodowych uwzględnił jedynie stan kłęski żywiłowej, ogłoszony przez władze.

Inne podnoszone przez odwołującego okoliczności nie miały znaczenia, gdyż np. niewybuchy znalezione na budowach usuwane są sprawnie i szybko przez wyspecjalizowane służby, zatem nie wstrzymują znacząco prac, a wykonawca ma możliwość czasowego zaangażowania potencjału na innym odcinku. Kolizje sieci i konieczność przełożenia niezinventaryzowanych instalacji mieści się w dyspozycji § 18 umowy jako wykrycie błędów projektowych i również może mieć wpływ na możliwość wywiązania się wykonawcy z terminu realizacji umowy. Zbyt wygórowane wymagania mogłyby wpłynąć na odstąpienie części wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie od złożenia oferty. Zachodzą zatem podstawy do nakazania zmian w SIWZ w tym zakresie (§ 5 ust. 5 w zw. z § 18 projektu umowy, jako naruszających art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do dodatkowego wynagrodzenia z powyższego tytułu, to żądania takie Izba uznała za pozbawione usprawiedliwionych podstaw, w odniesieniu do wszelkich prac objętych dokumentacją i pomocniczych ściśle związanych z przedmiotem zamówienia. Jeżeli zaś pojawiłaby się konieczność dodatkowych robót, skutkiem wykrycia niemożliwych wcześniej do stwierdzenia istotnych błędów i pominięć w dokumentacji projektowej, byłaby możliwość uzyskania odrębnego zamówienia dodatkowego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż omawiany wzór umowy w zakresie nieuregulowanym odsyła do przepisów ustawy Pzp, przepisów K.c. i prawa budowlanego.

29

Zarzut II. 3. Określenie, iż cena brutto ma uwzględniać wszelkie inne koszty związane z realizacją przedmiotu umowy bez względu na faktyczny zakres robót niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym określenia przykładowego katalogu kosztów robót i usług, które wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji ceny, a których możliwość wystąpienia nie została objęta dokumentacją projektową - § 6 ust. 2 w tym pkt e, f, m, p projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie całości postanowień, z których wynika, iż wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty nieujęte w dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego. Wskazanie zamkniętego katalogu robót i usług koniecznych do wykonania oraz dokonanie zmiany zapisu § 6 wzoru umowy.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący podał, że zobligowanie wykonawcy do uwzględnienia i wyceny określonego tam przykładowo zakresu prac poprzez bliżej nieokreśloną na etapie ofertowania możliwość wystąpienia konieczności wykonania np. ekspertyz, analiz, pokrycia kosztów obsługi archeologicznej, geologicznej, kosztów rozbiórek (o ile zajdzie taka potrzeba), pozostawiają zbyt dużą dozę uznaniowości co do zakresu prac lub czynności jakie winny być wykonane. Odwołujący uznał, że zamawiający poprzez ogólnikowe nałożenie na wykonawcę obowiązków w § 5 ust. 5 oraz § 6 wzoru umowy - poniesienia wszelkich kosztów bez względu na faktyczny zakres robót niezbędnych do wykonania próbuje obarczyć wykonawcę również odpowiedzialnością za wady tejże dokumentacji. Wykonawca na etapie ofertowania ma na podstawie przedstawionej dokumentacji przygotować ofertę, a nie sprawdzać czy jest ona prawidłowo sporządzona i ponosić ryzyko faktu, iż może zawierać błędy. Ponadto z treści art. 651 K.c. wynika, iż „Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.” Wykonawca nie może natomiast ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej za te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Zgodnie z istotą stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane, określoną

w art. 647 Kodeksu cywilnego zamawiający nie ma prawa zwolnić się od odpowiedzialności za pominięcia, braki i wady w dokumentacji projektowej oraz inne zaniedbania w przygotowaniu inwestycji do realizacji (m.in. wyrok Sądu Najwyższego- Izba Cywilna z dnia 27 marca 2000r. III CKN 629/98). Wykonawca na etapie ofertowania ma na podstawie przedstawionej dokumentacji przygotować ofertę, a nie sprawdzać czy jest ona prawidłowo sporządzona i ponosić ryzyko faktu, iż może zawierać błędy. Ponadto z treści art. 651 K.c. wynika, iż „Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne

30

okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.” Wykonawca nie może natomiast ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej za te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Zgodnie z istotą stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane, określoną w art. 647 Kodeksu cywilnego zamawiający nie ma prawa zwolnić się od odpowiedzialności za pominięcia, braki i wady w dokumentacji projektowej oraz inne zaniedbania w przygotowaniu inwestycji do realizacji (m.in. wyrok Sądu Najwyższego- Izba Cywilna z dnia 27 marca 2000r. III CKN 629/98).

Stanowisko zamawiającego: Przede wszystkim zamawiający wskazywał, że zarzut odwołującego dotyczący istotnych ryzyk po stronie oferentów związanych z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia oraz możliwymi do wykrycia niezainwentaryzowanymi sieciami uzbrojenia terenu bądź znalezionymi artefaktami mogłyby być logicznie brany pod uwagę, gdyby w zakresie powierzonych do wykonania prac znajdowały się roboty ziemne, w szczególności fundamentowe, wiążące się z koniecznością wykonania głębokich wykopów. Tymczasem powierzone do realizacji prace ograniczają się zasadniczo do prac wykończeniowych (malowanie, tynkowanie, wykładziny obiektowe) we wnętrzu istniejącego budynku oraz do jego wyposażenia, przy których to pracach ryzyko odkrycia zabytków archeologicznych lub sieci uzbrojenia terenu po prostu nie występuje, a argumentację odwołującego uznać można za powoływaną wyłącznie na użytek niniejszego postępowania.

Zamawiający w ramach wzoru umowy, a także formułując oczekiwania co do oferty, przewidział jej cenę jako ryczałtową. Już z samej instytucji ceny ryczałtowej uregulowanej w Kodeksie cywilnym, a w zasadzie - z porównania jej uregulowania przy umowie o dzieło i braku tej regulacji przy umowie o roboty budowlane - orzecznictwo i doktryna wywodzą brak podstaw do jej zmiany. Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów Sądu Najwyższego (zasada prawna) z dnia 9 września 2009 roku (III CZP 41/09, OSN 2010 Nr 3, poz. 33, do umowy o roboty budowlane stosuje się *per analogiam* art. 632 K.c., zgodnie z którym, w przypadku umówienia się przez strony na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Kwestionowane przez odwołującego zapisy wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, a w szczególności § 6 tego wzoru, stanowią odzwierciedlenie powyższej zasady, stąd zarzut ten nie może zyskać aprobaty. Co więcej zamawiający, który chce wybrać wykonawcą na całość zamówienia przewidzianego dokumentacją projektową, bez ryzyka pominięcia jakiegoś zakresu robót w kosztorysie, powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe (...) gdzie przedmiar pełni jedynie funkcję pomocniczą, a zaoferowane wynagrodzenie jest wiążące za całość przedmiotu zamówienia

31

określonego umową i dokumentacją projektową oraz nie podlega zmianie" (tak: wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 730/09). Stanowisko to koresponduje jednocześnie z ustalonym przez zamawiającego kryterium oceny ofert, jakim w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Dla osiągnięcia transparentności tego kryterium i realizacji postulatu zgodności z art. 7 ust. 1 uPzp zamawiający nie może dopuszczać zmian, a tym bardziej wprowadzać do umowy mechanizmów zmian ceny. Taki mechanizm mógłby w istocie doprowadzić do ustalenia z oferentem ceny, która byłaby finalnie wyższą od ceny ofertowej kolejnej oferty, co tym samym stałoby w całkowitej sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i transparentności udzielonego zamówienia, właśnie w drodze zastosowania takiego mechanizmu. Zaznaczał, że nie neguje możliwości udzielenia

zamówień dodatkowych, gdy na etapie realizacji zamówienia ujawnią się przesłanki do jego udzielenia zgodnie z art. 67 ust. 5 uPzp. Powyższe nie stoi w sprzeczności z okolicznością, iż na podstawie dokumentacji, za pomocą której zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, oferenci winni przewidzieć wszelkie koszty i prace konieczne dla osiągnięcia celu umowy, tj. dokończenia opisanego w dokumentacji obiektu budowlanego, uzyskania ostatecznej decyzji pozwolenia na jego użytkowanie oraz objęcia obiektu gwarancją, rękojmą i czynnościami serwisowo - konserwacyjnymi. Brak prawidłowej kalkulacji oraz przewidzenia przez oferenta, któremu udzielono zamówienia, wszystkich czynności obciążać będzie, zgodnie z dyspozycją art. 632 § 1 K.c., tego oferenta. Nie można zapominać, że oferenci są profesjonalistami w obrocie (art. 355 § 2 K.c.), a oczekiwania formułowane przez zamawiającego nie są odosobnione w praktyce rynkowej. Na okoliczności te wskazują nadto XII pkt 6 i 7 SIWZ. Na rozprawie zamawiający dodał, że w przypadku wykrycia wad nie ujętych w protokole wad i usterek robót poprzedniego GW zachodziłyby podstawy do udzielenia zamówienia dodatkowego. Przewidział też zamówienia uzupełniające do wysokości 30% zamówienia podstawowego.

Stanowisko Izby: Izba uznała, iż żądanie objęcia kalkulacją ceny oferty robót, których możliwość wystąpienia nie została objęta dokumentacją projektową - § 6 ust. 2 w tym pkt e, f, m, p projektu umowy, w odniesieniu do inwentaryzacji i rozbiórki obiektów archeologicznych, przełożenia i naprawy uszkodzonych niezainwentaryzowanych sieci, koszty obsługi archeologicznej, dodatkowej dokumentacji archeologicznej - narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 tej ustawy. Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego, do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję.

32

Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z ustępem 2 artykułu 29 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres i formę dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). (tak KIO w wyroku sygn. akt KIO 184/10.)

Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest prawidłowa i kompletna.

Bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Oznacza to, iż nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z

góry w specyfikacji i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania, lub też obejmuje bez oboustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z przykładowo z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków realizacji zamówienia, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy

33

byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ, gdyby uprzednio nie zostały w niej przewidziane, jako właściwy opis, a więc zgodny z art. 31 Pzp.

Izba podziela pogląd odwołującego, iż wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej, nie stanowią przedmiotu zamówienia, według jego opisu w SIWZ, które byłyby objęte ceną oferty, za wyjątkiem ściśle związanych np. obsługi geodezyjnej powykonawczej, czy przeprowadzenia wymaganych prób i pomiarów, itp. W razie konieczności wykonania robot niespodziewanych, które nie zostały objęte opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie były przewidziane projektem, a mogą okazać się nieodzowne do wykonania, dla osiągnięcia zakładanego rezultatu umowy, w przypadku ziszczenia się wszystkich przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezależnie od charakteru ustalonego wynagrodzenia, pozostając w zgodności z przepisami ustawy Pzp, - zamawiający ma możliwość udzielenia zamówień dodatkowych, za odpłatnością ustaloną odrębną umową, co nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 140 ust. 3 i 144 ust. 1 ustawy Pzp. Istotą zamówień dodatkowych, między innymi na roboty budowlane, jest ich nieprzewidywalność na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia i sporządzania oferty oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji. Zamówienia dodatkowe stanowią przedmiot odrębnego zamówienia w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a przesłanką ich dopuszczalności w wymienionym trybie jest właśnie okoliczność, iż wykonanie robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż nie znając wad dokumentacji projektowej, nie jest w stanie określić wpływu wad tej dokumentacji na wartość ustalonego wynagrodzenia (ceny oferty). Tymczasem zamawiający nakazuje skalkulować w cenie oferty koszty robót nieprzewidzianych, wynikających z wad dokumentacji projektowej. W § 18 wzoru umowy dopuszcza jedynie zmianę terminu wykonania umowy z omawianej przyczyny. Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert. Zatem art. 632 § 1 K.c., na który powołuje się zamawiający, stwierdzając, iż daje on możliwość żądania wykonania niedookreślonego zakresu zamówienia za podaną cenę ryczałtową, doznaje ograniczenia w tym sensie, iż z mocy art. 14 Pzp pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, podający sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Z uwagi na nakazany ustawą Pzp opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodny z dokumentacją projektową, wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku

34

ustalenia takiej podstawy rozliczeń, ustalone jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego tą dokumentacją. Należy się ono w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania wykonawca nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, ale nie innych - niż objętych dokumentacją. Ryczałt nie może ujmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp na roboty dodatkowe. Z tych względów Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za cały, zarówno znany, jak i nie znany dokładnie od początku przedmiot zamówienia. Uwolnienie się przez zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady tkwiące w projekcie, pozwala na uwolnienie się od jakiegokolwiek

odpowiedzialności za spełnienie swoich obowiązków umownych w zakresie dostarczenia kompletnego projektu przed podpisaniem umowy i uzupełniania jego braków w trakcie realizacji, co stanowi pozostawienie zamawiającemu swobody, co do tego czy spełni swoje świadczenie.

Takie ukształtowanie postanowień SIWZ, prowadziłyby do wniosku, że niemożliwa jest wycena pozwalająca na złożenie porównywalnych ofert zawierająca wycenę nieprzewidywalnych ryzyk związanych z ewentualnymi wadami dokumentacji projektowej, którą dostarcza zamawiający, lub też ze względu na wystąpienie innych sytuacji, np. znalezisk archeologicznych. Dalszą konsekwencją byłoby to, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Do postanowień umowy o realizację inwestycji będą miały zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, a zgodnie z art. 140 ust. 3 Pzp, umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego, że opisane zjawiska, odkrycia archeologiczne i historyczne, niewybuchy są mało prawdopodobne. Skoro tak uważa, to mógł tego nie przewidywać w umowie wiążącej wykonawców. Wbrew swoim twierdzeniom, w ustaleniach materiału dowodowego, zamawiający przyznał, że będą prowadzone roboty ziemne, a nie tylko wykończeniowe wewnętrzne. Z powyższych względów zarzut częściowo znalazł potwierdzenie i zachodzą podstawy do nakazania zmian w SIWZ w § 6 ust. 2 lit e w odniesieniu do kosztów obsługi archeologicznej, sporządzania dokumentacji archeologicznej, lit. p koszty związane z inwentaryzacją i rozbiórką obiektów archeologicznych, przełożenia i naprawy

35

nieinwentaryzowanych sieci uzbrojenia terenu - poprzez wykreślenie tych obowiązków jako nieodpłatnie obciążających wykonawcę. Wywozem niewybuchów zajmują się odpowiednie służby.

Zarzut II. 4. uprawnienie zamawiającego do zatrzymania z dowolnej faktury lub faktur wykonawcy części wynagrodzenia równego podwójnej wysokości spornej kwoty, do czasu ostatecznego wyjaśnienia rozliczeń z podwykonawcami, przez np. akceptujące oświadczenie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, prawomocny wyrok sądowy lub potwierdzenie dokonania zapłaty w przypadku braku ostatecznego rozliczenia z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w danym okresie rozliczeniowym - § 7 ust. 3 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego modyfikacje obejmowały: dokonanie zmiany w § 7 ust. 3 wzoru umowy poprzez zmianę zapisu o możliwości zatrzymania z dowolnej faktury lub faktur wykonawcy części wynagrodzenia „równego podwójnej wysokości spornej kwoty” na: „równego wysokości spornej kwoty”.

Stanowisko zamawiającego: Wykonawca nie musi korzystać z podwykonawców. Postawiony wymóg nie łamie żadnych przepisów. Tylko od wykonawcy będzie zależało, czy podwykonawcy będą zgłaszać zamawiającemu roszczenia w tym o zapłatę odsetek i zasądzonych kosztów.

Stanowisko Izby: Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Art. 647! § 5 K.c. statuuje solidarną odpowiedzialność zamawiającego łącznie z wykonawcą – jako inwestora za zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawcy. Odpowiedzialność ta sięga aż do poddostawców. Stąd zamawiający jest uprawniony do zapewnienia w SIWZ takich postanowień, które umożliwią wywiązanie się z nałożonych obowiązków ustawowych wobec podwykonawców, w tym zapłaty należności wraz z odsetkami i kosztami dochodzonymi na drodze sądowej. Sprawą wykonawcy jest niedopuszczenie aby jego podwykonawcy nie zgłaszali roszczeń zamawiającemu. Zarzut naruszenia wskazanych przepisów K.c. w związku z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut II. 5. wyłączenie możliwości potrącenia przez wykonawcę wymagalnej wierzytelności pieniężnej z należnością zamawiającego przy uprawnieniu do dokonania

takiej czynności przez zamawiającego - § 7 ust. 10 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego modyfikacje wzoru umowy obejmowały: dokonanie zmiany zapisu § 7 ust. 10 projektu umowy poprzez wskazanie możliwości

36

potrącenia przez wykonawcę wymagalnej wierzytelności pieniężnej z należnością zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że wyłączenie możliwości potrącenia przez wykonawcę wymagalnej wierzytelności pieniężnej z należnością zamawiającego przy uprawnieniu do dokonania takiej czynności przez zamawiającego - § 7 ust. 10 projektu umowy uchybia symetrii obowiązków i uprawnień stron - należy mieć bowiem na względzie, iż zapis ograniczający wykonawcy możliwość dokonywania potrąceń wobec zamawiającego jest sprzeczny z uprawnieniem wynikającym z przepisu art. 498 § 1 K.c.

Stanowisko zamawiającego: Prawo do wyłączenia stosowania potrącenia przez wykonawcę wynika z art. 498 K.c., który nie jest przepisem typu *ius cogens* i jego treść, tudzież sposób działania mechanizmu potrącenia podlega regulacji wolą stron, w szczególności stron umowy (cyt.): „Uwzględniając skutki potrącenia, a także fakt, iż dokonuje się ono mocą jednostronnego oświadczenia woli, istnieje konieczność precyzyjnego określenia warunków, od spełnienia których ono zależy. Przy czym, jednocześnie zauważył, że skoro za dopuszczalną uznano konstrukcję potrącenia umownego, to nie widać przeszkód do tego, by korzystając z potrącenia w kształcie nadanym przez kodeks - strony nie mogły jej zmienić. Nie są to bowiem przepisy o charakterze bezwzględnie obowiązującym. ” (za: E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2013, komentarz do art. 498 K.c. Nb 4 i n.). Tym samym, nic nie stoi na przeszkodzie umownemu wyłączeniu prawa potrącenia wzajemnych wierzytelności lub uzależnieniu tego prawa od woli jednej ze stron (zgoda). Rozwiązanie takie użyte w analizowanym postępowaniu podyktowane jest sposobem jego finansowania (środki UE) - wydatki ponoszone w drodze potrącenia w pewnych okolicznościach nie są uznawane za kwalifikowane, a tym samym pozostawienie decyzyjności w tym zakresie po stronie wykonawcy może pozbawić zamawiającego możliwości uzyskania refundacji poniesionych wydatków w ramach realizowanego projektu.

Stanowisko Izby: Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego. W istocie uprawnienia stron nie zostały w tym przypadku ustalone symetrycznie. Jednakże pozbawienie wykonawcy prawa do przeciwstawienia do potrącenia własnej wierzytelności z wierzytelnością zamawiającego zgodnie z art. 498 § 1 K.c. nie należy do *essentialia negotii* umowy. Ma znaczenie uboczne (akcydentalne) i jako takie nie może być kwalifikowane jako nie ekwiwalentne świadczenia w rozumieniu art. 487 K.c., albowiem *stricto* nie mieści się w pojęciu „świadczeń wzajemnych”. Nie może być poczytywane, ani za naruszenie opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 31 Pzp, ani też za naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż w ocenie Izby pozostaje bez wpływu na zachowanie

37

konkurencji i jej nie utrudnia. Odwołujący nie podał jakie usługi mógłby świadczyć na jego rzecz zamawiający, za które wierzytelność pieniężna mogłaby być przedmiotem potrącenia.

Zarzut II.6. Brak określenia terminu dla projektanta, inspektora nadzoru oraz zamawiającego dla uzyskania akceptacji materiałów i wyrobów dostarczanych przez wykonawcę na teren budowy- § 9 ust. 11 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: określenie w § 9 ust. 11 projektu umowy terminu dla projektanta, inspektora nadzoru oraz zamawiającego na dokonanie akceptacji materiałów i wyrobów dostarczanych przez wykonawcę na teren budowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że - brak określenia terminu dla projektanta, inspektora nadzoru oraz zamawiającego dla uzyskania akceptacji materiałów i wyrobów dostarczanych przez wykonawcę na teren budowy- § 9 ust.11 projektu umowy- powoduje możliwość zwlekania przez wskazane podmioty z dokonaniem akceptacji materiałów i wyrobów dostarczanych przez wykonawcę tak dalece, iż spowoduje to niewywiązanie się

przez wykonawcę z zachowania terminów pośrednich jak i terminu zakończenia robót, a co za tym idzie naliczenie wykonawcy kar umownych.

Stanowisko zamawiającego: Wbrew twierdzeniom odwołującego terminy do dokonania akceptacji materiałów (zatwierdzenia kart materiałowych) uznał zamawiający za określone w przepisach prawa tj. art. 455 K.c., zgodnie z którym „Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.” Zgłoszenie materiału do akceptacji stanowi wezwanie dłużnika do wykonania zobowiązania.

Zgodnie z uchwałą Pełnego Składu Izby Cywilnej i Administracyjnej Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1988 r. III CZP 48/88 (cyt.) „Mimo zróżnicowanej terminologii dla określenia czasu („natychmiast”, „niezwłocznie”, „odpowiedni termin”), względy natury praktycznej, pewność obrotu handlowego oraz interesy nabywców uzasadniają ujednoczenie znaczenia tych zwrotów. Skonkretyzowanie ich powinno być wyrażone w ścisłych jednostkach czasu. Za taki termin, jak już była o tym mowa, należy uznać okres dwóch tygodni.” Tym samym zarzut, iż nie uwzględnił terminów wiążących zamawiającego dla zatwierdzenia materiałów, uznał za całkowicie chybiony. Odwołujący pomija nadto fakt, iż obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania obciąża zarówno dłużnika, jak i wierzyciela. Każdy z nich zatem powinien baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub udaremniało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania należy wymagać od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości

38

świadczenia lub umowy (np. obowiązek odebrania zakupionej rzeczy, zamówionego dzieła, udzielenia wskazówek). Zasada współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonywaniu zobowiązań obowiązuje obecnie nie tylko w obrocie powszechnym, ale również gospodarczym (tak: art. 354 w zw. z art. 486 K.c.). Uchylenie się przez wierzyciela od niezbędnego nieraz współdziałania może prowadzić do zniesienia odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności zaś do zniweczenia zwłoki dłużnika (tak: Tadeusz Wiśniewski w: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, Dmowski Stanisław, Sychowicz Marek, Ciepla Helena, Kotakowski Krzysztof, Wiśniewski Tadeusz, Śulawska Czesława, Gudowski Jacek, Bieniek Gerard, Lex Polonica).

Stanowisko Izby: Zarzut podlegał uwzględnieniu. Przedłużenie się procedury akceptacji dla wbudowania proponowanych przez wykonawcę wyrobów i materiałów (zatwierdzenia kart materiałowych) może znacząco utrudnić postęp robót i przyczynić się do opóźnień, ściśle przestrzegane przez zamawiającego harmonogramu rzeczowo - finansowego robót, gdzie miesięczne opóźnienie w odniesieniu do terminów pośrednich określonych w pierwotnym harmonogramie upoważnia zamawiającego do odstąpienia od umowy bez wyznaczania terminu dodatkowego. Stąd Izba znajduje konieczność zmian w § 9 ust. 11 projektu umowy i wyznaczenia terminu dla projektanta, inspektora nadzoru oraz zamawiającego na dokonanie akceptacji materiałów i wyrobów dostarczanych przez wykonawcę na teren budowy - za celową i uzasadnioną. Okoliczności takie - które czynią dotrzymanie terminu realizacji umowy pod groźbą zapłaty kar umownych, odstąpienia od umowy - zależnym nie tylko od prawidłowych działań wykonawcy, przekładają się na decyzję co opłacalności i sensu uczestnictwa w przetargu, którego warunki zostały w taki sposób ukształtowane, że pozostawiają zamawiającemu otwarte terminy - zatem znacząco wpływają na konkurencję, jako takie naruszają postanowienia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Akceptacja winna być udzielona w terminie nie przekraczającym 2 tygodni od daty przedstawienia przez wykonawcę kompletnego wniosku.

Zarzut II. 7. Uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wszelkich płatności, a nie jedynie kwoty będącej wartością kwoty zabezpieczenia, na rzecz wykonawcy w przypadku braku ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy- § 10 ust. 9 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego modyfikacje SIWZ obejmowały: dokonanie zmiany zapisu § 10 ust. 9 zdanie 2 projektu umowy - określając możliwość wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy sumy będącej wartością kwoty zabezpieczenia w przypadku

Uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wszelkich płatności, a nie jedynie kwoty będącej wartością kwoty zabezpieczenia, na rzecz wykonawcy w przypadku braku ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy uznał bowiem odwołujący za sprzeczne z zasadami K.c., w tym z naturą zobowiązania wzajemnego.

Stanowisko zamawiającego: Zgodnie z art. 148 uPzp wybór form zabezpieczenia w ramach ust. 1 tego artykułu należy do wykonawcy. W sytuacji, gdy z różnych przyczyn (zasadniczo losowych) zamawiający utraci zabezpieczenie wniesione w szczególności w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej (np. na skutek upadłości gwaranta), na zamawiającego nie przechodzi prawo wykonawcy do zadecydowania w jakiej formie chce on dokonać zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Sytuacja, w której wykonawca nie dokonuje ustanowienia wymaganego prawem zabezpieczenia, jest naruszeniem jednego z jego podstawowych obowiązków umownych, co może skutkować odstąpieniem od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy. Wstrzymanie się ze spełnianiem dalszych świadczeń na rzecz wykonawcy daje więc wykonawcy czas na podjęcie decyzji co do formy zabezpieczenia i samego jego ustanowienia, a jednocześnie stanowi zabezpieczenie oraz formę zachęty ekonomicznej dla jak najszybszego jego ustanowienia. Zapis ten jednocześnie nie narusza jakichkolwiek przepisów, w tym prawa cywilnego i pozostaje dopuszczalnym na gruncie swobody umów - art. 139 ust. 1 uPzp w zw. z art. 353! K.c. Ustanowienie zabezpieczenia w przewidzianej przez prawo formie pozbawia bowiem zamawiającego prawa do zatrzymania płatności. Skoro obowiązkiem stron jest współpraca i współdziałanie w zakresie realizacji umowy, to przystąpienie przez wykonawcę do ustanowienia zabezpieczenia zwalnia zamawiającego z prawa powstrzymania się z realizacją świadczenia.

Stanowisko Izby: Izba uznała zarzut za bezpodstawny i w całości przychyliła się do argumentacji zamawiającego. Zapis § 10 ust. 9 zdanie 2 projektu umowy określający możliwość wstrzymania na rzecz wykonawcy wszelkich płatności w przypadku braku ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jest poprawny i nie narusza przepisów ustawy Pzp. Tylko od wykonawcy zależy jak szybko ustawi przewidziane w SIWZ zabezpieczenie należytego wykonania umowy, co pozwoli na odblokowanie płatności. Wstrzymanie się ze spełnianiem dalszych świadczeń na rzecz wykonawcy daje takiemu wykonawcy czas na podjęcie decyzji co do formy zabezpieczenia i samego jego ustanowienia, a jednocześnie stanowi zabezpieczenie oraz formę nacisku ekonomicznego dla jak najszybszego jego ustanowienia w zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut II. 8. Uprawnienie zamawiającego do obciążenia wykonawcy kosztami i wszelkimi stratami poniesionymi przez zamawiającego w przypadku roszczeń z tytułu zapłaty za roboty budowlane przez podwykonawcę w stosunku do zamawiającego niezależnie od wyniku postępowania - § 12 ust. 10 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie zapisu § 12 ust. 10 odnośnego akapitu projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że uprawnienie zamawiającego do obciążenia wykonawcy kosztami i wszelkimi stratami poniesionymi przez zamawiającego w przypadku roszczeń z tytułu zapłaty za roboty budowlane przez podwykonawcę w stosunku do zamawiającego niezależnie od wyniku postępowania - § 12 ust. 10 projektu umowy ewidentnie narusza zasady współżycia społecznego i nie wchodzi w zakres umowy o roboty budowlane. Wykonawca nie może odpowiadać za działania podwykonawców w zakresie kierowanych roszczeń do zamawiającego, a tym bardziej jeżeli będą one niezasadne.

Stanowisko zamawiającego: Na wstępie zamawiający zauważył, że realizacja zamówienia publicznego przez wykonawcę przy pomocy podwykonawców jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Skoro zatem wykonawca realizuje umowę przy pomocy podwykonawców to po stronie inwestora tworzy to szczególną, dodatkową odpowiedzialność

solidarną za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane unormowaną w art. 647¹ § 5 K.c. Odpowiedzialność ta, stanowiąca przełamanie zasady skuteczności inter partes stosunków zobowiązaniowych wynikających z umów, jest w doktrynie postrzegana jako rozwiązanie bardzo rygorystyczne i łączy się z ryzykiem podwójnej zapłaty (na rzecz generalnego wykonawcy i podwykonawcy). Wystąpienie z roszczeniem przez podwykonawcę zaakceptowanego - oznacza brak wykonania przez generalnego wykonawcę jego podstawowych obowiązków wynikających z umowy podwykonawczej polegających na zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy. W takiej sytuacji narażenie zamawiającego na konieczność udziału w postępowaniu sądowym wiąże się jednocześnie z ponoszeniem z tym związanych kosztów, w tym kosztów reprezentacji prawnej. Koszty te zamawiający musi ponieść przy o podejmowaniu obrony w postępowaniu niezależnie od jej wyniku i w oderwaniu od efektu postępowania. Koszty zwracane, nie odzwierciedlają w istocie wydatkowanych a są ograniczane do minimalnych. W niniejszej sprawie, niezależnie od wyniku postępowania koszty te na zasadach ogólnych (odpowiedzialność wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom - § 12 ust. 10 zd. 2 wzoru umowy oraz m.in. art. 141 uPzp oraz art. 139 ust. 1 uPzp w zw. z art. 471 i n. K.c.) ponosi wykonawca. Szkoda również na zasadach ogólnych winna być pokryta z chwilą jej wyrządzenia. Zasadnym jest więc, aby koszty te były pokryte niezwłocznie, czego realizacji służy kwestionowany przez wykonawcę zapis wzoru umowy Zapis ten nie pozostaje w sprzeczności z żadnym

41

przepisem, stąd zarzut ten należy uznać za chybiony. Co więcej, wbrew twierdzeniom odwołującego się, kwestie płatności podwykonawcom są uregulowane wprost w regulacji Tytułu XVI K.c., tj. umowy o roboty budowlane.

Stanowisko Izby: Izba uznała zarzut za niezasadny. Zamawiający będzie uprawniony, a wręcz zobowiązany aby podjąć celową obronę przed skierowanymi do niego roszczeniami podwykonawców, inaczej mógłby spotkać się dodatkowo z zarzutem ze strony wykonawcy - złego prowadzenia procesu. W celu zabezpieczenia swoich należności ma prawo zapisać we wzorze umowy zobowiązanie wykonawcy do zwrotu poniesionych strat i kosztów z tytułu zaspokojenia należności podwykonawców w pełnej poniesionej wysokości. Jak Izba wskazała wyżej, rzeczą wybranego wykonawcy jest zapobieżenie zgłaszania roszczeń przez podwykonawców zamawiającemu. Postanowienie prowadzi jedynie do wyrównania kosztów i wszelkich strat poniesionych przez zamawiającego z tego tytułu, co jest wymaganiem zrozumiałym i słusznym – nie naruszającym wskazanych przez odwołującego przepisów.

Zarzut II. 9. Zobowiązanie wykonawcy do złożenia oświadczenia o szczegółowym zapoznaniu się z robotami już wykonanymi przez poprzedniego wykonawcę i niezgłaszaniu w zakresie tychże robót zastrzeżeń, pomimo, iż zgodnie z postanowieniami art. 647 K.c. za przygotowanie inwestycji oraz dokumentację projektową odpowiada zamawiający - § 13 ust. 1 projektu umowy. Odwołujący uznał wymogi, jak chociażby konieczność oświadczenia przez wykonawcę, iż szczegółowo zapoznał się przed podpisaniem umowy z robotami już wykonanymi, w tym przeprowadził wizję lokalną na terenie budowy i nie zgłasza do tych robót zastrzeżeń – za wątpliwe i niezasadne.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie kwestionowanej części zapisu § 13 ust. 1 projektu umowy.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający podtrzymał stawiane wymaganie jako zasadne. Wymóg zapoznania się z już wykonanymi robotami nie stanowii zrzeczenia się z góry wszelkich roszczeń z tytułu takich wad, które ujawnią się w terminie późniejszym, a nie były ujęte w wykazie wad i usterek, w protokole odbioru, inwentaryzacji dotychczas wykonanych robót.

Stanowisko Izby: Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący nie kwestionował zalecenia zapoznania się robotami już wykonanymi przez poprzedniego wykonawcę, ale tylko wymóg, że „nie zgłasza do nich zastrzeżeń” na bieżąco, co nie oznacza, że w

42

przypadku ujawnienia wad ukrytych tych robót, byłby tej możliwości (zgłaszania wad) w ogólności pozbawiony.

Zarzut II. 10. Uprawnienie zamawiającego do wydłużenia okresu gwarancji w przypadku wykrycia wad i usterek w ostatnim roku obowiązywania gwarancji - § 13 ust. 2 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: dokonanie modyfikacji zapisów § 13 ust. 1 projektu umowy poprzez zmianę zakresu udzielenia gwarancji na roboty wykonane jedynie przez wykonawcę będącego stroną umowy oraz poprzez wykreślenie zdania 4 niniejszego paragrafu. Wykreślenie zapisu § 13 ust. 2 projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że wynikające z § 13 ust. 1 projektu umowy, - uprawnienie zamawiającego do wydłużenia okresu gwarancji w przypadku wykrycia wad i usterek w ostatnim roku obowiązywania gwarancji jest niezgodne z zasadami dotyczącymi gwarancji określonymi w przepisach kodeksu cywilnego, w tym w szczególności art. 581 K.c. Zaznaczał, iż przepisy Kodeksu cywilnego nie znają pojęcia usterki, a przewidują jedynie pojęcie wady, na co zamawiający powinien zwrócić uwagę przy sporządzeniu projektu umowy.

Stanowisko zamawiającego: Przepisy Kodeksu cywilnego dot. gwarancji mają charakter dyspozytywny, działają jedynie w sytuacji, gdy strony inaczej się nie umówiły. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny, typowym rozszerzeniem obowiązków gwaranta jest wydłużenie terminu gwarancji w razie wykrycia wad i usterek co najmniej o czas naprawy (cyt.): „Poza wskazanymi powyżej uprawnieniami gwarant może być obciążony w dokumencie gwarancyjnym dalszymi obowiązkami, także analogicznymi do uprawnień z tytułu rękojmi, np. można zastrzec prawo odstąpienia od umowy, prawo żądania obniżenia ceny i inne. Zwykle rozszerzenie uprawnień kupującego polega na wydłużeniu jej ponad przewidziany w przepisach okres gwarancji.” (za: E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2013, komentarz do art. 577 k.c. Nb 13);

Stanowisko Izby: Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu. Przepisy art. 581 K.c. wprost przewidują przedłużenie terminu gwarancji o czas, w ciągu którego uprawniony z gwarancji nie mógł z rzeczy korzystać i nie sprzeciwiają się umownemu przedłużeniu terminu gwarancji. Stąd kwestionowany wymóg nie podlega wzruszeniu. Stanowi uszczegółowienie ogólnej normy; ma charakter uboczny i jako taki w ogólności nie wpływa na naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ani innych wskazanych przez odwołującego przepisów tej ustawy. Ponadto dotyczy wydłużenia gwarancji na elementy wadliwe, które

43

podlegają naprawie lub wymianie, a nie na całość obiektu. Zamawiający musi mieć pewność, że wada została skutecznie usunięta.

Zarzut II. 11. Uprawnienie zamawiającego do wydłużenia okresu rękojmi w przypadku wykrycia wad i usterek w ostatnim roku obowiązywania rękojmi, w tym ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przewidzianej w § 10 ust. 3 lit. b umowy - § 13 ust. 4 lit. c projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie zapisu § 13 ust. 4.c projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że uprawnienie zamawiającego do wydłużenia okresu rękojmi w przypadku wykrycia wad i usterek w ostatnim roku obowiązywania rękojmi, w tym ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przewidzianej w § 10 ust. 3 lit. b umowy - § 13 ust. 4.c projektu umowy jest niezgodne z zasadami dotyczącymi rękojmi za wady określonymi w przepisach Kodeksu cywilnego, albowiem przepisy te nie przewidują uprawnienia do przedłużenia okresu rękojmi za wady. Tym samym żądanie ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na tenże okres jest nieuprawnione.

Stanowisko zamawiającego: Przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące rękojmi mają charakter dyspozytywny, działają jedynie w sytuacji, gdy strony inaczej się nie umówiły. Zgodnie z art. 558 § 1 K.c. (cyt.) „Strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć.” Tym samym modyfikacja okresu obowiązywania rękojmi w razie

spełnienia przesłanek określonych we wzorze umowy jest ze wszech miar dopuszczalna a zarzut pozbawiony oparcia w powołanych przepisach. Zgodnie z art. 151 ust. 3 uPzp zabezpieczenie z tytułu rękojmi zwraca się w terminie 15 dni od upływu jej okresu. Jeśli dojdzie do dopuszczalnego wydłużenia okresu rękojmi - również żądanie na ten okres ustanowienia wynikającego z przepisów art. 147 i n. uPzp zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest konieczne i uzasadnione.

Stanowisko Izby: Z przyczyn podanych powyżej, przy uzasadnieniu stanowiska Izby w odniesieniu do zarzutu II. 10. Izba uznała zarzut za bezpodstawny i nie podlegający uwzględnieniu. Izba w tym względzie podzieliła stanowisko zamawiającego co do prawnej dopuszczalności rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi. Skoro doszłoby do dopuszczalnego wydłużenia rękojmi, wskutek stwierdzenia wad przed upływem ustalonego terminu rękojmi - zabezpieczenie należytego wykonania umowy znajduje uzasadnienie jako instrument wyegzekwowania usunięcia wady. Postanowienie nie narusza art. 29 ust. 2 Pzp, ani innych wskazanych przepisów tej ustawy.

44

Zarzut II.12. Zbyt rygorystyczne narzucenie wykonawcy czasu na przystąpienie do usuwania wad i usterek oraz ich usunięcia przy nieuwzględnieniu sytuacji niemożliwości dokonania naprawy w określonym terminie z przyczyn niezależnych od wykonawcy - § 13 ust. 8 i 10 projektu umowy, a co za tym idzie ryzyko zastępczego usunięcia usterek i awarii na koszt wykonawcy - § 13 ust. 14 projektu umowy, jak również obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za awarie, co nie jest objęte jego odpowiedzialnością w ramach gwarancji i rękojmi.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: dokonanie modyfikacji zapisu § 13 ust. 8 poprzez wprowadzenie 14 - dniowego terminu usunięcia wad, a jeżeli w tym terminie ze względów technicznych lub technologicznych nie będzie możliwe usunięcie wad to zamawiający i wykonawca ustalą inny termin wykonania naprawy. Wykreślenie zapisu § 13 ust. 10 projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że § 13 ust. 8 i 10 projektu umowy, są zbyt rygorystyczne w odniesieniu do narzucenia wykonawcy czasu na przystąpienie do usuwania wad i usterek oraz ich usunięcia przy nieuwzględnieniu sytuacji niemożliwości dokonania naprawy w określonym terminie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a za tym idzie ryzyko zastępczego usunięcia usterek i awarii na koszt wykonawcy, § 13 ust. 14 projektu umowy oraz obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za awarie, co nie jest objęte jego odpowiedzialnością w ramach udzielanej gwarancji i rękojmi. Wykonawca nie wykonuje bowiem usług serwisowych.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający zaznaczał, że wbrew twierdzeniom odwołującego - zgodnie z zapisem § 15 wzoru umowy zostały wykonawcy powierzone do wykonania czynności serwisowe, co czyni niniejszy zarzut niezrozumiałym. Przewidziane we wzorze umowy i wzorze karty gwarancyjnej czasy reakcji uwzględniają potrzeby zamawiającego. Przede wszystkim w planowanym do dokończenia budynku znajdować się będą skomplikowane urządzenia i sprzęt, które mogą ulec uszkodzeniu nawet w wypadku niewielkiej awarii, np. sieci wodociągowej lub elektrycznej. Tym samym, celem ograniczenia lub wyłączenia takich skutków, konieczna jest niezwłoczna reakcja zmierzająca do usunięcia awarii lub ograniczenia jej zakresu i skutków. Awarię zamawiający zdefiniował w § 13 ust. 10 wzoru umowy – jako ujawnienie się usterki w wykonanych robotach lub zamontowanych urządzeniach. W pomieszczeniach obiektu znajdować się będzie sprzęt i wyposażenie - szybkie usunięcie usterki wywołujących awarie jest nieodzowne dla zapobieżenia szkodom.

Stanowisko Izby: Zarzut częściowo podlegał uwzględnieniu. Opis przedmiotu zamówienia obejmuje roboty budowlane a nie administrowanie obiektem po jego

45

przekazaniu zamawiającemu. Awarie są do zasady cechą zdarzeń eksploatacyjnych. Mogą wynikać z wad wykonawczych, ale nie muszą. Mogą równie dobrze być wynikiem błędów i zaniedbań eksploatacyjnych. Stąd obarczenie wykonawcy obowiązkami usuwania wszelkich awarii, a nie tylko ujawnionych wad byłoby bezzasadne. Postanowienie nie narusza jednak

art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ustawy Pzp, gdyż dotyczy jedynie awarii równoznacznej z ujawnieniem wady wykonawczej i brak jest podstaw do jego wyeliminowania z zapisów projektu umowy.

Termin na usunięcie wad winien uwzględniać techniczne i technologiczne możliwości ich wykonania w najkrótszym możliwym czasie i za wyjątkiem awarii z narażeniem na szkodę, być wyznaczony w zależności od rodzaju stwierdzonej wady w granicach od 7 do 14 dni, co nie wyklucza terminów dłuższych jeżeli strony tak ustalą. Awarie, jako wady stanowiące zagrożenie stratami winny być usuwane bezzwłocznie - w tym zakresie wymagania zamawiającego nie są nadmierne i nie naruszają wskazanych przepisów ustawy Pzp. Strony winny też brać pod uwagę warunki gwarancji i serwisu zamontowanego sprzętu i urządzeń - zapewnianego przez producentów.

Zarzut II.13. Brak określenia terminu końcowego na przeprowadzenie czynności odbiorowych przez inspektorów nadzoru jak i zamawiającego, a co za tym idzie możliwość wydłużaniem się czynności odbiorowych i niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązku terminowego zakończenia przedmiotu umowy bez jego winy - § 14 ust. 1 i 8 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: określenie terminu końcowego na przeprowadzenie czynności odbiorowych przez inspektora nadzoru jak i zamawiającego w § 14 ust. 1 i 8 projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że brak określenia terminu końcowego na przeprowadzenie czynności odbiorowych przez inspektorów nadzoru jak i zamawiającego, a co za tym idzie możliwość wydłużaniem się czynności odbiorowych i niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązku terminowego zakończenia przedmiotu umowy bez jego winy - § 14 ust. 1 i 8 projektu umowy - narusza przepisy K.c., jest zbyt daleko idące i nieuzasadnione, sprzeczne z naturą zobowiązania wzajemnego. Brak określenia terminu końcowego na przeprowadzenie czynności odbiorowych przez inspektorów nadzoru jak i zamawiającego, a za tym idzie możliwość wydłużania się czynności odbiorowych i niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązku terminowego zakończenia przedmiotu umowy bez jego winy - § 14 ust. 1 i 8 projektu umowy.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający podtrzymał postanowienia wzoru umowy w tym zakresie Uzupełniająco wskazał, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, zgodnie z art. 647 K.c., jest odebranie wykonanych robót. Tym samym z chwilą dokonania

kompletnego w rozumieniu umowy zgłoszenia gotowości następuje wezwanie inwestora w rozumieniu art. 455 K.c. do niezwłocznego dokonania odbioru. Tym samym zarzut, iż zamawiający nie uwzględnił terminów wiążących zamawiającego dla zakończenia czynności odbiorowych, uznał za całkowicie chybiony i nie uwzględniający specyfiki tego rodzaju czynności. Odwołujący pominął nadto zapis § 5 wzoru umowy, określający termin wykonania robót budowlanych i termin końcowy realizacji umowy – powiązany z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Gotowość do odbioru uzasadnia wniosek o wydanie decyzji zezwolenia na użytkowanie.

Stanowisko Izby: Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający winien wprowadzić do wzoru umowy oznaczenie okresu, w ciągu którego ma zakończyć czynności odbiorowe, poczynając od terminu spełnienia przez wykonawcę wszelkich przesłanek, leżących po jego stronie i odbiór ten warunkujących. Okoliczności wpływające na możliwość dochowania terminu realizacji umowy są istotne z punktu widzenia postanowień SIWZ, zatem kwestionowane postanowienia wzoru umowy pozostawiające zamawiającemu otwarty termin na dokonanie odbioru inwestycji naruszyły art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, gdyż każdy potencjalny wykonawca zamówienia przykłada dużą wagę do możliwości wywiązania się z umowy w wyznaczonym terminie. Bez znaczenia w ocenie Izby pozostawały dwa odrębne terminy ustalone w § 5 wzoru umowy, jako daty zakończenia robót 30.06.2013 r. i daty zakończenia realizacji przedmiotu umowy do dnia 31.08.2013 r. wraz z pozwoleniem na użytkowanie. Niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia zagrożone jest karą, a niedotrzymanie terminów pośrednich według pierwszego harmonogramu robót uprawnia zamawiającego od odstąpienia od umowy. Z tych względów konieczne było nakazanie zmian w § 14 ust. 8 wzoru umowy, obligujących zamawiającego do zakończenia odbioru końcowego w terminie nie przekraczającym 21 dni roboczych od dnia złożenia kompletnego

wniosku o gotowości do odbioru. Kwestionowane postanowienie wpływa bowiem negatywnie na możliwość wywiązania się z terminów umownych przez wykonawcę, także w kontekście postanowień art. 29 ust. 2 Pzp - niezawężania dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Zamawiający ma możliwość odstąpienia od odbioru obiektu, gdyby zachodziła niemożność jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem, jak też spisania usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym, w sytuacji gdy pozwalają one na korzystanie z obiektu. Samo więc stwierdzenie usterek nie warunkuje odbioru.

Zarzut II.14. Zobowiązanie wykonawcy do zaproszenia zamawiającego celem dokonania przeglądu gwarancyjnego obiektu pod rygorem zawieszenia biegu terminu gwarancji i biegu terminu na nowo od dnia przeprowadzenia przeglądu gwarancyjnego - § 14 ust. 13 projektu umowy.

47

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie zapisu § 14 ust. 13 zdanie 5-7 projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że zobowiązanie wykonawcy do zaproszenia zamawiającego celem dokonania przeglądu gwarancyjnego obiektu pod rygorem zawieszenia biegu terminu gwarancji i biegu terminu na nowo od daty przeprowadzenia przeglądu gwarancyjnego - § 14 ust. 13 projektu umowy, powoduje ryzyko skutków braku powyższego zaproszenia do dokonania przeglądu gwarancyjnego w postaci zawieszenia biegu terminu gwarancji i biegu terminu na nowo od dnia przeprowadzenia przeglądu gwarancyjnego stanowi, co stanowi rażące uprzywilejowanie zamawiającego. Warunek takiego postępowania uznał za niczym nieuzasadniony i stanowiący zbyt daleko idące rozszerzenie uprawnień z tytułu udzielanej zamawiającemu gwarancji.

Stanowisko zamawiającego: Odnosząc się do zobowiązania wykonawcy do zaproszenia zamawiającego celem dokonania przeglądu gwarancyjnego zamawiający podtrzymał dany wymóg. Na marginesie jedynie wskazał, że realizacja przez wykonawcę swojego zobowiązania w terminie, implikuje brak powstania dla niego jakichkolwiek ujemnych konsekwencji w sferze zapisów umownych. Wprowadzony wymóg ma charakter dyscyplinujący i zabezpieczający uzasadnione interesy zamawiającego, który zapisami umownymi w granicach swobody umów zabezpiecza na przyszłość realizację przez wykonawcę obowiązku współdziałania w wykonaniu zobowiązania. Co za tym idzie, brak jest podstaw do jakiegokolwiek twierdzenia o rażącym uprzywilejowaniu zamawiającego, chyba że wykonawca już zakłada, że ze swoich obowiązków umownych wywiązać się nie zamierza.

Stanowisko Izby: Izba nie uwzględniła zarzutu. Także odrębne przepisy nakładają na właścicieli nieruchomości obowiązki przeglądu obiektów budowlanych. Ponadto zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca będzie współdziałał przy dokonaniu przeglądów gwarancyjnych obiektów i infrastruktury towarzyszącej. Tylko od wykonawcy zależy czy narazi się na konsekwencje przewidziane tym postanowieniem umowy. Kwestionowane postanowienie nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp tj. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp.

Zarzut II.15. Zobowiązanie wykonawcy do nieodpłatnego dokonywania wszelkich wymian eksploatacyjnych i czynności serwisowych jak również pielęgnacji terenu wokół obiektu niemieszczących się w ramach przedmiotu zamówienia - § 15 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie tych zobowiązań.

48

W uzasadnieniu odwołujący podał, że zobowiązanie wykonawcy do nieodpłatnego dokonywania wszelkich wymian eksploatacyjnych i czynności serwisowych jak również pielęgnacji terenu wokół obiektu - niemieszczących się w ramach przedmiotu zamówienia - § 15 projektu umowy i nie stanowiących również obowiązków wynikających z udzielonej rękojmi i gwarancji, może być powierzona na odrębne zlecenie, które winno zostać usankcjonowane odrębną umową. Wykonawca nie będzie prowadził bieżącej eksploatacji w ramach udzielonej gwarancji i rękojmi. Przerzucanie obowiązków eksploatacyjnych na

wykonawcę po przejęciu obiektów przez inwestora nie mieści się w zakresie tegoż zamówienia publicznego.

Stanowisko zamawiającego: Zarzut odwołującego uznał zamawiający za niezrozumiały wobec treści § 6 ust. 2 umowy. Odwołujący, jeśli będzie składał ofertę, winien w oparciu o sprzęt i urządzenia ujęte w dokumentacji projektowej, a także precyzyjnie określone tam nasadzenia (projekt zagospodarowania terenu) wycenić koszty ich konserwacji i serwisowania, a także wymian eksploatacyjnych niezbędnych części eksploatacyjnych, i koszty te ująć w złożonej ofercie. Koszty takie są bardzo precyzyjnie wyliczalne w oparciu choćby o karty materiałowe poszczególnych urządzeń i ich opisy zawarte w dokumentacji projektowej. W ocenie zamawiającego zarzut odwołującego zmierza do doprowadzenia do nieuprawnionej ingerencji w zakres przedmiotu zamówienia. Co więcej, takie same obowiązki tego odwołującego w powołanej innej, a wykonywanej przez niego umowie nie budziły wątpliwości i nie były absolutnie żadną przeszkodą w przystąpieniu do realizacji umowy. Na rozprawie zamawiający kwestionowany wymóg podtrzymał.

Stanowisko Izby: Izba podzieliła stanowisko odwołującego, obowiązki nałożone na wykonawcę postanowieniami § 15 projektu umowy wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ. Sprowadzałyby się do sprawowania funkcji zarządcy obiektu i prowadzenia eksploatacji obiektu, nie mieszczące się w uprawnieniach zamawiającego zarówno z rękoma jak i z udzielonej gwarancji. Bezwzględnie tego typu wymagania wymagają wyeliminowania, gdyż naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Nie mieszczą się w pojęciu zamówienia o roboty budowlane ustalonej w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane i nie są z takimi robotami ściśle związane. Nie wchodzi też w opis przedmiotu zamówienia ustalony według klasyfikacji CPV. Zamówienie nie ma charakteru mieszanego robót budowlanych i usług zarządzania budynkami i terenami. Wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest tylko do usuwania usterek i wad wykonanych robót, a nie do wykonywania czynności eksploatacyjnych. Wykonawca na urządzenia zamontowane w obiekcie przekazuje też karty gwarancyjne producentów ze wskazaniem punktów serwisowych. Zapewnienie bieżącej eksploatacji obiektu, w tym

pielęgnacji zieleni należy do jego właściciela. Postanowienie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 31 ustawy Pzp.

Zarzut. II. 16. wprowadzenie zbyt wysokich wartości kar umownych, wprowadzenie kar umownych niemających charakteru odszkodowawczego, jak również wprowadzenie zapisu o naliczeniu kar umownych w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn od niego niezależnych - § 16 ust. 1 lit. a-c projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: dokonanie zmiany zapisu § 16 ust. 1a-c wzoru umowy poprzez zmniejszenie wysokości kar umownych. Dokonanie zmiany zapisu § 16 ust. 1 lit. d wzoru umowy wprowadzające zapis o naliczeniu kar umownych w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Wykreślenie zapisu § 16 ust. 1 lit. e. projektu umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że wprowadzenie zbyt wysokich wartości kar umownych nieadekwatnych do możliwości poniesienia szkody przez zamawiającego, wprowadzenie kar umownych m.in. za brak identyfikatorów, stoi w sprzeczności z charakterem odszkodowawczym kar umownych, jak również wprowadzenie zapisu o naliczeniu kar umownych w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn od niego niezależnych, co stanowi rażące uprzywilejowanie zamawiającego i możliwość naliczenia kar umownych wykonawcy za odstąpienie zamawiającego od umowy niezależnie od winy wykonawcy.

Stanowisko zamawiającego: Zarzut zbyt wysokich wartości kar umownych uznał zamawiający za niezrozumiały z następujących względów.

Po pierwsze, na dzień zawarcia umowy nie sposób przewidzieć, czy zaistnieją przesłanki do naliczenia i jaka będzie ich wysokość. Po wtóre w wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2012 r. KIO 1157/12 Izba wskazała, iż „instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do naruszenia art. 5 ustawy Kodeks cywilny w przypadku nadużycia przez zamawiającego tego prawa. Wówczas zaistniałe okoliczności faktyczne przy zastosowaniu instytucji uregulowanych w art. 5 ustawy Kodeks cywilny (nadużycie prawa podmiotowego) i art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny (miarkowanie wysokości kary umownej) będą stanowiły podstawy normatywne kontroli działań

50

zamawiającego. Kontrola ta następuje wobec czynności związanych z realizacją umowy, a nie jej projektu związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego. Aby mogło dojść do oceny tej instytucji musi nastąpić jej zastosowanie. Wszelkie hipotezy i domniemania Odwołującego, jak również dokonane symulacje w tym zakresie nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z projektu umowy lub jej „miarkowania”. Miarkowanie naliczonych kar umownych jest realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Na tym etapie, tj. przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane w projekcie umowy kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny kary umownej w ogóle, i jaka będzie jej ewentualna wysokość” (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r. KIO 360/12; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2012 r. KIO 974/12). Po wtóre, zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego (zasada prawna) z dnia 6 listopada 2003 r. z dnia 6 listopada 2003 roku, sygn. III CZP 61/2003 (OSNC 2004/5 poz. 69), w której Sąd Najwyższy przyjął, iż (cyt.): „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”, co w sposób jednoznaczny podważa prezentowane przez odwołującego stanowisko o odszkodowawczym charakterze kar umownych. Co więcej, instytucja kar wprowadzona do Kodeksu cywilnego w art. 483-484 K.c. może mieć charakter nie tylko odszkodowawczy, ale też kary cywilnej mającej na celu przeciwdziałanie szczególnie patologicznym i sprzecznym z treścią umowy działaniom drugiej jej strony. W analizowanym przypadku obecność osób postronnych na terenie budowy, której generalnie wykonawcy nagminnie nie eliminują, prowadzi po pierwsze do znacznego wzrostu ryzyk wystąpienia wypadków, niezależnie kradzieży i aktów wandalizmu, co nie wpływa też dodatnio na tempo i jakość robót. Powyższy wymóg eliminuje również nagminną praktykę zatrudniania, wbrew dyspozycji art. 647 K.c., podwykonawców niezaakceptowanych przez zamawiającego, za których wynagrodzenie niewykluczone, że zamawiający będzie odpowiadał w zgodzie z linią orzecznictwa Sądu Najwyższego (tak: wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 123/2008, LexPolonica nr 1951714; Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/2008, LexPolonica nr 1899852). Wprowadzenie limitu kar umownych pozbawia zamawiającego w razie osiągnięcia ich limitu skutecznego mechanizmu dyscyplinowania wykonawcy, eliminując tym samym możliwość stosowania narzędzi pozwalających zamawiającemu na doprowadzenie do realizacji zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wzoru umowy i dokumentacji projektowej.

51

Stanowisko Izby: Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Izba nie widzi podstaw do ingerencji w postanowienia wzoru umowy w odniesieniu do kar umownych, które z natury rzeczy mieszczą się w dyspozycji swobody kontraktowej stron. Wykonawca ocenia, czy ze względu na całokształt warunków zamówienia, ryzyko niewywiązania się z warunków kontraktu zachodzi, jakie jest jego prawdopodobieństwo i koszt. Może je też skalkulować w cenie oferty. Warunki w tym zakresie są identyczne dla wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nadmiernie wysokie kary znajdują odzwierciedlenie w cenach składanych ofert, co nie jest korzystne dla zamawiającego. Kara umowna w wysokości 10% wartości wynagrodzenia określonego w umowie za odstąpienie od umowy jest powszechnie

stosowana i nie może uchodzić za nadmiernie wygórowaną. Odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp. Doprecyzowania wymaga jedynie treść

„w przypadku zapisu § 16 ust. 1 lit. d

wzoru umowy i zastąpienia inną dyspozycją

odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy,” w miejsce „z przyczyn od niego niezależnych,” - tj. niezależnych od zamawiającego.

Zarzut II. 17. Przyznanie jednostronnego uprawnienia zamawiającemu do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego bez tożsamego uprawnienia dla wykonawcy- § 16 ust. 3 projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego modyfikacje wzoru umowy obejmowały: dokonanie zmiany zapisu § 16 ust. 3 projektu umowy poprzez przyznanie obu stronom umowy uprawnienia do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że przyznanie jednostronnego uprawnienia zamawiającemu do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego - § 16 ust. 3 projektu umowy - stanowi rażące uprzywilejowanie zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego: Odnosząc się do zarzutu zastrzeżenia uprawnienia do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego zamawiający wskazał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r. KIO 1750/11, Izba orzekła że: „To w gestii zamawiającego jest stanowienie specyfikacji, a w tym - zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp - istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. W przypadku, gdy zdaniem zamawiającego ustanowione kary umowne nie dadzą zamawiającemu zadowalającej rekompensaty szkody, zamawiający może wpisać do treści dokumentu zgodnego z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp postanowienie o możliwości żądania odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary jest

52

dopuszczalne, jeżeli strony tak postanowiły. Wiąże się to oczywiście z innym ryzykiem wykonawcy, które to ryzyko wykonawca musi uwzględnić wyceniając ofertę. Jednak zawarcie takiego postanowienia nie może być uznane za działanie bezprawne, a także ograniczenie wysokości odpowiedzialności np. do kwoty wartości zamówienia nie jest zakazane przepisami prawa”. Zamawiający popiera to stanowisko w całej rozciągłości, stąd zarzut ten nie może zasługiwać na uwzględnienie. Uzupełniająco wskazał, że na zasadzie art. 353¹ K.c. strony mogą uregulować wiążący je stosunek prawny w sposób dowolny, o ile nie jest to sprzeczne z przepisami ustawy lub naturą tego stosunku. W odwołaniu odwołujący nie wskazuje jakichkolwiek, choćby potencjalnych, naruszeń przepisów prawa przez kwestionowany zapis wzoru umowy, stąd zamawiający nie jest się w stanie do tego zarzutu merytorycznie odnieść ponad ww. wskazane okoliczności.

Stanowisko Izby: Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego. Mimo, że uprawnienia stron nie zostały w tym przypadku ustalone symetrycznie. Jednakże pozbawienie wykonawcy prawa do dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne nie należy do *essentialia negotii* umowy. Ma znaczenie uboczne i jako takie nie może być kwalifikowane za naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 a w szczególności art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez znaczący wpływ na zachowanie konkurencji. Wykonawca wszelkie ryzyka z tego tytułu może ująć w cenie oferty.

Zarzut II. 18. Braku zapisu dotyczącego limitu kar umownych.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wprowadzenie w § 16 limitu kar umownych w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że brak zapisu dotyczącego limitu kar umownych, umożliwia nieuprawnione i nieograniczone naliczanie kar wykonawcy.

Stanowisko zamawiającego: zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną powyżej w pkt II. 16 i II. 17. uzasadnienia wyroku.

Stanowisko Izby: Izba wyrażą takie samo stanowisko jak do zarzutów powyżej

odnoszących się do kar umownych w punk II. 16 i II. 17 niniejszego uzasadnienia wyroku.

Zarzut II. 19. Określenie zbyt długiego terminu na odstąpienie przez wykonawcę od umowy w przypadku opóźnienia się zamawiającego z wypłatą należnego i wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy - § 17 ust. 1.1.b umowy.

Wnioskowane przez odwołującego modyfikacje obejmowały: dokonanie zmiany zapisu § 17 ust. 1.1.b projektu umowy poprzez skrócenie terminu opóźnienia do 21 dni.

53

W uzasadnieniu odwołujący podał, że określenie zbyt długiego terminu na odstąpienie przez wykonawcę od umowy w przypadku opóźnienia się zamawiającego z wypłatą należnego i wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy - § 17 ust. 1.1.b umowy, czego konsekwencją będzie narażenie go na straty spowodowane zarówno brakiem wynagrodzenia już wymagalnego, jak również na straty spowodowane poniesieniem kosztów dalszych prac i ryzykiem dalszego nieotrzymania wynagrodzenia. Zadawalającym terminem byłoby 30 dni na odstąpienie od umowy, bo 30 dni przypada na termin płatności.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający wyjaśniał, że jako jednostka finansująca zamówienie ze środków publicznych nie może udzielić zamówienia, gdy nie ma zagwarantowanego finansowania na jego realizację, a także nie może dokonywać płatności zobowiązań wymagalnych z przekroczeniem terminu ich płatności, co wynika z ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 roku Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) - (art. 16 ust. 1 ww. ustawy). Zgodnie z art. 492 K.c. strony mogą uregulować umowne prawo odstąpienia na zasadach ogólnych swobody umów. Przyznanie tego uprawnienia wykonawcy jest polepszeniem, a nie pogorszeniem sytuacji prawnej wykonawcy, gdyż w przeciwnym wypadku wykonawca byłby zobowiązany zgodnie z treścią art. 491 K.c. wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni dodatkowy termin, po bezskutecznym przekroczeniu którego wykonawca byłby dopiero upoważniony do złożenia prawnokształtującego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Zamawiający podnosił, że jeżeli opóźni się z zapłatą - wykonawcy przysługują odsetki. Zwrócił też uwagę na postanowienia omawiane wcześniej, np. wstrzymanie płatności przy roszczeniach zgłaszanych przez podwykonawców. Wówczas wykonawca mógłby wywodzić swoje uprawnienie do odstąpienia od umowy, bo wynagrodzenia cały czas byłoby należne i wymagalne jako płatność.

Stanowisko Izby: Decyzja od odstąpieniu od umowy ma charakter niosący poważne skutki dla obu stron. Dlatego też Izba nie widzi naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp w uprawnieniu do odstąpienia od umowy przez wykonawcę przy zaleganiu przez zamawiającego z płatnościami powyżej 60 dni, przy uwzględnieniu należnych odsetek za zwłokę. Należało też mieć na względzie prawo wstrzymania płatności przy zgłoszeniu roszczeń przez podwykonawców, na co zwracał uwagę zamawiający. Ustalony natomiast 30 dniowy terminu płatności faktur nie odbiega przepisów obowiązujących w tym zakresie.

Zarzut II. 20. Uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy bez jakiegokolwiek wcześniejszego wezwania w przypadku opóźnienia się przez wykonawcę 1

54

miesiąc w stosunku do terminów pośrednich wskazanych w pierwszym harmonogramie rzeczowo-finansowym - § 17 ust. 1.2. umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: wykreślenie zapisu § 17 ust. 1.2 lit. g wzoru umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy bez jakiegokolwiek wcześniejszego wezwania w przypadku opóźnienia się przez wykonawcę 1 miesiąc w stosunku do terminów pośrednich wskazanych w pierwszym harmonogramie rzeczowo-finansowym - § 17 ust. 1.2. umowy – stoją w sprzeczności z treścią art. 635 K.c. jak i samych postanowień umowy. Zamawiający przewidział bowiem w umowie możliwość zmiany terminów pośrednich wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Nieuprawnionym byłoby obciążenie wykonawcy konsekwencjami niedochowania pierwotnego terminu pośredniego np. z przyczyn od niego niezależnych. Stanowisko takie można również poprzeć glosą Marcina Łemkowskiego (rejent 2006/1 str.

136) do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004r. (IV CK 172/03) teza nr 4, w której czytamy: „Artykuł 635 k.c. ma na celu jedynie ochronę takiego zamawiającego, któremu szczególnie zależy na terminowym wykonaniu umowy i szybkim zaspokojeniu własnego interesu, choćby przez innego dłużnika. Nie zmienia on jednak ogólnej reguły odpowiedzialności tylko za działania zawinione, jak również nie daje podstaw do odstąpienia od umowy takiemu wierzycielowi, który ociąża się z odstąpieniem od niej aż do nadejścia terminu spełnienia świadczenia, gdyż najwidoczniej nie zależy mu na terminowym uzyskaniu świadczenia, a zatem przed odstąpieniem od umowy musi wyczerpać wymogi art. 491 § 1 k.c.”

Stanowisko zamawiającego: Ponad wcześniej podaną argumentację zamawiający wskazywał, iż do umownego prawa odstąpienia, o którym mowa w art. 492 K.c., nie ma zastosowania art. 635 K.c., który stanowi normatywną podstawę do odstąpienia od umowy. Co więcej, wbrew stanowisku odwołującego się, zapisy te nie są wzajemnie sprzeczne. Zgodnie z regułami wykładni należy je rozumieć w ten sposób, że terminy pośrednie wskazane w pierwszym harmonogramie w wyniku zmiany nie mogą być przesunięte o termin dłuższy niż 1 miesiąc, a każde jego przesunięcie skutkuje zwiększeniem ryzyka niewykonania umowy w sposób uprawniający zamawiającego do odstąpienia od umowy. Przystępując do przetargu i podpisując umowę, wykonawca winien być przygotowany do należytego wykonania obowiązków, których treść jest mu znana zasadniczo już od dnia ogłoszenia o przetargu. Tym samym zarzut wskazany przez odwołującego jakoby przez kwestionowany zapis wzoru umowy zamawiający naruszył przepisy - uznał za chybiony. Wyjaśniał jednocześnie, że akceptuje sytuację, gdy na podstawie zatwierdzonych przez niego zmian w harmonogramie rzeczowo finansowym zakładany w pierwotnym

55

harmonogramie termin realizacji umowy w odniesieniu do terminów pośrednich nie będzie późniejszy niż miesiąc. Wymagania w tym zakresie zamawiający tłumaczył potrzebami związanymi ze sposobem finansowania tej inwestycji.

Stanowisko Izby: Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że przed odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie musi on wyczerpać wymogu z art. 491 § 1 K.c. i udzielać wykonawcy dodatkowego terminu na wykonanie zamówienia, albowiem kwestionowane postanowienie znajduje uzasadnienie w treści art. 492 K.c. stanowiącego, że jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle zastrzeżonym, strona uprawniona w razie zwłoki kontrahenta może od umowy odstąpić bez wyznaczania terminu dodatkowego – czego odwołujący zdaje się nie dostrzegać. Postanowienie nie narusza wskazanych przepisów ustawy Pzp. Pozwala zamawiającemu reagować w odniesieniu do zakładanego harmonogramem postępu robót w taki sposób, aby zachować kontrolę nad dochowaniem terminu ich zakończenia, co pozostaje istotne także z punktu widzenia źródeł finansowania umowy i warunków jego pozyskania. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut II. 21. Uzależnienie zmiany terminu realizacji umowy wyłącznie od błędów projektowych oraz siły wyższej - § 18 ust. 2 lit. e projektu umowy.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: dokonanie modyfikacji zapisów § 18 ust. 2 lit. e wzoru umowy przez określenie możliwości zmiany wynagrodzenia z przyczyn w nim określonych.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że uzależnienie zmiany terminu realizacji umowy jedynie od błędów projektowych oraz siły wyższej - § 18 ust. 2 lit. e projektu umowy, a co za tym idzie brak możliwości przesunięcia terminu z innych przyczyn niezależnych od wykonawcy. Zamawiający nie przewidział również możliwości zmiany wynagrodzenia wynikającej z powyższych okoliczności.

Stanowisko zamawiającego: Wbrew prezentowanemu w piśmie stanowisku odwołującego, żaden przepis prawa, w szczególności art. 144 uPzp, nie wskazuje na konkretny katalog pozwalający na zmianę terminu realizacji umowy skutkujący zmianą, umowy. Zamawiający jest zobligowany do przewidzenia we wzorze umowy lub SIWZ okoliczności umożliwiających dokonanie zmian istotnych we wzorze umowy a termin jej wykonania jest niewątpliwie elementem istotnym wpływającym na cenę pozostawiając

zamawiającemu kryteria ich określenia w SIWZ i umowie. Stanowisko to potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2012 r., KIO 229/12 (też: KIO „Zmiana niektórych warunków, na których zamówienie zostało udzielone, jest dopuszczalna” ze 56

szczególnych powodów" jedynie wówczas, gdy zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej modyfikacji. Jako warunek konieczny modyfikacji uznaje się przy tym nie tylko określenie okoliczności, z których zmiana wynika, ale też opis przewidywanej zmiany i jej dopuszczalny zakres". Zamawiający podnosił, iż realizuje projekt w ramach dofinansowania UE. Przedłużenie robót do końca 2013 roku, a tym samym przedłużenie wydatkowania środków na rok 2014 oznacza co najmniej częściową utratę tego finansowania. Tym samym, zamawiający zainteresowany jest złożeniem ofert przez podmioty prezentujące taką kulturę organizacyjną, czy zasoby, by zagwarantować realizację zamówienia w określonych przez zamawiającego terminach.

Na marginesie wskazał, iż przy przedmiotowej realizacji nie występują typowe ryzyka budowlane związane z warunkami pogodowymi. Jak już wielokrotnie wspomniano, prace wykonywane będą w obiekcie zamkniętym i ogrzewanym, a tym samym deszcz, czy też mrozy nie wpłyną ujemnie na możliwość realizacji robót. Prace będą wykonywane w sezonie wiosenno - letnim, gdy te ryzyka również w naszej strefie klimatycznej nie występują. Wynagrodzenie jako mające charakter ryczałtowy nie podlega zmianom. Nie wyklucza zaistnienia sytuacji, gdzie zastosowanie mogłyby znaleźć przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp o zamówieniach dodatkowych.

Stanowisko Izby: Izba podzieliła stanowisko odwołującego jedynie częściowo w zakresie podstaw do zmiany terminu realizacji umowy, z uwagi na takie przeszkody w prowadzeniu robót jak znaleziska archeologiczne, niezinventaryzowane obiekty i ekstremalne warunki pogodowe (deszcze nawalne, które mogą wystąpić w okresie wiosenno letnim) a nie żywiołowe czy okoliczności siły tylko ogłoszone klęski wyższej, uniemożliwiające prowadzenie robót, omówione również powyżej. Izba nie dostrzega bezpośredniego związku z żądaniem, aby w takiej sytuacji przewidzieć w omawianej umowie możliwość zmiany wynagrodzenia wynikającego z tych okoliczności. Rzeczą wykonawcy jest też okresowe zagospodarowanie potencjału przy innych pracach przez przesunięcie środków osobowych i rzeczowych, w sytuacji przestoju w robotach na określonym odcinku. Przy ujawnieniu istotnych błędów projektowych zmiana terminu wykonania umowy została przez zamawiającego przewidziana w § 5 wzoru umowy. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp daje możliwość udzielania zamówień dodatkowych na roboty, których wcześniej nie można był przewidzieć, jednakże przy ścisłym wypełnieniu wszystkich łącznych przesłanek objętych dyspozycją wymienionej normy.

Zarzut II. 22. braku regulacji dotyczącej wykonywania robót dodatkowych i zamiennych nieprzewidzianych w dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji.

57

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: dokonanie modyfikacji § 18 wzoru umowy poprzez wprowadzenie regulacji dotyczącej wykonywania robót dodatkowych i zamiennych.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że brak regulacji dotyczącej wykonywania robót dodatkowych i zamiennych nieprzewidzianych w dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji powoduje nieuprawnione obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za wykonanie wszelkich robót dotyczących przedmiotowej inwestycji.

Stanowisko zamawiającego: Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie jest zobligowany do dokonywania jakiegokolwiek inkorporacji zapisu ustawowego o robotach dodatkowych do wzoru umowy, co czyni zarzut niezrozumiałym. Ustawodawca przewidział roboty dodatkowe w art. 67 ust. 5 uPzp jako jedną z przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający nie dopuszcza realizacji jakichkolwiek robót zamiennych. Roboty zamienne oznaczają zmianę przedmiotu umowy realizowanej w ramach zamówienia publicznego, która to zmiana jako sprzeczna z ustawą, w szczególności z art. 7 oraz 29 i n.

uPzp, jest całkowicie niedopuszczalną. Na rozprawie zamawiający dodał, że w przypadku ujawnienia istotnych luk i błędów projektowych, może to implikować podstawy do zlecenia robót dodatkowych, czego nie można wpisywać z góry w postanowienia niniejszej umowy, wystarczy ogólne odesłanie do stosowania w zakresie nieuregulowanym umową przepisów Pzp.

Stanowisko Izby: zamawiający w art. 19 wzoru umowy umieścił klauzulę, że w zakresie nieuregulowanym w umowie zastosowanie mają przepisy ustawy Pzp, K.c. oraz prawa budowlanego. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego. Okoliczność, że w umowie wprost brak regulacji w odniesieniu do robót dodatkowych i zamiennych nie oznacza, że jeżeli niemożliwa do przewidzenia przy zawarciu umowy konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych pojawi się na etapie realizacji budowy, wynikająca chociażby z błędów i pominięć w dokumentacji projektowej, lub nieuwzględnionych w tej dokumentacji np. w podkładach geodezyjnych, przeszkód terenowych (bez względu na zawinienie projektanta), to zamawiający z tej możliwości w zasadzie będzie zmuszony skorzystać. Z wymienionych względów, mogą zachodzić podstawy do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp na podstawie odrębnej umowy. Za podstawy rozliczeń według odrębnej umowy strony mogłyby przyjąć: niewiążący wykonawców a udostępniony przedmiar robót i kosztorys inwestorski oraz tabelę elementów scalonych, dla wyliczenia ewentualnych różnic cenowych, które mogłyby także skutkować na korzyść zamawiającego, gdyby zmiany prowadziły do obniżenia

kosztów i zmniejszenia zakresu rzeczowego robót. Nie zachodzi naruszenie postanowień art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 31 ustawy Pzp.

Zarzut II. 23. Wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia wymogu zaproponowania w ofercie jako załącznika do formularza oferty innych odpowiedników rynkowych materiałów w stosunku do dobranych przez projektanta materiałów konkretnych producentów, które zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu- rozdział II pkt. 5 SIWZ.

Wnioskowane przez odwołującego zmiany obejmowały: dokonanie modyfikacji rozdziału II pkt. 5 SIWZ poprzez wykreślenie zapisu: „(zaproponowania w ofercie jako załącznik do formularza ofertowego)”.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale II pkt. 5 SIWZ wymogu zaproponowania w ofercie jako załącznika do formularza oferty innych odpowiedników rynkowych materiałów w stosunku do dobranych przez projektanta materiałów konkretnych producentów, które zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu, stanowi niezrozumiałe dla wykonawcy wymaganie - na jakiej podstawie zamawiający żąda podania przez wykonawcę wszystkich odpowiedników materiałów w stosunku do dobranych przez projektanta materiałów konkretnych producentów, podanych przez niego jako określenie ich parametrów, bowiem spełnianie parametrów oferowanych przez wykonawcę materiałów nie stanowi ich zamiennika.

Stanowisko zamawiającego: Zamawiający wyjaśnił, że żąda w ofercie na podstawie art. 30 ust. 5 uPzp wykazania, iż proponowane przez wykonawcę rozwiązania są równoważne w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej spełniają opisane tam kryteria, jeśli dokumentacja projektowa posługuje się określeniem własnym danego materiału lub urządzenia (obligatoryjnie z dopiskiem „lub równoważne”) należy odczytywać to jako określenie parametrów lub standardów jakościowych. Tym, samym, gdy w stosunku do takich elementów wykonawca proponuje rozwiązania równoważne kontrola ze strony zamawiającego spełniania kryteriów równoważności jest szczególnie utrudniona. Dlatego też już na etapie złożenia oferty zamawiający wymaga wykazania spełniania kryterium równoważności przez proponowane przez wykonawcę rozwiązania. Nie ulega wątpliwości, że niniejsze zamówienie w świetle zapisów umownych ma być zrealizowane w krótkim czasie determinowanym współfinansowaniem projektu ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Powyższe wymaganie, jakkolwiek nie brane pod uwagę przy ocenie ofert pozwoli na szybką realizację przez zamawiającego obowiązków umownych związanych z realizacją § 9 ust. 11 umowy skracając tym samym proces współdziałania obu

stron kontraktu. Ocena równoważności będzie mogła być realizowana przez zamawiającego zaraz po przystąpieniu wykonawcy do prac bez oczekiwania na kontrolę następczą, co w znaczny sposób przyczyni się do skrócenia czasu realizacji umowy. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że w wykazie materiałów do składanej oferty nie muszą być ujęte wszystkie odpowiedniki rynkowe materiałów opisanych w SWIORB. Zamawiający dopuścił równoważność tam, gdzie projektant posłużył się nazwą własną. Wymóg wyszczególnienia materiałów nie jest sprzeczny z żadnym przepisem, a ponadto daje możliwość wcześniejszego przystąpienia do weryfikacji materiałów.

Stanowisko Izby: Izba uznała zarzut za częściowo zasadny. Wskazanie przez zamawiającego, że dokonany opis materiałowy traktuje jako standard, dowodzi, że dopuszcza i inne materiały jakościowo równoważne. Jakkolwiek zrozumiałe jest stanowisko zamawiającego żądania wykazu materiałowego, w tym materiałów równoważnych do opisanych w dokumentacji, aby przyspieszyć procedurę ich dopuszczenia do zastosowania, nie byłby jednak uzasadnione ażeby wykonawca w ofercie wskazywał całą gamę dostępnych rynkowo materiałów tę równoważność zapewniających, z których może zastosować dowolny przy realizacji robót. Zamawiający wymaga uprzedniej akceptacji proponowanych przez wykonawcę materiałów. Z tych względów kwestionowany zapis wymaga jedynie doprecyzowania rozumienia jego treści, że wykonawca może ująć w wykazie jeden z takich materiałów równoważnych, lub też na etapie realizacji umowy zaproponować do oceny zamawiającego inny materiał taką równoważność zapewniający.

W ocenie Izby, odwołujący w ogólności wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest bowiem wykonawcą zainteresowanym złożeniem oferty. Potwierdzenie się stawianych zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego skutkiem uchybienia przepisom art. 7, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, mogłoby ograniczyć dostęp do ubiegania się o zamówienie, a w następstwie prowadzić do spowodowania szkody majątkowej po stronie odwołującego.

Przechodząc do podjętego jak wyżej rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów odwołania należało uwzględnić odnośne postanowienia art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, które stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przy tym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Z kolei przepis art. 31 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego

dokonania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza ocenia czynności i zaniechania zamawiającego z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustanowionych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Należy też mieć na uwadze treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje wykonawcy legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, jeżeli poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Cytowane brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp nie pozostawia zatem wątpliwości, iż chodzi o wykazanie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Spełnienie łącznej dyspozycji tej normy, stanowi przesłankę materialną legitymacji do wniesienia odwołania, której brak skutkuje - jedynie z tej przyczyny - oddaleniem odwołania - bez poddawania ocenie zgłaszanych zarzutów. Mimo, że ustawa Pzp w art. 14 stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, to nie jest wystarczające zdaniem Izby, aby wykonawca mógł wykazać naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia – w drodze powołania się na naruszenie przez zamawiającego samych przepisów Kodeksu cywilnego przy ustalaniu warunków zamówienia. Aby odwołanie mogło zostać uwzględnione

w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, każdy z przedstawianych zarzutów faktycznych w pierwszej kolejności musi wskazywać i dowodzić jaki przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony, w jaki sposób i jakim działaniem lub zaniechaniem zamawiającego. Wyłącznie po wykazaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i ich możliwego istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp) dopuszczalna jest ingerencja Izby w postanowienia SIWZ. Odwołanie zaś w sprawie nieuwzględnionych zarzutów przez zamawiającego, dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, nie może być traktowane jako rodzaj niedozwolonego (przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353 ¹ K.c.) pozwu o ukształtowanie warunków umowy. Izba nie jest też żadnym organem mediacyjnym, którego zadaniem byłoby doprowadzenie do pełnej ekwiwalentności świadczeń, czy też całkowitej symetrii wzajemnych obowiązków i uprawnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, bowiem weryfikuje jedynie czynności zamawiającego pod względem przestrzegania wzorca ustanowionego w ustawie Pzp.

Odpowiednią regulację w odniesieniu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera art. 139 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Przy uwzględnieniu zasady

61

swobody zawierania umów, określonej w art. 353 ¹ K.c., przy czym zawarcie umowy na oznaczonych warunkach pozostawione jest decyzji stron.

Zdaniem Izby, należało również zważyć, iż postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także pozwalając na oszacowanie ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest prawidłowa i kompletna.

Bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ.

Odnosząc poczynione wyżej uwagi ogólne do skarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zarzuty odwołania znalazły jedynie częściowe potwierdzenie, głównie w zakresie pozostawienia zamawiającemu otwartych

62

terminów na wypełnienie obowiązków współdziałania z wykonawcą. Brak określenia wiążących zamawiającego terminów np. dopuszczenia proponowanych materiałów, czy dokonania odbioru robót na zgłoszenie wykonawcy, mógłby skutkować opóźnieniami w realizacji umowy, wiążącymi się z zapłatą kar i brakiem możliwości dotrzymania umownego terminu wykonania umowy. Tak określone warunki zamówienia uzależniają możliwość dotrzymania umownego terminu od niedookreślonych warunków koniecznego współdziałania inwestora - zniechęcają wykonawców do składania ofert, zawężając tym samym w sposób nieuprawniony konkurencję. Stwarzają obawy wykonawców, że wybrany w przetargu wykonawca w oparciu o ustanowione kryteria oceny ofert, który z różnych względów może mniej odpowiadać zamawiającemu - zostanie potraktowany z wykorzystaniem wszelkich instrumentów umownych zastrzeżonych na rzecz zamawiającego – w tym pozostawionych otwartych terminów na dokonanie nieodzownych czynności, rzutujących tym samym na niemożliwość wywiązania się z kontraktu. Przy umowach o roboty budowlane, wyznaczenie wynagrodzenia ryczałtowego nie może też być nadużywane do nadmiernego wyznaczania obowiązków objęcia tą ceną wszystkiego, co zamawiający zechce zastrzec w umowie jako obowiązki wykonawcy, a co nie jest jednoznacznie związane z tymi robotami, przy tym bardzo nieprzewidywalne, jak np. obsługa znaleziska archeologicznego, czy żądanie aby wbrew zakresowi zamówienia wykonawca robót budowlanych przez okres rękojmi i gwarancji zajmował się czynnościami eksploatacyjnymi w odniesieniu do zrealizowanego i przekazanego obiektu.

Postępowanie dowodowe wykazało częściową zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 353! K.c., w zw. z art. 487 K.c., art. 647 K.c., art. 651 K.c. oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 Pzp, a w następstwie naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia. Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie

63

oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Trafnie odwołujący zdiagnozował, iż wskazywane postanowienia SIWZ w tym wzorze umowy w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane. Postanowienia te, zdaniem Izby mogą powodować ograniczenie kręgu wykonawców, zdolnych do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem niezasadne wymagania zamawiającego mogłyby znacząco ograniczyć ilość wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty w tym przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniając odwołanie może nakazać dokonanie czynności naruszającej przepisy ustawy, przy czym

zadaniem zamawiającego jest takie wypełnienie tego nakazu, aby zachowując spójność dokumentacji przetargowej, doprowadzić do wyeliminowania stwierdzonych przez Izbę naruszeń ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

64

65