

WYROK
z dnia 4 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 września 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28 – 300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Kielecki, 25 – 516 Kielce, Al. IX Wieków Kielc 3**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28–300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28 – 300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego KARTEL S.A., 28 – 300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8** na rzecz **Powiat Kielecki, 25 – 516 Kielce, Al. IX Wieków Kielc 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

2

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 2036/10)

Zamawiający, Powiat Kielecki, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku biurowego pod potrzeby siedziby Starostwa Powiatowego w Kielcach wraz z niezbędnymi urządzeniami infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 09.09.2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr 2010/S 175 – 267187) opublikowano ogłoszenie o ww. zamówieniu oraz zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 20.09.2010 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „Kartel” S.A. (dalej „Kartel”) wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz siwz.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie nadmiernych warunków udziału w tym postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do tego postępowania podmiotom zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia w tym odwołującemu;
2. art. 14 i 139 Pzp w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 353 [1] K.c. i art. 473 § 1 K.c. art. 487 § 2 K.c., art. 647 K.c., art. 632 K.c., art. 651 K.c.;
3. art. 7, 29, 30, 31, 32, 33 i art. 36 ust. 1 pkt. 22 Pzp;
4. art. 140 ust. 1 i 3 Pzp.

Zakwestionowane w odwołaniu zostały następujące postanowienia ogłoszenia i siwz wraz z zał. nr 2 do siwz (wzoru umowy):

Ogłoszenie i siwz:

I. - Sekcja III.2.3 pkt. 1a ogłoszenia o zamówieniu publicznym i Rozdz. V pkt. 1 ppkt. 2 siwz, dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej – zamawiający wymaga, aby wykonawcy przystępujący do postępowania wykazali, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, tzn. wykonali 2 roboty budowlane,

3

każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000 000 PLN, polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynków użyteczności publicznej, w tym:

- jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego wg. PKOB nr. 1220
- jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³ co jest niezgodne z przepisami art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt. 2 i ust. 4 Pzp

II. - rozdz. XII pkt 4 SIWZ

W którym to zapisie Zamawiający ustala, że nie objęcie ofertą jakichkolwiek elementów robót stanowi ryzyko Wykonawcy, nie precyzując czy chodzi o elementy robót wynikające z dokumentacji projektowej a pominęte przez Wykonawcę, czy może o elementy robót nie ujętych w dokumentacji projektowej na skutek wad tej dokumentacji. W ocenie odwołującego należy ten zapis doprecyzować w następujący sposób ;" Nie objęcie ofertą elementów robót wynikających z dokumentacji projektowej stanowi ryzyko wykonawcy „

III. - rozdz. XII pkt. 8 SIWZ

Zamawiający zgodnie z tym zapisem ustala, że jeżeli wykonawca przygotowując ofertę stwierdzi, że podczas realizacji zamówienia wystąpią prace nie objęte zakresem dokumentacji projektowej, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, Wykonawca winien zgłosić ten fakt do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Niedopełnienie tego obowiązku skutkuje tym, że Wykonawca jest zobowiązany wykonać te prace w ramach cenyofertowej.

W ocenie Odwołującego przytoczone wyżej postanowienie SIWZ stanowi w istocie rzeczy przerzucenie odpowiedzialności finansowej za wady projektowe na wykonawcę.

IV. - rozdz. XII pkt. 10 SIWZ - który stanowi, iż uznaje się, że Wykonawca po dokonaniu wizji lokalnej, zbadaniu miejsca budowy, jego otoczenia i uzyskaniu informacji potrzebnych do wykonania zamówienia przed złożeniem oferty - uzyskał wszelkie niezbędne informacje dotyczące ryzyka, ewentualnych wydatków, oraz wszelkich innych okoliczności wpływających lub oddziałujących na jego ofertę.

V. - rozdz. XII pkt. 11 SIWZ

Zamawiający w zdaniu drugim tego postanowienia SIWZ wprowadza zapis; "Uznaje się, że wykonawca wliczy w swoje stawki i ceny jednostkowe wszystkie koszty spowodowane możliwymi zakłóceniami postępu robót, w tym spowodowanymi obecnością innych osób na placu budowy „

4

W ocenie Odwołującego w/w zapis uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny wobec nie

doprecyzowania przez Zamawiającego elementów nieprzewidzianych takich jak w/w możliwe zakłócenia postępu robót, co może się wiązać z niemożnością porównywania złożonych ofert

V - rozdz. XVI pkt. 2 litera b SIWZ

W którym Zamawiający zastrzega, iż w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT, zmiana wynagrodzenia ryczałtowego nie jest dopuszczalna.

Zapis ten w sytuacji gdy powszechnie wiadomym jest iż stawka podatku VAT na roboty budowlane będzie podwyższona z 22% do 23% - w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia, jest świadomym działaniem na szkodę wykonawcy, który będzie wykonywał przedmiotowe zamówienie, a także doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert, gdyż Zamawiający wymaga podania w formularzu ofertowym /zał. Nr 1 do SIWZ/ ceny ryczałtowej brutto, wraz z oświadczeniem, że wynagrodzenie zawiera należny podatek VAT i obowiązuje do końca realizacji przedmiotu umowy.

Wzór umowy - zał. nr 2 do SIWZ

I - W § 3 ust. 3 - który przewiduje, iż niedopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku zmiany stawki podatku VAT, mimo iż powszechnie wiadomym jest, że w okresie realizacji przedmiotu umowy nastąpi ustawowa zmiana stawki tego podatku będzie to skutkować brakiem możliwości porównywalności złożonych ofert.

Nadto w § 3 wzoru umowy, który dotyczy zasad ustalania wynagrodzenia w tym na skutek zmiany sposobu świadczenia, która zgodnie z zapisem § 1 ust. 4 pkt. c może być spowodowana koniecznością usunięcia wad dokumentacji projektowej, Zamawiający nie ustalił kto ponosi koszty usunięcia wad tej dokumentacji.

Odwolujący proponuje dopisać ust. 4.3 w tym paragrafie o treści „koszty związane z koniecznością usunięcia wad stwierdzonych w dokumentacji projektowej ponosi Zamawiający.

II - W § 4 ust. 1 pkt. 22 przewiduje, że wykonawca zobowiązany jest do naprawy wszelkich ewentualnych szkód powstałych w związku z realizacją przedmiotu umowy a w przypadku niewykonania tych obowiązków, Zamawiający na podstawie wycen zaistniałych szkód ma prawo potrącić ich wartość z należnego Wykonawcy wynagrodzenia wynikającego z niniejszej umowy jest to zapis , który w sposób nieuprawniony daje Zamawiającemu prawo do dokonywania wyceny ewentualnie zaistniałych szkód, bliżej niesprecyzowanych i pomniejszania wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy z tego tytułu Odwołujący domaga się doprecyzowania, że chodzi o szkody wynikłe z winy wykonawcy.

III - w § 7 ust. 5 wzoru umowy, który przewiduje, że zwrot zabezpieczenia będzie dokonany na pisemny wniosek Wykonawcy, przy czym do tego wniosku Zamawiający

5

wymaga dołączenia kopii protokołu odbioru końcowego wykonania przedmiotu zamówienia bez wad iusterek w przypadku o którym mowa w ust.4 pkt. 1

Zapis ten jest niezgodny z treścią art. 151 ust. 1, który zobowiązuje Zamawiającego do zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego na należycie wykonane. Ustawa nie uzależnia zwrotu 70% zabezpieczenia od złożenia przez Wykonawcę wniosku w tym zakresie.

IV. - § 9 ust. 2 wzoru umowy zawiera postanowienia dotyczące naliczenia kar umownych jakie ma obowiązek zapłacić Wykonawca na rzecz Zamawiającego w ust. 6 zapisano, iż tylko Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia uzupełniającego w przypadku gdy dozna on szkody wyższej niż wysokość zastrzeżonych kar umownych.

V. - § 10 wzoru umowy Zamawiający jednostronnie przyznaje sobie prawo do odstąpienia od umowy w przypadkach opisanych w ust. 2 pkt. a - f, nie ustala jednak przypadków w jakich może odstąpić od umowy Wykonawca

Należy określić przypadki odstąpienia od umowy przez wykonawcę z winy Zamawiającego i obciążenie go kosztami związanymi z odstąpieniem.

VI. - § 13 ust. 4 Zamawiający wymaga aby projekt umowy z podwykonawcą jaki ma być mu przedłożony zawierał m.in. wynagrodzenie tego podwykonawcy /ust. 4/ a w ust. 7 wymaga aby Wykonawca dostarczył kopię takiej umowy potwierdzoną za zgodność z oryginałem niezwłocznie nie później niż do 14 dni od daty jej zawarcia. Zapis ust. 6 pozostaje w

sprzeczności z zapisem ust. 4 i jest niezgodny z treścią art. 647 [1] k.c.

VII. - W § 14 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający wprowadza zapis, iż dopuszcza wprowadzanie nieistotnych a korzystnych dla niego zmian treści danej umowy, nie precyzując o jakie zmiany chodzi i jaki będą miały wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy czy na zakres robót objętych ofertą

VIII. - W załącznikach do wzoru umowy Zamawiający wymaga dołączenia do niej kosztorysów szczegółowych, co powoduje, że zapis ten pozostaje w sprzeczności z treścią zapisu zamieszczonego w rozdz. X pkt. I litera e, gdzie Zamawiający wymaga by do oferty został dołączony kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. Zamieszczone powyżej zarzuty napisane pismem pochylonym (kursywą), w związku z dokonaniem przez zamawiającego stosownych modyfikacji siwz w odnośnym zakresie, zostały na rozprawie przed Izbą wycofane przez odwołującego.

6

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, we wzorze do umowy stanowiącej zał. Nr. 2 do SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym przez:

1) zmianę w rozdz. V pkt. 1 ppkt. 2 SIWZ /Sekcja III 2.3. pkt. a ogłoszenia przez nadanie mu treści „Wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy, w tym okresie - wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie budynków użyteczności publicznej w rozumieniu rozporządzenia Min. Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie -Dz. U z 15 czerwca 2002 r. Nr. 75 poz. 690 ze zm. /, o wartości nie mniejszej niż 20 000 000 PLN brutto każda, polegające na budowie, rozbudowie i przebudowie budynków użyteczności publicznej w tym:

- jedna robota budowlana dla obiektu biurowego wg. PKOB nr. 1220,
- jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³

2) wykreślenie w rozdz. XII pkt. 4 zdanie ostatnie, względnie jego zmianę przez nadanie mu treści „Nie objęcie ofertą robót ujętych w dokumentacji projektowej z winy wykonawcy stanowi ryzyko tego Wykonawcy”

3/ wykreślenie w rozdz. XII pkt. 8.

4/ wykreślenie z rozdz. XII pkt. 11 - SIWZ

5/ zmianę treści zapisu w rozdz. XII pkt. 2 litera b, - przez nadanie mu treści;" w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, zmiana ta zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu należnym wykonawcy za roboty wykonane od dnia obowiązywania zwiększonej stawki tego podatku,, co nastąpi przez podpisanie aneksu w tej sprawie przez strony.", lub „ wynagrodzenie umowne wykonawcy ulegnie zmianie w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług VAT, od daty wprowadzenia tej zmiany, dla robót budowlanych wykonanych po tej dacie."

Odnośnie postanowień umownych, zamieszczonych we wzorze umowy - zał. nr. 2 do SIWZ odwołujący wniósł o:

1) zmianę treści § 3 ust. 3 przez nadanie mu treści;"Dopuszcza się zmianę wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług VAT, od daty obowiązywania tej zmiany”

2) zmianę treści § 3, przez dodanie ust. 4.3 o treści: "koszty związane z koniecznością usunięcia wad stwierdzonych w dokumentacji projektowej ponosi Zamawiający".

7

3) przez wykreślenie treści § 4 ust. 2 pkt. 22, względnie jego zmianę przez nadanie mu treści: „Po zakończeniu budowy Wykonawca zobowiązany jest uporządkować teren budowy i ponieść koszty naprawy ewentualnych szkód jakie powstałyby z winy wykonawcy przy wykonywaniu przedmiotu umowy."

- 4/ o wykreślenie postanowienia § 7 ust. 5 wzoru umowy.
- 5/ o zmianę § 9 przez dodanie ust. 8 o treści: "Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy kary umowne w następujących wypadkach i wysokościach;
- a/ za zwłokę w przekazaniu placu budowy - w wysokości 5.000,00 zł. za każdy dzień zwłoki liczony od następnego dnia upływu terminu ustalonego w § 4 ust. 1 pkt. 1, który należy określić
- b/ za zwłokę w przekazaniu dokumentacji projektowej - w wysokości jak wyżej za każdy dzień zwłoki liczony od następnego dnia upływu terminu ustalonego w § 4 ust. 1 pkt. 2
- c/ za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad dokumentacji projektowej - w wysokości jak wyżej, liczony od upływu dnia ustalonego na usunięcie wad,
- d/ za zwłokę w dokonywaniu odbiorów częściowych i końcowego - w wysokości 10000,00 zł za każdy dzień zwłoki,
- e/ za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, określonego w § 3 umowy
- 6) o wykreślenie treści § 9 ust. 6 względnie o jego zmianę przez nadanie mu treści: "Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowań uzupełniających w przypadku doznania szkody wyższej niż wysokość zastrzeżonych kar umownych"
- 7) o zmianę § 10 przez dodanie ust 2 [1] o treści: "Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy w następujących przypadkach:
- a/ - w przypadku opóźnienia się w usuwaniu wad dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, przez okres dłuższy niż 15 dni od dnia ustalonego na usunięcie wad,
- b/ - w przypadku opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia umownego przez okres dłuższy niż 60 dni od daty otrzymania od wykonawcy faktury za wykonane roboty wraz z protokołem odbioru tych robót.
- 8) zmianę postanowienia § 10 ust. 4 pkt. 2, przez nadanie mu treści: "Wykonawca zabezpieczy przerwane roboty na koszt strony winnej odstąpienia"
- 9) o wykreślenie postanowienia z § 13 ust. 7 umowy wobec jego sprzeczności z treścią postanowienia zawartego w ust. 3 i treścią art. 647 [1] § 2 K.c.

8

10) o wykreślenie postanowienia w § 14 ust. 3 wzoru umowy wobec nie sprecyzowania o jakie zmiany chodzi i jaki będzie wpływ tych zmian na wysokość wynagrodzenia wykonawcy

11) o wykreślenie z załączników do umowy załącznika nr. 5 o treści „kosztorys szczegółowy” wobec sprzeczności tego zapisu z treścią zapisu zamieszczonego w rozdz. X pkt. 1 litera e, gdzie Zamawiający wymaga, by do oferty został dołączony kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej.

Względnie o nakazanie Zamawiającemu dokonanie innej modyfikacji zaskarżonych postanowień SIWZ i wzoru umowy w celu ich dostosowania do treści przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych i Kodeksu Cywilnego, względnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

1/ Stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający obowiązany jest do takiego sformułowania warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację podstawowego celu, tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością. Granice kompetencji zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców / art. 7 ust. 1 Pzp./.

Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien zwracać szczególną uwagę, by nie została zachwiana proporcja pomiędzy możliwymi żądaniami a możliwościami wynikającymi z tych zadań w kontekście zachowania zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający proporcji takiej nie zachował, gdyż zbyt rygorystycznie potraktował potencjalnych

wykonawców, opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w sposób który uniemożliwia wykonawcom w tym także Odwołującemu -zdolnym do wykonania zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i z należytą starannością./ Wyrok KIO z dnia 04.03.2010r. sygn. KIO/UZP/77/10 - złożenie ofert. W orzecznictwie KIO przyjęte jest stanowisko, /wyrok KIO z 21.XI.2008r. sygn. UZP 1257/08/ że nie można żądać aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać na potwierdzenie spełnienia warunku wymaganego doświadczenia zawodowego, zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia, określonym w SIWZ. Wynika to z faktu, iż nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień , dlatego wykazanie przez wykonawcę, że wykonał roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu

9

potwierdzającego, że roboty te zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone / zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. - w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane -Dz.U. Nr 226 poz.1817/ - winno wystarczyć Zamawiającemu dla dokonania oceny w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych porównywalnych z robotami budowlanymi będącymi przedmiotem zamówienia. W tym postępowaniu Zamawiający w zakresie wykazania się wiedzą i doświadczeniem wymaga, by wykonawcy wykazali iż w ustalonym okresie wykonali 2 roboty budowlane , każda o wartości brutto 40 000 000 PLN, gdy tymczasem w programie inwestycyjnym na lata 2010-2012 Rada Powiatu w Kielcach, w uchwale nr. XXIX/32/10 z dnia 17 czerwca 2010r. - przyjęła wysokość nakładów finansowych na budowę przedmiotu zamówienia i innych jednostek organizacyjnych Powiatu z wyposażeniem w latach 2009-2012w wysokości 34 718 000 łącznie, co oznacza, iż wartość przedmiotu zamówienia w zakresie przewidzianym w SIWZ, będzie niższa w wyniku przetargu. W tej sytuacji stawianie w tym postępowaniu wymogu, aby wykonawca wykazał się wykonaniem 2 obiektów użyteczności publicznej o wartości 40.000.000 PLN każda, jest warunkiem nadmiernym i w sposób nieuprawniony już na wstępie postępowania przetargowego uniemożliwia składanie ofert wykonawcom, w tym Odwołującemu. Eliminuje zatem wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia z kręgu podmiotów mogących brać udział w postępowaniu, które to podmioty są zdolne do wykonania zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną. / wyrok KIO z 09.XII 2009r. sygn uzp/1360/09 / Z powyższego wynika, że Zamawiający ustalając nadmierne warunki udziału w postępowaniu, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt2 i ust. 4 ustawy Pzp, rażąco naruszając naczelne zasady udzielania zamówień publicznych określone w tych przepisach, a także przepisy w/w rozporządzenia Prezesa RM.

2/ Stosownie do art. 29 Pzp Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia na roboty budowlane powinien być opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, których definicję, zakres i formę określa rozporządzenie Min. Infrastruktury z dnia 02 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego /Dz.U. 2004r. Nr. 202 poz. 2072 z późn. zm. /.

Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego w rozumieniu art. 632 K.c. jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest

10

jednoznacznie określony, a przekazana dokumentacja projektowa przez Zamawiającego jest prawidłowa i kompletna.

W ramach wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia opisanego projektem budowlanym i wykonawczym, niezależnie od tego w jakich wielkościach zostały one ujęte w przedmiarze. Jednak bez względu w jakiej

postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia, ryczałtowej czy też kosztorysowej, zawsze będzie się odnosiło do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w SIWZ oraz 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 umowy zawartego w SIWZ. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania, lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu, czy też wynikający np. w sposób znaczący z odmiennych warunków geologiczno gruntowych niż zakładane na etapie opracowania dokumentacji projektowej. W ocenie Odwołującego tak rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 K.c. -jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ.

Wobec powyższego na etapie realizacji umowy, Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wady w dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia objętego ceną ofertową. Również postanowienia SIWZ i wzoru umowy wymagające przejęcia przez Wykonawcę ryzyka związanego z niepełnym rozeznaniem np. warunków geologiczno gruntowych oraz wynikających z wad projektu, świadczą o tym, iż Zamawiający liczy się z prawdopodobieństwem konieczności wystąpienia robót niespodziewanych, które nie zostały objęte opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie były przewidziane projektem a mogą okazać się konieczne do wykonania, dla osiągnięcia zakładanego rezultatu.

W takiej sytuacji Zamawiający ma możliwość, jeżeli spełnią się przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt.5 ustawy Pzp, niezależnie od charakteru ustalonego wynagrodzenia, udzielić zamówienia dodatkowego, za odpłatnością ustaloną odrębną umową, co nie pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie znając wad dokumentacji projektowej nie jest w stanie określić wpływu wad tej dokumentacji na wartość ustalanego wynagrodzenia w ofercie.

Tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie tylko nakazuje Wykonawcom skalkulowanie robót nie przewidzianych w dokumentacji projektowej i to jeszcze przed terminem składania ofert, ale także wymaga by w cenie ofertowej zostały ujęte wszelkie koszty spowodowane możliwymi zakłóceniami postępu robót, nie precyzując jakie zakłócenia ma na myśli, czy też obecnością innych osób. Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego przedmiotu zamówienia, a zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty - dla złożenia porównywalnych ofert.

Podkreślić należy fakt, iż obowiązek weryfikacji dokumentacji projektowej, nie może rozciągać się na obowiązek dokonania analizy wszystkich rozwiązań zawartych w projekcie, ich wzajemnej koordynacji i zgodności z normami, przepisami techniczno budowlanymi i rzeczywistymi warunkami na placu budowy.

Sprawdzanie dokumentacji nie jest objęte przedmiotem zamówienia, ani też nie należy do obowiązków Wykonawcy robót budowlanych określonych w art. 647 kc.

Odwołujący opierając się na wieloletnim doświadczeniu jakie posiada w zakresie profesjonalnego świadczenia usług budowlanych stwierdza, iż na etapie przygotowania postępowania nie jest możliwe wychwycenie wszystkich wad dokumentacji. Wykonawca dokonując wyceny robót jest w stanie zauważyć niektóre błędy, czy niezgodności, ale nie ma możliwości wychwycenia wad wynikających z nie skoordynowania poszczególnych projektów branżowych, czy wad ukrytych. Wykonawca nie jest w stanie wychwycić błędów, które wymagają specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Natomiast weryfikacja dokumentacji w taki sposób jak żąda tego Zamawiający, takiej wiedzy wymaga. Stosownie do treści art.651 k.c. i orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle tego przepisu: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej w celu wykrycia jej wad.” Tymczasem Zamawiający wprowadzając zaskarżone postanowienia umowne, nakłada na wykonawców obowiązek badania dokumentacji w celu

wykrzywania wad i błędów i to jeszcze przed zawarciem umowy o roboty budowlane / przed terminem składania ofert./. W tej sytuacji uchylenie się Zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady dokumentacji projektowej, niedostrzeżone na etapie przygotowania oferty, w przypadku gdy z umowy stron wynika, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej, jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego strony umowy o roboty budowlane i jako taki jest nieważny na podstawie art. 353[1] k.c. w związku z art. 58 kc, gdyż najbardziej charakterystyczne przykłady sprzeczności umowy z właściwością natury stosunku prawnego to m.in. przekreślenie istoty zobowiązania przez pozostawienie dłużnikowi swobody decyzji, co do tego czy spełni świadczenie. Zamawiający jako strona umowy o roboty budowlane ponosi odpowiedzialność jak za własne działanie lub zaniechanie - za działania projektanta, który na jego zlecenie wykonywał projekt

12

/art. 474 K.c./Zatem ten przepis wyłącza swobodę kontraktowania. Miernik staranności ustalony w art. 355§ 2 K.c. dotyczy nie tylko wykonawcy ale także Zamawiającego. To samo odnosi się do żądania przejścia wszelkiej odpowiedzialności za następstwa nie do końca rozpoznanych warunków geologicznych, urządzeń podziemnych i innych a także przewidzenia wszelkich ryzyk.

Uwolnienie się Zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady tkwiące w projekcie, pozwalające na uwolnienie się od jakiegokolwiek odpowiedzialności za spełnienie obowiązków umownych w zakresie dostarczenia kompletnego projektu przed podpisaniem umowy i uzupełnienia jego braków w trakcie realizacji - stanowi pozostawienie Zamawiającemu swobody co do tego czy spełni świadczenie.

Takie ukształtowanie stosunków umownych prowadzi do tego, że Wykonawcy składając ofertę będą zmuszeni uwzględniać w cenie ryzyko związane z wadami dokumentacji projektowej co spowoduje złożenie ofert nieporównywalnych.

W związku z tym zaskarżone postanowienia naruszają przepisy kodeksu cywilnego, które mają zastosowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne i umów które będą zawarte w tym postępowaniu na podstawie art. 14 i art. 139 ustawy Pzp a także godzą w zasadę ekwiwalentności świadczeń przewidzianą w art. 487 § 2 kc.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wprowadził następujące postanowienia w SIWZ i we wzorze umowy, które naruszają w/w standardy opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji art. 29 i 31 ustawy Pzp.:

a/ pkt 4 rozdz. XII SIWZ- który przewiduje, że nie objęcie ofertą jakichkolwiek elementów robót stanowi ryzyko Wykonawcy.

b/ pkt. 8 rozdz. XII SIWZ - który przewiduje, że Wykonawca jest zobowiązany wykonać w ramach ceny ryczałtowej prace nie objęte zakresem dokumentacji projektowej a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, jeżeli nie zgłosi konieczności ich wykonania przed upływem terminu składania ofert.

c/ pkt. 10 rozdz. XII SIWZ - który stanowi o tym, że uznaje się, iż Wykonawca po dokonaniu wizji lokalnej, zbadaniu miejsca budowy i jego otoczenia i uzyskaniu informacji potrzebnych do wykonania przedmiotu zamówienia przed złożeniem oferty – uzyskał wszelkie niezbędne informacje dotyczące ryzyka, ewentualnych wydatków oraz wszelkich innych okoliczności wpływających lub oddziałujących na jego ofertę,

d/ pkt. 11 rozdz. XII SIWZ - który stanowi m.in. „uznaje się, że Wykonawca wliczy w swoje stawki i ceny jednostkowe wszystkie koszty spowodowane zakłóceniami postępu robót, w tym spowodowane obecnością innych osób na placu budowy.

e/ § 4 ust. 2 pkt. 6 wzoru umowy - w którym Zamawiający ustala, że obowiązkiem Wykonawcy jest uzyskanie we własnym zakresie wszelkich wymaganych zezwoleń związanych z realizacją przedmiotu umowy a także pkt. 11 w ust. 2 w/w paragrafu, w którym Zamawiający

13

nakłada na Wykonawcę obowiązek uzyskania od Zamawiającego wszelkich niezbędnych zatwierdzeń technologii, materiałów i urządzeń przewidzianych do zastosowania przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, przedstawiając stosowne próbki materiałów i atesty spełniające wymogi specyfikacji technicznej oraz dokumentacji projektowej, przy czym w pkt. 12 ust. 2 tego paragrafu- zamawiający wymaga by Wykonawca zapewnił mu na swój koszt

potrzebne w tym zakresie oprzyrządowania, odpowiedni personel oraz materiały wymagane do zbadania na żądanie Zamawiającego jakości robót na terenie budowy, a koszty tych badań pokryje Wykonawca.

Wymienione zapisy SIWZ, oraz wskazane na wstępie postanowienia wzoru umowy wskazują iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 i art. 140 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca obowiązany jest realizować roboty na podstawie projektu budowlanego otrzymanego od Zamawiającego i Zamawiający nie może uchylać się od odpowiedzialności za należyte wykonanie tego obowiązku, przerzucając wszelkie negatywne konsekwencje, w tym finansowe - należytego wykonania przez siebie tego zobowiązania - na Wykonawcę

Zgodnie z treścią art. 353[1] K.c. - strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości /naturze/ stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów, jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 K.C

Rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy nie pozostaje nieograniczone.

Stosownie do treści art. 473 § 1 K.c. - dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnik na podstawie wskazanego wyżej przepisu nie może przyjąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela.

Wprowadzenie zatem przez Zamawiającego we wzorze umowy postanowienia, zgodnie z którym nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za wady wynikłe z dostarczonej przez niego dokumentacji projektowej, stanowi de facto obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy przez

Zamawiającego i jako takie jest sprzeczne z treścią art. 473 § K.c.

W konsekwencji zaskarżone postanowienia w ocenie Odwołującego są sprzeczne z ustawą a tym samym nieważne na podstawie art. 58 K.c, w zw. z art. 353[1] k.c, 647 i 632 K.C /wyrok z dnia 2 marca 2010r. KIO/UZP 184/10/.

3/ Odnosnie wynagrodzenia ryczałtowego, stwierdzić należy, iż Zamawiający może ustalić taką formę wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednakże ryczałt może odnosić się tylko do tego, co Zamawiający uwzględnił w dokumentacji projektowej

określającej przedmiot zamówienia i opisał w sposób zgodny z treścią art. 29 i 31 ustawy Pzp w umowie. Jednakże w tym postępowaniu zamawiający zamieścił w postanowieniach SIWZ rozdz. XVI pkt. 2 oraz w § 3 ust. 4 wzoru umowy - przyczyny zmian sposobu świadczenia Wykonawcy, które spowodują zmianę wynagrodzenia ryczałtowego a które określił jako istotne, natomiast w § 14 ust. 3 wzoru umowy zapisał iż jednostronnie dopuszcza wprowadzenie zmian nieistotnych a korzystnych dla Zamawiającego w treści danej umowy, nie precyzując o jakie zmiany chodzi i jaki będzie ich wpływ na wysokość wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy. Są to czynniki, które o ile należy się liczyć z ich wystąpieniem, mogą pociągać za sobą tak wielorakie i daleko idące zmiany i modyfikację zamówienia podstawowego, że stwierdzić należy iż nie są one ostatecznie możliwe do przewidzenia i uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

Również nie do przyjęcia jest zapis zamieszczony w SIWZ i we wzorze umowy, w których to zapisach Zamawiający oświadcza, że zmiana wynagrodzenia ryczałtowego nie jest możliwa w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT.

Zapisy te, w sytuacji gdy powszechnie wiadomym jest, iż stawka podatku VAT na roboty budowlane będzie podwyższona od 01 stycznia 2011 roku z 22% do 23%, a więc już w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia, uznać należy za świadome działanie Zamawiającego na szkodę Wykonawcy i przerzucanie na niego skutków finansowych tej zmiany, która nie zależy przecież od wykonawcy. Zamawiający wymaga podania w formularzu ofertowym /zał.nr.1 do SIWZ/ ceny ryczałtowej brutto, wraz z oświadczeniem, że wynagrodzenie zawiera podatek VAT i obowiązuje do końca realizacji przedmiotu umowy. Oznacza to, że Wykonawca obowiązany jest - podając cenę ofertową, wliczyć podatek VAT w wysokości obowiązującej na dzień składania oferty, a brak odpowiednich zapisów umownych dotyczących zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki tego podatku, spowoduje obciążenie wykonawcy tym zwiększonym podatkiem.

W ocenie Wykonawcy Zamawiający w sposób nieuprawniony już na początku prowadzonego postępowania, świadomie podejmuje jednostronnie decyzję w zakresie obciążania Wykonawców zwiększonym podatkiem od towarów i usług.

W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert przez Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, co powoduje naruszenie przez Zamawiającego zasad określonych w art. 7 Pzp.

4/ W § 9 wzoru umowy dotyczącym kar umownych i odszkodowania Zamawiający przewiduje, iż za niewykonania lub nienależyte wykonanie umowy, w wypadkach w nim określonych - tylko Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty tych kar na rzecz Zamawiającego w wysokościach tam określonych.

W ocenie Odwołującego powyższe zapisy naruszają obowiązującą w przepisach prawa cywilnego zasadę dotyczącą równości stron stosunku umownego, w którym określają swoje

15

uprawnienia i obowiązki związane z wykonaniem umowy. Zgodnie z treścią art. 483 kc kara umowna może być zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązanie niepieniężnego, bez względu na to czy świadczenie ma polegać na działaniu czy też zaniechaniu. Tak więc w umowie o roboty budowlane zarówno Wykonawca jak i Zamawiający mają określone obowiązki, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie może spowodować szkodę. Obie strony są zobowiązane wykonywać swoje obowiązki z należytą starannością i współdziałać przy ich wykonywaniu. W tej sytuacji Zamawiający, który jest stroną takiej umowy, winien być zobowiązany do zapłaty kar umownych np. w przypadku nieusunięcia w terminie wad w dostarczonej przez siebie dokumentacji, w przypadku opóźnienia się w przekazaniu dokumentacji projektowej, czy placu budowy, gdyż podobnie jak wykonawca jest on zobowiązany do należytej staranności przy wykonywaniu swoich obowiązków, określonych umową. A tylko zastrzeżenie kar umownych w umowie, uzasadnia korzystanie z tej instytucji jako gwarancji ich wykonania. Dlatego w ocenie Odwołującego w umowie o roboty budowlane winny znaleźć się zapisy określające przypadki w jakich Zamawiający winien zapłacić Wykonawcy kary umowne oraz wysokość tych kar. Nie mogą one obciążać tylko Wykonawcy.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z Sekcją III.2.3 pkt. 1a ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdz. V pkt. 1 ppkt. 2 siwz zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania wiedzy i doświadczenia, według którego wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – wykonali co najmniej dwa zamówienia odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, tzn. wykonali dwie roboty budowlane, każda o wartości brutto nie mniejszej niż 40 000 000 złotych polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynków użyteczności publicznej, w tym:

- jedna robota budowlana dla obiektu biurowego określonego wg PKOB nr 1220,
- jedna robota budowlana dla obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 40 000 m³;

Zgodnie z rozdz. XII pkt 4 siwz (w brzmieniu nadanym modyfikacją siwz z dnia 27.09.2010 r.) cena oferty ma wynikać z kosztorysu ofertowego, który należy opracować metodą kalkulacji szczegółowej. Kalkulacja ceny winna uwzględniać wymagania Zamawiającego, w zakresie standardu, jakości i sposobu wykonania robót budowlanych, użytych materiałów budowlanych, zakupu i montażu sprzętu, urządzeń, wykończenia i wyposażenia oraz właściwości wyrobów budowlanych zawarte w projektach i

16

specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zapewniające osiągnięcie oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu. Nie objęcie ofertą jakichkolwiek elementów robót stanowi ryzyko Wykonawcy.

Kwestionowany w odwołaniu rozdz. XII pkt 8 siwz w wyniku modyfikacji siwz z dnia 23.09.2010 r. został

skreślony.

Rozdział XII pkt 10 siwz stanowi, że w związku ze zaleceniem dokonania wizji lokalnej, zbadania miejsca budowy i jego otoczenia, oraz uzyskania potrzebnych informacji dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia przed złożeniem oferty przetargowej, uznaje się, że Wykonawca wziął pod uwagę rozmiar i charakter robót, materiałów niezbędnych do ukończenia robót, środków komunikacji i dostępu do placu budowy. Uznaje się, że Wykonawca uzyskał wszelkie niezbędne informacje dotyczące ryzyka, ewentualnych wydatków oraz wszelkich innych okoliczności wpływających lub oddziałujących na jego ofertę.

W rozdz. XII pkt 11 siwz: uznaje się, że wykonawca przed złożeniem oferty upewnił się, co do jej prawidłowości i kompletności, oraz stawek i cen przyjętych do wyliczenia ceny oferty, które winny pokryć wszystkie jego zobowiązania wynikające z umowy. Uznaje się, że Wykonawca wliczył w swoje stawki i ceny jednostkowe wszystkie koszty spowodowane możliwymi zakłóceniami postępu robót, w tym spowodowanymi obecnością innych osób na placu budowy.

W rozdziale XVI pkt 2 lit b siwz zamawiający zastrzegł, iż w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT zmiana wynagrodzenia ryczałtowego nie jest dopuszczalna, z zastrzeżeniem rozliczeń z Wykonawcą, którego oferta prowadzi do powstania obowiązku podatkowego w VAT po stronie Zamawiającego.

Konsekwentnie w § 3 ust. 3 Zał. nr 2 do siwz (wzór umowy) zastrzeżono, iż nie jest dopuszczalna zmiana wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku zmiany stawki podatku VAT.

Według § 1 ust. 4 lit c) wzoru umowy zmiana sposobu świadczenia Wykonawcy może nastąpić tylko wówczas, gdy jest istotna, m.in. na skutek konieczności usunięcia wad dokumentacji projektowej.

Jak wynika z § 3 ust. 1 wzoru umowy wynagrodzenie należne Wykonawcy stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za cały przedmiot umowy.

Zgodnie z § 3 ust. 4 zmiana wynagrodzenia ryczałtowego jest dopuszczalna jedynie w przypadku istotnych zmian sposobu świadczeń wykonawcy wynikających z umowy (z § 1 ust. 4) stwierdzonych aneksem do umowy.

Dokonując zmiany sposobu świadczenia wykonawcy, strony wyodrębnią:

- roboty zamienne, tj. roboty, które Wykonawca wykona w zamian robót zawartych w pierwotnej

17

dokumentacji projektowej,

- roboty zaniechane przez które rozumie się roboty objęte pierwotną dokumentacją projektową, a których wykonanie stało się zbędne.

W § 3 wzoru umowy nie ustalono która strona ponosi koszty usunięcia wad dokumentacji projektowej.

Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt. 6 wzoru umowy obowiązkiem Wykonawcy jest uzyskanie we własnym zakresie wszelkich wymaganych zezwoleń związanych z realizowaniem przedmiotu umowy.

Natomiast § 4 ust. 2 pkt. 11 wzoru umowy stanowi, iż obowiązkiem Wykonawcy jest uzyskanie od Zamawiającego wszelkich niezbędnych zatwierdzeń technologii, materiałów i urządzeń przewidzianych do stosowania przy wykonywaniu przedmiotu umowy, przedstawiając stosowne próbki materiałów i atesty spełniające wymogi specyfikacji technicznej oraz dokumentacji projektowej w celu zachowania wymogów zawartych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Wykonawca przedstawi na każde żądanie Zamawiającego stosowne atesty, certyfikat na znak bezpieczeństwa, deklarację zgodności lub certyfikat zgodności z Polską Normą lub aprobatą techniczną dopuszczające poszczególne materiały do wbudowania w obiekcie będącym przedmiotem umowy.

Zgodnie z pkt 12 ww. jednostki redakcyjnej wzoru umowy Wykonawca zapewni potrzebne oprzyrządowanie, odpowiedni personel oraz materiały wymagane do zbadania na żądanie Zamawiającego jakości robót na terenie budowy; koszty tych badań pokryje Wykonawca.

W § 4 ust. 1 pkt. 22 wzoru umowy zastrzeżono, iż po zakończeniu robót Wykonawca zobowiązany jest uporządkować obiekt i teren budowy; Wykonawca zobowiązany jest do naprawy wszelkich ewentualnych szkód powstałych w związku z realizacją przedmiotu umowy; w przypadku niewykonania powyższych zobowiązań przez Wykonawcę, Zamawiający na podstawie wycen zaistniałych szkód ma prawo potrącić ich wartość z należnego Wykonawcy wynagrodzenia wynikającego z niniejszej umowy.

Kwestionowany w odwołaniu § 7 ust. 5 wzoru umowy modyfikacją siwz z dnia 27.09.2010 wykreślono.

We wzorze umowy (§ 9) przewidziano kary umowne na rzecz zamawiającego (kar umownych na rzecz wykonawcy w umowie nie przewidziano). W § 9 ust. 6. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do dochodzenia odszkodowań uzupełniających w przypadku, gdy dozna szkody wyższej niż wysokość zastrzeżonych kar umownych.

Zgodnie z § 10 wzoru umowy:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy na podstawie i w trybie wskazanym w art. 145 ustawy PZP.
2. Niezależnie od prawa odstąpienia o którym mowa w ust. 1 Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w następujących wypadkach:

18

-
- a) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpocznie realizacji przedmiotu umowy w ciągu 30 dni roboczych od przekazania mu terenu budowy lub przerwie realizację robót i nie podejmie ich przez okres kolejnych 30 dni roboczych,
 - b) Wykonawca dopuszcza się nieuzasadnionego opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminów określonych w umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 60 dni,
 - c) Wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z umową, ze sztuką budowlaną, obowiązującymi przepisami i wezwany do prowadzenia prac w sposób prawidłowy w ciągu 30 dni nie zastosuje się do nich lub też nienależycie wykonuje swoje zobowiązania umowne,
 - d) zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości Wykonawcy albo oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego wobec Wykonawcy, o ile nie stoi to w sprzeczności z przepisami Prawa upadłościowego i naprawczego,
 - e) wystąpią okoliczności powodujące rozwiązanie lub likwidację Wykonawcy (w przypadku spółek prawa handlowego, spółdzielni i innych osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą) lub podjęte zostaną przez Wykonawcę będącego osobą fizyczną czynności bezpośrednio zmierzające do zakończenia działalności w inny sposób,
 - f) zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy.

Zgodnie z § 13 wzoru umowy:

1. Zamawiający dopuszcza zlecenie podwykonawcom części robót wymienionej w ofercie Wykonawcy.
2. Wykonawca może zatrudnić do realizacji przedmiotu umowy Podwykonawców, po uprzednim uzyskaniu zgody Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia wyłącznie Podwykonawców mających odpowiednie udokumentowane doświadczenie i kwalifikacje w zakresie realizacji inwestycji o podobnej skali i charakterystyce rzeczowej.
3. W celu uzyskania zgody, o której mowa w ust. 1, Wykonawca zobowiązuje się do przedstawienia Zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych projekcie umowy.
4. Każdy projekt umowy musi zawierać w szczególności postanowienia dotyczące:
 - zakresu robót przewidzianego do wykonania,
 - terminów realizacji,
 - wynagrodzenia,
 - wygaśnięcia umowy z Podwykonawcą w przypadku rozwiązania niniejszej umowy,
 - zobowiązanie Podwykonawcy do potwierdzania oświadczeń Wykonawcy o zapłacie Podwykonawcy należności na użytek rozliczeń Wykonawcy z Zamawiającym.
5. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę projektu umowy z podwykonawcą nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.
6. Zamawiający nie wyrazi zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, której treść będzie sprzeczna

19

z treścią niniejszej umowy.

7. Wykonawca zapewni aby umowy z Podwykonawcami zostały sporządzone na piśmie i przekaze Zamawiającemu kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem każdej umowy z Podwykonawcą niezwłocznie, lecz nie później niż do 14 dni od daty jej zawarcia.

W § 14 ust. 3 wzoru umowy wskazano, iż zamawiający dopuszcza wprowadzanie nieistotnych a korzystnych dla niego zmian w treść umowy.

Kwestionowanym w odwołaniu postanowieniom rozdz. X pkt. I litera e) siwz modyfikacją siwz z dnia 27.09.2010 r. nadano brzmienie: „kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej” - w załącznikach do wzoru umowy został również wskazany złącznik tego typu.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum ...).

Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść.

Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia).

Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.

20

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba stwierdza, iż w świetle zastanego w momencie orzekania brzmienia postanowień siwz oraz przedstawianych w trakcie postępowania odwoławczego przez strony dowodów, zarzuty takie nie znalazły potwierdzenia.

W szczególności w odniesieniu do zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu sformułowanych przez zamawiającego, Izba wskazuje, iż wartość obu zamówień wymaganych w ramach warunków (40 mln zł) jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i tym samym wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 4 Pzp, który stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ustalając wartość zamówienia, do którego odnieść należało wartość zamówień zawartych w opisie warunków (kwestionowanych w odwołaniu jedynie w aspekcie wartości robót), Izba uwzględniła i oparła się na dowodach przedstawionych przez zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentacji postępowania. I tak na podstawie kosztorysów inwestorskich przyjęto, iż wartość przedmiotowego zamówienia wynosi 58 213 316,52 zł brutto, natomiast na podstawie Załącznika nr 3 do uchwały nr XXX/55/10 Rady Powiatu Kieleckiego „Limity wydatków na wieloletnie programy inwestycyjne w latach 2010-2010” ustalono, iż zamawiający planuje łącznie przeznaczyć w tych latach 51 143 282 zł na wykonanie danego zadania inwestycyjnego. Są to więc kwoty bezpośrednio korespondujące z wartościami przyjętymi w postawionych warunkach udziału w postępowaniu.

Odnosnie powyższego odwołujący, zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 Pzp żadnych dowodów istotnych w sprawie nie przedstawił. W szczególności nie przedłożył uchwały Rady Powiatu Kieleckiego powołanej w odwołaniu. Natomiast przedstawiony na rozprawie dowód – referencje, iż wykonawca prawidłowo wykonał budynek Inspektoratu ZUS w Kielcach o porównywalnych rozmiarach do budynku zamawianego, a o wartości dwukrotnie niższej dowodzi i potwierdza jedynie fakty w nim wprost wyrażone. Nie stanowi żadnego dowodu na temat porównania obu budynków – porównywalności ich architektury, komplikacji konstrukcyjnej, jakości materiałów ... etc. Ponadto zamierzona przez odwołującego teza dowodowa zmierzająca do wykazania, że posiada doświadczenie techniczne w budowie budynków podobnych do zamawianego oparta jest na błędnej przesłance, iż wartość wykonywanych zamówień (w tym konkretnym przypadku) nie niesie żadnej informacji nt. doświadczenia i zdolności wykonawców do

wykonania przedmiotowego zamówienia. Przeciwnie, właśnie wartość zamówienia chociaż nie zawsze oddaje jakości czy techniczne zaawansowanie wykonywanych robót, jest przeważnie obiektywnym miernikiem ich skali. Dowodzić ma i potwierdzać, iż wykonawca jest w stanie logistycznie i organizacyjnie udźwignąć projekt o wielkim zakresie i wartości. Tymczasem, co już wskazano, wartość wymaganych przez zamawiającego robót w kontekście wartości i zakresu zamówienia, nie może być uznana za wygórowaną.

21

Przechodząc do zarzutów dotyczących ukształtowania w siwz przyszłych stosunków prawnych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie (w treści siwz jak i we wzorze umowy stanowiącym integralną część siwz), Izba wskazuje:

W pierwszej kolejności, odnośnie twierdzeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, podnieść należy, iż rozpatrywanie zarzutów tego typu mieści się w kognicji Izby wyznaczonej art. 172 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 Pzp, który stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Ustalenie postanowień siwz (m.in. opisanie przedmiotu zamówienia, określenie wzoru umowy, który zostanie zawarty w ramach postępowania) mieści się w ramach czynności dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a Pzp. Zamawiający wszczynając postępowanie określa w sposób wskazany w art. 36 ustawy treść siwz, która następnie może podlegać badaniu w drodze środków ochrony prawnej w pełnym zakresie pod względem jej zgodności z przepisami Pzp, przepisami do których ustawa bezpośrednio odsyła lub nawet przepisami, do których wprost odwołania w ustawie zabrakło, ale które zakresem regulacji obejmują dany wycinek rzeczywistości do którego postanowienia siwz się odnoszą.

Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353 ¹ Kc.

Odnosząc się ogólnie do głównej osi argumentacji odwołującego w tym zakresie – jakoby postanowienia umowne zaproponowanego przez zamawiającego naruszały zasadę równości stron umowy poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie obowiązków i uprawnień stron (uprzywilejowując tu nadmiernie zamawiającego) i tym samym w stały w sprzeczności z zasadą swobody umów, Izba wskazuje, iż właśnie z zasady swobody umów wynika, iż jakakolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy nie jest konieczna.

Zgodnie z art 353 ¹ Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalia negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień

22

umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, 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. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Równie nietrafnie odwołujący interpretuje i wywodzi skutki prawne z pojęcia „odpowiedniości” świadczeń użytego w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 Kc. Norma wskazanego przepisu nie ustanawia żadnych materialnych mierników lub wartości odnośnie zakresu porównywalności czy proporcjonalności świadczeń, które wyprowadzać można ewentualnie z powoływanych wyżej przepisów Kc, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego. W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach tego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. Ewentualnie, do tego typu działań zamawiającego znaleźć mogą zastosowanie przepisy art. 388 Kc dotyczące wyzysku, co jednak w praktyce zamówień publicznych jest rzadkie i mało prawdopodobne.

Oceniając poszczególne postanowienia siwz w świetle zasad wskazanych powyżej Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości

narzucania zamawiającemu co dokładnie ma zamawiać (w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa) bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego postanowień siwz dotyczących wysokości ceny umownej w przypadku zmiany stawki podatku VAT w trakcie realizacji umowy, Izba wskazuje, iż klauzule przewidujące dodatkowe oświadczenie woli stron w formie aneksu lub mechanizmu podniesienia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w samej umowie w przypadku wystąpienia tego typu okoliczności (klauzula rewaloryzacyjna), jak i brak takich rozwiązań w siwz, w żaden sposób nie naruszają obowiązujących przepisów. Ich wprowadzenie do umowy mieści się w pełni w ramach uznania zamawiającego i w jego dyspozycji pozostaje wprowadzenie tego typu, niewątpliwie korzystnych dla wykonawców, postanowień.

Na marginesie można tu wskazać, iż cena umowna (określona przez wykonawcę w ofercie) jest ceną brutto obowiązującą pomiędzy stronami w takiej wysokości niezależnie od późniejszych zmian w stawkach podatku VAT. Jak wskazuje ukształtowana już sądowa linia orzecnicza, stronie umowy (odbiorcy świadczenia pieniężnego) nie przysługuje roszczenie o podniesienie wynagrodzenia umownego z tytułu wzrostu VAT. Oczywiście nie można tu generalnie wykluczyć zastosowania przez sąd w konkretnych, szczególnych okolicznościach danej sprawy zawartych w przepisach Kc klauzul *rebus sic stantibus*, jednakże w żaden sposób nie ma to związku z wprowadzonymi przez zamawiającego postanowieniami siwz, w których zamawiający wyraźnie deklaruje, iż sam z siebie wzrostu wynagrodzenia umownego nie przewiduje i nie dopuszcza.

Zmiany stawki VAT pozostają więc ryzykiem wykonawcy, który powinien je uwzględnić i skalkulować w cenie swojej oferty. Tym bardziej jeżeli moment wprowadzenia oraz wysokość takich zmian zostały już określone w sferze politycznych deklaracji, których realizację należy ocenić jako wysoce prawdopodobną. Twierdzenie o nieporównywalności ofert w tym zakresie pozostaje bezprzedmiotowe – w ramach porównania ofert ocenia się i porównuje ceny ofertowe brutto, które porównywalne są jako kwoty za które wykonawcy zobowiązują się wykonać przedmiot zamówienia. Bez znaczenia pozostaje tu fakt czy wszyscy wykonawcy uwzględnili w swoich ofertach przyszły i niepewny wzrost stawki VAT. Sposób kalkulacji ceny i zabezpieczenie się przed zjawiskami tego typu jest decyzją i ryzykiem wykonawcy. Ewentualnie, brak adekwatnych mechanizmów przeciwdziałających negatywnym skutkom tego typu okoliczności dla wykonawców, w zakresie w jakim może to wpływać i oddziaływać na prawidłowość i niezakłócony przebieg wykonania zamówienia, pozostaje również ryzykiem zamawiającego. Jednakże powyższe w żaden sposób nie wpływa i nie ustanawia prawnego obowiązku

wprowadzenia postulowanych przez odwołującego postanowień siwz w tym przedmiocie.

Następnie, Izba w pełni podziela i popiera wywody odwołującego na temat sposobu opisu zamówienia w świetle wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp i wydanych na ich podstawie przepisów wykonawczych, a także jego stanowisko w przedmiocie wynikającej z dyspozycji

24

art. 140 ust. 1 i 3 ustawy tożsamości siwz, oferty oraz umowy w sprawie zamówienia czy charakteru ceny ryczałtowej, jednakże stwierdza nieprawidłowość dokonanej przez odwołującego subsumpcji kwestionowanych postanowień siwz do powoływanych norm prawnych.

Zarzuty odwołującego oparte o wyżej wskazane przepisy byłyby zasadne w stosunku do postanowień rozdz. XII pkt 8 siwz, w którym zamawiający nakładał na wykonawców obowiązek weryfikacji dokumentacji projektowej, i to jeszcze przed złożeniem oferty pod rygorem obowiązku nieodpłatnego wykonania robót nie ujętych w projekcie w związku z wadami projektu, a koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia. Jednakże zamawiający przed terminem rozprawy przed Izbą wykreślił powyższe z treści specyfikacji, a odwołujący zarzuty dotyczące tej jednostki redakcyjnej siwz wycofał w trakcie rozprawy – w związku z czym Izba nie orzekała w tym zakresie (jak i w przedmiocie innych zarzutów wycofanych na rozprawie, które zostały wskazane wyżej w treści niniejszego uzasadnienia)

Izba nie potwierdza natomiast zarzutów dotyczących pozostałych jednostek redakcyjnych siwz (i wzoru umowy) wskazanych w odwołaniu.

Postanowienia pkt 4 rozdz. XII siwz odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej oraz zawierające wskazanie, że nie objęcie ofertą jakichkolwiek elementów robót stanowi ryzyko wykonawcy, należy w świetle powoływanego przez samego odwołującego charakteru wynagrodzenia ryczałtowego uznać za oczywiste i naturalne. Wykonawca winien w swojej cenie ofertowej uwzględnić całość robót wynikających z opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia – nic innego z powołanego punktu siwz nie wynika. Postulowane przez odwołującego doprecyzowanie siwz jest tu po prostu zbędne – tego typu znaczenie wynika już z zastanego sformułowania specyfikacji.

Również pkt 10 rozdz. XII SIWZ uznać należy za standardowy w postanowieniach siwz oraz przede wszystkim nie sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa. Sformułowanie ww. jednostki redakcyjnej stanowi jedynie wyrażenie założenia, że złożone oferty zostały przygotowane należycie, tzn. wykonawcy przy ich sporządzaniu uwzględnili wszelkie dostępne im informacje na temat przedmiotu oraz warunków wykonywania zamówienia. Racjonalnie działający wykonawca w przypadku gdy nie jest w stanie w wystarczającym stopniu ocenić i skalkulować ryzyk związanych z prowadzeniem danego przedsięwzięcia gospodarczego nie powinien się podejmować jego wykonania. Natomiast w przypadku gdy powyższe wynika z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia lub zatajenia istotnych informacji w tym zakresie (do których udostępnienia jest on z mocy prawa zobowiązany) wykonawca może podnieść to w ramach przysługujących środków ochrony prawnej – żądając doprecyzowania czy podania poszczególnych informacji (wskazując przy tym konkretne braki w tym zakresie)

25

Odnosnie pkt. 11 rozdz. XII siwz wskazać należy, iż uznanie uwzględnienia przez wykonawcę w stawkach i cenach jednostkowych (generalnie w cenie ofertowej) wszelkich możliwych zakłóceń przebiegu realizacji umowy wcale nie wyklucza możliwości zwolnienia się wykonawcy z zobowiązania czy ze skutków nienależytego wykonania zobowiązania na zasadach przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego.

W § 4 ust. 2 pkt. 6 wzoru umowy zamawiający ustala, że obowiązkiem wykonawcy jest uzyskanie we własnym zakresie wszelkich wymaganych zezwoleń związanych z realizacją przedmiotu umowy. Ustalenie znaczenia tego typu postanowienia umowy nie wymaga jakichkolwiek zabiegów informacyjnych. Znowu oczywistym jest, że umowa nie może nakładać tu na wykonawcę obowiązku uzyskania innych zezwoleń niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia i umowy (w § 1 wzoru umowy) oraz związanych z działalnością własną wykonawcy, do których posiadania zobowiązują go stosowne przepisy (w tym zakresie wykonawca winien wiedzieć najlepiej jakie zezwolenia są tu niezbędne).

Redakcję pkt. 11 w ust. 2 § 4 wzoru umowy, w którym zamawiający zastrzega uzyskiwanie jego zatwierdzeń materiałów i sposobu prowadzonych robót budowlanych należy rozumieć jako konieczność umożliwienia inspektorowi nadzoru inwestorskiego wykonywanie jego ustawowych obowiązków wynikających z przepisów Prawa budowlanego. Kontrola procesu budowlanego dokonywana przez inspektora nadzoru, której potwierdzeniem są wpisy w dzienniku budowy jest równoważna ze wskazanymi zatwierdzeniami zamawiającego, którego przedstawicielem na budowie jest inspektor nadzoru.

Niezrozumiałym jest zarzucany przez odwołującego brak określenia w § 3 wzoru umowy, kto ponosi koszty usunięcia wad dokumentacji projektowej. W świetle całokształtu zastanych postanowień siwz i wzoru umowy nie ma możliwości aby koszty te ponosił wykonawca – usuwanie wad dokumentacji projektowej nie mieści się w zakresie jego zobowiązania.

Postanowienia § 4 ust. 1 pkt. 22 wzoru umowy, wbrew twierdzeniom odwołującego, wcale nie dają zamawiającemu nieograniczonego prawa do dowolnej wyceny powstałych szkód. W przypadku gdy wykonawca nie zgodzi się z rzetelnością oszacowania wartości szkód, czy w ogóle z faktem ich wystąpienia, będzie mógł dochodzić stosownych kompensacji i „reparacji” w tym zakresie na drodze powództwa do sądu powszechnego (włącznie z odsetkami ustawowymi z tytułu opóźnienia w zapłacie czy naprawieniem wynikłej z tego tytułu szkody). Postanowienia te ustanawiają natomiast dopuszczalną procedurę zaspakajania się przez zamawiającego w przypadku wystąpienia wskazanych szkód (potrącenia).

26

W związku z poczynionymi powyżej rozważaniami na temat zasady swobody umów Izba nie będzie dodatkowo komentować zarzutów odwołania dotyczącego braku kar umownych w stosunku do zamawiającego. Dodać jedynie można, iż żaden przepis Kc nie statuuje obowiązku przewidywania kar umownych dla obu stron umowy nawet jeżeli obie strony zobowiązane są do wykonywania świadczeń niepieniężnych. Natomiast odwołujący nie wykazał w jaki sposób kwestionowane w tym zakresie rozwiązania umowne naruszałyby zasady współżycia społecznego albo sprzeciwiałyby się naturze stosunku. Poza tym brak kar umownych dla zamawiającego przewidzianych w umowie nie wyklucza dochodzenia jego odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych oraz nie uniemożliwia wykonawcy realizacji uprawnień wynikających z niewykonania zobowiązania wzajemnego.

Powyższe odpowiednio odnosi się do zarzutów dotyczących braku przewidzenia we wzorze umowy okoliczności, w których wykonawca może od umowy odstąpić przy jednoczesnym wskazaniu przypadków odstąpienia od umowy przez zamawiającego.

Odnośnie § 13 ust. 4, 6 i 7 wzoru umowy Izba wskazuje, że tego typu postanowienia służą realizacji przewidzianych w art. 647 ¹ Kc obowiązków inwestora związanych z solidarną odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy robót budowlanych oraz obowiązków generalnego wykonawcy związanych z koniecznością uzyskania zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą.

W kwestionowanych postanowieniach wzoru umowy zamawiający uszczegółowił i wskazał, jakie postanowienia winien zawierać projekt umowy wskazany w § 2 zd. 2 art. 647 ¹ Kc.

Wymagane przez zamawiającego elementy i informacje zawarte w projekcie umowy są ściśle powiązane z możliwością oceny takiej umowy przez zamawiającego w kontekście jego obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy oraz są istotne dla sprawnego realizacji tego obowiązku (ust. 4). Ponadto trudno oczekiwać od zamawiającego aby uznawał możliwość wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, której postanowienia będą stały w sprzeczności z umową podstawową (ust. 6; podkreślenie: sprzeczność treści umów, a nie procedury zawierania umowy z podwykonawcą przewidzianej we wzorze umowy), np. co do przedmiotu czy określonego w umowie przedmiotu robót.

Wymagania tego typu nie pozostają w sprzeczności z żadną bezwzględnie obowiązującą normą wynikającą z ww. przepisów Kc. Nie przekreślają również wskazywanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego innych przypadków i okoliczności uznania zgody inwestora za udzieloną i powstania solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania względem podwykonawców.

Odwołujący nie wykazał również na czym ma polegać zarzucana sprzeczność pomiędzy ust.

W związku obawami odwołującego jaki wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy czy na zakres robót objętych ofertą miały będą zmiany przewidziane w § 14 ust. 3 wzoru umowy, Izba wskazuje, iż przewidziane tu zmiany nie mogą i nie będą miały żadnego wpływu na powyższe. Zmiany dotyczące ceny oraz zakresu świadczenia nie są zmianami nieistotnymi. Zmiany tego typu zamawiający przewidział w innych miejscach umowy (§ 1 ust. 4, § 3 ust. 4 wzoru umowy).

Na marginesie Izba odnosi się do poglądu zamawiającego wyrażonego na rozprawie nt. niemożliwości uwzględniania żądań poszczególnych wykonawców w związku z nakazem ich równego traktowania zawartym w art. 7 ust. 1 ustawy, czyli jakoby uwzględnienie tylko niektórych z tego typu żądań oznaczało nierówne traktowania wykonawców.

Pierwszym kryterium uznawania i wprowadzania tego typu propozycji do brzmienia siwz jest ich zgodność z prawem – w przypadku gdy wykonawca postuluje doprowadzenie treści siwz do stanu zgodnego z prawem, nawet jeżeli nie korzysta ze środków ochrony prawnej w tym zakresie, zamawiający powinien uczynić zadość tego typu propozycjom wykonawcy. I *a rebours*: w przypadku gdy zmiany takie prowadziłyby do naruszenia obowiązujących przepisów nie powinny być przez zamawiającego rozważane. Z pewnością jednak normą prawną zakazującą uwzględniania niektórych zmian siwz proponowanych przez wykonawców nie jest dyspozycja art. 7 ust. 1 Pzp – taka interpretacja przepisu sprowadzałaby zasadę w odniesieniu do możliwości modyfikowania siwz do absurdu, przejawiającego się m.in. w niemożliwości wprowadzenia zmian racjonalnych i z punktu widzenia zamawiającego czy interesu publicznego jak najbardziej pożądanym.

Następnymi kryterium oceny i brania pod uwagę możliwości wprowadzenia zmian, o które wnoszą wykonawcy, a do których wprowadzenia na mocy przepisów zamawiający nie jest zobowiązany, winna być właśnie ich racjonalność oraz ocena w świetle pozostałych zasad gospodarowania środkami publicznymi wyrażonymi w ustawie o finansach publicznych, której regulacji zamawiający w większość podlegają.

W świetle powyższego, wszelkie propozycje zmian pochodzące od wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający winien rzetelnie, zwłaszcza w aspekcie ich różnorodnych skutków oceniać i na podstawie tego typu oceny podejmować decyzję, co do ich wprowadzenia lub odmowy wprowadzenia do treści siwz (czego oczywiście nie musi wykonawcom w żaden sposób uzasadniać), jednakże nie ma podstaw do doktrynerskiego usprawiedliwiania powyższego zasadami ogólnymi ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....