

WYROK
z dnia 22 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmian, w sposób przewidziany w uzasadnieniu niniejszego wyroku, w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punktach: 5.1.1.1 pkt c, 5.1.1.2 poprzez zastąpienie słów „obiekty szpitalnego” słowami „obiekty służby zdrowia”, zmiany punktu 6.5.4.4., zmiany punktu 5.1.2 w zakresie wprowadzenia słów „lub laboratorium badawczego”, wprowadzenie punktu 5.1.1.4 w miejsce punktu 5.1.1.d., zmianę załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy), w sposób przewidziany w uzasadnieniu niniejszego wyroku, w następujących punktach: w punkcie 7 na stronie 3, wykreślenie punktu 11 na stronie 4, zmianę § 1 Protokołu Odbioru Częściowego, zmianę § 2 pkt 1f, §2 pkt 9, wykreślenia §3 pkt 4, zmianę §8 pkt 2, §14 pkt 1 i pkt 2, wykreślenia § 33 pkt 2 i 33 pkt 3, zmianę § 34 pkt 1, i 4, wykreślenie § 41 pkt 1, zmianę § 43 pkt 1, § 47 pkt 1, wykreślenie §47 pkt 2, modyfikację dokumentu B Podstawowe Warunki Umowy, zmianę § 48, wykreślenie w załączniku nr 11 słów „(przykładowa do ustalenia)”, zmianę § 50 pkt 3, § 51 pkt 1, usunięcie konieczności wypełnienia załącznika 7b do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmianę § 55 pkt 7, § 57 pkt 1b, § 57 pkt 1g, wykreślenie punktu E.1.e w dokumencie E, zmianę punktu E.2.b w dokumencie E, usunięcie punktu D w załączniku nr

1

5 - Oświadczenie końcowe Wykonawcy, zmianę punktu 10 w załączniku nr 11, zmianę punktu 4.7 „opisu do projektu architektury Faza Projekt wykonawczy-AneksProjekt nr 224-CUMRIK-PW-1-1P/1A, Branża Budowlana, Temat Projekt Architektury –Elewacje”, wykreślenie zapisu na rysunku P2 (Dom Piltza).

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Uniwersytecki w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, 31-501 Kraków, ul. Kopernika 36** na rzecz **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Krakowie.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wyłonienie Generalnego Wykonawcy robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją budowy Centrum Urazowego Medycyny Ratunkowej i Katastrof z lądowiskiem dla helikopterów na dachu projektowanego budynku, przebudową istniejących wjazdów w rejonie ulic Kopernika i Lubicz, budową nowego wjazdu w rejonie ulicy Kopernika, budową łącznika, przebudową Domu Piltza, przebudową Pawilonu Diagnostyki Obrazowej, budową stacji trafo, budową agregatu prądotwórczego, budową tlenowni, montażem agregatu chłodniczego, budową podziemnych zbiorników wody pitnej, rozbiórką i zabezpieczeniem istniejących sieci uzbrojenia terenu, budową przyłącza wodociągowego, gazowego, tlenowego, ciepłowniczego, instalacji chłodniczej, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, korektą istniejącej instalacji wodociągowej oraz budową nowych sieci energetycznych, oświetlenia terenu, niskoprądowej i teletechnicznej zlokalizowanego przy ul. Kopernika w Krakowie.”

Odwołujący Warbud S.A. - Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję, art. 29 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu artykułu 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące warunków posiadania przez Wykonawców wiedzy i doświadczenia.

1. W zakresie posiadania przez Wykonawców wiedzy i doświadczenia Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„z należytą starannością wykonali zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli:

3

5.1.1.1. dwie roboty budowlano-montażowe polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektów szpitalnych o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 10.000,00 m², o łącznej wartości co najmniej 80.000.000,00 złotych, w tym co najmniej jedna robota musi spełniać następujące wymagania:

a) wartość roboty - co najmniej 40.000.000,00 złotych;

b) powierzchnia użytkowa - co najmniej 6.000 m²

c) obiekt posiada blok operacyjny o co najmniej 6 salach operacyjnych;

5.1.1.2. wykonali przebudowę lub rozbudowę o wartości co najmniej 8.000.000,00 złotych

objętego ochroną konserwatora zabytków;

5.1.1.4. wykonali budowę, przebudowę lub rozbudowę co najmniej jednego obiektu, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości.”

Jednocześnie Zamawiający zawarł w SIWZ wyjaśnienie, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia, opisane w punkcie 5.1.1.1, 5.1.1.2 i 5.1.1.4 specyfikacji, muszą być spełnione w całości co najmniej przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia -to znaczy, że co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnia zarówno warunek opisany w punkcie 5.1.1.1 specyfikacji, warunek opisany w punkcie 5.1.1.2, jak i warunek opisany w punkcie 5.1.1.4 specyfikacji. Pozostałe warunki udziału w postępowaniu mogą być spełnione łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący uznał, iż tak postawione warunki naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed wszystkim Odwołujący w zakresie powyższego warunku podniósł, iż żądanie polegające

na doświadczeniu w budowie (przebudowie/rozbudowie) obiektu, który posiada blok operacyjny o co najmniej 6 salach operacyjnych jest żądaniem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Podkreślił, iż w jego ocenie wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie w budowie (przebudowie/rozbudowie) obiektu zbliżonego do realizowanego przez Zamawiającego, tj. który posiada blok operacyjny o 4 czy 5 salach operacyjnych, będą w stanie w sposób należyty wykonać przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zmianę ww. warunku poprzez obniżenie ilości sal operacyjnych do 5 lub mniej. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Doświadczenie w zakresie budowy obiektu, który posiada sale operacyjne nie jest uzależnione od ilości sal operacyjnych w budynku. Ilość sal operacyjnych w niniejszym postępowaniu 6 - można zatem uznać za wymaganie nadmierne, nieuzasadnione. Izba uznała więc za zasadną propozycję zmiany SIWZ zaproponowaną przez Zamawiającego (w treści odpowiedzi na odwołanie), w zakresie punktu 5.1.1.1.c poprzez nadanie mu brzmienia „obiekt posiada blok operacyjny z salami operacyjnymi”.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż żądanie aby Wykonawca wykazał się, iż zrealizował obiekt,

4

który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości, jest w jego ocenie żądaniem nieuzasadnionym. Decyzję o tym, czy obiekt będzie podlegał procedurze certyfikacji, a tym samym czy uzyska międzynarodowy certyfikat jakości, podejmuje Inwestor. Uzyskanie takiego certyfikatu wiąże się z dodatkowymi kosztami dla Inwestora i decyzja o tym, jest całkowicie niezależna od Wykonawcy. Zatem w ocenie Odwołującego stawianie warunku, którego spełnienie nie zależy od Wykonawcy jest nieuzasadnione i narusza wyrażoną w art. 7 zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zmianę ww. warunku poprzez wykreślenie konieczności uzyskania przez obiekt międzynarodowego certyfikatu jakości. Izba uznała, iż zarzut przedstawiony powyżej nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający ma prawo żądać, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem, w zakresie realizacji obiektu, który spełnia określone normy czy szczególne warunki, zatem żądanie takie jest uzasadnione i jak najbardziej uprawnione. To właśnie certyfikat daje Zamawiającemu pewność, iż wykonawca posiada doświadczenie przy realizacji obiektu spełniającego najwyższe wymagania. Śądanie wykazania się takim doświadczeniem w ocenie Izby nie narusza zasady uczciwej konkurencji ani też równego traktowania wykonawców. Wszyscy bowiem wykonawcy podlegają takim samym warunkom wyznaczonym przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wykazał, iż prace wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia mają szczególny charakter, zatem szczególne wymagania, doświadczenie przy realizacji obiektu spełniającego najwyższe wymagania jest uzasadnione.

Odwołujący wskazał także, iż żądanie doświadczenia w wykonaniu przebudowy lub rozbudowy o wartości co najmniej 8.000.000,00 złotych obiektu szpitalnego objętego ochroną konserwatora zabytków jest żądaniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zmianę warunku poprzez dopuszczenie wykazaniem się doświadczenia w przebudowie lub rozbudowie jakiegokolwiek obiektu użyteczności publicznej objętego ochroną konserwatora zabytków bez ograniczania tego obiektu wyłącznie do obiektu szpitalnego. W ocenie Izby również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wykazał, iż prace objęte przedmiotem zamówienia mają szczególny charakter i są realizowane na terenie objętym ochroną konserwatora zabytków. Co więcej, nowopowstający obiekt ściśle przylega do obiektu szpitalnego i będzie z nim połączony w sposób konstrukcyjny i funkcjonalny. Ponadto, jak wynika z oświadczeń Zamawiającego oraz treści wypowiedzi Odwołującego zawartej w piśmie procesowym, w spornym obiekcie (Domu Piltza) znajdują się dyżurki lekarskie i Pracownia Tomografu. Stąd zasadne wydaje się wymaganie Zamawiającego w zakresie konieczności wykazania się doświadczeniem w wykonaniu przebudowy lub rozbudowy obiektu szpitalnego lub obiektu służby zdrowia objętych ochroną konserwatora zabytków. Szczególne wymaganie Zamawiającego, mające na uwadze charakter i miejsce realizowanego zamówienia, w ocenie Izby jest uzasadnione i nie jest wymaganiem nadmiernym. W ocenie Izby zasadne jest także odniesienie rodzaju obiektu określonego w wymaganiach w SIWZ do obiektu, którego będą

5

dotyczyły prace w ramach niniejszego zamówienia. Z uwagi na fakt, iż prace będą dotyczyły obiektu służby zdrowia, zasadne jest rozszerzenie wymagania w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Istotą tworzenia konsorcjum jest łączenie potencjałów wykonawców, którzy samodzielnie nie spełniają postawionych przez Zamawiającego warunków. Tym samym ograniczenie przez Zamawiającego możliwości łączenia tych potencjałów jest sprzeczne z tym przepisem oraz ustaloną w tym zakresie linią orzecznictw KIO doktryny. Dodatkowo, tak postawiony warunek wyłącza możliwość powołania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Odwołujący wniósł o dopuszczenie łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w pełnym zakresie, tj. o wykreślenie następującego postanowienia: „warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia, opisane w punkcie 5.1.1.1, 5.1.1.2 i 5.1.1.4. specyfikacji, muszą być spełnione w całości co najmniej przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - to znaczy, że co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnia zarówno warunek opisany w punkcie 5.1.1.1 specyfikacji, warunek opisany w pkt 5.1.1.2 jak i warunek opisany w punkcie 5.1.1.4 specyfikacji”.

Izba podziela zaproponowaną przez Zamawiającego modyfikację treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie punktu 6.5.4.4. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „6.5.4.4. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, opisany w punkcie 5.1.1.1 specyfikacji, musi być spełniony w całości co najmniej przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pozostałe warunki udziału w postępowaniu mogą być spełnione łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.”

W treści SIWZ, przed dniem wniesienia niniejszego odwołania zostały połączone warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia (opisane w punkcie 5.1.1.1, 5.1.1.2, 5.1.1.4). Zamawiający uznawał, iż wszystkie te warunki powinny być spełnione w całości przez jednego wykonawcę. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego, iż taki zapis wprowadzał ograniczenie przez Zamawiającego możliwości łączenia potencjałów przez wykonawców w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w takiej formie był sprzeczny z przepisem 23 ustawy. Jednakże wprowadzona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie propozycja zmiany w zakresie spełnienia warunku 5.1.1.1. przez jednego z wykonawców nie narusza żadnego z przepisów ustawy. Wymagania w zakresie doświadczenia opisanego w punkcie 5.1.1.1. SIWZ dotyczą wykazania się realizacją prac w zakresie określonego obiektu opisanego w tym punkcie. Wymaganie dotyczy realizacji min. 1 roboty budowlano montażowej budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów szpitalnych, o wartości niższej niż 40 000 000 zł, powierzchni użytkowej

6

min. 6 000 m², przy czym obiekt ten powinien posiadać blok operacyjny z salami operacyjnymi. Nie ulega wątpliwości, iż jest to jeden warunek, który powinien zostać spełniony w całości przez co najmniej jednego z wykonawców. W ocenie Izby zaproponowana zmiana nie narusza przepisów ustawy. Zamawiający winien zatem wprowadzić zmianę w zakresie punktu 6.5.4.4. SIWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„6.5.4.4. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, opisany w punkcie 5.1.1.1 specyfikacji, musi być spełniony w całości co najmniej przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pozostałe warunki udziału w postępowaniu mogą być spełnione łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.”

Na uwagę zasługuje także fakt, iż Zamawiający ujął jako osobny warunek (w punkcie 5.1.1.4), wyodrębniony z punktu 5.1.1.1 dotyczący konieczności wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu budowy, przebudowy lub rozbudowy co najmniej jednego obiektu, który uzyskał międzynarodowy certyfikat jakości, tym samym poszerzając grono potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o niniejsze zamówienie.

III. W zakresie zarzutu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający postawił następujący warunek w stosunku do kierownika budowy - „musi posiadać (...) doświadczenie w kierowaniu budową co najmniej dwóch budynków służby zdrowia lub placówek badawczych lub laboratoriów badawczych o łącznej kubaturze minimum 30.000 m³ i wartości co najmniej 40.000.000.00 złotych, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom”. W stosunku do wszystkich pozostałych kierowników robót (z wyjątkiem kierownika robót drogowych) Zamawiający postawił następujący

warunek: „musi posiadać (...) doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwoma robotami przy budowie obiektów służby zdrowia lub placówek badawczych lub laboratoriów badawczych o łącznej kubaturze minimum 30.000 m³”

W ocenie Odwołującego postawione warunki są nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ograniczył doświadczenie wykazywane przez poszczególne osoby do „budowy” takich obiektów. Zdaniem Odwołującego ograniczenie to jest nieuzasadnione, tym bardziej że w przypadku doświadczenia Wykonawcy Zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem nie tylko w budowie ale również w przebudowie lub rozbudowie takich obiektów. W zakresie doświadczenia kierowników robót elektrycznych i telekomunikacyjnych, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do ograniczania wymaganego doświadczenia wyłącznie do wymienionych obiektów. Do wykonania zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia nie są konieczne żadne szczególne umiejętności, a doświadczenie w robotach elektrycznych i telekomunikacyjnych nabyte przy realizacji innych obiektów nie różni się od doświadczenia przy budowie obiektów służby zdrowia lub placówek badawczych lub laboratoriów badawczych.

7

Odwołujący podniósł, iż opisane zawężenie ogranicza ilość potencjalnych kandydatów na stanowisko kierownika budowy i kierowników robót branżowych i liczbę potencjalnych Wykonawców mogących się wykazać dysponowaniem takimi osobami. Zatem Odwołujący wniósł o dopuszczenie wykazania się przez osoby wskazane na stanowiska kierownika budowy i kierowników robót branżowych doświadczeniem nie tylko w budowie ale również przebudowie i rozbudowie wymienionych obiektów, a także o dopuszczenie doświadczenia przy budowie, przebudowie lub rozbudowie wszystkich budynków użyteczności publicznej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie przeprowadzonej rozprawy zobowiązał się do zmiany punktu 5.1.2 (wraz z podpunktami) specyfikacji i nadania mu następującego brzmienia:

„5.1.2. (w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) dysponują następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: 5.1.2.1 kierownik budowy posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, a także posiadający minimum dziesięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu budową, rozbudową lub przebudową co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej o łącznej kubaturze minimum 30 000 m³ i wartości co najmniej 40.000.000.00 złotych w tym co najmniej jednego budynku szpitalnego lub placówki badawczej lub laboratorium badawczego w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom,

5.1.2.2. kierownik robót posiadający uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci. instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, a także posiadający minimum pięcioletnią praktykę zawodową, doświadczenie w kierowaniu budową, rozbudową lub przebudową co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej o łącznej kubaturze minimum 30 000 m³ i wartości co najmniej 40.000.000,00 złotych w tym co najmniej jednego budynku szpitalnego lub placówki badawczej lub laboratorium badawczego w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom.

5.1.2.3. kierownik robót posiadający uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, a także posiadający minimum pięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu budową, rozbudową lub przebudową co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej o łącznej kubaturze minimum 30 000 m³ i wartości co najmniej 40.000.000.00 złotych w tym co najmniej jednego budynku szpitalnego lub placówki badawczej lub laboratorium badawczego w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom.

5.1.2.4. kierownik robót posiadający uprawnienia do kierowania robotami w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń, a także posiadający minimum pięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu budową, rozbudową lub przebudową co najmniej dwóch budynków użyteczności publicznej o łącznej

8

kubaturze minimum 30 000 m³ i wartości co najmniej 40.000.000.00 złotych w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom,

5.1.2.5. kierownik robót posiadający uprawnienia do kierowania robotami drogowymi bez

ograniczeń w zakresie dróg, a także posiadający minimum pięcioletnią praktykę zawodową i doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwoma robotami budowlanymi przy budowie dróg i infrastruktury towarzyszącej w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom."

Izba uznała modyfikację zaproponowaną przez Zamawiającego za zasadną, w szczególności, iż czyni ona zadość żądaniom Odwołującego, który wskazał na zbyt rygorystyczne w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagania postawione przez Zamawiającego. Rozszerzenie możliwości wykazania się doświadczeniem także w zakresie rozbudowy lub przebudowy obiektów Izba uznała także za zasadne w świetle podnoszonego przez Odwołującego argumentu, iż budowy tego typu obiektów rozpoczęły się w ostatnich latach, z wykorzystaniem środków unijnych. Ustawa prawo budowlane szeroko traktuje pojęcie budowa, co w niniejszym przypadku może także oznaczać, iż wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w zakresie rozbudowy potwierdza, iż posiada doświadczenie jako wykonawca, który zajmował się budową określonego obiektu. Użycie słów: „W świetle powyższego należy uznać, iż Zamawiający winien zmodyfikować treść SIWZ w oparciu o powyższe ustalenia.

IV. Zarzuty dotyczące wzoru umowy:

Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie Zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepisy kodeksu cywilnego. Wskazał na poniżej wymienione okoliczności:

1. Zamawiający wymagał na str. 3 pkt 7 wzoru umowy – załącznika do SIWZ: „Pełnomocnikiem Wykonawcy będzie - Kierownik Budowy upoważniony do dokonywania w imieniu Wykonawcy wszystkich czynności faktycznych związanych z Umową.” Odwołujący zwrócił uwagę, iż kierownik budowy jest osobą odpowiedzialną za realizację robót budowlanych, natomiast za pozostałe kwestie, w tym finansowe, odpowiada co do zasady osoba będąca Kierownikiem kontraktu. Zdaniem odwołującego, narzucanie Wykonawcy osoby która ma pełnić funkcję jego pełnomocnika wykracza poza wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego zasadę swobody umów. Odwołujący wniósł o dopisanie na końcu zdania: „lub inna osoba wskazana przez Wykonawcę”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uwzględnił powyższy zarzut i zobowiązał się do zmiany punktu 7 na stronie 3 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia:
„Pełnomocnikiem Wykonawcy będzie - Kierownik Budowy upoważniony do dokonywania w imieniu Wykonawcy wszystkich czynności faktycznych związanych z Umową lub inne osoby wskazane przez Wykonawcę. Pełnomocnikiem Zamawiającego będzie Zarządzający Kontraktem z siedzibą , przy czym tam gdzie Umowa stanowi o Zamawiającym wymagane jest wyraźne pisemne oświadczenie woli Zamawiającego, w miejsce oświadczenia Zarządzającego

9

Kontraktem lub dodatkowo oprócz niego.” Izba uznała zaproponowaną przez Zamawiającego zmianę za zasadną. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez zmianę punktu 7 na stronie 3 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: „Pełnomocnikiem Wykonawcy będzie - Kierownik Budowy upoważniony do dokonywania w imieniu Wykonawcy wszystkich czynności faktycznych związanych z Umową lub inne osoby wskazane przez Wykonawcę. Pełnomocnikiem Zamawiającego będzie Zarządzający Kontraktem z siedzibą, przy czym tam gdzie Umowa stanowi o Zamawiającym wymagane jest wyraźne pisemne oświadczenie woli Zamawiającego, w miejsce oświadczenia Zarządzającego Kontraktem lub dodatkowo oprócz niego.”

2. Zamawiający na str. 4 pkt 11 wzoru umowy – załącznika do SIWZ umieścił postanowienie: „Wykonawca nie może zgłaszać przeciwko Zamawiającemu żadnych roszczeń w związku z brakiem informacji, o których winien był wiedzieć lub miał możliwość uzyskać o nich informację lub sprawdzić zarówno przed podpisaniem Umowy, jak i w trakcie jej wykonywania. W przypadku, gdy Wykonawca zgłosi takie roszczenie, zapłaci Zamawiającemu z tego tytułu karę umowną w wysokości 4 % wynagrodzenia umownego brutto”. Odwołujący uznał, iż postanowienie to jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz z konstytucyjną zasadą prawa do sądu. Fakt zgłoszenia jakiegokolwiek roszczenia nie może być przedmiotem kary umownej. Odwołujący wniósł o wykreślenie pkt 11. Zamawiający uznając powyższy zarzut w treści odpowiedzi na odwołanie, zobowiązał się do wykreślenia punktu 11 na stronie 4 wzoru umowy. Izba podziela w pełni stanowisko wyrażone przez Odwołującego w zakresie powyżej przytoczonego zarzutu. Należy zauważyć, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu

jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez usunięcie treści §3 pkt 4.

3. Zamawiający umieścił na str. 5 pkt 1 wzoru umowy – załącznika do SIWZ postanowienie: „Ja/My, niżej podpisany/i, zapoznałem/liśmy się i przeanalizowałem/liśmy treść Umowy wraz ze wszystkimi jej załącznikami, łącznie z dokumentami, do których znajdują się odniesienia w tekście Umowy, a które nie zostały do niej dołączone ...” Odwołujący podniósł, iż mając na uwadze treść art. 29 ustawy, Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Śądanie od Wykonawcy oświadczeń, iż zapoznał się z dokumentami, które nie zostały załączone do Umowy pozostaje w sprzeczności z ww. postanowieniem. Odwołujący wniósł o wykreślenie oświadczenia o zapoznaniu się z dokumentami, które nie zostały załączone do umowy lub wskazanie jakie to są dokumenty, żeby wykonawca mógł oświadczyć, że się z nimi zapoznał. Izba podziela stanowisko Odwołującego. Zamawiający w treści SIWZ powinien przedstawić katalog zamknięty dokumentów i załączników do Umowy, których znajomość jest wymagana od

10

Wykonawców. Zamawiający nie może żądać od Wykonawców, aby składali oświadczenia co do znajomości treści dokumentów, które nie zostały nawet określone i wyszczególnione i jako takie mogą być także wykonawcom nieznane. Powyższe oświadczenie składane przez Wykonawców byłoby bowiem nieprawdziwe. Wykaz załączników do Umowy i dokumentów, na których treść będzie powoływał się wykonawca, powinien być zatem wykonawcom znany w całości. Zatem Zamawiający winien zmienić treść SIWZ w powyższym zakresie.

4. Odwołujący przytoczył treść §1 wzoru umowy, w którym Zamawiający umieścił postanowienie: „Protokół Odbioru Częściowego (Protokół OC)” - protokół sporządzony w oparciu o Protokoły Odbioru Technicznego Elementów Robót składający się z części określającej wartość robót wykonanych przez Podwykonawców i wysokość należnego Podwykonawcom od Wykonawcy wynagrodzenia, który dla swej skuteczności wymaga podpisania przez Wykonawcę, Podwykonawcę i Zarządzającego Kontraktem i Zamawiającego oraz z części określającej wartość robót wykonanych przez Wykonawcę i wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia od Zamawiającego, który dla swej skuteczności wymaga podpisania przez Wykonawcę i Zamawiającego. Wzór protokołu zawiera załącznik nr 7. Protokoły będą określać kwotę wynagrodzenia należnego Wykonawcy od Zamawiającego z rozbiciem na kwotę jaka ma być zapłacona na konto bankowe Wykonawcy i kwoty jaka ma być zapłacona na konto bankowe Podwykonawców.” Odwołujący uznał, iż treść tego postanowienia pozostaje w sprzeczności z treścią §54, zgodnie z którą “Każda płatność Zamawiającego na rzecz Wykonawcy będzie dokonywana na konto bankowe Wykonawcy, który będzie dokonywał zapłaty na konta bankowe Podwykonawców informując Zamawiającego o dokonaniu zapłaty na rzecz Podwykonawców.” Odwołujący wniósł o ujednoczenie ww. postanowień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §1 wzoru umowy, w zakresie definicji terminu Protokół Odbioru Częściowego (Protokół OC) i nadania mu następującego brzmienia: „Protokół Odbioru Częściowego (Protokół OC)” - protokół sporządzony u oparciu o Protokoły Odbioru Technicznego Elementów Robót składający się z części określającej wartość robót wykonanych przez Podwykonawców i wysokość należnego Podwykonawcom od Wykonawcy wynagrodzenia, który dla swej skuteczności wymaga podpisania przez Wykonawcę, Podwykonawcę i Zarządzającego Kontraktem i Zamawiającego oraz z części określającej wartość robót wykonanych przez Wykonawcę i wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia od Zamawiającego, który dla swej skuteczności wymaga podpisania przez Wykonawcę i Zamawiającego. Wzór protokołu zawiera załącznik nr 7. Protokoły będą określać kwotę wynagrodzenia należnego Wykonawcy od Zamawiającego z rozbiciem na kwotę jaka ma być zapłacona na konto bankowe Wykonawcy (w tym kwota jaka ma być zapłacona przez Wykonawcę na konto bankowe Podwykonawców).”

W zakresie powyższego zarzutu Izba podziela stanowisko Odwołującego. Śądanie przez

11

Zamawiającego przekazania kopii przelewu wynagrodzenia na rzecz podwykonawców na etapie wykonania zamówienia może być uznane za żądanie nadmierne, w szczególności gdy już § 54

wzoru umowy zawiera wymaganie wobec wykonawców w zakresie obowiązku poinformowania Zamawiającego o dokonaniu zapłaty na rzecz Podwykonawców. Zatem, należy w niniejszym przypadku uznać, iż wystarczającym dla Zamawiającego dokumentem może być pisemne oświadczenie podwykonawcy, iż kwota za realizację prac w zakresie podwykonawstwa została podwykonawcy przekazana. W niniejszym zatem przypadku Zamawiający winien zmodyfikować treść SIWZ w ten sposób, iż odstąpi od konieczności wykazania kopii przelewu otrzymanego przez podwykonawcę. Zamawiający będzie uwzględniał pisemne oświadczenie złożone przez Podwykonawcę, poświadczające, iż otrzymał wynagrodzenie z tytułu zrealizowania prac objętych podwykonawstwem.

5. Odwołujący przytoczył treść §2 pkt lf: wzoru umowy, zgodnie z którym „Do obowiązków Kierownika Budowy należy w szczególności: Realizacja zaleceń wpisanych do Dziennika Budowy”. Zdaniem Odwołującego ww. postanowienie oznacza dopuszczenie bardzo szerokich uprawnień Zamawiającego i daje mu nieuzasadnioną przewagę nad Wykonawcą. Ponadto, jak zaznaczył Odwołujący, postanowienie to stoi w sprzeczności z treścią art. 140 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Wykonawca może wykonywać polecenia wpisane do Dziennika Budowy pod warunkiem, że mieszczą się one w zakresie wykonywanej umowy. Odwołujący wniósł o dopisanie na końcu zdania „o ile pozostaje w zgodności z zakresem umowy”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §2 pkt lf wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: „f. Realizacja zaleceń wpisanych do Dziennika Budowy o ile pozostają w zgodności z zakresem umowy”. Izba, dzieląc stanowisko Odwołującego w tym zakresie, uznała zasadność wprowadzonego przez Zamawiającego sposobu modyfikacji §2 pkt f wzoru umowy (załącznika do SIWZ). Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez nadanie treści §2 pkt lf „f. Realizacja zaleceń wpisanych do Dziennika Budowy o ile pozostają w zgodności z zakresem umowy”.

6. Odwołujący przytoczył treść § 2 pkt 9: wzoru umowy, zgodnie z którym „W przypadku, gdy część prac objętych postanowieniami niniejszej Umowy jest wykonywana poza terenem budowy (u Podwykonawców), muszą być tam prowadzone osobne dzienniki. W dziennikach tych Wykonawca lub jego przedstawiciel będą dokonywali wpisów dotyczących postępu prac dbając przy tym o oznaczenie każdego wpisu właściwą datą. Do prowadzenia takich dzienników będą miały zastosowanie wytyczne postanowienia w ust. 6, 7 i 8.” Zdaniem Odwołującego zakres obowiązku nałożonego na Wykonawcę jest zbyt szeroki. Nie wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia wymagają prowadzenia dzienników. Pozostawienie tak ogólnego

12

obowiązku po stronie Wykonawcy może uniemożliwić mu należyte wykonywanie umowy. Odwołujący wniósł o zawężenie obowiązku prowadzenia dzienników wyłącznie do takich robót, do których prowadzenie dzienników jest wymagane przepisami prawa, tj. dopisanie na końcu zdania: „o ile przepisy prawa przewidują prowadzenie takich dzienników”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uznał powyższy zarzut i zobowiązał się do zmiany §2 pkt 9 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: 9. W przypadku, gdy część prac objętych postanowieniami niniejszej Umowy jest wykonywana poza terenem budowy (u Podwykonawców), muszą być tam prowadzone osobne dzienniki, o ile przepisy prawa przewidują prowadzenie takich dzienników. W dziennikach tych Wykonawca lub jego przedstawiciel będą dokonywali wpisów dotyczących postępu prac dbając przy tym o oznaczenie każdego wpisu właściwą datą. Do prowadzenia takich dzienników będą miały zastosowanie zapisy w ust. 6, 7 i 8.” Izba nie wnosi uwag w zakresie wprowadzonych przez Zamawiającego zmian, w szczególności, iż uwzględnia ono stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zawężenie obowiązku w zakresie prowadzenia dziennika budowy do wyłącznie sytuacji przewidzianych w przepisach prawa przyczyni się do umożliwienia należytego wykonania umowy. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie §2 pkt 9 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: 9. W przypadku, gdy część prac objętych postanowieniami niniejszej Umowy jest wykonywana poza terenem budowy (u Podwykonawców), muszą być tam prowadzone osobne dzienniki, o ile przepisy prawa przewidują prowadzenie takich dzienników. W dziennikach tych Wykonawca lub jego przedstawiciel będą dokonywali wpisów dotyczących postępu prac dbając przy tym o oznaczenie każdego wpisu właściwą datą. Do prowadzenia

takich dzienników będą miały zastosowanie zapisy w ust. 6, 7 i 8."

7. Odwołujący przytoczył treść § 3 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca nie może przenieść na osobę trzecią jakichkolwiek swoich wierzytelności wynikających z niniejszej umowy (zakaz cesji), chyba że na powyższe wyrazi zgodę Zamawiający w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jednolity: Dz. U. 2011 r. Nr 112 poz. 654).” Odwołujący podniósł, iż postanowienie to utrudnia wykonawcy możliwość wzięcia kredytu na realizację inwestycji. Odwołujący wniósł o dopuszczenie możliwości dokonania cesji na bank kredytujący inwestycję. Izba zauważyła, iż prawo cywilne (art. 509 KC) dopuszcza umowy zakaz przelewu wierzytelności. Zatem Zamawiający wpisując powyższe postanowienie w umowie nie narusza prawa. Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo kształtować zapisy umowy, jak również ma prawo określić, kto jest jego wierzycielem. Zapis o zgodzie Zamawiającego na przeniesienie wierzytelności na osobę trzecią nie wyklucza możliwości dokonania przelewu wierzytelności, a jedynie uzależnia ją od zgody Zamawiającego. Zatem Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie konieczności wprowadzenia

13

zmiany w § 3 pkt 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ.

8. Odwołujący przytoczył treść §3 pkt 4 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca potwierdza, że jest zarejestrowaną firmą budowlaną oraz że zobowiązuje się nie powierzać żadnych prac budowlanych dotyczących Przedmiotu Umowy Podwykonawcom, którzy nie są zarejestrowanymi firmami budowlanymi.” Odwołujący podniósł, iż zgodnie z jego wiedzą nie istnieje specjalny rejestr firm budowlanych, do którego wpis byłby konieczny w celu prowadzenia działalności budowlanej. Uznał zatem powyższe żądanie za sprzeczne z prawem i naruszające swobodę prowadzenia przez wykonawców/podwykonawców działalności gospodarczej. Ponadto w zakres zamówienia wchodzi m.in. montaż sprzętu medycznego, mebli itp. Brak jest uzasadnienia, żeby prace te wykonywane były przez „firmę budowlaną” a nie przez dostawcę sprzętu. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego postanowienia. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do wykreślenia §3 pkt 4 wzoru umowy. Izba podziela stanowisko Odwołującego w tym zakresie, jak również zasadność czynności Zamawiającego w zakresie usunięcia §3 pkt 4 wzoru umowy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wymaga aby wykonawca czy tym bardziej podwykonawca w ogóle prowadził działalność gospodarczą. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez usunięcie treści §3 pkt 4.

9. Odwołujący przytoczył treść § 8 pkt 2 wzoru umowy, zgodnie z którym „W dniu podpisania przez strony Protokołu Odbioru Końcowego Wykonawca doręczy Zamawiającemu gwarancję bankową na zabezpieczenie świadczeń z tytułu gwarancji i rękojmi, ważną przez okres trwania gwarancji i rękojmi, w wysokości ... zł.” Zdaniem Odwołującego ww. postanowienie jest niezgodne z treścią art. 151 ust. 2 i 3 ustawy zgodnie z którym Zamawiający może żądać wyłącznie zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi. Odwołujący wniósł o wykreślenie słowa „gwarancji”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §8 pkt 2 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: „2. W dniu podpisania przez strony Protokołu Odbioru Końcowego Wykonawca doręczy Zamawiającemu gwarancję bankową na zabezpieczenie świadczeń z tytułu rękojmi, ważną przez okres trwania rękojmi, w wysokości zł. Gwarancja będzie bezwarunkowa, przenaszalna, płatna na pierwsze żądanie i zostanie wystawiona na rzecz Zamawiającego.” Odwołujący nie wniósł zastrzeżeń do zaproponowanej treści zapisu §8 pkt 2. Izba uznała zasadność wskazanego przez Zamawiającego sposobu zmiany SIWZ. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez modyfikację §8 pkt 2 nadając następujące brzmienie: „2. W dniu podpisania przez strony Protokołu Odbioru Końcowego Wykonawca doręczy Zamawiającemu gwarancję bankową na zabezpieczenie świadczeń z tytułu rękojmi, ważną przez okres trwania rękojmi, w wysokości zł.

14

Gwarancja będzie bezwarunkowa, przenaszalna, płatna na pierwsze żądanie i zostanie wystawiona na rzecz Zamawiającego.”

10. Odwołujący przytoczył treść §14 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia poleceń Zarządzającego Kontraktem dotyczących usuwania z placu budowy osób zatrudnionych na budowie przez Wykonawcę lub Podwykonawców, jeśli według Inspektora Nadzoru Inwestorskiego lub Zarządzającego Kontraktem, osoba ta zachowuje się niewłaściwie [...]”. Odwołujący podniósł, iż określenie „zachowuje się niewłaściwie” jest określeniem niejasnym i ocennym. Jednocześnie postanowienie to stawia Inspektora Nadzoru i Zarządzającego Kontraktem w pozycji uprzywilejowanej. Pozostawienie takiego postanowienia umowy może, w sytuacji konfliktu z Inspektorem Nadzoru lub Zarządzającym Kontraktem, prowadzić do wykorzystywania przez te osoby swojej pozycji. Odwołujący wniósł o zmianę określenia „zachowuje się niewłaściwie”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §14 pkt 1 i nadania mu następującego brzmienia: „1. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia poleceń Zarządzającego Kontraktem dotyczących usuwania z placu budowy osób zatrudnionych na budowie przez Wykonawcę lub Podwykonawców, jeśli według Inspektora Nadzoru Inwestorskiego lub Zarządzającego Kontraktem, osoba ta swoim zachowaniem narusza przepisy powszechnie obowiązującego prawa, nie ma kwalifikacji do wykonania robót lub niestaránie wykonuje swoją pracę. Osoba usunięta na takie żądanie nie może być ponownie bezpośrednio ani pośrednio zatrudniona przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na placu budowy.” Odwołujący zgłosił zastrzeżenie do tak zaproponowanego zapisu, wskazując na cechę dowolności przy ocenie Zamawiającego zarówno w pierwszej jak i drugiej wersji tego paragrafu. W ocenie Izby proponowany przez Zamawiającego zapis w zakresie §14 pkt 1 czyni zadość wymaganiom Odwołującego. Powyżej zaproponowana zmiana nie narusza w żaden sposób równości stron. Przede wszystkim Zamawiający ma prawo do definiowania sytuacji, w których będzie dyscyplinował pracowników przebywających na budowie. Ponadto trudno jest stwierdzić, aby określenie „narusza przepisy powszechnie obowiązującego prawa” było określeniem niejasnym. Budowa jest procesem dynamicznym. Nie jest możliwe kazuistyczne wymienienie wszelkich sytuacji, jakie mogą zdarzyć się w toku realizacji zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający ma również prawo pozostawienia sobie instrumentu pozwalającego mu na elastyczne reagowanie na różne zdarzenia, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji zadania.

11. Odwołujący przytoczył treść § 14 pkt 2 wzoru umowy, zgodnie z którym „Zarządzający Kontraktem jest uprawniony do wydawania Wykonawcy poleceń na piśmie dotyczących ograniczenia dostępu do całego lub części placu budowy. Po wydaniu takiego polecenia

15

Wykonawca dostarczy Inspektorowi Nadzoru Inwestorskiego uaktualnioną listę pracowników, których potrzebuje na placu budowy w celu wykonania robót wraz z fotografiami i danymi dotyczącymi tych pracowników, zgodnie z wymaganiami Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego zadecyduje o zasadach wejścia na plac budowy i przepustkach.” Odwołujący podniósł, iż personel pracujący na budowie jest personelem zmiennym. Zatem żądanie dostarczania listy pracowników wraz z fotografiami i danymi dotyczącymi tych pracowników, jest żądaniem nieuzasadnionym i znacznie utrudniającym bieżące funkcjonowanie wykonawcy a także podwykonawców na placu budowy. Odwołujący wniósł o wykreślenie żądania przedstawiania uaktualnionej listy pracowników, których wykonawca potrzebuje na placu budowy w celu wykonania robót wraz z fotografiami i danymi dotyczącymi tych pracowników. W trakcie rozprawy Zamawiający uznał powyższy zarzut za zasadny i zobowiązał się do zmiany SIWZ poprzez wykreślenie w § 14 punkt 2 poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zarządzający Kontraktem jest uprawniony do wydawania Wykonawcy poleceń na piśmie dotyczących ograniczenia dostępu do całego lub części placu budowy. Po wydaniu takiego polecenia Wykonawca wyposaży pracowników, których potrzebuje na placu budowy w celu wykonania robót w identyfikatory osobiste z fotografiami”.

Izba uznała powyższy zarzut Odwołującego za zasadny, podzielając w tym zakresie argumentację Odwołującego, w szczególności uznając za wymaganie nadmierne żądanie konieczności przedstawiania listy pracowników, fotografii czy danych pracowników. Budowa jest procesem dynamicznym, także w zakresie zmienności personelu. Zatem Izba stoi na stanowisku, że wymaganie dotyczące konieczności przedstawienia listy pracowników może zostać złagodzone. W sytuacji tej, gdy Zamawiający uznał zarzut należy przyjąć zaproponowaną zmianę zapisu § 14 punkt 2 w szczególności gdy nie wprowadza nadmiernego utrudnienia dla pracowników budowy, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań Zamawiającego w zakresie konieczności zapewnienia zachowania określonego porządku na placu budowy.

12. Odwołujący przytoczył treść § 32 pkt 6 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawcy nie wolno zatrudniać pracowników w porze nocnej, z wyjątkiem strażników, bez uprzedniego zezwolenia Zarządzającego Kontraktem i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.” Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie narusza swobodę umów. Wykonawca odpowiada za dotrzymanie terminów narzuconych kontraktem, tym samym przyznanie Zarządzającemu Kontraktem uprawnienia do wyrażania zgody na zatrudnienie pracowników w porze nocnej stanowi nieuzasadnioną ingerencję w uprawnienia Wykonawcy i zachwianie równowagi stron umowy. Odwołujący wniósł o wykreślenie zakazu zatrudniania pracowników w porze nocnej i obowiązku uzyskiwania zezwolenia Zarządzającego Kontraktem na zatrudnianie pracowników w porze nocnej. Zamawiający nie uznał powyższego zarzutu, argumentując konieczność wprowadzenia poszczególnych ograniczeń z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, szczególnego miejsca wykonywania prac, jakim jest czynny szpital. Izba uznała, iż

16

powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający jest gospodarzem postępowania, odpowiada nie tylko za przeprowadzenie procedury przetargowej, ale również za zrealizowanie zadania. Formułując warunki w umowie dotyczące wykonania, realizacji zadania, Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę szczególne okoliczności dotyczące indywidualnie każdego zadania. W niniejszej sytuacji Izba uznała, iż Zamawiający wziął pod uwagę szczególne okoliczności w zakresie miejsca, w którym prace będą wykonywane, a więc dotyczące funkcjonującego szpitala oraz konieczność zapewnienia spokoju i bezpieczeństwa pacjentów i personelu szpitala. Zatem Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego w zakresie powyższego zarzutu, uznając, iż określone wymagania Zamawiającego wynikają ze szczególnych potrzeb Zamawiającego.

13. Odwołujący przytoczył treść § 33 pkt 2 wzoru umowy, zgodnie z którym „Materiały dostarczone na plac budowy w celu wykonania i wykończenia budynku, lecz niewykorzystane do budowy, stają się własnością Zamawiającego z chwilą zapłaty za nie.” Zdaniem Odwołującego Umowa nie przewiduje oddzielnej zapłaty przez Zamawiającego za poszczególne materiały. Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. postanowienia. W ocenie Izby modyfikacja taka jest zasadna. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż umowa nie stanowi o oddzielnej zapłacie przez Zamawiającego za poszczególne materiały. Cena przewidziana za realizację zamówienia jest ceną ryczałtową obejmującą całość zamówienia. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do wykreślenia §33 pkt 2 wzoru umowy. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez usunięcie treści § 33 pkt 2.

14. Odwołujący przytoczył treść §33 pkt 3 wzoru umowy, zgodnie z którym „Sprzęt i materiały dostarczone przez Wykonawcę na plac budowy w celu wykonania i wykończenia Przedmiotu Umowy nie mogą być usuwane przez Wykonawcę bez pisemnej zgody Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Po sporządzeniu Protokołu Odbioru Końcowego, Wykonawca może usunąć z placu budowy należący do niego sprzęt i tymczasowe obiekty oraz zbędne materiały, chyba że materiały te należą do Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca postąpi z nimi zgodnie z instrukcjami udzielonymi mu przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego”. Odwołujący podniósł, iż powyższe postanowienie w sposób nadmierny i nieuzasadniony ingeruje w sposób realizacji zamówienia przez Wykonawcę. Odwołujący wniósł o wykreślenie konieczności uzyskiwania pisemnej zgody Inspektora Nadzoru Inwestorskiego na usuwanie sprzętu i materiałów dostarczonych przez wykonawcę na plac budowy. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uwzględniając powyższy zarzut, zobowiązał się do wykreślenia §33 pkt 3 wzoru umowy. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez usunięcie treści § 33 pkt

17

3.

15. Odwołujący przytoczył treść § 34 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca winien dostarczyć dokument gwarancyjny producenta każdego materiału, aprobaty techniczne, certyfikaty jakości, deklaracje zgodności.” Odwołujący podniósł, iż powyższe żądanie jest niemożliwe do spełnienia. Istnieje szereg materiałów, na które nie są wystawiane dokumenty gwarancyjne np. materiały nisko przetworzone takie jak piasek, tynk, cegła itp. Na te materiały

wystawiane są jedynie dokumenty uprawniające do wprowadzenia do obrotu. Odwołujący wobec powyższego wniósł o zmianę postanowienia na następujące: „Wykonawca winien dostarczyć dokumenty dopuszczające materiały do stosowania w budownictwie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §34 pkt 1 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: zaproponowanego w odwołaniu „1. Wykonawca winien dostarczyć dokumenty dopuszczające materiały do stosowania w budownictwie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wraz ze stosownymi gwarancjami”. W trakcie rozprawy Zamawiający przyznał, iż wyrażenie „wraz ze stosownymi gwarancjami” oznacza sytuację, w której standardowo gwarancja dołączana jest do określonego materiału. Izba podziela w pełni stanowisko wyrażone przez Odwołującego uznając, iż zaproponowana zmiana jest doprecyzowaniem pierwotnych zapisów wprowadzonych przez Zamawiającego i jest korzystniejsza na etapie realizowania umowy przez Wykonawców. Tym samym należy uznać, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez nadanie §34 pkt 1 wzoru umowy następującego brzmienia: „1. Wykonawca winien dostarczyć dokumenty dopuszczające materiały do stosowania w budownictwie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wraz ze stosownymi gwarancjami”.

16. Odwołujący przytoczył treść §34 pkt 4 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca musi uzyskać uprzednią akceptację Zarządzającego Kontraktem zarówno odnośnie źródła materiałów, które zamierza wykorzystać, jak i jakości tych materiałów ...”. W ocenie Odwołującego żądanie akceptacji „źródła materiałów” stanowi naruszenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę, a także naruszenie równości stron poprzez możliwość narzucenia przez Zamawiającego konkretnego „źródła”. Ponadto wzór umowy nie zawiera definicji „źródła materiałów” nie wiadomo tym samym czy chodzi o producenta czy np. hurtownię. Odwołujący wniósł o wykreślenie konieczności akceptacji przez Zarządzającego Kontraktem „źródła materiałów”.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uznał powyższy zarzut i zobowiązał się do zmiany §34 pkt 4 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „4. Wykonawca musi uzyskać uprzednią akceptację Zarządzającego Kontraktem odnośnie jakości materiałów, które zamierza wykorzystać. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego jest upoważniony do

18

dyskwalifikacji dostaw materiałów, jeżeli materiały te nie spełniają wymagań technicznych. Wykonawca nie może zakupić żadnych materiałów bez uprzedniej akceptacji Zarządzającego Kontraktem, chyba, że Wykonawca zostanie wyraźnie zwolniony z tego obowiązku odnośnie konkretnego materiału. Zarządzający Kontraktem podejmie decyzję o akceptacji lub jej braku w terminie do 2 dni roboczych.” Odwołujący nie wniósł zastrzeżeń do tak określonej treści §34 pkt 4 wzoru umowy, wobec czego Izba uznała, że powyższa zmiana w brzmieniu zaproponowanym jest zasadna, uwzględnia żądanie Odwołującego, w szczególności w zakresie usunięcia spornej akceptacji przez Zamawiającego „źródła materiałów”, które zdaniem Odwołującego naruszały swobodę działalności gospodarczej. Tym samym należy uznać, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez nadanie §34 pkt 4 wzoru umowy następującego brzmienia: „4. Wykonawca musi uzyskać uprzednią akceptację Zarządzającego Kontraktem odnośnie jakości materiałów, które zamierza wykorzystać. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego jest upoważniony do dyskwalifikacji dostaw materiałów, jeżeli materiały te nie spełniają wymagań technicznych. Wykonawca nie może zakupić żadnych materiałów bez uprzedniej akceptacji Zarządzającego Kontraktem, chyba, że Wykonawca zostanie wyraźnie zwolniony z tego obowiązku odnośnie konkretnego materiału. Zarządzający Kontraktem podejmie decyzję o akceptacji lub jej braku w terminie do 2 dni roboczych.”

17. Odwołujący przytoczył treść § 41 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „o ile w Umowie nie postanowiono inaczej żadne roboty na budowie nie mogą być wykonywane w dni wolne od pracy, z wyjątkiem tych które są dopuszczone przez prawo.” Odwołujący podniósł, iż jest to postanowienie nadmiernie ingerujące w sposób realizacji Zamówienia przez Wykonawcę. Wniósł o wykreślenie ww. postanowienia. Zamawiający w trakcie rozprawy uznał powyższy zarzut i zobowiązał się do usunięcia z wzoru umowy treści § 41 pkt 1. Izba zauważyła, iż Zamawiający, wobec uznania powyższego zarzutu jest zobowiązany wykonać czynność modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez usunięcie treści § 41 pkt 1.

18. Odwołujący przytoczył treść § 43 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „Jeśli Wykonawca nie ukończy budowy w terminie podanym w niniejszej Umowie z uwzględnieniem wydłużenia lub skrócenia na mocy §40 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu Przedmiotu Umowy”. Odwołujący podniósł, iż postanowienie nie przewiduje górnego limitu tych kar umownych. Jednocześnie w pkt 3. Zamawiający zastrzegł, iż dochodzenie kar umownych nie ogranicza uprawnień Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej. Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, iż wysokość kar umownych określona przez Zamawiającego bez ich górnego limitu jest niewspółmiernie wygórowana w stosunku do ewentualnej szkody, jaką mógłby ponieść Zamawiający w przypadku

19

opóźnienia realizacji umowy. Odwołujący przywołał stanowisko doktryny i orzecznictwo Sądu Najwyższego zgodnie z którym kara umowna - jako surogat odszkodowania - nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela kosztem dłużnika. Odwołujący podniósł zarzut, iż ustalenie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego we wzorze umowy bez górnego limitu ich naliczania należy uznać za naruszenie art. 353 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i jest niezgodne z zadaniami współżycia społecznego. Odwołujący wniósł o wskazanie górnego limitu kar umownych na poziomie nie wyższym niż 10%. Zamawiający zobowiązał się do zmiany §43 pkt 1 wzoru umowy i zgodnie z żądaniem Odwołującego, nadania mu następującego brzmienia: „1. Jeśli Wykonawca nie ukończy budowy w terminie podanym w niniejszej Umowie z uwzględnieniem wydłużenia lub skrócenia na mocy § 40 Umowy; Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu Przedmiotu Umowy, jednak nie wyższą niż 10% wartości Umownego brutto.” Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z zarzutem zawartym w odwołaniu. W świetle powyższego należy uznać, iż Zamawiający zobowiązany jest do zmiany SIWZ w zakresie §43 pkt 1 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: „1. Jeśli Wykonawca nie ukończy budowy w terminie podanym w niniejszej Umowie z uwzględnieniem wydłużenia lub skrócenia na mocy § 40 Umowy; Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu Przedmiotu Umowy, jednak nie wyższą niż 10% wartości Umownego brutto.”

19. Odwołujący przytoczył treść § 47 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym „W przypadku, gdyby Wykonawcy zlecono wykonanie prac i/lub wprowadzenia modyfikacji, lub robót znamiennej wówczas wartość każdej takiej pracy/modyfikacji lub roboty zamiennej zostanie poddana osobnej wycenie w oparciu o analizę cen przedstawioną przez Wykonawcę, sprawdzoną przez Zarządzającego Kontraktem i zatwierdzoną przez Zamawiającego. Do wyliczenia wynagrodzenia zgodnie z postanowieniami umowy przyjmuje się następujące nośniki cen:

- stawka roboczogodziny (Rbg) 14,00 zł
- koszty pośrednie (KP) 60 % liczone od R+S
- koszty zakupu (Kz) 0% od wartości M
- stawka zysku (Z) 5 % liczona od R+S+Kp

natomiast dla pracy sprzętu oraz wartości materiałów zostaną zastosowane ceny zawarte w informatorze Sekocenbud poziom cen za III kw. 2011 r.” Zaś zgodnie z § 47 pkt 2 „W przypadku otrzymania przez Wykonawcę "Polecenia Wprowadzenia Zmian lub Robót Zamiennych" ich wartość nie może wpływać na ustaloną w postępowaniu przetargowym cenę umowną.” Zdaniem Odwołującego ww. postanowienia są ze sobą sprzeczne. Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, nadmiernie ingerują w swobodę prowadzenia działalności przez wykonawcę. Nieuzasadnione jest także określenie cen na podstawie Sekocenbud poziom cen za III kw. 2011 r. oraz bez

20

określenia o jakie ceny chodzi. Umowa nie zawiera również definicji „robót zamiennych”. Odwołujący wniósł o umieszczenie w umowie definicji „robót zamiennych”, przyjęcie rozliczenia tych robót na podstawie średnich cen Sekocenbud za kwartał w którym będą wykonywane te roboty, wykreślenie §47 pkt 2 jako sprzecznego z §1. W zakresie §47 pkt 1 Zamawiający zobowiązał się zmienić ten punkt wzoru umowy w następujący sposób: w przypadku, gdyby Wykonawcy zlecono wykonanie prac i/lub wprowadzenia modyfikacji, lub robót znamiennej wówczas wartość każdej takiej

pracy/modyfikacji lub roboty zamiennej zostanie poddana osobnej wycenie w oparciu o średnie ceny w oparciu o Informator Sekocenbud za okres, w którym roboty były wykonywane (dla regionu Małopolski).

Izba uznała za zasadne wprowadzenie powyższej zmiany. W szczególności z uwagi na fakt, iż cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową. Z tego też punktu widzenia uzasadnione jest, aby prace były rozliczane na podstawie Informatora Sekocenbud według chwili ich wykonania. Izba zatem uznała, iż Zamawiający winien wprowadzić modyfikację w zakresie § 47 pkt 1 w oparciu o powyżej wymienione ustalenia, jak również usunięcia § 47 pkt 2, zgodnie z uznaniem zarzutu i proponowaną zmianą w tym zakresie.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do dopisania w dokumencie B Podstawowe Warunki Umowy w § 1 Definicje terminów definicji pojęcia roboty zamienne.

„Roboty zamienne: Za roboty zamienne przyjmuje się roboty które nie powodują zwiększenia (zmiany) zakresu świadczenia wykonawcy zawartego w ofercie.” Odwołujący nie zgłosił żadnych uwag w zakresie przyjętej definicji. Izba nie znalazła jakichkolwiek uwag w zakresie tak przyjętej definicji, w szczególności z uwagi na fakt, iż czyni ona zadość żądaniom Odwołującego. Dlatego też, Zamawiający uwzględniając powyższy zarzut, winien zmodyfikować treść SIWZ w zakresie wzoru umowy poprzez wprowadzenie w dokumencie B Podstawowe Warunki Umowy w § 1 definicji pojęcia roboty zamienne w brzmieniu: „Roboty zamienne: Za roboty zamienne przyjmuje się roboty które nie powodują zwiększenia (zmiany) zakresu świadczenia wykonawcy zawartego w ofercie.”

20. Odwołujący przytoczył treść §48 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia na prośbę Zarządzającego Kontraktem lub Zamawiającego wszelkich ofert cenowych, rachunków, kwitów, potwierdzeń odbioru itp. mających wpływ na kwotę wynagrodzenia Wykonawcy w tym umów z Podwykonawcami.” W ocenie Odwołującego powyższe żądanie jest nieuzasadnione (w szczególności z uwagi na fakt, iż cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową) i nadmiernie ingerujące w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. obowiązku.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §48 wzoru umowy i nadania mu następującego brzmienia: „Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia na prośbę Zarządzającego Kontraktem lub Zamawiającego umów z Podwykonawcami (do

21

wyłącznej wiadomości Zamawiającego).” Odwołujący nie wniósł zastrzeżeń do uznania w taki sposób żądania zawartego w odwołaniu. Przedstawioną przez Zamawiającego propozycję zmiany można uznać za zasadną z uwagi na fakt, iż przedstawione pierwotnie wymaganie Zamawiającego jest nadmierne, wykraczające poza obowiązek wykonawcy polegający na realizacji zadań wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

21. Odwołujący przytoczył treść § 49 pkt 4b wzoru umowy, zgodnie z którym „W przypadku innych usterek, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego wyznacza i uzgadnia z Wykonawcą termin w ciągu, którego wady te winny być usunięte, a w przypadku gdy nie zostaną usunięte w wyznaczonym terminie będzie miał zastosowanie § 58 Umowy.” Odwołujący wniósł o zmianę ww. postanowienia na następujące: „W przypadku innych usterek, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego wyznacza i uzgadnia z Wykonawcą termin w ciągu którego wady te winny być usunięte, a w przypadku gdy nie zostaną usunięte w wyznaczonym terminie Zamawiający może zastosować § 58 Umowy.” Zamawiający nie uznał powyższego zarzutu. Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób powyższy zapis wprowadzony przez Zamawiającego narusza przepisy prawa. Nie powołał żadnej argumentacji wobec tego konkretnego zapisu. Izba nie znalazła zatem podstaw, aby uznać, iż Zamawiający nie ma prawa swobodnie kształtować zapisów umowy, w szczególności w sytuacji gdy brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia prawa.

22. Odwołujący przytoczył treść § 50 pkt 2 wzoru umowy, zgodnie z którym „Po zakończeniu robót Wykonawca dostarczy Zamawiającemu podręcznik zawierający instrukcje i wyjaśnienia na temat bieżącego utrzymania oraz dostarczy materiały zapasowe zgodnie z listą zawartą w załączniku nr 11. ” Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż lista zawarta w tym załączniku jest listą otwartą, co w jego ocenie narusza art. 29 ust. 1 ustawy uniemożliwiając wykonawcy dokonanie wyceny oferty. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o przedstawienie zamkniętej listy ilości rezerwowych materiałów wykończeniowych. Zamawiający w treści odpowiedzi na

odwołanie uznał powyższy zarzut i zobowiązał się do wykreślenia w załączniku nr 11 słów "(przykładowa do ustalenia)". Tym samym czyniąc listę ilości rezerwowych materiałów wykończeniowych zawartych w załączniku nr 11 listą zamkniętą, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

23. Odwołujący przytoczył treść § 50 pkt 3 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawca dostarczy Zamawiającemu certyfikaty gwarancji na wszystkie elementy wyposażenia oraz na wszystkie materiały użyte do budowy” i wskazał, iż powyższe żądanie nie jest możliwe do spełnienia. Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia na następujące: „Wykonawca wystawi Zamawiającemu dokument gwarancyjny na wszystkie elementy wyposażenia oraz na wszystkie

22

materiały użyte do budowy”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §50 pkt 3 wzoru umowy zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i nadania mu następującego brzmienia §50 pkt 3. Wykonawca wystawi Zamawiającemu dokument gwarancyjny na wszystkie elementy wyposażenia oraz na wszystkie materiały użyte do budowy.” W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu przedstawionego w odwołaniu, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu, Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z zarzutem zawartym w odwołaniu. Zatem należy uznać, iż Zamawiający jest zobowiązany do modyfikacji SIWZ w zakresie §50 pkt 3 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „§50 pkt 3. Wykonawca wystawi Zamawiającemu dokument gwarancyjny na wszystkie elementy wyposażenia oraz na wszystkie materiały użyte do budowy.”

24. Odwołujący przytoczył treść § 51 pkt I wzoru umowy, zgodnie z którym: "W okresie gwarancyjnym Wykonawca realizować będzie serwis urządzeń i elementów (bieżąca konserwacja i naprawy) przedmiotu Umowy. Strony zgodnie ustalają iż okres rękojmi jest równy okresowi gwarancji na pozostałe wykonane roboty budowlano-montażowe i wynosi 36-miesiący. Okresy rękojmi i gwarancji rozpoczynają się w dniu podpisania bezwarunkowego Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy. Okresy rękojmi i gwarancji będą biegły równoległe." Odwołujący zwrócił uwagę, iż umowa nie zawiera definicji „bezwarunkowego Protokołu Odbioru Końcowego”, zatem Odwołujący wniósł o wykreślenie z przytoczonego paragrafu słowa „bezwarunkowego”. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §51 pkt 1 wzoru umowy poprzez wykreślenie w nim słowa „bezwarunkowego”. Izba zauważyła, że powyższe zobowiązanie wiąże Zamawiającego. W przypadku bowiem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu przedstawionego w odwołaniu Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z zarzutem zawartym w odwołaniu.

25. Zgodnie z § 55 pkt 7 wzoru umowy Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu dowód zapłaty (oświadczenie z załączoną kopią przelewu) Podwykonawcom za wykonane przez nich prace objęte fakturami wystawionymi za poprzednie okresy rozliczeniowe. Odwołujący podniósł, iż wobec powyższego postanowienia, Załącznik nr 7 część B i Załącznik nr 7 część C są zbędne i pozostają w sprzeczności z ww. postanowieniami. Ponadto, w ocenie Odwołującego, żądanie przedstawienia informacji zawartych w załącznikach nr 7 część B i część C narusza swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę. Odwołujący wniósł o usunięcie Załącznika nr 7 część B i Załącznika nr 7 część C, a także wykreślenie obowiązku załączania kopii przelewu na rzecz podwykonawcy. W trakcie rozprawy Zamawiający uznał zarzut w zakresie konieczności usunięcia Załącznika nr 7 B, dotyczącego szczegółowych informacji dotyczących podwykonawców. Izba uznała za uzasadnione uznanie ww. zarzutu, z uwagi na fakt, iż już sam przytoczony § 55 pkt 7 czyni zadość „dopilnowaniu konieczności „... wykazania się dopełnieniem obowiązku zapłaty Podwykonawcom. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż treść załącznika 7 B jest nadmiernym formalizmem, który prowadzi

23

do nadmiernego kontrolowania umów i zobowiązań Wykonawców wobec Podwykonawców. Izba nie podzieliła jednak argumentacji Odwołującego w zakresie żądania usunięcia załącznika 7C do SIWZ. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób treść tego załącznika naruszała swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę. Izba ma na uwadze fakt, iż treść tego załącznika odpowiada treści Harmonogramu rzeczowo- finansowego, jaki Wykonawcy są zobowiązani wypełnić. Zatem żądanie Zamawiającego do wypełnienia ww. załącznika nie przesądza o naruszeniu swobody działalności gospodarczej Wykonawców.

26. Odwołujący wniósł o doprecyzowanie lub wykreślenie pojęcia „szczególnych okoliczności”, o których mowa w §57pkt lb wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, z uwagi na fakt, iż umowa nie zawiera definicji ww. pojęcia. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się, zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, do zmiany §57 pkt lb wzoru umowy i nadania mu następującej treści doprecyzującej: „b. Gdy Zamawiający stwierdzi, że tempo realizacji robót nie zapewnia ukończenia robót w terminie podanym w Umowie, a Wykonawca w ciągu 14 dni nie wypełnił pisemnego polecenia Zamawiającego nakazującego podjęcie kroków w celu zapewnienia realizacji Przedmiotu Umowy w terminie podanym w Umowie.” Odwołujący nie wniósł uwag. Zamawiający, który uznał zarzut, jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z treścią uznania, zatem należy uznać, iż Zamawiający jest zobowiązany do zmiany treści § 57 pkt lb poprzez nadanie brzmienia „b. Gdy Zamawiający stwierdzi, że tempo realizacji robót nie zapewnia ukończenia robót w terminie podanym w Umowie, a Wykonawca w ciągu 14 dni nie wypełnił pisemnego polecenia Zamawiającego nakazującego podjęcie kroków w celu zapewnienia realizacji Przedmiotu Umowy w terminie podanym w Umowie.”

27. Odwołujący podniósł, iż dotychczas zawarte w § 57 pkt lg wzoru umowy postanowienie „Zamawiający bez konieczności składania wyjaśnień ma prawo odstąpić od umowy i usunąć Wykonawcę z placu budowy, przejąć plac budowy oraz dokończyć Przedmiot Umowy we własnym zakresie, angażując Innego Wykonawcę lub za pomocą innych środków, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy na piśmie 15 dni naprzód w każdym z następujących przypadków powstałych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy: Gdy Zamawiający na podstawie dowodów stwierdzi, że Wykonawca lub inna osoba działająca w jego imieniu zaproponowała komukolwiek łapówkę, darowiznę, prezent lub jakąkolwiek inną korzyść w związku z realizacją Umowy” jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą prawa do sądu. Odwołujący wniósł o: wykreślenie ww. postanowienia lub zastąpienie pkt g następującym zapisem: „Gdy na podstawie prawomocnego wyroku sądu zostanie stwierdzone, że Wykonawca lub inna osoba działająca w jego imieniu zaproponowała komukolwiek łapówkę, darowiznę, prezent lub jakąkolwiek inną korzyść w związku z realizacją Umowy.” Odwołujący wniósł o zmianę zapisu w §57 pkt lg Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany §57 pkt lg wzoru

24

umowy i nadania mu brzmienia zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego: „Zamawiający bez konieczności składania wyjaśnień ma prawo odstąpić od umowy i usunąć Wykonawcę z placu budowy, przejąć plac budowy oraz dokończyć Przedmiot Umowy we własnym zakresie, angażując Innego Wykonawcę lub za pomocą innych środków po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy na piśmie 15 dni naprzód w każdym z następujących przypadków powstałych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy: Gdy na podstawie prawomocnego wyroku sądu zostanie stwierdzone, że Wykonawca lub inna osoba działająca w jego imieniu zaproponowała komukolwiek jakąkolwiek korzyść odpowiadającą powszechnie znanemu pojęciu korupcji.” Zamawiający, który uznał zarzut, jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z treścią uznania, zatem należy uznać, iż Zamawiający jest zobowiązany do zmiany treści § 57 pkt lg poprzez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający bez konieczności składania wyjaśnień ma prawo odstąpić od umowy i usunąć Wykonawcę z placu budowy, przejąć plac budowy oraz dokończyć Przedmiot Umowy we własnym zakresie, angażując Innego Wykonawcę lub za pomocą innych środków po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy na piśmie 15 dni naprzód w każdym z następujących przypadków powstałych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy: Gdy na podstawie prawomocnego wyroku sądu zostanie stwierdzone, że Wykonawca lub inna osoba działająca w jego imieniu zaproponowała komukolwiek jakąkolwiek korzyść odpowiadającą powszechnie znanemu pojęciu korupcji.”.

28. Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia w dokumencie E.I.e „Wykonawca jest wyłącznie odpowiedzialny za całkowitą zapłatę wynagrodzenia Podwykonawców”. Wskazał, iż w jego ocenie powyższe postanowienie jest niezgodne z art. 647 ' par 5 i 6 Kodeksu cywilnego. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do wykreślenia ww. punktu. Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z zarzutem zawartym w odwołaniu. W świetle powyższego należy uznać, iż Zamawiający zobowiązany jest do wykreślenia w dokumencie E.I.e zapisu „Wykonawca jest wyłącznie odpowiedzialny za całkowitą zapłatę wynagrodzenia Podwykonawców”

29. W ocenie Odwołującego postanowienia dokumentów E2b i E2d w SIWZ są sprzeczne ze sobą, a także naruszają swobodę prowadzenia działalności przez wykonawcę. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie powinien ingerować w stosunki wewnętrzne wykonawców z podwykonawcami/ dostawcami we wskazanym powyżej zakresie, co ma, zdaniem Odwołującego, miejsce przy tak wprowadzonym przez Zamawiającego zapisie. Odwołujący wniósł o wykreślenie pkt E.2.b. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się do zmiany punktu E.2.b i nadania mu brzmienia: „b. Ponadto, Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wypełnienie wszystkich warunków Umowy przez Podwykonawców/dostawców, wyłącznie z jakością robót i materiałów, czasem trwania realizacji i zgodności z harmonogramami /koordynacja pomiędzy Podwykonawcami i poszczególnymi

25

robotami).” Odwołujący w trakcie rozprawy nie wniósł zastrzeżeń co do zaproponowanej przez Zamawiającego zmiany treści punktu E2b. Izba podziela stanowisko Odwołującego. W dokumencie E2b Zamawiający wymienił jakie usługi będą świadczone względem Podwykonawców (w tym usługi sprzątnięcia, usuwania odpadów), zaś w dokumencie E2d Zamawiający zawarł postanowienie określające warunek, jaki powinien być zawarty w umowie z podwykonawcami, zobowiązujący podwykonawców do usuwania i sprzątnięcia na swój koszt odpadów wytworzonych w związku z prowadzonymi pracami. Zapisy te są ewidentnie sprzeczne. Ponadto powyższe punkty wyznaczają i określają relacje i zobowiązania pomiędzy wykonawcami a podwykonawcami. Dlatego zdaniem Izby słuszne jest stanowisko Odwołującego, aby jeden z ze sprzecznych ze sobą zapisów został usunięty, lub zmieniony w taki sposób, aby powyższe zapisy nie były ze sobą sprzeczne.

30. Odwołujący wniósł o wykreślenie załącznika nr 5 do SIWZ. Zdaniem Odwołującego, załącznik ten zawiera wzór formularza zrzeczenia się wszystkich roszczeń. Odwołujący podniósł, iż żądanie złożenia takiego oświadczenia jest niezgodne z zasadami współzycia społecznego a także narusza zasadę równości stron umowy. Zamawiający w trakcie rozprawy uznał powyższy zarzut i zobowiązał się do zmiany załącznika nr 5 do SIWZ w ten sposób, że zostanie wykreślony punkt D załącznika nr 5 do SIWZ o treści: „D. Z wyjątkiem w/w wynagrodzenia nie zgłaszamy, ani też nie będziemy zgłaszali żadnych roszczeń wobec Zamawiającego, ani też wobec jakichkolwiek osób umocowanych do działania w imieniu Zamawiającego w odniesieniu do wykonania warunków w/w Umowy, lub też w odniesieniu do jakichkolwiek kwestii z niej wynikających lub z nią związanych.” W świetle powyższego, w szczególności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu, Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z powyższą czynnością i dokonać modyfikacji załącznika nr 5 do SIWZ poprzez wykreślenie punktu D o wyżej przytoczonym brzmieniu.

31. Odwołujący wniósł o przedstawienie w załączniku 11 zamkniętej listy ilości rezerwowych materiałów wykończeniowych. Odwołujący podniósł, iż dotychczas przedstawiona przykładowa lista ilości rezerwowych materiałów wykończeniowych oznacza, że Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, czym naruszył treść art. 29 ustawy. Powyższe, zdaniem Odwołującego, uniemożliwia również dokonanie wyceny oferty. Ponadto Odwołujący podniósł, iż w jego ocenie niejasne jest określenie „przy każdym końcowym odbiorze”. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesionym przed otwarciem rozprawy, zobowiązał się do wykreślenia w załączniku nr 11 słów „(przykładowa do ustalenia)” oraz do wykreślenia pkt 10 w tym załączniku. Powyższe doprowadzi do sytuacji, w której, zgodnie z żądaniem Odwołującego, lista ilości rezerwowych materiałów wykończeniowych, stanowiąca załącznik nr 11, stanie się listą zamkniętą. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego

26

zarzutu przedstawionego w odwołaniu Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z zarzutem zawartym w odwołaniu. W świetle powyższego należy uznać, iż Zamawiający zobowiązany jest do zmiany treści załącznika nr 11 SIWZ poprzez wykreślenie słów „(przykładowa do ustalenia)” oraz do wykreślenia pkt 10 w tym załączniku.

32. Odwołujący wniósł o wykreślenie w Pkt 4.7. Opisu do projektu architektury Faza Projekt wykonawczy - Aneks. Projekt nr 224-CUMRIK-PW-I-1P/1A. Branża Budowlana. Temat Projekt Architektury Elewacje słów: „popartą co najmniej dziesięcioletnim okresem stosowania na rynku

polskim" W ocenie Odwołującego nie wskazano uzasadnienia do żądania dziesięcioletniego stosowania na rynku polskim. W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, iż brak jest precyzyjnego określenia sposobu, w jaki Zamawiający będzie weryfikował spełnienie powyższego warunku. Ponadto, Odwołujący wskazał na fakt, iż sama okoliczność „stosowania” czegoś od 10 lat nie oznacza, że zastosowany system nie jest wadliwy. Dodatkowo Odwołujący podnosił argumenty w zakresie braku racjonalnych przesłanek dla uznania różnic rynku polskiego i rynku niemieckiego, a także braku sprecyzowania przez Zamawiającego, czy kryterium powyższe będzie weryfikowane na podstawie kraju pochodzenia sprzedawcy, czy kupującego czy w inny sposób. W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie narusza swobodę prowadzenia działalności przez Wykonawcę. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przed otwarciem rozprawy zobowiązał się do zmiany pkt 4,7. Opisu do projektu architektury Faza Projekt wykonawczy - Aneks, Projekt nr 224-CUMRIK-PW-I-1P/1A, Branża Budowlana, Temat Projekt Architektury - Elewacje i nadania mu następującego brzmienia:

„Ze względu na charakter obiektu zastosowany system ślusarki aluminiowej musi posiadać 10 letnią gwarancję systemową.” Odwołujący nie wniósł żadnych zastrzeżeń do powyższego zobowiązania Zamawiającego. Wobec powyższego należy uznać, iż Zamawiający zobowiązany jest do zmiany treści pkt 4,7. Opisu do projektu architektury Faza Projekt wykonawczy - Aneks, Projekt nr 224-CUMRIK-PW-I-1P/1A, Branża Budowlana, Temat Projekt Architektury - Elewacje poprzez wykreślenie słów: „popartą co najmniej dziesięcioletnim okresem stosowania na rynku polskim” i wpisania następującego: „Ze względu na charakter obiektu zastosowany system ślusarki aluminiowej musi posiadać 10 letnią gwarancję systemową.”

33. Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu na Rysunku P2 (Dom Piltza) zapisu: „UWAGI: Przedstawiony zakres prac może ulec zmianie w przypadku wystąpienia robót nie występujących w projekcie ze względu na zły stan techniczny stwierdzony w trakcie przeprowadzanych robót.)”, uznając ten zapis za niezgodny z treścią art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, przed otwarciem rozprawy uznał powyższy zarzut i zobowiązał się do wykreślenia ww. zapisu z Rysunku P2 (Dom Piltza). W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu przedstawionego w odwołaniu Zamawiający jest zobowiązany wykonać czynność zgodnie z zarzutem zawartym w odwołaniu. W świetle powyższego należy uznać, iż

27

Zamawiający zobowiązany jest do wykreślenia zapisu: „UWAGI: Przedstawiony zakres prac może ulec zmianie w przypadku wystąpienia robót nie występujących w projekcie ze względu na zły stan techniczny stwierdzony w trakcie przeprowadzanych robót.)”, z Rysunku P2 (Dom Piltza).

Izba uwzględniła zarzuty w zakresie punktów 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 18, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 32, 33 niniejszego wyroku z uwagi na fakt, iż dotyczyły one konieczności doprecyzowania treści wzoru umowy, wyjaśnienia pewnych zapisów, by nie były one ze sobą sprzeczne lub też by nie wprowadzały niejasności, co może stanowić dla wykonawcy robót budowlanych jak i dla zamawiającego utrudnienie na etapie realizacji umowy, a na obecnym etapie postępowania, by nie ograniczały potencjalnego grona wykonawców, którzy mogliby w przyszłości realizować zamówienie.

Izba uwzględniła także zarzuty opisane w punkcie 1, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 17, 19, 20, 22, 25, 27 niniejszego wyroku z uwagi na fakt, iż postulowane w nich zmiany prowadzą do stworzenia korzystniejszych warunków dla Wykonawców w zakresie realizacji niniejszej umowy, przy jednoczesnym braku negatywnych skutków dla Zamawiającego. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający uznał zarzuty wskazane w powyższych punktach za zasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

