

WYROK
z dnia 9 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Korporację Budowlaną DORACO sp. z o. o. w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i ogłoszenia o zamówieniu:

a) części III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia):

- w pkt 5.1.1.7 poprzez zastąpienie słów „Wszelkie zmiany w zakresie przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych Wykonawca zobowiązany jest uzgodnić” słowami „Wszelkie sugerowane przez Wykonawcę propozycje zmian w zakresie przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu celem umożliwienia mu ich akceptacji i uzgodnienia”,
- w pkt 5.1.1.19 poprzez dodanie po słowach „Wykonanie zaleceń” słów „wynikających z niezgodnego z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego wykonania przedmiotu umowy”,
- w pkt 5.1.2.1 zamianę słowa „Wykonawca” na słowo „Zamawiający” i dodanie słów „, z wyłączeniem konieczności wywołanej z winy Wykonawcy, kiedy to czynności powyższe i koszt ich wykonania będą obciążały Wykonawcę”,

- b) części I SIWZ (instrukcja dla wykonawców), w pkt XIX (opis sposobu obliczenia ceny):
- w ust 2, w zdaniu pierwszym poprzez wykreślenie słów „jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia”; w zdaniu drugim poprzez wykreślenie słowa „wszelkich” przed wyrazami „robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych”; w zdaniu drugim poprzez wykreślenie słów kończących to zdanie o treści „jak również wszelkich innych niezbędnych do wykonania prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, a także koszt uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie”,
 - wykreślenie ust. 8,
- c) części I SIWZ, w pkt XXV (informacje ogólne dotyczące kwestii formalnych umowy w sprawie niniejszego zamówienia), w ust. 6.2. (zmiana sposobu spełnienia świadczenia), w ust. 1 po lit. h) poprzez skreślenie słów „Zmiany, o których mowa w pkt 1 nie mogą spowodować zwiększenia wynagrodzenia za przedmiot umowy.”,
- d) w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji VI.3, w części II.2 (zmiana sposobu spełnienia świadczenia), w ust. 1 po lit. h) poprzez skreślenie słów „Zmiany, o których mowa w pkt 1 nie mogą spowodować zwiększenia wynagrodzenia za przedmiot umowy.”,
- e) części II SIWZ (wzór umowy), poprzez wykreślenie dotychczasowej treści w § 7 ust. 2 i nadanie mu brzmienia „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. Niedoszacowania lub pominięcie elementów przedmiotu zamówienia z przyczyn dotyczących Zamawiającego uprawnia do żądania przez Wykonawcę zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1”,
- a także wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wynikających z ustawy Prawo zamówień Publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku**:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Korporację Budowlaną DORACO sp. z o. o. w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o. o. w Gdańsku** kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych) 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia 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 Pzp”, którego przedmiotem jest „rewitalizacja Kanału Elbląskiego na odcinku pomiędzy wrotami Buczyniec a pochylnią Całuny – roboty budowlane na odcinkach pochylniowych.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 11 kwietnia 2012 r. nr 2012/S 70-116017. W dniu 11 kwietnia 2012 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ wykonawca Korporacja Budowlana DORACO sp. z o. o. w Gdańsku, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 20 kwietnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt 14 oraz art. 7 ust. 3 i art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy o dozorcze technicznym poprzez wymaganie decyzji Nadzoru Technicznego nieprzewidzianej treścią ustawy i pominięcie konieczności posiadania uprawnień Dozoru Technicznego dla remontu urządzeń objętych dozorem, jako wymaganych ustawą.,
- 2) art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia oraz brak opisu pełnego zamówienia przy pomocy dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 5 ustawy Pzp poprzez pozbawienie Wykonawców prawa do swobodnego wyboru podwykonawcy bez wskazania która cecha przedmiotu zamówienia wymaga podobnego ograniczenia.,
- 4) art. 353¹ k.c. w zw. art. 632 k.c. w zw. z art. 139 §1 oraz §7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie istoty wynagrodzenia ryczałtowego oraz ominięcie reguły nakazującej powierzenie realizacji zamówienia podmiotowi wybranemu w trybach ustawowych,
- 5) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 §1 k.c, art. 650 k.c. w zw. z art. 139 §1 ustawy Pzp poprzez naruszenie istoty umowy o roboty budowlane i sprzeczną z ustawą modyfikację obowiązków stron,

- 6) art. 353¹ k.c. k.c. w zw. z art. 577 § 1 k.c. i 581 § 1 k.c. poprzez naruszenie istoty stosunku gwarancji,
- 7) art. 353¹ k.c. oraz art. 483 §1 k.c. oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji oraz ustalenie kar umownych z naruszeniem ich istoty i uzależnieniem ich płatności od niezależnego od wykonawcy niewykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i przedłużenie terminu składania ofert do dnia 30 czerwca 2012r. do godziny 12.00, a także o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian:

1) Ogłoszenie o zamówieniu:

Sekcja VI.3

i części II. 1. Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy:

- w ust. 4 lit. d poprzez dodanie po przecinku słów „lub przyczyn dotyczących Zamawiającego”;

ii W części II.2. Zmiana sposobu spełnienia świadczenia:

- w ust. 1 po lit. h) wykreślić zdanie o treści „Zmiany o których mowa w pkt. 1 nie mogą spowodować zwiększenia wynagrodzenia za przedmiot umowy;
- w ust. 4 wykreślić zdanie o treści „Wynagrodzenia w takiej sytuacji zostanie zmniejszone w sposób przyjęty do „wyliczenia robót zaniechanych”;
- w ust. 5 dodanie po kropce słów „O ile roboty zamienne skutkowały będą powstaniem dodatkowych kosztów lub wydatków po stronie Wykonawcy Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty stosownego wynagrodzenia.”;
- skreślić ust. 7,
- w ust. 9 lit. d) ostatnie zdanie zastąpić treścią „W takim przypadku Wykonawcy przysługuje pełne wynagrodzenie”,
- w ust. 9 lit. e) treść „z zachowaniem zasady opisanej w lit. d” zastąpić słowami „zgodnie z kosztorysem uzgodnionym przez strony w oparciu o KNR”;
- w ust. 9 lit. f) wykreślić słowa „z uwzględnieniem faktu, że za rażąca zostanie uznana strata w wysokości, o której mowa w art. 397 k.s.h.

2) Część I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców w pkt XIX Opis sposobu obliczenia ceny oferty:

i W ust 2:

- W zdaniu pierwszym skreślić słowa „jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia”;

- W zdaniu drugim skreślić słowa „wszelkich” przed wyrazami „robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych”;
- W zdaniu drugim skreślić słowa kończące to zdanie o treści „jak również wszelkich innych niezbędnych do wykonania prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, a także koszt uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie”;

ii Skreślenie pkt. 8;

3) Część I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, w pkt XXV Informacje ogólne dotyczące kwestii formalnych umowy w sprawie niniejszego zamówienia:

a. W ust. 6.1. Zmiana terminu realizacji umowy:

i w ust. 4 lit. d poprzez dodanie po przecinku słów „lub przyczyn dotyczących Zamawiającego”;

b. W ust. 6.2. Zmiana sposobu spełnienia świadczenia:

i ust. 1 po lit. h) skreślenie słów „Zmiany, o których mowa w pkt. 1 nie mogą spowodować zwiększenia wynagrodzenia za przedmiot umowy.”;

ii Ust. 4 skreślenie słów „Wynagrodzenie w takiej sytuacji zostanie zmniejszone w sposób przyjęty do wyliczenia robót zaniechanych”;

iii Ust. 5 dodanie po kropce słów „O ile roboty zamienne będą wykrczały poza ofertę Wykonawcy Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty stosownego wynagrodzenia.”;

iv Skreślić ust. 7 w całości;

v W ust. 9 lit. d) ostatnie zdanie zastąpić treścią „W takim przypadku Wykonawcy przysługuje pełne wynagrodzenie”,

vi W ust. 9 lit. e) treść „z zachowaniem zasady opisanej w lit. d” zastąpić słowarfi „zgodnie z kosztorysem uzgodnionym przez strony w oparciu o KNR”;

vii W ust. 9 lit. f) wykreślić słowa „z uwzględnieniem faktu, że za rażącą zostanie uznana strata w wysokości, o której mowa w art. 397 k.s.h.

4) Część II SIWZ Projekt umowy:

a. Skreślenie w §2 ust. 4 względnie zastąpienie dwóch ostatnich zdań tego ustępu treścią „Co pozostanie bez wpływu na konieczność wypłaty ustalonego wynagrodzenia Wykonawcy”;

b. Skreślenie §3 ust. 3;

c. W wersji dla Wykonawcy realizującego umowę własnymi siłami:

i skreślenie w §3 ust. 2 słów „celem uzyskania jego pisemnej i uprzedniej akceptacji dla zakresu prac jak i osoby podwykonawcy.”;

ii Skreślenie §3 ust. 4;

- d. Zastąpienie §7 ust. 2 następującą treścią „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. Niedoszacowania lub pominięcie elementów przedmiotu zamówienia z przyczyn dotyczących Zamawiającego uprawnia do żądania przez Wykonawcę zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1”;
 - e. Skreślenie treści §7 ust. 6;
 - f. Zastąpienie w treści §14 słowa „Wykonawca” słowem „Zamawiający”;
 - g. Wykreślenie z treści §16 ust. 5 tiret trzecie słów „oraz koszty materiałów eksploatacyjnych”;
 - h. Dodanie w treści §16 ust. 18 po treści „W razie stwierdzenia przez Zamawiającego wad, okres gwarancyjny” słów „wadliwego urządzenia”;
 - i. Zastąpienie w §17 ust. 1 słowa „opóźnienie” słowem „zwłokę”;
- 5) Część III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia:
- a. W pkt. 5.1.1.7. słowa „Wszelkie zmiany w zakresie przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych Wykonawca zobowiązany jest uzgodnić” zastąpić słowami „Wszelkie sugerowane przez Wykonawcę propozycje zmian w zakresie przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu celem umożliwienia mu ich akceptacji i uzgodnienia”;
 - b. W pkt. 5.1.1.19 poprzez dodanie po słowach „Wykonanie zaleceń” słów „wynikających z niezgodnego z dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego wykonania przedmiotu umowy”;
 - c. W pkt. 5.1.2.1. zamianę słów „Wykonawca” na słowo „Zamawiający” ewentualnie równoległe dodanie słów „Z wyłączeniem konieczności wywołanej z winy Wykonawcy, kiedy to czynności powyższe i koszt ich wykonania będą obciążały Wykonawcę.”;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, co następuje.

1. Zarzut dotyczący dopuszczenia do udziału w postępowaniu podmiotów nie posiadających uprawnień wymaganych ustawą

Odwołujący wskazał, że w części I SIWZ XXI pkt.2 lit. f), zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia decyzji Nadzoru Technicznego bez wskazania, jakiego rodzaju decyzję wykonawca będzie zobowiązany przedstawić, co stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące ustalenie treści SIWZ i formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty oraz art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających stosownych uprawnień. Tymczasem ustawa z dnia 21 grudnia 2000r. o dozorze technicznym (Dz. U. z 2000r. Nr 122, poz. 1321 z późn. zm.) przewiduje decyzje dotyczące nadania

uprawnień do naprawiania urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (art. 9) i dopuszczenia urządzeń do eksploatacji (art. 14), a nie przewiduje decyzji zezwalającej na wykonanie remontu urządzeń technicznych, podczas gdy zgodnie z §4 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 października 2003r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie eksploatacji niektórych urządzeń transportu bliskiego (Dz. U. z 2003r. Nr 193, poz. 1890) to eksploatujący - czyli zamawiający - zgłasza urządzenie do dozoru technicznego. Wywodził, że gdyby intencją zamawiającego było wymaganie decyzji opisanej w art. 9 ustawy stwierdzić trzeba, że uprawnienia te zgodnie z brzmieniem ustawy w ogóle warunkują realizację umowy w części dot. naprawy urządzeń objętych dozorem. W konsekwencji pominięcie tego rodzaju ustalenia w treści SIWZ i zaniechanie wymagania od wykonawców przedstawienia takiej decyzji na etapie składania ofert skutkuje naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bo umożliwia uczestnictwo w postępowaniu podmiotom, które nie posiadają uprawnień do jego wykonania, ani nie wykazały tego potencjału za pomocą podwykonawców.

II. Zarzut dotyczący braku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wywodził, że reguły dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zamawiający naruszył częścią III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia tj.:

a. Pkt. 5.1.1.19 zgodnie, z którym wykonawca zobowiązany będzie do wykonania na swój koszt zaleceń zgłoszonych przez organy dokonujące czynności odbiorowych, podczas gdy zamawiający nie wskazuje, jakiego rodzaju zalecenia i o jakim koszcie mogą mieć miejsce stąd w chwili obecnej wykonawca nie ma możliwości oszacowania tego elementu przedmiotu zamówienia, a wskazać należy, że przy obecnej treści SIWZ mogą to być zalecenia wynikające z przyczyn dotyczących zamawiającego,

b. Pkt. 5.1.2.1. zgodnie, z którym wykonawca będzie ponosił koszty wykonania projektu wykonawczego oraz rozszerzeń istniejącego projektu wykonawczego lub projektu technologicznego, podczas gdy sam zamawiający nie zna pełnego zakresu zamówienia, co przyznaje w pkt. 5.1.3.1. oraz 5.1.3.3. oraz 5.1.3.4., a nie wskazuje również, jakiego rodzaju projekty mogą być wymagane w toku realizacji stąd w chwili obecnej wykonawca nie ma możliwości nawet przybliżonego oszacowania wielkości i rodzaju prac w tego rodzaju elemencie przedmiotu zamówienia,

c. Pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. treścią których zamawiający stwierdza brak możliwości dokładnego określenia szczegółowego zakresu niezbędnych prac, a mimo to obliguje wykonawcę (§7 ust. 2 projektu umowy tj. Część II SIWZ) do przeprowadzenia wyceny tych prac chociaż wykonawca w chwili obecnej nie ma możliwości nawet

przybliżonego oszacowania wielkości i rodzaju prac w tego rodzaju elemencie przedmiotu zamówienia,

d. Pkt 5.1.1.6 zgodnie, z którym zamawiający wymaga od wykonawcy sporządzenia kalkulacji ogólnej robót, mającej zawierać uszczegółowienie danego elementu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym w oparciu, o którą będą rozliczane roboty częściowe, podczas gdy zamawiający nie zna pełnego zakresu robót, na co wskazuje w pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. Co oznacza, że wykonawca wycenę poddać ma zakres, który znajduje się poza dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Pomimo powyższego - otwartego w zasadzie - opisu przedmiotu zamówienia zamawiający domaga się od wykonawcy (tak choćby pkt XIX ust. 8 załącznika nr 1 SIWZ) realizacji wszelkich prac niezbędnych do prawidłowego zakończenia prac, co oznacza, że skutkami nieprawidłowo opisanego przedmiotu zamówienia w całości obarcza wykonawców.

III. Zarzut braku swobody w wyborze podwykonawcy

Odwołujący podniósł, że zamawiający pozbawił wykonawców prawa do swobodnego wyboru podwykonawcy, a to za sprawą treści §3 ust. 2 projektu umowy - Część II SIWZ - co nastąpiło poprzez ustalenie bezwzględnego wymogu uprzedniego uzyskania zgody zamawiającego dla osoby podwykonawcy oraz powierzanego jej zakresu prac podczas gdy zastrzeżenie takie stanowi ominięcie przywołanego przepisu, który dopuszcza ograniczenie przez zamawiającego posługiwania się podwykonawcami jedynie i wyłącznie ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia. Nieuzasadniona ingerencja w prawo do posługiwania się podwykonawcami wpływa bezpośrednio na stan konkurencji na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia oraz zawęża możliwość uczestnictwa w postępowaniu podmiotom działającym za pomocą podwykonawców.

IV. Zarzut naruszenia przepisów regulujących zasady ustalenia ceny oraz naruszenia reguły powierzania prac wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą

Odwołujący podniósł, że zamawiający z naruszeniem przepisów prawa cywilnego zbudował system wynagradzania wykonawców, który ewidentnie nie odpowiadał istocie systemu ryczałtowego oraz narusza zasadę powierzania zamówień wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z ustawą.

Naruszenie nastąpiło poprzez:

1. treść Ogłoszenia o zamówieniu tj.:

1) Zapis części II. 1. Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy:

a. ust. 4 lit. d) poprzez uznanie, że wyłącznie błędy dokumentacji projektowej dają podstawę do zmiany umowy choć odmową wydania decyzji, zezwoleń i uzgodnień mogą być również inne sprawy w tym zaniechanie lub działanie zamawiającego,

2) w części II.2. - Zmiana sposobu spełnienia świadczenia:

a. w ust. 1 po lit. h) poprzez ustalenie, że koszt zmiany urządzeń przewidzianych projektem z uwagi na jego nieaktualność, zmiany technologiczne lub nawet konieczność zmiany przewidzianej projektem a wadliwej technologii wykonania robót będzie zawsze obciążał wykonawcę i nie będzie nigdy zwiększał należnego mu wynagrodzenia, co stanowi przejaw naruszenia zasad ryczałtowego wynagradzania, które pozostaje niezmiennie o ile nie dochodzi do zmian w dokumentacji,

b. w ust. 4 poprzez ustalenie, że pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia będzie ono zmniejszane o ile wykonanie prac nie będzie możliwe z przyczyn dotyczących Zamawiającego,

c. w ust. 7 poprzez przyznanie zamawiającemu prawa do rezygnowania z realizacji części przedmiotu umowy z równoległą redukcją wynagrodzenia wykonawcy, co stanowi ewidentne naruszenie zasad ryczałtowego wynagradzania, a dodatkowo stosowany przez analogię art. 644 k.c. przewiduje na taką okoliczność obowiązek zapłaty wynagrodzenia,

d. W ust. 9 lit. d) i e) poprzez przyznanie zamawiającemu prawa do rezygnowania z realizacji części przedmiotu umowy z równoległą redukcją wynagrodzenia wykonawcy, co stanowi ewidentne naruszenie zasad ryczałtowego wynagradzania,

e. W ust. 9 lit. f) poprzez ustalenie, że za rażącą zostanie uznana strata w wysokości uzasadniającej likwidację wykonawcy, co jest ograniczeniem ustawowych uprawnień Wykonawcy, który ustawowo może domagać się zmian w umowie przy rażącej stracie, a nie stracie letalnej skutkującej podstawą do jego likwidacji,

2. w części I SIWZ - instrukcja dla Wykonawców poprzez sformułowania:

Pkt. XIX Opis sposobu obliczania ceny ust. 2 i 8 zgodnie z którymi wykonawcę obciążają skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej oraz obowiązek przewidzenia wszelkich robót przygotowawczych, wszelkich prac projektowych, wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie podczas gdy sam Zamawiający nie wie jaki jest rzeczywisty zakres przedmiotu zamówienia -vide pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. Części III SIWZ - a obciążanie wykonawcy koniecznością drobiazgowego sprawdzenia dokumentacji projektowej Wykonawcy oraz wadliwością tej dokumentacji narusza istotę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane zgodnie z którą przygotowanie dokumentacji i jej prawidłowość należy do wyłącznych obowiązków zamawiającego,

3. Treść części II SIWZ Projekt umowy i sformułowania:

a. §2 ust. 4 oraz §7 ust. 6 - przewidującego możliwość rezygnacji z wykonywania robót oraz odjęcia wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy projekt umowy oraz SIWZ ewidentnie wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia stąd jego modyfikowanie w sposób wyłącznie obciążający wykonawcę uznać należy za sprzeczne z istotą tego rodzaju systemu ustalania płatności za wykonane roboty budowlane,

b. §7 ust. 2 - przewidującego obłożenie Wykonawcy ryzykiem niewłaściwego rozpoznania zakresu przedmiotu umowy i zakazem żądania zmiany wynagrodzenia, podczas gdy sam Zamawiający nie zna zakresu umowy –vide pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. Części III SIWZ - co oznacza, że wbrew istocie umowy o roboty budowlane wykonawca zobowiązany jest do poniesienia kosztów związanych z wadami projektów dostarczanych przez zamawiającego,

c. §3 ust. 3 względnie §3 ust. 4- poprzez nakazanie Wykonawcy dokonania przelewu wierzytelności z tytułu wykonania umowy na podwykonawców, podczas gdy zapis podobny w swojej bezwarunkowości i abstrakcji od relacji na linii wykonawca - podwykonawca skutkował będzie pozostawieniem odpowiedzialności za realizację zadania przy wykonawcy z jednoczesnym pozbawieniem go prawa do wynagrodzenia za zrealizowaną część umowy, a dodatkowo stanowił będzie obejście przepisu §7 ust. 3 ustawy Pzp nakazującego udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wskazał, że cechą ryczału jest jego stałość i choć ryzyko niedoszacowania wartości prac obciąża Wykonawcę, to jednak równocześnie gwarantuje mu pewność wynagrodzenia także wówczas, kiedy udostępnione materiały będą przeszacowane, co do ilości robót. W konsekwencji żadna ze stron nie może żądać zmniejszenia ani zwiększenia wynagrodzenia (tak również G. Kozieł [w:] „Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna. Pod red. A. Kidyby”, LEX 2010, komentarz do art. 632 kodeksu cywilnego”).

V. Zarzut dotyczący naruszenia istoty umowy o roboty budowlane

Odwołujący wywodził, że sformułowania SIWZ prowadzą do bezpośredniego naruszenia istoty umowy o roboty budowlane w tym do niedozwolonej modyfikacji podstawowych obowiązków stron wynikających z ustawy. Naruszenie nastąpiło z uwagi na zapisy:

a. treść Części I SIWZ Pkt. XIX Opis sposobu obliczania ceny ust. 2 i 8 zgodnie, z którymi wykonawcę obciążają skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej oraz obowiązek przewidzenia wszelkich robót przygotowawczych, wszelkich

prac projektowych, wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, podczas gdy sam zamawiający nie wie jaki jest rzeczywisty zakres przedmiotu zamówienia - vide pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. Części III SIWZ, a obciążanie wykonawcy koniecznością drobiazgowego sprawdzenia dokumentacji projektowej wykonawcy oraz wadliwością tej dokumentacji narusza istotę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane zgodnie z którą przygotowanie dokumentacji i jej prawidłowość należy do wyłącznych obowiązków zamawiającego (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000r. III CKN 629/08, LEX nr 40421; oraz wyroku z dnia 26.06.2008r. II CSK 01/08, LEX nr 637702; oraz Sąd Apelacyjny w Katowicach V ACa 373/11 z 05.09.2011r. LEX nr 1102965).

b. treść Części II SIWZ §14 poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem pozyskania gruntu na cele realizacji umowy, podczas gdy z samej istoty umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.) wynika, że obowiązek wykonania prac przygotowawczych w tym pozyskanie terenu i przekazanie placu budowy w pełnym zakresie obciąża zamawiającego, a tym samym próba jego przerzucenia na wykonawcę godzi w istotę tego stosunku prawnego. Niezależnie dostrzec trzeba, że przepis ten nie wskazuje, kto ma finansować zgodę właścicieli na zajęcie terenu oraz jakiego rodzaju uzgodnienia będą miały charakter „stosownych”, co nie pozwala na wycenę w ramach budowania oferty,

c. treść części III SIWZ pkt. 5.1.1.7 zgodnie, z którym wykonawca obciążony został koniecznością uzgadniania wszelkich zmian rozwiązań projektowych z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków, projektantem w ramach Nadzoru Autorskiego i Inspektorem Nadzoru Inwestorskiego, podczas gdy nałożenie tego rodzaju obowiązku na wykonawcę pozostaje elementem prac projektowych i jako taki sprzeciwia się istocie umowy o roboty budowlane zgodnie, z którą prace przygotowawcze w tym przygotowanie projektu w całości obciążają zamawiającego. Zapis ten przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z wadami dokumentacji posiadanej przez zamawiającego i obciąża wykonawcę obowiązkiem drobiazgowej kontroli tej dokumentacji, co nie daje się pogodzić z podziałem obowiązków w ramach umowy o roboty budowlane podkreślonym w utrwalonej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego, który wyklucza możliwość nakładania tego rodzaju obowiązków na wykonawcę (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000r. III CKN 629/08, LEX nr 40421; oraz wyroku z dnia 26.06.2008r. II CSK 01/08, LEX nr 637702; oraz Sąd Apelacyjny w Katowicach V ACa 373/11 z 05.09.2011r. LEX nr 1102965).

d. treść części III SIWZ pkt. 5.1.2.1. zgodnie, z którym zrealizowanie prac projektowych polegających na wykonaniu projektu wykonawczego lub jego rozszerzeniu albo wykonania nowego projektu technologicznego i ich koszt obciążają wykonawcę, podczas gdy

nałożenie tego rodzaju obowiązku na wykonawcę pozostaje elementem prac projektowych i jako takie sprzeczne jest z istotą umowy o roboty budowlane, w której prace przygotowawcze w tym przygotowanie projektu należą w całości do zamawiającego. Dodatkowo zapis ten przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z wadami dokumentacji udostępnianej przez zamawiającego i obciąża wykonawcę obowiązkiem drobiazgowej kontroli tej dokumentacji, co nie daje się pogodzić z utrwaloną linią orzecznictwa Sądu Najwyższego, który wyklucza możliwość nakładania tego rodzaju obowiązków na wykonawcę. (Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000r. III CKN 629/08, LEX nr 40421; oraz wyroku z dnia 26.06.2008r. II CSK 01/08, LEX nr 637702; oraz Sąd Apelacyjny w Katowicach V ACa 373/11 z 05.09.2011r. LEX nr 1102965).

Odwołujący argumentował, że treść SIWZ wskazuje, że zamawiający przerzuca całość własnych obowiązków na wykonawców domagając się od nich nie tylko robót budowlanych, ale również projektowania, co nie znajduje oparcia ani w dokumentacji postępowania - która dotyczy robót budowlanych, a nie usług - ani w przepisach prawa cywilnego, które sprzeciwiają się podobnym modyfikacjom.

VI. Zarzut dotyczący naruszenia istoty stosunku gwarancji

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wywodził, że zamawiający ingeruje treścią SIWZ we właściwość relacji gwarancji. Naruszenie przepisów następuje w treści:

a. Części II SIWZ - Projekt Umowy §16 ust. 5 tiret trzecie zgodnie, z którym wykonawca dostarczać ma materiały eksploatacyjne niezbędne do prawidłowego funkcjonowania zamontowanych urządzeń, podczas gdy istotą gwarancji jest usuwanie wad fizycznych rzeczy a nie ponoszenie kosztów jej funkcjonowania, co czyni wskazany zapis SIWZ sprzecznym z właściwością stosunku gwarancji. Niezależnie, dostrzec należy, że okres gwarancji wynoszący 5 lat stąd dostarczanie materiałów eksploatacyjnych do tak dużej instalacji, jaką są pochylnie na Kanale Elbląskim stanowić powinno przedmiot odrębnego zamówienia, a dokumentacja niniejszej sprawy nie wskazuje, aby przedmiotem były dostawy tego rodzaju elementów i w konsekwencji nie pozwala ustalić choćby przybliżonych kosztów takiego zakresu gwarancji,

b. Części II SIWZ - Projekt Umowy § 16 ust. 18 zgodnie, z którym w przypadku usunięcia wady lub usterki okres gwarancji dla całego obiektu ulega wydłużeniu o czas pomiędzy datą zawiadomienia o stwierdzeniu wady a datą ich usunięcia, podczas gdy kodeks cywilny opisując elementy gwarancji wskazuje, że gwarancja może ulegać przedłużeniu jedynie wobec wymienionej lub naprawionej części nie zaś wobec całej rzeczy w konsekwencji,

czego zmiana wprowadzona przez zamawiającego jest sprzeczna z istotą stosunku gwarancji i jako taka pozostaje niedopuszczalna na gruncie art. 353¹ k.c.

VII. Naruszenie zasad ochrony konkurencji i obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że zamawiający treścią SIWZ dopuścił się ustalenia niewątpliwie uciążliwych warunków umownych, co na gruncie relacji między przedsiębiorcami definiowane jest, jako nadużywanie pozycji dominującej. Niewątpliwym jest adhezyjny charakter umów w zamówieniach publicznych stąd pozycję zamawiającego można przyrównać do pozycji dominującego przedsiębiorcy, co w konsekwencji pozwoli skorzystać z rozwiązań przyjętych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji, jako wzorców zachowań negatywnych. W niniejszym postępowaniu zamawiający ustalił kary umowne za opóźnienie w realizacji kontraktu i wysokości blisko 67.650 zł dziennie (szacunek według pkt. II.2.1. Ogłoszenia). W przypadku realizacji tak skomplikowanego obiektu, w którym na dodatek Zamawiający sam nie zna dokładnego zakresu prac - vide pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. Części III SIWZ - i który podlega wpływowi ogromnej liczby czynników niezależnych od wykonawcy podobne ustalenie umowne oznacza, że wykonawca odpowiedzialny będzie za przekroczenie terminu również z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 476 k.c). Badając umowę uprawnione jest stwierdzenie, że wykonawca będzie odpowiadał również wówczas, gdy to zamawiający uniemożliwi realizację umowy (§9 ust. 7 projektu umowy). Odnotować należy, bowiem wyraźne rozróżnianie przez zamawiającego terminów zwłoka i opóźnienie, przy czym kara umowna liczona jest za opóźnienie, a zgodnie z samą umową niewłaściwe działanie zamawiającego wyklucza jedynie zwłokę wykonawcy. Ustalenie to prowadzi do wniosku, że wolą zamawiającego jest, aby wykonawca niepozostający w zwłoce nadał był karany za to, że popadł w opóźnienie. Niezależnie stwierdzić należy, że ustalenie kary umownej płatnej z tytułu okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada stanowi naruszenie istoty kary umownej opisanej w art. 483 §1 k.c. Zgodnie z tym przepisem kara umowna służyć może jedynie w przypadku zawinionego przez dłużnika niewykonania zobowiązania (tak. K. Zagrobelny [w:] Kodeks Cywilny. Komentarz. Pod red. E. Gniewka, wyd. C.H.Beck, Warszawa 2006, nb. 9 i 10). Tymczasem zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt. 6) narzucanie uciążliwych warunków umownych przynoszących nieuzasadnione korzyści definiowane jest, jako nadużywanie pozycji dominującej i czynność naruszająca konkurencję, co oznacza, że zamawiający formułuje treść SIWZ wbrew zasadzie ochrony konkurencji. SIWZ nie wyjaśnia przy tym przyczyn tak rygorystycznego ustalenia kar umownych oraz ich ogromnej wysokości.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikację treści SIWZ z 30 kwietnia 2012 r., modyfikację ogłoszenia o zamówieniu, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, istotnych postanowień umowy sporządzenie tego opisu lub postanowień w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie, stwierdziła że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

- 1. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 14 oraz art. 7 ust. 3 i art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 9 ust. 1 ustawy o dozorze technicznym poprzez wymaganie decyzji Nadzoru Technicznego nieprzewidzianej treścią ustawy i pominięcie konieczności posiadania uprawnień Dozoru Technicznego dla remontu urządzeń objętych dozorem, jako wymaganych ustawą**

Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny. Zamawiający rzeczywiście w pkt XXI części I SIWZ (formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej, przed zawarciem umowy) wymagał złożenia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza kserokopii decyzji administracyjnej Transportowego Dozoru technicznego zgodnie z ustawą z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym, zezwalającej na wykonanie remontu urządzeń technicznych na pochylniach Kanału Elbląskiego.

Odwołujący w treści odwołania wywodził, że postanowienie to jest niejednoznaczne, gdyż nie wiadomo czy zamawiający miał na myśli decyzję o nadaniu uprawnień do naprawiania urządzeń technicznych podlegających dozorowi technicznemu (art. 9 ustawy o dozorcze technicznym), czy też decyzję dotyczącą dopuszczenia urządzenia do eksploatacji, co daniem odwołującego naruszało przepis art. 36ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że kwestionowane postanowienie SIWZ było w dostatecznym stopniu jednoznaczne, nawiązywało w sposób wyraźny do konieczności złożenia uprawnień zezwalających na wykonanie remontu, a nie dopuszczenia obiektu do eksploatacji, a więc decyzji, o której mowa w art. 9 ustawy o dozorcze technicznym.

Niezasadnym okazał się również zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził, że uprawnienia z art. 9 ustawy o dozorcze technicznym warunkują realizację umowy w części dotyczącej naprawy urządzeń, co skutkuje naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uważał, że zaskarżone postanowienie SIWZ umożliwia uczestnictwo w postępowaniu podmiotom, które nie posiadają uprawnień do jego wykonania.

W tym miejscu należy dodać, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp a czym innym jest dokonywany przez zamawiającego ich opis (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). Warunki udziału w postępowaniu mają charakter blankietowy, ogólny. Ponieważ postępowania o udzielenie zamówienia różnią się pomiędzy sobą co do zakresu, złożoności czy wartości ustawodawca umożliwił zamawiającemu konkretyzację warunków udziału w postępowaniu, która odbywa się poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający nie ma obowiązku dokonania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie tych które uznaje za niezbędne. Wynika to z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp w świetle którego wykonawca tylko na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto z przepisu § 1 ust. 1 rozporządzenia z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) wynika, że zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów

unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp tylko i wyłącznie w zakresie w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału

Podzielono w omawianym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 287/11, iż *Doprecyzowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu, do których odsyła ramowy przepis art. 22 ust. 1 Pzp, niezmiennie pozostaje uprawnieniem zamawiającego, w szczególności w zakresie decyzji jakie warunki uznaje za wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowości wykonania jego zamówienia. Innymi słowy: warunki opisane przez zamawiającego mogą zostać na gruncie wskazanych przepisów uznane za nadmierne i ograniczające konkurencję, nigdy natomiast za niewystarczające i zbyt szerokie (...).*

W konsekwencji skoro zamawiający nie dokonał konkretyzacji warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie dokonał jego opisu brak było podstaw do żądania od wykonawców na etapie składania ofert uprawnień, o których mowa w art. 9 ustawy o dozorze technicznym.

2. Zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 577 § 1 k.c. i 581 § 1 k.c. poprzez naruszenie istoty stosunku gwarancji

Izba nie rozpoznawała tego zarzutu w kontekście postanowienia §16 ust. 5 tiret trzecie części II SIWZ - projektu umowy, albowiem odwołujący cofnął w tym zakresie odwołanie w trakcie rozprawy.

Odwołujący upatrywał naruszenia przywołanych przez siebie przepisów także przez postanowienie § 16 ust. 18 projektu umowy (część II SIWZ), zgodnie z którym w przypadku usunięcia wady lub usterki okres gwarancji ulega wydłużeniu o czas pomiędzy datą zawiadomienia o stwierdzeniu wady a datą ich usunięcia. Odwołujący podniósł, że kodeks cywilny opisując elementy gwarancji wskazuje, że gwarancja może ulegać przedłużeniu jedynie wobec wymienionej lub naprawionej części nie zaś wobec całej rzeczy w konsekwencji, czego zmiana wprowadzona przez zamawiającego jest sprzeczna z istotą stosunku gwarancji i jako taka pozostaje niedopuszczalna na gruncie art. 353¹ k.c. Domagał się zmodyfikowania kwestionowanego postanowienia poprzez jego doprecyzowanie, że chodzi o wydłużenie okresu gwarancyjnego wadliwego urządzenia, a nie całego obiektu.

Izba uznała, że zarzut sformułowany przez odwołującego jest niezasadny. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności zamawiającego niezgodnej z ustawą, bądź wobec zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności, do której wykonania jest obowiązany na podstawie ustawy. Użyte przez ustawodawcę w tym przepisie pojęcie „ustawa” oznacza ustawę Pzp, a nie inne przepisy rangi ustawowej. Z tego względu formułując zarzuty należy, których źródła wykonawca upatruje w naruszeniach innych niż ustawa Pzp przepisów należy je powiązać z naruszonymi przepisami ustawy Pzp.

Przykładowo zarzucając, iż zamawiający nadużył przysługującego mu na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp prawa do określenia istotnych postanowień umowy, źródła tego naruszenia może upatrywać w obrazie innych niż ustawa Pzp przepisów. Odwołujący w niniejszej sprawie, formułując zarzut naruszenia istoty stosunku gwarancji poprzez sformułowanie istotnych warunków umownych nie wskazał obrazy przepisów ustawy Pzp jakich dopuścił się zamawiający.

Odnosząc się merytorycznie to uzasadnienia faktycznego zarzutu Izba stwierdziła, że modyfikacja, której domagał się odwołujący była zbędna. Dostrzeżenia wymagało, że wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nigdzie nie wskazał w projekcie umowy, że wydłużenie okresu gwarancji jakości o czas pomiędzy datą zawiadomienia o stwierdzeniu wady a datą ich usunięcia dotyczyć będzie całego obiektu (obiektów), na który(e) składają się przecież różne rzeczy. W świetle postanowienia § 16 ust. 2 wzoru umowy przedmiotem 5 letniej gwarancji jakości są poszczególne elementy przedmiotu umowy. A zatem wydłużenie okresu gwarancji o którym mowa w § 16 ust. 8 wzoru umowy odniesie skutek względem sprecyzowanego w ust. 2 przedmiotu gwarancji jakości, którym są poszczególne elementy przedmiotu umowy, a nie cały obiekt. Wreszcie kwestionowane postanowienie umowne wykazywało istotne podobieństwo do regulacji wynikającej z art. 581 § 2 kc, a więc trudno było uznać je za naruszające istotę (naturę) stosunku gwarancji w rozumieniu art. 353¹ kc.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 5 ustawy Pzp poprzez pozbawienie wykonawców prawa do swobodnego wyboru podwykonawcy bez wskazania która cecha przedmiotu zamówienia wymaga podobnego ograniczenia

Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiałach dowodowych.

Odwołujący nie wskazał w treści SIWZ postanowienia mocą którego zamawiający wyłączył możliwość powierzenia części lub całości przedmiotu zamówienia podwykonawcy. Wręcz przeciwnie, z postanowień SIWZ, m.in. z pkt 8 załącznika nr 1 do SIWZ, czy też załącznika nr 2 do SIWZ wynika, że zamawiający żąda jedynie wskazanie przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Powyższe oznacza, że możliwość zlecenia realizacji części lub całości przedmiotu zamówienia nie została przez zamawiającego w żaden sposób ograniczona. W świetle bowiem art. 36 ust. 5 ustawy Pzp zasadą jest możliwość zlecenia wykonania całości lub części zamówienia podwykonawcom, chyba że zamawiający ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia postanowi inaczej.

Przepisu art. 36 ust. 5 ustawy Pzp nie narusza także uregulowany w §3 ust. 2 wzoru umowy (część II SIWZ) obowiązek uprzedniego uzyskania zgody zamawiającego dla osoby podwykonawcy oraz powierzanego jej zakresu prac. Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający

przewidział dwie wersje § 3 wzoru umowy: jedną dla sytuacji, gdy zgodnie z treścią oferty wykonawca wykona przedmiot zamówienia przy udziale wykonawców i drugą, gdy w ofercie wykonawca zadeklaruje, że całość zamówienia wykona siłami własnymi.

Kwestionowane postanowienie znajduje się jedynie w drugiej z ww. wersji, co ma istotne znaczenie dla jego oceny. Otóż, jeśli wykonawca w ofercie zadeklaruje, że całość przedmiotu zamówienia wykona siłami własnymi, to co do zasady nie powinien w trakcie realizacji odwoływać się do zasobów podwykonawcy. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać sposobowi określoneemu przez wykonawcę w ofercie. Nie sposób jednak z góry wykluczyć sytuacji, w której potrzeba zatrudnienia podwykonawcy ujawni się dopiero na etapie realizacji, jednakże powinna to być sytuacja wyjątkowa. I takich sytuacji dotyczy sformułowane przez zamawiającego zastrzeżenie umowne. Umożliwi zamawiającemu zachowanie kontroli nad sposobem realizacji zamówienia. Co istotniejsze jednak, jak słusznie zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie postanowienie to służy realizacji obowiązków nałożonych na strony umowy o roboty budowlane, a wynikających z bezwzględnie wiążących przepisów art. 647¹ § 1 i 2 kodeksu cywilnego. W świetle art. 647¹ § 1 kc strony umowy o roboty budowlane ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą wykonawcy. Z uwagi na ww. wymóg zamawiający musi wiedzieć jaka część prac zostanie zlecona podwykonawcy. Skoro na wcześniejszych etapach takiej informacji nie posiadał, gdyż wykonawca zadeklarował w ofercie wykonanie całości zamówienia siłami własnymi, koniecznym stało się zamieszczenie stosownego postanowienia we wzorze umowy. Nadto w myśl § 2 przywoływanego przepisu do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Zgoda na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą siłą rzeczy odnosi się również do osoby podwykonawcy. Zatem i również z tego względu kwestionowane postanowienie znajduje swoje uzasadnienie.

4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1, ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia oraz brak opisu pełnego zamówienia przy pomocy dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych

Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Odwołujący upatrywał naruszeń przywołanych przez siebie przepisów w postanowieniach pkt 5.1.1.19., 5.1.2.1., 5.1.3.1., pkt. 5.1.3.3., pkt. 5.1.3.4., 5.1.1.6 części III SIWZ. Wywodził, że w świetle:

- a) pkt 5.1.1.19 wykonawca zobowiązany będzie do wykonania na swój koszt zaleceń zgłoszonych przez organy dokonujące czynności odbiorowych, podczas gdy

zamawiający nie wskazuje, jakiego rodzaju zalecenia i o jakim koszcie mogą mieć miejsce stąd w chwili obecnej wykonawca nie ma możliwości oszacowania tego elementu przedmiotu zamówienia, a wskazać należy, że przy obecnej treści SIWZ mogą to być zalecenia wynikające z przyczyn dotyczących zamawiającego,

- b) pkt 5.1.2.1. wykonawca będzie ponosił koszty wykonania projektu wykonawczego oraz rozszerzeń istniejącego projektu wykonawczego lub projektu technologicznego, podczas gdy sam zamawiający nie zna pełnego zakresu zamówienia, co przyznaje w pkt. 5.1.3.1. oraz 5.1.3.3. oraz 5.1.3.4., a nie wskazuje również, jakiego rodzaju projekty mogą być wymagane w toku realizacji stąd w chwili obecnej wykonawca nie ma możliwości nawet przybliżonego oszacowania wielkości i rodzaju prac w tego rodzaju elemencie przedmiotu zamówienia,
- c) pkt 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. zamawiający stwierdza brak możliwości dokładnego określenia szczegółowego zakresu niezbędnych prac, a mimo to obliżuje wykonawcę (§7 ust. 2 projektu umowy tj. Część II SIWZ) do przeprowadzenia wyceny tych prac chociaż wykonawca w chwili obecnej nie ma możliwości nawet przybliżonego oszacowania wielkości i rodzaju prac w tego rodzaju elemencie przedmiotu zamówienia,
- d) pkt 5.1.1.6 zamawiający wymaga od wykonawcy sporządzenia kalkulacji ogólnej robót, mającej zawierać uszczegółowienie danego elementu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym w oparciu, o którą będą rozliczane roboty częściowe, podczas gdy zamawiający nie zna pełnego zakresu robót, na co wskazuje w pkt. 5.1.3.1. i pkt. 5.1.3.3. i pkt. 5.1.3.4. Co oznacza, że wykonawca wycenę poddać ma zakres, który znajduje się poza dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Pomimo powyższego - otwartego w zasadzie - opisu przedmiotu zamówienia zamawiający domaga się od wykonawcy (tak choćby pkt XIX ust. 8 załącznika nr 1 SIWZ) realizacji wszelkich prac niezbędnych do prawidłowego zakończenia prac, co oznacza, że skutkami nieprawidłowo opisanego przedmiotu zamówienia w całości obarcza wykonawców.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, wymagające pozwolenia na budowę jak również to, że zamawiający przewidział ryczałtowy system wynagrodzenia, przesądzając to w sposób wyraźny w pkt XIX ust. 1 Części I SIWZ poprzez odwołanie do przepisów KC o wynagrodzeniu ryczałtowym z umowy o dzieło tj. art. 632 KC.

Należy podkreślić, że ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie

oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Dodatkowo, w odniesieniu do zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane, ustawodawca przewidział obowiązek opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zakres i formę dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, określa wydane na podstawie art. 31 ust. 4 rozporządzenie Ministra Infrastruktury, z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

Przepisy wykonawcze uszczegółwiają zakres ww. opracowań w ten sposób, że w przypadku robót wymagających pozwolenia na budowę dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia, składa się w szczególności z:

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

Ponadto w myśl §5 ust. 1 przywoływanego rozporządzenia projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegółwiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Natomiast specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót (§ 12 rozporządzenia).

Z całościowej regulacji przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych wynika bezsprzeczny obowiązek zamawiającego polegający na konieczności precyzyjnego, jednoznacznego i przygotowanego w ściśle określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Ww. przepisy ustawy Pzp znajdują się w dziale II (postępowanie o udzielenie zamówienia) w rozdziale 2 ustawy Pzp, zatytułowanym przygotowanie postępowania, za którą to czynność odpowiada kierownik zamawiającego. W konsekwencji są to więc obowiązki obciążające zamawiającego, a nie wykonawcę. Dalej idącym wnioskiem wynikającym z ww. obowiązków jest to, że na gruncie ustawy Pzp sprawdzenie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót może być wyłącznie prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych. Niedopuszczalne jest również przerwienie na wykonawcę skutków finansowych nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Nawet na gruncie przepisów prawa cywilnego gdzie obowiązek

precyzyjnego opisanie nie jest tak eksponowany uznaje się, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej. Powyższe wynika choćby z uzasadnienia wyroku SN z 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98, który stwierdził, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Dostrzeżenia wymaga także, że obowiązek zawiadomienia o wadach, wynikający z art. 651 kc dotyczy sytuacji, gdy nieprawidłowość ta zostanie stwierdzona już w procesie realizacji, a nie na etapie poprzedzającym złożenie oferty.

Dalej idącym skutkiem przywołanej regulacji ustawy Pzp jest to, że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 KC cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Pzp. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy Pzp. Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 ustawy Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

Z omawianych względów Izba uznała za zasadne żądanie odwołującego dotyczące modyfikacji pkt 5.1.1.19 i pkt 5.1.2.1. Mocą postanowienia pkt 5.1.1.19 części III SIWZ zamawiający przerzucił na wykonawcę ryzyko przewidzenia rozmiaru prac i ich kosztów wynikających z obowiązku wykonania zaleceń zgłoszonych przez organy dokonujące czynności odbiorowych, nie wskazując, jakiego rodzaju zalecenia i o jakim koszcie mogą mieć miejsce, a mogą to być zalecenia wynikające z przyczyn dotyczących zamawiającego. Zasadnym było zatem ograniczenie obowiązków wykonawcy do przewidzenia i oszacowania kosztów wykonania tych zaleceń do przypadków „wynikających z niezgodnego z dokumentacją udostępnioną przez zamawiającego wykonania przedmiotu umowy”. Z kolei mocą postanowienia pkt 5.1.2.1 części III SIWZ zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek wykonania projektu wykonawczego oraz rozszerzeń istniejącego projektu wykonawczego lub projektu technologicznego, co jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z § 5 przywołanego wyżej rozporządzenia. Zasadnym było zatem nakazanie zamawiającemu modyfikacji tego postanowienia w ten sposób, że ryzyko i koszt wykonania takiego obowiązku poniesienie zamawiający, z wyłączeniem konieczności wywołanej z winy wykonawcy, kiedy to czynności powyższe i koszt ich wykonania będą obciążały wykonawcę.

5. Zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. art. 632 k.c. w zw. z art. 139 §1 oraz §7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie istoty wynagrodzenia ryczałtowego oraz omińnięcie reguły nakazującej powierzenie realizacji zamówienia podmiotowi wybranemu w trybach ustawowych

Izba nie rozpoznawała tego zarzutu w kontekście postanowienia sekcji VI.3, części II.1. ust. 4 lit. d ogłoszenia o zamówieniu a także sekcji VI. 3 części II.2 ust. 9 lit. f ogłoszenia o zamówieniu, albowiem odwołujący cofnął w tym zakresie odwołanie w trakcie rozprawy.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący sekcji VI.3, punktu II.2. ust. 1 po lit. h) ogłoszenia o zamówieniu, pkt XXV w pkt 6.2 po lit. h, pkt XIX ust. 2 i ust. 8 części I SIWZ oraz § 7 ust. 2 wzoru umowy (część II SIWZ).

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, jak również to, że zamawiający przewidział ryczałtowy system wynagrodzenia, przesądzając to w sposób wyraźny w pkt XIX ust. 1 Części I SIWZ poprzez odwołanie do przepisów KC o wynagrodzeniu ryczałtowym z umowy o dzieło tj. art. 632 KC.

W sekcji VI.3. punkt II.2 w pkt a-h ogłoszenia o zamówieniu jak również w części I SIWZ w pkt XXV w pkt 6.2 w pkt a-h części I SIWZ zamawiający przewidział szereg możliwości zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty wynikających ze zmiany sposobu spełnienia świadczenia. Wśród tych przypadków wymienił m.in. konieczność zmiany techniki i technologii w stosunku do przyjętej w dokumentacji projektowej, konieczność zmiany materiałów lub urządzeń w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej. Zastrzegł w ust. 1 po lit. h, że w opisanych przypadkach zmiana umowy nie może spowodować zwiększenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Odwołujący domagał się wykreślenia ostatniego zastrzeżenia.

Ponadto w pkt XIX ust. 2 części I SIWZ zamawiający zastrzegł, że *w cenie ofertowej należy skalkulować nie tylko koszty prac wynikające wprost z dokumentacji budowlanej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót jak również koszty w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. W cenie wykonania przedmiotu zamówienia należy uwzględnić wszystkie nakłady finansowe wynikające z wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy, ogrodzenia i zabezpieczenia placu budowy, zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy (np. wody, energii elektrycznej, telefonu, dozoru budowy), odtworzenia dróg i chodników zniszczonych w trakcie prowadzenia robót, pełnej obsługi geodezyjnej wraz z inwentaryzacją powykonawczą, wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego po zakończeniu realizacji robót budowlanych i innych czynności wynikających z umowy, jak również wszelkich innych niezbędnych do*

wykonania prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, a także koszt uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Odwołujący domagał się wykreślenia w zdaniu 1 słowa „jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia”; w zdaniu drugim skreślenia słowa „wszelkich” przed wyrazami „robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych”; w zdaniu drugim skreślić słowa kończące to zdanie o treści „jak również wszelkich innych niezbędnych do wykonania prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, a także koszt uzyskania wszelkich dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie”.

Ponadto, w pkt XIX ust. 8 części I SIWZ zamawiający zastrzegł, że *skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę, zatem musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest od Wykonawców bardzo szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.* Odwołujący domagał się wykreślenia tego postanowienia.

Izba stwierdziła, że zarzut jest zasadny i nakazała zamawiającemu stosowną modyfikację, zgodnie z żądaniem odwołującego. Konsekwencją nakazania zmiany postanowień pkt XIX ust. 2 części I SIWZ było również nakazanie modyfikacji postanowienia §7 ust. 2 wzoru umowy (część II SIWZ). W zakresie ww. zarzutu aktualne pozostają rozważania poczynione w poprzednim punkcie dotyczące modyfikacji na gruncie ustawy Pzp ryzyka nierozpoznania zakresu prac czy ich kosztów przy wynagrodzeniu ryczałtowym, wynikające z nałożonego na zamawiającego obowiązku jednoznacznego, precyzyjnego i przygotowanego w określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (art. 29 i 31 ustawy Pzp). Już z tego powodu odwołanie w tym zakresie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż pomimo ryczałtowego wynagrodzenia, wykonawcy realizującego umowę o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą obciążać negatywne, w tym również finansowo, skutki wadliwej dokumentacji projektowej. Na marginesie dostrzeżenia wymaga, że również na gruncie kc wątpliwa jest zgodność z zasadami współżycia społecznego kwestionowanych postanowień. Z art. 651 kc wynika jedynie obowiązek poinformowania inwestora o dostrzeżonych wadach, natomiast brak jest obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad (por. również przywołany wcześniej wyrok SN z 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98). W literaturze akcentuje się także, że obciążenie wykonawcy niezależną od winy odpowiedzialnością za wady powstałe wskutek nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań wynikających z umowy o roboty budowlane byłoby sprzeczne z ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa (System Prawa Prywatnego, t.7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, pod red/ J. Rajskiego, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk

Prawnych PAN, Warszawa 2004, s. 416). Nadto w świetle art. 655 kc wykonawcy umowy o roboty budowlane należy się umówione wynagrodzenie w sytuacji nawet zniszczenia lub uszkodzenia obiektu, gdy zniszczenie lub uszkodzenie obiektu pozostaje w związku przyczynowym z czynnościami zamawiającego w ramach współpracy, np. nieprawidłowymi wskazówkami co do sposobu wykonania obiektu.

Izba nie uznała natomiast za zasadne zarzuty dotyczące treści pkt II.2, ust. 4, ust. 7, ust. 9 lit. d i e ogłoszenia o zamówieniu oraz §2 ust. 4 i § 7 ust. 6 wzoru umowy (część II SIWZ). Zamawiający w tych postanowieniach przewidział możliwość zmiany umowy z powodu:

- a) zmniejszenia zakresu przedmiot zamówienia, gdy jego wykonanie w pierwotnym zakresie stało się niemożliwe z przyczyn niezależnych i niemożliwych do przewidzenia przez zamawiającego (pkt II.2, ust. 4 ogłoszenia),
- b) rezygnacji z realizacji części przedmiotu umowy (pkt II.2, ust. 9 lit. d ogłoszenia),
- c) kolizji z planowanymi lub równoległe prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami (pkt II.2., ust. 9 lit. e ogłoszenia).

Zamawiający przewidział w tych sytuacjach, że wynagrodzenie należne wykonawcy zostanie pomniejszone, określił mechanizm pomniejszenia wynagrodzenia (pkt II.2., ust. 7 ogłoszenia), a także zastrzegł, że zapłaci wykonawcy za spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami (pkt II.2., ust. 9 lit. d ogłoszenia). Sposób pomniejszania wynagrodzenia został powtórzony w postanowieniach §2 ust. 4 i §7 ust. 6 wzoru umowy (część II SIWZ).

Odwołujący domagał się modyfikacji ww. postanowień w ten sposób, że ww. zmiany przedmiotu umowy pozostaną bez wpływu na wysokość wynagrodzenia, które wykonawcy należec się będzie w pełnej wysokości.

Izba wzięła pod uwagę, że na gruncie kodeksu cywilnego w przypadku rezygnacji z wykonania części dzieła, nawet w sytuacjach gdy przyjmujący dzieło był gotowy je wykonać lecz doznał przeszkód z przyczyn dotyczących zamawiającego, pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła (art. 639 zd. 2, art. 644 zd. 2 kc). Izba stwierdziła, że kwestionowane postanowienia zbliżone są w swej treści do ustawowego wzorca. Sprecyzowany i uszczegółowiony został jedynie mechanizm obliczania tego, co przyjmujący zamówienie oszczędził, co służyć może uniknięciu ewentualnych sporów na etapie dokonywania stosownych rozliczeń pomiędzy stronami umowy. Z tego powodu Izba uznała,

że kwestionowane przez odwołującego zastrzeżenia umowne nie naruszają istoty (natury) wynagrodzenia ryczałtowego.

Izba uznała także za niezasadny zarzut odwołującego dotyczący postanowienia §3 ust. 3 (4) wzoru umowy (część II SIWZ). Zamawiający zastrzegł, że wykonawca na żądanie zamawiającego dokona na podwykonawców cesji wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy należnego mu od zamawiającego, w części dotyczącej płatności na rzecz tych podwykonawców. Odwołujący domagał się wykreślenia ww. postanowienia.

Izba stwierdziła, że w świetle bezwzględnie wiążącego art. 647¹ § 5 kc inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Z ww. przepisu wynika, że zamawiający pomimo zapłaty wynagrodzenia wykonawcy ponosi ryzyko zapłaty wynagrodzenia za te same roboty na rzecz podwykonawców, np. w sytuacji gdy płatności takich nie dokonał wykonawca. Postanowienie kwestionowane przez odwołującego służy zatem uniknięciu ryzyka jakie ponosi zamawiający, a wynikającego z ww. odpowiedzialności solidarnej. Nie ulega również wątpliwości, że przedmiotem umowy przelewu mogą być także wierzytelności przyszłe (tak SN w wyroku z dnia 19 września 1997 r. sygn. akt III CZP 45/97, w którym wyraził pogląd, iż art. 510 § 1 k.c. znajduje zastosowanie także do umów zobowiązujących do przeniesienia wierzytelności przyszłych). Cesja wierzytelności jakie przysługuje wykonawcy z tytułu wykonania umowy o zamówienie publiczne nie stanowi także obejścia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Podmiotem umowy pomimo cesji w dalszym ciągu pozostaje bowiem wykonawca a nie podwykonawca. Przyznać należy natomiast rację odwołującemu, że kwestionowane postanowienie abstrahuje od sytuacji jakie występują na linii wykonawca – podwykonawca i w takim brzmieniu może znaleźć zastosowanie nawet w przypadku, gdy wykonawca nie zalega z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Tym niemniej jednak żądanie odwołującego, który domagał się zupełnego wykreślenia spornych postanowień Izba uznała za zbyt daleko idące, co stanęło na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania w omawianej części.

6. Zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 §1 k.c, art. 651 k.c. w zw. z art. 139 §1 ustawy Pzp poprzez naruszenie istoty umowy o roboty budowlane i sprzeczną z ustawą modyfikację obowiązków stron

Izba uznała ww. zarzut za zasadny w zakresie postanowienia pkt XIX ust. 2 i ust. 8 części I SIWZ, pkt 5.1.1.7 Części III SIWZ i pkt 5.1.2.1. SIWZ.

Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, mocą postanowienia pkt 5.1.2.1 części III SIWZ zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek wykonania projektu

wykonawczego oraz rozszerzeń istniejącego projektu wykonawczego lub projektu technologicznego, co jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z § 5 przywołanego wyżej rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Aktualne pozostają przedstawione wcześniej uwagi dotyczące tego postanowienia. Dodać należy, że przedmiotem analizowanego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, a nie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (por. art. 2 pkt 8 ustawy Pzp). Gdyby przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót to opis przedmiotu zamówienia powinien być dokonany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp), którego zakres określa ww. rozporządzenie. Strony nie kwestionowały jednak, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Wymóg nałożony w pkt 5.1.2.1 części III SIWZ był zatem obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 1-2 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wykonawcy. Stąd zasadnym było zatem nakazanie zamawiającemu modyfikacji tego postanowienia w ten sposób, że ryzyko i koszt wykonania takiego obowiązku poniesienie zamawiający, z wyłączeniem konieczności wywołanej z winy wykonawcy, kiedy to czynności powyższe i koszt ich wykonania będą obciążały wykonawcę.

Analogiczne uwagi należało poczynić wobec postanowienia części III SIWZ pkt. 5.1.1.7 zgodnie, z którym wykonawca obciążony został koniecznością uzgadniania wszelkich zmian rozwiązań projektowych z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków, projektantem w ramach Nadzoru Autorskiego i Inspektorem Nadzoru Inwestorskiego, który to obowiązek jest elementem prac projektowych. Tymczasem przedmiotem analizowanego zamówienia nie jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, lecz jedynie ich wykonanie. Zasadnym było zatem nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji spornego postanowienia polegającej na tym, aby słowa „Wszelkie zmiany w zakresie przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych Wykonawca zobowiązany jest uzgodnić” zastąpić słowami „Wszelkie sugerowane przez Wykonawcę propozycje zmian w zakresie przyjętych w projekcie rozwiązań projektowych Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu celem umożliwienia mu ich akceptacji i uzgodnienia”.

Uwagi dotyczące postanowień części I SIWZ pkt XIX (Opis sposobu obliczania ceny) ust. 2 i 8 poczyniono wcześniej i pozostają one aktualne również w kontekście nałożenia na wykonawcę sprzecznego z istotą umowy o roboty budowlane, a zwłaszcza umowy o roboty budowlane podlegającej reżimom ustawy Pzp, obowiązku dokonania szczegółowej analizy dokumentacji projektowej.

Izba nie uznała natomiast za zasadny zarzutu dotyczącego pkt §14 wzoru umowy (części II SIWZ). Mocą tego postanowienia *w przypadku konieczności czasowego zajęcia, w trakcie realizacji przedmiotu umowy, gruntu należącego do osób trzecich, do dokonania stosownych uzgodnień z właścicielami gruntów zobowiązany jest Wykonawca*. Odwołujący domagał się nałożenia takiego obowiązku na zamawiającego. Przyznać należy rację odwołującemu, że z istoty umowy o roboty budowlane, zwłaszcza podlegającej reżimowi ustawy Pzp wynika, że obowiązek wykonania prac przygotowawczych w tym pozyskanie terenu i przekazanie placu budowy w pełnym zakresie obciąża zamawiającego. Tymczasem przedmiotem zamówienia nie jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zamawiający wyjaśnił jednak w trakcie rozprawy, że wszelkie zgody na wejście na grunt posiada, co wynika z dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SWZ, gdyż inaczej nie mógłby uzyskać pozwolenia na budowę. Podkreślił, że kwestionowane postanowienie dotyczy tylko takich sytuacji w których wykonawca uznałby ponad niezbędne minimum, że chciałby korzystać jeszcze z innych, dodatkowych gruntów. Izba stwierdziła, że przy takim rozumieniu kwestionowane zastrzeżenie umowne nie narusza istoty (natury) stosunku umowy o roboty budowlane i nie uwzględniła odwołania w tej części.

Izba oddaliła żądanie odwołującego dotyczące nakazania zamawiającemu modyfikacji postanowienia sekcji VI.3. pkt II.2. ust. 5 ogłoszenia o zamówienia oraz żądanie modyfikacji postanowienia pkt XXV ust. 6.2. pkt 5 części I SIWZ, albowiem pomimo określenia żądania odwołujący w odwołaniu nie sformułował zarzutu ani uzasadnienia faktycznego dotyczącego kwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Izba oddaliła żądanie odwołującego dotyczące nakazania zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert do dnia 30 czerwca 2012 r. do g.12 albowiem pomimo wyartykułowania żądania odwołujący w odwołaniu nie sformułował zarzutu ani uzasadnienia faktycznego z którego wynikałoby, dlaczego wyznaczony przez zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp termin składania ofert jest nieadekwatny.

Izba nie orzekała o zarzucie naruszenia art. 353¹ k.c. oraz art. 483 §1 k.c. oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji oraz ustalenie kar umownych z naruszeniem ich istoty i uzależnieniem ich płatności od niezależnego od wykonawcy niewykonania zamówienia, gdyż odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba nie uwzględniła kosztów odwołującego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Stosownie do §5 ust. 2 pkt 1 w zw. §3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia warunkiem zasądzenia ww. kosztów jest złożenie do akt sprawy stosownego rachunku. Rachunek taki winien zostać złożony do czasu zamknięcia rozprawy, tymczasem odwołujący doręczył go Izbie po tym terminie.

Przewodniczący: