

Sygn. akt KIO 2191/13
KIO 2193/13

WYROK
z dnia 2 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 12 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (lider); Ferrovial Agroman SA, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madrid - Hiszpania (partner) (sygn. akt KIO 2191/13)**
- B. w dniu 12 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INSO Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A., Viale Giuseppe Mazzini n. 35, 50132 Firenze – Włochy (lider); UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski (partner) reprezentowanych przez: radcę prawnego Martino B., radcę prawnego Agnieszkę C., B. B. K. BBK Kancelarię Radców Prawnych i Adwokatów Sp. p., ul. Widok 8, 00-023 Warszawa (sygn. akt KIO 2193/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli, ul. dr K. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin**

przy udziale:

1. wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2191/13 po stronie odwołującego
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INSO Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A., Viale Giuseppe Mazzini n. 35, 50132 Firenze – Włochy (lider); UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski (partner) reprezentowanych przez: radcę prawnego Martino B., radcę prawnego Agnieszkę C., B. B. K. BBK Kancelarię Radców Prawnych i Adwokatów Sp. p., ul. Widok 8, 00-023 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2191/13 po stronie odwołującego
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (lider); Ferrovial Agroman SA, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madrid - Hiszpania (partner)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2193/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (lider); Ferrovial Agroman SA, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madrid - Hiszpania (partner) (sygn. akt KIO 2191/13)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INSO Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A., Viale Giuseppe Mazzini n. 35, 50132 Firenze – Włochy (lider); UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski (partner) reprezentowanych przez: radcę prawnego Martino B., radcę prawnego Agnieszkę C., B. B. K. BBK Kancelarię Radców Prawnych i Adwokatów Sp. p., ul. Widok 8, 00-023 Warszawa (sygn. akt KIO 2193/13)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (lider); Ferrovial Agroman SA, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madrid – Hiszpania (partner) (sygn. akt KIO 2191/13)** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INSO Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A., Viale Giuseppe Mazzini n. 35, 50132 Firenze – Włochy (lider); UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski (partner) reprezentowanych przez: radcę prawnego Martino B., radcę prawnego Agnieszkę C., B. B. K. BBK Kancelarię Radców Prawnych i Adwokatów Sp. p., ul. Widok 8, 00-023 Warszawa (sygn. akt KIO 2193/13)** tytułem wpisów od odwołań.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2191/13

KIO 2193/13

Uzasadnienie

Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu zadania pn. Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 stycznia 2013 r., nr 2013/S 002-001846.

sygn. akt KIO 2191/13

W dniu 2 września 2013 r. (pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r.) zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman SA z siedzibą w Hiszpanii, zwanym dalej „odwołującym Budimex”, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”.

W dniu 12 września 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Budimex wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 12 września 2013 r.) wobec zapisów SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji
- 2) art. 29 ust. 1 i ust 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, jak też nieprecyzyjny i niejednoznaczny
- 3) art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust 2 ustawy Pzp w związku z art. 353(1) Kodeksu cywilnego, oraz innych przepisów Kodeksu cywilnego przywołanych w treści uzasadnienia przy poszczególnych zarzutach przez narzucenie niezgodnych z prawem i dyskryminacyjnych dla wykonawcy warunków umowy

Jednocześnie odwołujący Budimex wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji zapisów SIWZ, w szczególności projektu umowy, w sposób określony dla poszczególnych zarzutów w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu odwołujący Budimex wskazał m.in.:

zarzut 1

W świetle § 4 ust. 3 (Prowadzenie robót) projektu umowy zamawiający próbuje nie tylko przenieść odpowiedzialność za popełnione przez siebie błędy w zakresie zgodności i kompletności dokumentacji projektowej, ale również próbuje przerzucić na wykonawców obowiązek uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez przeprowadzenie na własny koszt badań i analiz oraz inwentaryzacji, które powinny przecież stanowić część dokumentacji, w oparciu o którą realizuje się zamówienie. Tymczasem wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym nie może ponosić odpowiedzialności finansowej za braki występujące w dokumentacji. To projektant ponosi bowiem pełną odpowiedzialność za stworzone przez siebie dzieło.

Reasumując odwołujący Budimex podniósł, iż podstawowym obowiązkiem wykonawcy jest zobowiązany do realizacji zamówienia zgodnie z założeniami projektu. Wykonawca jako profesjonalista jest zobowiązany zapoznać się z projektem oraz dochować należytej staranności w zakresie wykonywania przez niego robót budowlanych oraz zwrócić uwagę zamawiającemu na wady projektu, które ewentualnie dostrzeże realizując inwestycję. Natomiast nie jest rolą wykonawcy analiza czynności zamawiającego (który przygotowuje projekt stanowiący część dokumentacji przetargowej czy to sam czy za pomocą biura projektowego), sprawdzając czy przypadkiem nie popełnił błędów przygotowując dokumentację przetargową jak również nie jest jego rolą dokonywanie analiz i badań mających na celu uzupełnienie tej dokumentacji. Tym samym uchylenie się przez zamawiającego od odpowiedzialności za wady i braki dokumentacji projektowej, jak również przerzucenie na wykonawców obowiązku dokonania uzupełniających inwentaryzacji, analiz i badań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, jest sprzeczne z naturą stosunku i jako takie stanowi postanowienie nieważne na podstawie przepisów k.c. Dlatego też postanowienie to powinno być wykreślone.

zarzut 2

Odwołujący Budimex zakwestionował postanowienia zawarte w projekcie umowy - § 10 Wynagrodzenie i warunki płatności, ust. 5, zdanie 2, podnosząc m.in., iż zapis ten jest wprost niezgodny z przepisami kodeksu cywilnego. Zanegował poprawność zapisów dążących w istocie przejęcia długu od wykonawcy przez zamawiającego na podstawie generalnej zgody wykonawcy bez możliwości na obecnym etapie skonkretyzowania wiarygodności, której zgoda dotyczy, jej wymagalności i rozmiaru (przepisy art. 519 i nast. k.c.), oraz przepisów o potrąceniu należności (art. 498 i nast. K.c.).

Zamawiający poprzez kwestionowany zapis w istocie próbuje doprowadzić do sytuacji, kiedy zmniejsza należność wykonawcy przez ustalenia z osobą trzecią (tj. podwykonawcą), bez wiedzy i zgody wykonawcy. Zamawiający dopuszcza zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy bez porozumienia z nim, a więc w przypadku gdy nie ma wiedzy o tym, czy

wierzytelność zgłoszona przez podwykonawcę jest faktycznie należna i wymagalna. Zamawiający ingeruje w wysokość wynagrodzenia przysługującego do wypłaty wykonawcy. Jeżeli wykonawca nie przedstawia oświadczenia podwykonawców o zapłacie należności nie musi być to zawsze związane z brakiem zapłaty bez przyczyny. Wykonawca może bowiem w ramach stosunku prawnego z podwykonawcą odmówić zapłaty wynagrodzenia uznając że świadczenie jest nienależne np. w przypadku braku wykonania prac przez wskazanego podwykonawcę i wykonania ich samodzielnie przez wykonawcę.

W związku z powyższym wniósł o wykreślenie drugiego zdania kwestionowanego zapisu projektu umowy.

zarzut 3

Odwołujący Budimex zakwestionował § 11 ust 1 projektu umowy, dotyczący cen robót dodatkowych. Zamawiający poprzez ten zapis bezprawnie zobowiązuje wykonawcę do przyjęcia cen sztywnych cen określonych (cen jednostkowych ustalonych na podstawie średnich czynników cenotwórczych dla regionu lubelskiego, nie wyższych niż ustalonych w zeszytach Sekocenbud na dzień rozpoczęcia robót dodatkowych). Tak ustalone przez zamawiającego wynagrodzenie za roboty dodatkowe z całą stanowczością nie posiada jakichkolwiek znamion negocjacji oraz w rażący sposób narusza obowiązek przeprowadzenia z wykonawcą negocjacji w ramach zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki .

Podobnie w przypadku cen na roboty zamienne - nie jest możliwe z góry uznanie jakie roboty będą wykonywane a w związku z tym jaka będzie ich wycena.

Dlatego też zażądał wykreślenia postanowień dotyczących rozliczeń w zakresie robót dodatkowych oraz robót zamiennych lub modyfikację postanowień dotyczącą robót zamiennych w sposób zapewniających równość stron umowy.

zarzut 4

Odwołujący Budimex zakwestionował § 13 ust. 1 lit. h projektu umowy, w którym zamawiający zastrzega prawo do odstąpienia od niej w przypadku, gdy w stosunku do wykonawcy lub podwykonawców, przy pomocy których wykonuje przedmiot umowy złożony został wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego lub układowego. Postanowienie to godzi w zasadę trwałości stosunku prawnego w sposób rażący. Zamawiający próbuje bowiem zastrzec prawo odstąpienia również w okolicznościach, na które wykonawca w żaden sposób nie ma wpływu. Wykonawca bowiem nie ma żadnej możliwości kierowania działaniami w prowadzeniu działalności gospodarczej przez podwykonawcę.

Prawo odstąpienia w przypadku, gdy zostanie złożony wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego lub układowego w stosunku do podwykonawcy powoduje stan niepewności prawnej, której w żaden sposób wykonawca nie może ograniczyć - nie ma bowiem żadnego instrumentu aby zgłoszeniu takiego wniosku zapobiec. Obarczanie

odpowiedzialnością tak daleko idącą za działania innego podmiotu godzi w zasadę swobody umów, gdyż sprzeczne jest z zasadami współzycia społecznego i z naturą stosunku prawnego.

A ponadto wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego może być nieuzasadniony, złożony przez osobę nieuprawnioną w okolicznościach, w jakich nie zachodzi prawna podstawa do wszczęcia postępowania. W tej sytuacji prawo odstąpienia od umowy należy uznać za nadużycie. Dlatego też zażądał wykreślenia kwestionowanego zapisu.

zarzut 5

Odwolujący zakwestionował postanowienia dotyczące odstąpienia od umowy (§ 13 ust. 3 projektu umowy). Powyższe zapisy – w jego ocenie - nie mogą być uznane za zgodne z prawem powszechnie obowiązującym zamawiający przewidział bowiem termin odstąpienia z dniem złożenia informacji o przyczynach odstąpienia od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu wykonawcy na ewentualne usunięcie tych okoliczności.

Ponadto zamawiający - niezależnie od zawinienia wykonawcy, gdyż wśród wskazanych przesłanek dostąpienia są również takie, które w żaden sposób nie mogą być mu przypisane, gwarantuje sobie prawo zatrzymania płatności za wykonane prace aż do czasu kompletnego wykonania prac przez innego wybranego przez zamawiającego wykonawcę. Takie postanowienie w sposób rażąco narusza przepisy prawa.

Zamawiający kumuluje więc wysokość odszkodowania w przypadku odstąpienia: po pierwsze żąda zapłaty kary umownej, po drugie może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości szkody, po trzecie zaś żąda pokrycia różnicy pomiędzy wynagrodzeniem uzgodnionym przez zamawiającego z nowym wykonawcą, a wynagrodzeniem przewidzianym w harmonogramie rzeczowo-finansowym dla zakresu robót pozostałego do wykonania po odstąpieniu od umowy. Ta ostatnia konstrukcja może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia przez zamawiającego. Przy cenie ryczałtowej nie jest możliwe uznanie, że poszczególne pozycje harmonogramu odpowiadają dokładnie poniesionym nakładom - istnieje bowiem swoboda kształtowania takiego harmonogramu. Ponadto wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za zmianę okoliczności np. polegającą na zmianie dokumentacji projektowej w kolejnym postępowaniu i zwiększeniu z tego tytułu kosztów. Nie może również odpowiadać za koszty innej - nieznaney mu firmy. Zamawiającemu przysługuje zgodnie z prawem możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych - ten zapis zabezpiecza w sposób pełny interesy zamawiającego w przypadku odstąpienia z winy wykonawcy. Dodatkowe płatności należy uznać za sprzeczne z naturą stosunku prawnego i prowadzące do rażącego pokrzywdzenia jednej ze stron. W związku z powyższym zgłaszam żądanie wykreślenia kwestionowanego zapisu.

zarzut 6

Odwołujący zakwestionował § 16 ust. 3 projektu umowy dotyczący terminów, a mianowicie żądania świadczeń gwarancyjnych związanych z konstrukcją wykonywanych obiektów budowlanych przez okres 40 lat. Żądanie to w sposób rażąco narusza postanowienia art. 353(1) k.c. Przepisy k.c. nie stanowią formalnej przeszkody dla rozszerzenia rękojmi czy też ustanowienia gwarancji na okres dłuższy niż wskazany w wyżej wymienionym przepisie. Jednakże nie można zignorować jego istnienia. Ustawodawca wskazał wyraźnie na realny termin w jakim wykonawca budynku może być odpowiedzialny za wady rzeczy w niej tkwiące. Termin wyznaczony przez zamawiającego stanowi ponad 1300% terminu ustawowego.

Nadto dodał, iż wykonawca przejmuje część prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, w tym konstrukcje jednego z budynków do wykonania. Tym samym żądanie w powyższych okolicznościach ustanowienia gwarancji na okres 40 lat przekracza granice zasady swobody umów, jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego, jak też nierealne w praktyce do wykonania i egzekwowania.

W związku z powyższym zażądał skrócenia okresu gwarancji na konstrukcje na okres nie dłuższy niż 120 miesięcy.

zarzut 7

Odwołujący zakwestionował § 17 ust 1 lit a, b i c projektu umowy, dotyczące obowiązku zapłaty kary umownej przez wykonawcę w przypadku opóźnienia - zarówno w wykonaniu elementów Etapów, jak i wykonaniu Etapów, wreszcie też wykonania przedmiotu umowy. Jednocześnie zwrócił uwagę na treść w § 4 ust 2 projektu umowy podnosząc, iż zamawiający nakłada kary umowne za opóźnienia wielokrotnie - jeżeli opóźnienie wystąpi w trakcie wykonywania elementu i wpłynie na opóźnienie etapu a następnie wykonania przedmiotu umowy. W takim przypadku wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej narastająco za każdy dzień opóźnienia dla elementu, następnie etapu, a następnie całego przedmiotu umowy. Również wysokość kary za „to samo” opóźnienie będzie narastająca - najpierw od wartości elementu, następnie etapu, wreszcie przedmiotu umowy. Tak więc kary umowne zastrzeżone w taki sposób prowadzą do uzyskania nadmiernie wysokiego odszkodowania przez zamawiającego. Zamawiający ustalając sposób naliczania kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współżycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353(1) k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c.

A ponadto zamawiający nakłada kary umowne za opóźnienie - nie zaś za zwłokę, co oznacza obowiązek zapłaty kary umownej również z przyczyn nie wywołanych działaniem wykonawcy. Jednocześnie przedmiot umowy zakłada konieczność zapewnienia czasu na

przenosiny zamawiającego do obiektów ukończonych w Etapie I. Zamawiający wymaga minimum 2 miesięcy przerwania prac na czas przenosin. Jednocześnie opóźnienie zamawiającego i przedłużenie przerwy z przyczyn leżących po jego stronie nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zapłacenia kary umownej za opóźnienie. Jeżeli więc zamawiający przyczynia się do powstania opóźnienia, konsekwencje finansowe w postaci kar umownych ponosił będzie wykonawca. Również w tym przypadku uznać należy, że zamawiający ustalając sposób naliczania kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współzycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353 (1) k.c.

W związku z powyższym odwołujący Budimex zażądał wykreślenia § 17 ust 1 lit a i b, oraz zmiany polegającej na zastrzeżeniu kary umownej w przypadku wystąpienia zwłoki lub alternatywnie w przypadku pozostawienia kary za opóźnienie, wprowadzenie zapisów, że do dni opóźnienia nie wlicza się dni opóźnienia wynikłego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 13 września 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Warbud” oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INSO Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, zwani dalej „konsorcjum INSO”, otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 16 września 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Warbud przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego Budimex, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 16 września 2013 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum INSO, przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego Budimex, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 2193/13

W dniu 2 września 2013 r. (pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r.) zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia INSO Sistemi per la Infrastrutture Sociali S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, zwanym dalej „odwołującym INSO”, SIWZ.

W dniu 12 września 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący INSO wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu

12 września 2013 r.) od treści SIWZ oraz treści wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie pozwala na sporządzenie rzetelnej oferty przez odwołującego INSO, a tym samym utrudnia uczciwą konkurencję
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 oraz ust. 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno — użytkowego, zwanego dalej „rozporządzeniem”, poprzez zaniechanie sporządzenia i przekazania odwołującemu INSO przedmiaru robót, co powoduje opisanie przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie pozwala na sporządzenie rzetelnej oferty przez odwołującego INSO
- 3) art. 52 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie ostatecznego terminu do złożenia oferty w przetargu krótszego od ustawowo przyjętego minimalnego, 40 — dniowego terminu do złożenia oferty od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert
- 4) art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 52 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu do sporządzenia rzetelnej i prawidłowej oferty na podstawie niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia
- 5) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez sporządzenie wzoru umowy, tj. § 1 ust. 2.1, § 3 ust. 1 pkt 20), § 4 ust. 3, § 4 ust. 6 lit. c) i d), § 4 ust. 8 lit. h), § 4 ust. 9, § 7 ust. 5, § 9 ust. 1, § 9 ust. 3, § 9 ust. 5 lit. c), § 10 ust. 5, § 12 ust. 3 pkt 4, § 13 ust. 1 lit. b), § 16 ust. 5 oraz § 17 ust. I oraz art. III ust. 2.1 SIWZ, w sposób sprzeczny z naturą stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego
- 6) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 4) ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie pozwala na sporządzenie rzetelnej oferty, a przez to naraża odwołującego INSO na złożenie oferty, która nie odpowiada treści SIWZ albo złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
- 7) art. 7 § 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji polegające na opisanie przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie pozwala na

sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty, co naraża postępowanie na ryzyko unieważnienia z powodu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającego na złożeniu przez wykonawców nieporównywalnych ofert.

Jednocześnie odwołujący INSO wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu usunięcie z SIWZ oraz wzoru umowy zapisów niezgodnych z prawem, tj. m. in. § 1 ust. 2.1, § 3 ust. 1 pkt 20), § 4 ust. 3, § 4 ust. 6 lit. c) i d), § 4 ust. 8 lit. h), § 4 ust. 9, § 7 ust. 5, § 9 ust. 1, § 9 ust. 3, § 9 ust. 5 lit. c), § 10 ust. 5, § 12 ust. 4, § 13 ust. 1 lit. b), § 16 ust. 5 oraz § 17 ust. 1 wzoru umowy a także art. XI oraz art. III ust. 2.1 SIWZ
- 2) nakazanie zamawiającemu sporządzenia przedmiaru robót zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno — użytkowego, zwanego dalej „Rozporządzeniem”
- 3) nakazanie zamawiającemu sprecyzowania we wzorze umowy, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za dotychczas wykonane roboty budowlane
- 4) nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu do składania ofert o 2 miesiące, tj. do dnia 10 grudnia 2013 roku
- 5) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego INSO według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący INSO wskazał m.in.:

odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 1)

Odwołujący INSO podniósł m.in., iż przedmiot zamówienia polega na dokończeniu zadania pn.: „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej” zlokalizowanej w Lublinie przy ul. Jaczewskiego 7 za ceną stałą (ryczałtową) przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, która nie podlega jakimkolwiek zmianom. Dostarczona przez zamawiającego dokumentacja nie zawiera przedmiaru robót, a przekazane dokumenty inwentaryzacyjne są na tyle nieprecyzyjne i niekompletne, że nie pozwalają na sporządzenie rzetelnej i kompletnej oferty wraz z jej prawidłową wyceną w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Brak sporządzenia oraz przekazania mu przedmiaru robót, a jednocześnie wyznaczenie przez zamawiającego ostatecznego terminu do złożenia ofert na dzień 10 października 2013 roku w obiektywny sposób uniemożliwiają odwołującemu INSO na przygotowanie rzetelnej i prawidłowej oferty. Dokumenty przekazane przez zamawiającego, w szczególności dokumenty inwentaryzacyjne sporządzone przez zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do sporządzenia rzetelnej i prawidłowej oferty i jej wyceny. Zamawiający posiada pełną świadomość braków przekazanej dokumentacji z uwagi na fakt, że zgodnie z

treścią § 4 ust. 3 oraz § 4 ust. 6 lit. c) i d), § 9 ust. 1 wzoru umowy, zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek sporządzenia własnej inwentaryzacji oraz badania dotychczas wykonanych prac oraz ich jakości, a następnie dokonanie oceny ich przydatności na cele wykonania przedmiotu umowy. Tym samym, zamawiający przekazał dokumenty wykonawcom, które tylko teoretycznie pozwalają na sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty.

Nadto dodał, że w związku z faktem, że przedmiot zamówienia dotyczy dokończenia robót budowlanych, zamawiający powinien w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazać, co zostało wykonane oraz w jakiej ilości i jakości. Natomiast przekazana dokumentacja przetargowa pozostawia zbyt duże pole do indywidualnych ocen przedmiotu zamówienia przez wykonawców, którzy de facto nie są w stanie jednoznacznie stwierdzić, co zostało prawidłowo wykonane i jakie prace należy wykonać w celu doprowadzenia dotychczasowych prac do stanu zgodnego z umową, w celu ich kontynuacji. W związku z powyższym, może wyniknąć sytuacja, w której nie sposób będzie ocenić, na jakiej podstawie i w oparciu, o jakie kryteria wykonawcy przygotowali swoje oferty, co tym samym sprawi, że te oferty nie będą możliwe do rzetelnego i zgodnego z ustawą porównania.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i ust. 3 Rozporządzenia (zarzut 2)

Zamawiający, nie dołączając do dokumentacji przekazanej odwołującemu INSO przedmiaru robót, naruszył powyższe przepisy, gdyż przepis § 4 ust. 3 Rozporządzenia nie ma charakteru przepisu bezwzględnie obowiązującego. Dlatego też możliwość odstąpienia przez zamawiającego od wymogu sporządzenia przedmiaru robót należy brać pod uwagę jedynie w następstwie wszechstronnego zbadania wszelkich okoliczności sprawy. Powyższy przepis rozporządzenia nie może jednak zwalniać zamawiającego z obowiązków wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy zaniechanie sporządzenia przedmiaru robót mogłoby skutkować zachwianiem zasady uczciwej konkurencji lub skutkować opisaniem przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który nie uwzględniałby wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływa na sporządzenie oferty.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z przetargiem o dokończenie robot. Odwołujący INSO wskazuje, że w takiej sytuacji wykonawcy powinni posiadać jednoznaczne informacje, jakie roboty zostały wykonane i jakie pozostały do wykonania. Te elementy nie powinny podlegać ocenie wykonawców, ani nie powinny być podatne na ich odmienną interpretację czy ocenę. Przygotowanie oferty na dokończenie robot jest bardziej złożonym procesem, niż przygotowanie oferty na wykonanie całości robot, ze względu właśnie na występowanie dużo większej ilości niewiadomych. Poza tym wykonawca musi posiadać

rzetelną wiedzę na temat ilości oraz jakości robót dotychczas wykonanych oraz pozostających do wykonania. W takim przypadku należy oczekiwać od zamawiającego szczególnej staranności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, która powinna się przejawiać w przygotowaniu i przekazaniu przedmiaru robót, jako jedyne dokumentu, który w sposób jednoznaczny dla wszystkich wykonawców opisuje roboty podlegające ofercie.

Nadto dodał, iż na podstawie przekazanej dokumentacji SIWZ oraz dokonanej wizji lokalnej nie sposób dokonać rzetelnej i prawidłowej oceny i weryfikacji stanu wykonania dotychczasowych prac. Zdaniem odwołującego INSO, przedstawienie przez zamawiającego przedmiaru robót, pozwoliłoby odwołującemu INSO na sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty, gdyż na dzień dzisiejszy z uwagi na brak w/w dokumentu oraz bardzo krótki okres do złożenia oferty w celu uzyskania zamówienia na przedmiotowe w sprawie zadanie, sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty jest obiektywnie niemożliwe albo bardzo utrudnione. Ponadto, z dokumentów przekazanych przez zamawiającego nie wynikają ilości robót do wykonania, jak i ilość poszczególnych materiałów i urządzeń, które wykonawca zobowiązany jest dostarczyć. Z tego względu, biorąc pod uwagę, że wykonawca nie jest w stanie dokonać rzetelnej i prawidłowej weryfikacji stanu dotychczas wykonanych prac, sporządzenie oferty w oparciu o przekazaną dokumentację obciążone jest ryzykiem sporządzenia skrajnie różnych i nieporównywalnych ofert przez poszczególnych wykonawców. Brak przedmiaru robót znacznie utrudni także podjęcie negocjacji z potencjalnymi podwykonawcami, gdyż z uwagi na fakt, że zamówienie ma polegać w szczególności na dokończeniu dotychczas wykonanego obiektu, potencjalni wykonawcy domagają się przedstawienia przedmiaru robót, obejmującego szczegółowe wyliczenia ilości prac i materiałów.

Z uwagi na powyższe, odwołujący INSO wniósł o nakazanie zamawiającemu sporządzenia i przekazania odwołującemu INSO przedmiaru robót, a przez to opisanie przedmiotu oraz warunków wykonania zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, który pozwoli na sporządzenie rzetelnej oferty przez odwołującego INSO.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 52 ust. 2 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 52 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut 3)

W niniejszej sprawie zamawiający ustalił ostateczny termin do składania ofert na dzień 10 października 2013 roku. Jednocześnie zamawiający przekazał odwołującemu INSO zaproszenie do złożenia oferty w dniu 2 września 2013 roku. Tym samym zamawiający wyznaczył odwołującemu INSO termin do złożenia oferty krótszy od ustawowego terminu, a więc niezgodny z art. 52 ust. 2 ustawy Pzp

Nadto podniósł, iż zamawiający naruszył art. 52 ust. 2 ustawy Pzp także z uwagi na fakt, że określony w SIWZ termin składania ofert, nawet jeżeli przyjąć, że zamawiający zachował 40 — dniowy ustawowy termin liczony od dnia przekazania zaproszenia do

złożenia ofert, jest w niniejszych okolicznościach sprawy zbyt krótki do sporządzenia rzetelnej i prawidłowej oferty przez wykonawcę. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z kwestionowanymi przez odwołującego INSO zapisami SIWZ oraz wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany do przeanalizowania dokumentacji projektowej oraz wzięcia odpowiedzialności za dotychczas wykonane prace przez poprzedniego wykonawcę, w terminie niecałych 40 dni. Jak wskazywano powyżej, przedmiotowe zamówienie nie dotyczy jedynie budowy obiektu, ale przede wszystkim jego dokończenia. W takim wypadku, wykonawca w celu sporządzenia rzetelnej i prawidłowej oferty nie tylko musi dokonać wnikliwej analizy przedstawionej mu dokumentacji, ale także podjąć się merytorycznej weryfikacji dotychczas wykonanych prac. Wskazane czynności są o wiele bardziej czasochłonne. Podniósł także, że wykonawca sporządzając swoją ofertę nie może się oprzeć na przedmiarze robót, który zdecydowanie usprawniłby dokonanie niezbędnych wyliczeń oraz analiz.

Reasumując wniósł o nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu do składania ofert o 2 miesiące tj. do dnia 10 grudnia 2013 roku.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353 k.c. (zarzut 4)

Odwołujący INSO podniósł, iż oprócz naruszeń ustawy prawo zamówień publicznych, zapisy przekazanego przez zamawiającego wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ są niezgodne z zasadami współżycia społecznego i w znaczący sposób ograniczają równość stron umowy. Poza tym, zapisy wzoru umowy naruszają nie tylko przepisy kodeksu cywilnego, ale także art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż przedstawione poniżej zapisy umowy wskazują na niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, co ma wpływ na sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty przez Odwołującego. Odwołujący wskazuje następnie na konkretne zapisy projektu umowy, które zamawiający winien usunąć.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 4) ustawy Pzp (zarzut 5)

Opisanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, co także może spowodować, że odwołujący INSO sporządzi ofertę, która nie będzie odpowiadała treści SIWZ albo będzie zawierała rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Przekazana przez zamawiającego dokumentacja, a w szczególności brak przedmiarów nie pozwalają na dzień dzisiejszy na skonstruowanie rzetelnej i prawidłowej oferty. Z treści wzoru umowy wyraźnie wynika, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i prawidłowej inwentaryzacji dotychczas wykonanych prac, gdyż wszelkim ryzykiem z tym związanym został obciążony wykonawca. A ponadto bardzo krótki okres wyznaczony do przygotowania i złożenia oferty, także uniemożliwia rzetelną weryfikację dokumentacji zamawiającego. Z tego względu odwołujący INSO naraża się na złożenie

oferty nie odpowiadającej treści SIWZ albo złożenie oferty zawierającej rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym stanie faktycznym opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a także braki w dokumentacji projektowej mogą prowadzić do różnej interpretacji SIWZ oraz postanowień umowy, a w rezultacie do złożenia oferty nierzetelnej, która nie odpowiada treści SIWZ albo złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp (zarzut 6)

Zamawiający stworzył ryzyko złożenia przez wykonawców ofert, które są nieporównywalne pod względem rzetelności oraz prawidłowości sporządzenia i wyceny. Nadto podniósł, że w tym przypadku zamawiający, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp będzie zobowiązany do unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 13 września 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman SA z siedzibą w Hiszpanii, zwani dalej „konsorcjum Budimex”, otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 16 września 2013 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Budimex przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego INSO, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 24 września 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obu odwołań w całości jako bezzasadnych.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2013 r., na podstawie art. 189 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, ww. odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony do sprawy o sygn. akt KIO 2191/13.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego Budimex i odwołującego INSO w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż, odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut 1, 2, 6 i 7 (naruszenia: art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 1), art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 oraz ust. 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno — użytkowego (zarzut 2), art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 4) ustawy Pzp (zarzut 6) i art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp (zarzut 7) podniesione przez odwołującego INSO nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” podał:

„1.Przedmiotem zamówienia jest: wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu zadania pn. „Rozbudowa i Modernizacja Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej” zlokalizowanej w Lublinie przy ul. Jaczewskiego 7 wraz z dostawą i montażem podstawowego wyposażenia szpitalnego COZL.

2.Zakres robót obejmuje w szczególności:

2.1.Zakończenie rozpoczętych i wykonanie nowych robót budowlanych dotyczących modernizacji i rozbudowy Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jan z Dukli oraz dostawa i montaż podstawowego wyposażenia szpitalnego COZL, na podstawie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi Projekt Budowlany, Projekty Wykonawcze (w tym projekty wyposażenia i aranżacji wnętrz oraz kolorystyki),

inwentaryzacje wykonane przez zamawiającego, inwentaryzacje geodezyjne wykonanych elementów, ekspertyzy, tabele elementów scalonych.

2.2.Dostawę i montaż podstawowego wyposażenia szpitalnego COZL zgodnie z „Zestawieniem wyposażenia” – stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

3.Wykonanie robót budowlanych następuje na podstawie dokumentacji projektowej, o której mowa w pkt 2.1 oraz na podstawie prawomocnej decyzji udzielającej pozwolenia na budowę/rozbiórki”.

Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty”, pkt 2 – „cena podana w ofercie jest ceną stałą (ryczałtową) w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia i nie podlega jakimkolwiek zmianom”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Natomiast szczegółowy zakres i formę dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, jak i programu funkcjonalno – użytkowego normuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072). W myśl § 4 ust. 2 ww. rozporządzenia „dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia, składa się w szczególności z:

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

Nadto § 4 ust. 3 przedmiotowego rozporządzenia stanowi, że „jeśli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót”. Oznacza to, że zamawiający przeprowadzając postępowanie o zamówienie na roboty budowlane w sytuacji, gdy przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe a nie kosztorysowe może nie przekazywać wykonawcy przedmiaru robót wraz z SIWZ. Przepis ten daje zamawiającemu taką możliwość, pozostawiając mu jednocześnie decyzję co do tego czy sporządza i przekazuje wykonawcy przedmiar robót, czy też nie, nie narzucając mu przy tym takiego rozwiązania. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym istotne jest bowiem całościowe wynagrodzenie zaproponowane przez wykonawcę a nie jego poszczególne składniki. Zgodnie z art. 632 §1

k.c. „jeśli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”. Tym samym w przypadkach zawierania umów o wynagrodzenie ryczałtowe zmuszanie zamawiającego do przedłożenia wykonawcom przedmiaru robót, a wykonawcy do określania cen jednostkowych robót nie ma podstaw. Skoro zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe to wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie nawet jeśli w przedmiarach lub w projekcie wystąpiły pewne pominięcia i nieścisłości. Zgadzając się na wynagrodzenie ryczałtowe zamawiający, jak i wykonawca muszą zdawać sobie sprawę, że w trakcie realizacji zamówienia oraz po jego wykonaniu nie będzie można żądać podwyższenia ani też obniżenia wynagrodzenia. Ten rodzaj rozliczenia zakłada bowiem pełen profesjonalizm po stronie wykonawcy, który dysponując odpowiednią wiedzą i doświadczeniem może samodzielnie dokonać oceny dokumentacji projektowej i stwierdzić, jakie prace będą konieczne lub mogą stać się niezbędne do wykonania zamówienia. To wykonawca bazując na swoim doświadczeniu powinien być w stanie ocenić skalę robót dodatkowych oraz potencjalne ryzyko związane z wykonaniem zamówienia i odpowiednio w kalkulować je w cenę składanej oferty. Dlatego też w takim właśnie stanie faktycznym, a więc przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego, nie można zamawiającemu stawiać zarzutu, iż dokumentacja projektowa nie obejmuje przedmiaru robót. Uzasadnieniem dla konieczności sporządzenia i przekazania wykonawcom przedmiaru robót nie może być bowiem okoliczność, iż przedmiotem zamówienia jest dokończenie określonego zadania, jego kontynuacja, co w niniejszym stanie faktycznym ma miejsce i spowodowane jest tym, iż realizujący to zamówienie wykonawca zszedł z placu budowy. Wykonawca ten wznosił jedynie – jak podniósł to zamawiający – budynek nowego pawilonu łóżkowego (budynek nr 4), który jest w stanie surowym otwartym. „Poza częścią niedokończonych, ale zinwentaryzowanych przez zamawiającego (...) nie występują elementy robót rozpoczętych a niezakończonych, które nie objęte byłyby dokumentacją lub inwentaryzacją”. Wszystkie roboty pozostające do wykonania w tym budynku i w pozostałych budynkach objętych przedmiotem zamówienia są opisane i ujęte w dokumentacji projektowej. Zamawiający opisał bowiem przedmiot zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi Projekt Budowlany, Projekty Wykonawcze (w tym projekty wyposażenia i aranżacji wnętrz oraz kolorystyki), inwentaryzacje wykonane przez zamawiającego, inwentaryzacje geodezyjne wykonanych elementów, ekspertyzy, tabele elementów scalonych. W dokumentacji tej (dokumentacji projektowej) nie występują również braki, na które powołuje się odwołujący INSO, i które nie pozwalają wykonawcom na sporządzenie konkurencyjnej oferty. Odnosząc się do tych braków stwierdzić należy co następuje:

Dokumentacja przekazana wykonawcom w formie „PDF” stanowi pełne odzwierciedlenie dokumentacji projektowej. Dokumentację projektową, a więc w wersji papierowej – zgodnie z § 9 ust. 1 wzoru umowy – zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy realizującemu inwestycje i – jak oświadczył na rozprawie – w terminie 3 dni od daty zawarcia umowy przekazać ją wykonawcy.

Budynek nr 4, oceny stanu którego dokonanej przez rzeczoznawcę budowlanego w zakresie stanu całej konstrukcji żelbetowej oraz wewnętrznych ścian murowanych żąda obecnie odwołujący INSO, znajduje się w stanie surowym otwartym i został zrealizowany zgodnie z dokumentacją projektową przez poprzedniego wykonawcę. Budynek ten został odebrany przez inspektora nadzoru, a odpowiedni wpis zawarty jest w Dzienniku budowy. Wykonawca, mając jakiegokolwiek zastrzeżenia do projektu przed wykonaniem elementu, którego zastrzeżenie dotyczy, ma możliwość zgłoszenia wad i braków stosownie do treści § 4 ust. 4 wzoru umowy. W takim przypadku zobowiązany będzie do zastosowania się w tym (kwestionowanym) zakresie do wskazań Projektanta bądź Inspektora Nadzoru.

W skład dokumentacji przekazanej wykonawcom wchodzi inwentaryzacje wykonane przez zamawiającego, które – jak podniósł zamawiający – są pełne i zawierają inwentaryzację elementów faktycznie wykonanych, a nie rozpoczętych. Nie jest możliwe zinwentaryzowanie pionów ścian, które nie są w pełni wykonane. Inwentaryzacja ścian pionowych już z istoty swej dotyczy bowiem wyłącznie ścian zakończonych a więc wykonanych w całości a nie w części. Elementów rozpoczętych wykonawca nie musi uwzględniać w ofercie. To wyłącznie od woli wykonawcy zależy czy wykorzysta te elementy (części wykonanych już ścian), czy też nie.

Dokumentacja powykonawcza dotyczy wyłącznie zakończonych i odebranych elementów budynku nr 4, a nie całego budynku nr 4. Świadczy o tym chociażby powołany przez odwołującego INSO załącznik nr 1.5. „Projekt Wykonawczy zrealizowanych elementów w budynku nr 4”.

Dokumentacja wykonawcza oraz aneksy do tej dokumentacji zostały przekazane wykonawcom.

W sporządzonej inwentaryzacji zamawiający podał jedynie „średnice i tonaż zbrojenia, bez szczegółowego wykazu każdego pręta prostego i każdej figury prefabrykowanej” z uwagi na ogólną ilość zbrojenia (9,5 ton) i zobowiązując wykonawcę aby przed przystąpieniem do prac zbrojarskich wykonał własną inwentaryzację oraz badania celem stwierdzenia, które i w jakiej ilości pręty zbrojeniowe będzie mógł on wykorzystać na budowie, a które nie spełniają warunków do ich zamontowania. Wykonawcy nie są przy tym zobowiązani do wyceny tego elementu i uwzględnienia go w swojej ofercie. Materiały pozostawione na budowie przez poprzedniego wykonawcę podlegają bowiem zwrotowi, a w przypadku ich ewentualnego wykorzystania zapłacić za ów materiał.

Nieuprawniony jest także zarzut odwołującego INSO jakoby dokumentacja budowlana i wykonawcza nie zawierała wykazów i zestawień materiałów z branż elektrycznej, sanitarnej, wentylacyjnej, gazów medycznych i pozostałych technologicznych. Zamawiający okazał bowiem - w trakcie rozprawy - miejsca, w których w dokumentacji projektowej zawarte są rzekomo brakujące informacje dotyczące wyżej wskazanych branż.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że zamawiający nie naruszył także art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. I w taki też sposób, sposób zgodny z treścią tego artykułu, jak i z uwzględnieniem art. 31 ustawy Pzp, zamawiający dokonał opisu przedmiotu tego zamówienia. Zamawiający dokonał bowiem tego na podstawie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi Projekt Budowlany, Projekty Wykonawcze (w tym projekty wyposażenia i aranżacji wnętrz oraz kolorystyki), inwentaryzacje wykonane przez zamawiającego, inwentaryzacje geodezyjne wykonanych elementów, ekspertyzy, tabele elementów scalonych. Dokumentacja ta, wbrew twierdzeniom odwołującego INSO, jest jednoznaczna i pełna. Natomiast przygotowany przez zamawiającego wzór umowy pozwala na zgłaszanie, oczywiście przy zachowaniu określonych procedur, wszelkiego rodzaju zastrzeżeń wykonawcy do projektu, jak również daje wykonawcom możliwość dokonania szeregu dodatkowych czynności, które pozwolą im na prawidłowe skalkulowanie oferty. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem (budowa szpitala) i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający nie oznacza przy tym rezygnacji z realizacji zasady uczciwej konkurencji. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzuty podniesione przez odwołującego INSO nie potwierdziły się.

Zarzut 3 i 4 (naruszenia art. 52 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 52 ust. 2 ustawy Pzp) podniesione przez odwołującego INSO nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w SIWZ rozdział XI „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert” określił termin składania ofert „do dnia 10 października 2013 r., do godz. 9.00”.

Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r. przekazał wykonawcom zaproszenie do złożenia oferty.

Odwołujący INSO podniósł, iż zamawiający wyznaczył wykonawcom termin do złożenia oferty krótszy od ustawowego terminu, a więc niezgodny z treścią art. 52 ust. 2 ustawy Pzp, dodając, że nawet gdyby przyjąć, że zamawiający zachował 40 – dniowy termin liczony od dnia przekazania zaproszenia do złożenia oferty, to termin ten jest w niniejszych

okolicznościach sprawy zbyt krótki do sporządzenia rzetelnej i prawidłowej oferty przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 52 ust. 2 ustawy Pzp „jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert”. Z powyższego przepisu niewątpliwie więc wynika, iż termin składania ofert dla zamówień „europejskich” nie może być krótszy niż 40 dni, przy czym istotnym jest, iż termin ten liczy się „od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert”, co jednoznacznie wynika z literalnej wykładni tego przepisu, a nie od „dnia otrzymania zaproszenia” przez wykonawcę jak oczekuje tego odwołujący INSO. Tak więc dniem, od którego należy liczyć początek biegu tego terminu jest dzień przekazania zaproszenia wykonawcom. Skoro więc zamawiający przekazał wykonawcom, w tym także odwołującemu INSO, zaproszenie do złożenia oferty dniu 30 sierpnia 2013 r., wyznaczając termin składania ofert na dzień 10 października 2013 r. oznacza to, że uczynił on zadość wymogom tego przepisu. Okoliczność tę, a więc dochowanie ustawowego minimalnego 40-dniowego terminu (terminu od dnia zaproszenia do złożenia oferty do dnia jej złożenia), przyznał na rozprawie także sam odwołujący INSO, jednocześnie podnosząc, iż termin ten powinien być liczony od daty otrzymania zaproszenia przez wykonawcę, jednak stanowisko to nie znajduje uzasadnienia w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Termin składania ofert dla zamówień „europejskich” – zgodnie z przepisami ustawy Pzp - wynosi bowiem 40 dni, licząc od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Ustalenie terminu na składanie ofert jest domeną zamawiającego a nie wykonawcy. Tak więc jedynym ustawowym warunkiem dla oceny prawidłowości jego ustalenia jest stwierdzenie czy nie jest on krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert wykonawcom. Innych warunków w zakresie ustalania tego terminu ustawa nie przewiduje. Tym samym nieuprawnionym jest jakiegokolwiek uzależnianie określenia długości tego terminu od innych okoliczności, w tym – tak jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym - od sporządzenia i przekazania wykonawcom dokumentu (przedmiaru robót), do którego sporządzenia i przekazania wykonawcom zamawiający nie jest zobowiązany w przypadku ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

Zarzut 5 (naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez sporządzenie wzoru umowy, tj. § 1 ust. 2.1, § 3 ust. 1 pkt 20), § 4 ust. 3, § 4 ust. 6 lit. c) i d), § 4 ust. 8 lit. h), § 4 ust. 9, § 7 ust. 5, § 9 ust. 1, § 9 ust. 3, § 9 ust. 5 lit. c), § 10 ust. 5, § 12 ust. 3 pkt 4, § 13 ust. 1 lit. b), § 16 ust. 5 oraz § 17 ust. 1 oraz art. III ust. 2.1 SIWZ, w sposób sprzeczny z naturą stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) podniesione przez odwołującego INSO oraz zarzuty kwestionujące treść wzoru umowy podniesione przez odwołującego Budimex nie potwierdziły się.

Niewątpliwym jest, iż art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze *iuris cogentis* zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp.

Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte

wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Zakwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, jak i umowy Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami stwierdzając, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów stwierdzić należy, iż:

Zarzut dot. naruszenia § 10 ust. 5 wzoru umowy (zarzut 2 uzasadnienia odwołania odwołującego Budimex) (wspólny dla odwołującego Budimex i odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 10 ust. 5 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„Wykonawca zobowiązuje się do składania Zamawiającemu na 7 dni przed upływem terminu płatności faktury pisemnych oświadczeń Podwykonawców, złożonych przez osoby upoważnione do działania w imieniu danego Podwykonawcy, według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do Umowy, po otrzymaniu zapłaty za dotychczas wykonane prace i wystawione faktury. W przypadku niedostarczenia przez wykonawcę powyższego oświadczenia Zamawiający wstrzyma płatność faktury na rzecz Wykonawcy i może bez udziału Wykonawcy podjąć z Podwykonawcami negocjacje w sprawie należnych im kwot, pomniejszając w ten sposób swoje zobowiązania wobec Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę”.

Postanowienie to zakwestionowali obaj odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż we wzorze umowy dotyczącym robót budowlanych, a przedmiotem niniejszego postępowania są roboty budowlane, powinny się znaleźć ustalenia w zakresie realizacji zamówienia przez podwykonawcę, w tym m.in. także kwestie dotyczące wynagrodzenia podwykonawcy za prace powierzone mu w ramach podwykonawstwa. Art. 647¹ k.c. wprowadza bowiem solidarną odpowiedzialność inwestora, a więc zamawiającego i wykonawcy względem podwykonawcy w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia. Podwykonawca może bowiem żądać zapłaty wynagrodzenia nie tylko od

wykonawcy, z którym zawarł umowę ale także od zamawiającego. Koniecznym jest więc uregulowanie w treści umowy kwestii związanych z rozliczeniem płatności podwykonawców i w takim właśnie przypadku dopuszczalne jest uregulowanie trybu realizacji płatności za wykonane roboty. „Powinno ono przewidywać, że wykonawca będzie przedkładać inwestorowi faktury własne wraz z załącznikami obejmującymi:

- 1) upoważnienie do zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawców, w części dla nich przypadającej, na zasadzie przekazu (art. 921¹-921⁵ KC), zgodnie z załączonymi ich fakturami
- 2) faktury podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz ich oświadczenia, że zapłata za te faktury wyczerpuje ich roszczenia z tytułu wykonanych robót
- 3) kopie upoważnień udzielonych przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) podwykonawcom (i odpowiednio dalszym podwykonawcom przez podwykonawców) do odbioru należnych wynagrodzeń bezpośrednio od inwestora, na zasadzie przekazu (art. 921¹-921⁵ KC)” (K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny, Komentarz do art. 450 – 1088, Tom II. 2011).

Brak jest więc podstaw do kwestionowania § 10 ust. 5 wzoru umowy, tym bardziej że przepis ten (art. 647¹ k.c.) miał na celu stworzenie ochrony prawnej podwykonawców na wypadek braku zapłaty należnego im wynagrodzenia przez wykonawców, jak również miał zapewnić ochronę inwestorów. Postanowienie to absolutnie nie narusza praw wykonawcy, w tym przysługującego mu wynagrodzenia za realizację wykonanych przez niego prac. Ma natomiast zapewnić kontrolę zamawiającego, ponoszącego wraz z wykonawcą odpowiedzialność solidarną względem podwykonawcy w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia, iż w przypadku należytego wykonania powierzonych mu prac otrzymał on należne mu wynagrodzenie i nie będzie występował w tym zakresie z roszczeniem w stosunku do zamawiającego. Postanowienie to przewiduje jedynie procedurę, która podaje, że zamawiający do czasu wyjaśnienia wszelkich okoliczności związanych z regulowaniem płatności przez wykonawcę na rzecz podwykonawcy, będzie mógł zatrzymać tę część wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania powyższych postanowień.

Zarzut dot. naruszenia § 11 ust. 1 wzoru umowy (zarzut 3 uzasadnienia odwołania podniesiony przez odwołującego Budimex)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 11 ust. 1 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„Roboty dodatkowe, o których mowa w art. 67 ust. 5 ustawy Pzp, czyli nie ujęte w dokumentacji i nie wynikające z zastosowanej technologii, norm i przepisów technicznych, które ewentualnie wystąpią w trakcie realizacji przedmiotu umowy i są konieczne do jej

wykonania, mogą zostać wykonane na podstawie odrębnego zlecenia, a ich rozliczenie nastąpi według kosztorysu powykonawczego sporządzonego w oparciu o ceny jednostkowe, ustalone na podstawie średnich czynników cenotwórczych dla regionu lubelskiego, nie wyższych niż określonych w zeszytach Sekocenbudu na dzień rozpoczęcia robót dodatkowych”.

Postanowienie to zakwestionował odwołujący Budimex.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, uznając iż z treści kwestionowanego paragrafu faktycznie wynika, że zamawiający poprzez ów zapis ograniczył jedynie zakres negocjacji, które obejmują nie tylko kwestie dotyczące ceny, ale i inne istotne elementy umowy, w tym m.in. zakres prac i termin ich wykonania. Tak więc ustalił on w ten właśnie sposób kryteria wyliczenia ceny oferty za te roboty, a nie – jak twierdzi odwołujący Budimex - ceny sztywne, które należy uwzględnić w kalkulacji oferty za roboty dodatkowe i zamienne. Niewątpliwym jest bowiem, iż roboty dodatkowe i roboty zamienne stanowią zawsze nowe zamówienie i udzielane są w drodze odrębnego postępowania. Nie wyklucza to przy tym możliwości ustalenia już na etapie wcześniejszego postępowania kryteriów, na podstawie których prowadzone będzie postępowanie na roboty dodatkowe i zamienne. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 13 ust. 1 lit. h) wzoru umowy (zarzut 4 uzasadnienia odwołania podniesiony przez odwołującego Budimex)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 13 ust. 1 lit. h) wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, jeżeli: (...)

h) w stosunku do Wykonawcy lub Podwykonawców, przy pomocy których wykonuje przedmiot umowy złożony został wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego lub układowego”.

Postanowienie to zakwestionował odwołujący Budimex.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zakwestionowane przez odwołującego Budimex postanowienie jest jedną z enumeratywnie wymienionych okoliczności zaistnienia, których przyznaje zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy.

Wniosek o wszczęcie upadłości może zgłosić dłużnik lub każdy z jego wierzycieli, a w niektórych jedynie przypadkach - osoby trzecie, np. organ założycielski przedsiębiorstwa państwowego, Komisja Nadzoru Bankowego. Zgłoszenie takiego wniosku nie jest jednak jednoznaczne z ogłoszeniem upadłości. Postępowanie o ogłoszenie upadłości jest bowiem wszczęte na skutek zgłoszenia wyłącznie przez podmiot uprawniony właściwie opłaconego i

pozbawionego braków formalnych wniosku o ogłoszenie upadłości. Tym samym wniosku o zgłoszenie upadłości, wbrew twierdzeniom odwołującego Budimex, nie może zgłosić osoba nieuprawniona, jak również wniosek taki nie może być „nieuzasadniony”. Obawy odwołującego Budimex są więc w tym zakresie nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego wykonawca może tak ukształtować treść umowy z podwykonawcą, przy pomocy którego wykonuje przedmiot zamówienia aby w przypadku zaistnienia takiej okoliczności mógł on (wykonawca) także odstąpić od zawartej z tym podwykonawcą umowy. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 13 ust. 3 wzoru umowy (zarzut 5 uzasadnienia odwołania podniesiony przez odwołującego Budimex)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 13 ust. 3 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„Odstąpienie Zamawiającego od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy następuje z chwilą pisemnego zawiadomienia Wykonawcy o przyczynie odstąpienia od umowy. Odstąpienie od umowy z przyczyn, o których mowa w ust. 1 lit. b), d), e), f), g), h) może nastąpić w terminie 3 miesięcy od zaistnienia okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia od umowy. W takim przypadku:

- a) zapłata za wykonane prace zostanie wstrzymana do czasu wykonania przedmiotu umowy przez innego wykonawcę i zostanie uregulowana nie wcześniej niż po odbiorze końcowym robót wykonanych przez innego wykonawcę, przy czym Zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia z tej kwoty, wszystkich należności Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy”

Nadto zamawiający w § 13 ust. 5 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy:

- a) wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną określoną w § 17 ust. 1 lit. e) niniejszej umowy
- b) niezależnie od kar umownych Wykonawca pokryje różnicę pomiędzy wynagrodzeniem uzgodnionym przez Zamawiającego z nowym Wykonawcą, a wynagrodzeniem ryczałtowym ustalonym w harmonogramie rzeczowo – finansowym, dla pozostałego do wykonania po odstąpieniu od umowy, zakresu robót”.

Postanowienia te zakwestionował odwołujący Budimex.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Odwołujący Budimex wybiórczo czyta treść kwestionowanego wzoru umowy. § 13 ust. 2 wzoru umowy przewiduje bowiem, że odstąpienie od umowy jest poprzedzone bezskutecznym upływem ostatecznego 14 dniowego terminu wyznaczonego wykonawcy

przez zamawiającego na zmianę sposobu wykonywania umowy lub zaprzestania jej naruszeń. W treści wzoru umowy przewidziany jest więc dodatkowy termin dla wykonawcy na ewentualne usunięcie okoliczności stanowiących podstawę odstąpienia od umowy. Natomiast oczywistym jest, iż § 13 ust. 2 wzoru umowy nie ma zastosowania – jak słusznie podniósł zamawiający – do sytuacji, w której odstąpienie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, jak również niezależnych od wykonawcy.

Natomiast § 13 ust. 3 lit. b) wzoru umowy reguluje kwestie związane ze sposobem ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, przewidując w § 13 ust. 3 lit. a) wzoru umowy możliwość wstrzymania wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za dotychczas wykonane prace do czasu wykonania przedmiotu umowy przez innego wykonawcę i potrącenie zobowiązań wykonawcy z należnego mu wynagrodzenia. Powyższe nie narusza przepisów prawa, gdyż wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktycznie wykonane przez niego prace. Nie można też zakładać, że zamawiający nie będzie podejmował działań mających na celu ukończenie inwestycji będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. Obecne działania zamawiającego, wszczęcie postępowania na wyłonienie wykonawcy, który będzie kontynuował realizację przedmiotowej inwestycji, świadczą już o tym, iż jest żywo zainteresowany tą inwestycją jak najszybciej zakończyć.

Odnosnie argumentów dotyczących kumulacji wysokości odszkodowania w przypadku odstąpienia od umowy stwierdzić należy, iż w kwestionowanych postanowieniach wzoru umowy zamawiający precyzuje jedynie sposób w jaki zostanie wyliczone odszkodowanie przysługujące zamawiającemu i będzie to różnica pomiędzy wynagrodzeniem należnym wykonawcy a wynagrodzeniem ustalonym z nowym wykonawcą. Nie można więc tu mówić o bezpodstawnym wzbogaceniu zamawiającego. Postanowienia umowne są bowiem w tym zakresie czytelne i spójne. Nie ma tu mowy o kumulacji wysokości odszkodowania. Oczywistym jest, że wykonawca zapłaci wynikające z umowy kary umowne, a ponadto poniesie koszt odszkodowania przysługującego zamawiającemu na zasadach ogólnych i są to dwie różne rzeczy.

Wykonawca – zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy – zobowiązany jest do sporządzenia Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (HRF) w oparciu o tabele elementów scalonych, stanowiącego po zaakceptowaniu przez zamawiającego, załącznik nr 3 do umowy. Harmonogram ten mimo, iż co do zasady jest samodzielnie kształtowany przez wykonawcę to jednak wymaga akceptacji zamawiającego. Tym samym odzwierciedla rodzaj i wartość wykonanych robót. Dlatego też uznać należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 16 ust. 3 wzoru umowy (zarzut 6 uzasadnienia odwołania podniesiony przez odwołującego Budimex)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 16 ust. 3 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„Terminy gwarancji wynoszą:

- na szczelność dachu – 120 miesięcy
- na pozostałe roboty budowlane – 36 miesięcy (za wyjątkiem konstrukcji, dla której gwarancja wynosi 480 miesięcy”.

Postanowienia dotyczące gwarancji konstrukcji zakwestionował odwołujący Budimex.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż kwestionowane postanowienie dotyczy terminów gwarancji, a nie terminów rękojmi, dla której zamawiający pozostawił terminy ustawowe. Niewątpliwym jest także, iż rękojmia i gwarancja są to dwie różne instytucje. Podstawową funkcją gwarancji jest ochrona uprawnionego z tytułu gwarancji przed konsekwencjami „zepsucia się” lub niewłaściwego funkcjonowania przedmiotu gwarancji, o ile pozostają one w związku jej wadliwością. Gwarancja ma na celu odwrócenie skutków wadliwości przedmiotu gwarancji i jest zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania przedmiotu gwarancji przez określony w niej czas. Tak więc obowiązki gwaranta powstają jeżeli wady ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji, przy czym woli stron przepisy pozostawiają określenie jej terminu. 480 miesięczny termin gwarancji dla konstrukcji zamawiający przyjął w oparciu o aktualne piśmiennictwo dotyczące trwałości obiektów budowlanych, w których dla szpitali o konstrukcji masywnej przyjęto 100-120 lat gwarancji oraz norm trwałości poszczególnych elementów (tabela TUiR „WARTA”). Ma to na celu zapewnienie odpowiedniego stanu technicznego konstrukcji, która nie powinna zagrażać bezpieczeństwu substancji budynku. Wobec powyższego przyjęty przez zamawiającego termin gwarancji nie jest wygórowany, tym bardziej, że dla tego typu konstrukcji monolitycznych żelbetowych przyjmuje się, iż gwarancja powinna być dożywotnia. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 17 ust. 1 wzoru umowy (zarzut 7 uzasadnienia odwołania odwołującego Budimex) (wspólny dla odwołującego Budimex i odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 17 ust. 1 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- a) za opóźnienie w terminie wykonania poszczególnych elementów ETAPÓW określonych w załączniku nr 3 do umowy – karę w wysokości 0,1% ceny ustalonej dla każdego elementu, za każdy dzień opóźnienia

- b) za opóźnienie w terminie wykonania poszczególnych ETAPÓW określonych w załączniku nr 3 do umowy – karę w wysokości 0,2% ceny ustalonej dla danego ETAPU, za każdy dzień opóźnienia
- c) za opóźnienie w terminie wykonania przedmiotu umowy – karę w wysokości 0,02% wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia liczony po upływie terminu wykonania umowy, o którym mowa w § 9 ust. 2”

Postanowienia te zakwestionował odwołujący Budimex.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zawarcie umowy zwykle niesie za sobą ryzyko wystąpienia szeregu okoliczności, których następstwem może być jej niewykonanie. Zabezpieczeniem w takim właśnie przypadku są kary umowne. Istotnym jest przy tym, aby kara umowna była adekwatna do skutków powstałych w przypadku uchybienia w wykonaniu przedmiotu zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z inwestycją, która ma być kontynuowana przez wykonawcę wyłonionego w toku tego postępowania. Prace będą wykonywane w oparciu o przyjęty Harmonogram Rzeczowo-Finansowy i w terminach przewidzianych na oddawanie poszczególnych budynków do użytkowania. Dochowanie tych terminów jest więc priorytetem dla zamawiającego. Kwestionowane postanowienia nie przewidują wielokrotnego naliczania kar umownych, a jedynie mają służyć temu aby wykonawca w przypadku opóźnienia wykonania czy to elementu ETAPU, czy też ETAPU podejmował działania aby dany element nie spowodował opóźnienia ETAPU, a w konsekwencji realizacji całej inwestycji. Kary umowne zastrzeżone przez zamawiającego nie pozostają w kolizji z zasadą swobody umów. Kary umowne wiążą się bowiem z należyтым wykonaniem zamówienia, tym samym mają służyć zdyscyplinowaniu wykonawcy do prawidłowego wykonania umowy, a ich wysokość w niniejszym stanie faktycznym nie jest – przy tak określonym przedmiocie zamówienia – wygórowana. Zarzut ten więc nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 1 ust. 2.1 oraz § 12 ust. 3 pkt 4 i § 12 ust. 4 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż w treści wzoru umowy – jak zresztą słusznie podniósł zamawiający – § 1 ust. 2.1 oraz § 12 ust. 3 pkt 4 nie występują.

Odwołujący INSO kwestionując § 12 ust. 4 wzoru umowy nie przedstawił żadnej argumentacji wobec czego nie wiadomo jakie naruszenie odwołujący INSO w istocie podnosi. Tym samym Izba uznała, iż zarzuty te nie potwierdziły się.

Zarzut dot. naruszenia § 3 ust.1 pkt 20 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 3 ust. 1 pkt 20 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 3 [OBOWIĄZKI WYKONAWCY]

1. W ramach [ETAPÓW I, II i III] Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do:

(...)

20) dostarczenia w języku polskim instrukcji obsługi i eksploatacji: obiektów, sieci, instalacji sprzętu oraz instrukcji stanowiskowych urządzeń, itp., a także innych wymaganych prawem dokumentów eksploatacyjnych z kompletnym oznakowaniem obiektów, urządzeń, stref i innych elementów instalacji wymagających oznakowania. Wykonawca dokona również, w ramach ryczałtowego wynagrodzenia umownego, szkolenia personelu Zamawiającego z zakresu wykonanego zadania w ilości, terminach i wymiarze, ustalonej z Zamawiającym na etapie uruchomień urządzeń wymagających obsługi

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował postanowienie „Wykonawca dokona również, w ramach ryczałtowego wynagrodzenia umownego, szkolenia personelu Zamawiającego z zakresu wykonanego zadania w ilości, terminach i wymiarze, ustalonej z Zamawiającym na etapie uruchomień urządzeń wymagających obsługi”, podnosząc iż powyższe postanowienie w zbyt uprzywilejowanej sytuacji stawia zamawiającego, gdyż wykonawca zobowiązany jest do spełnienia obowiązków, które nie są w SIWZ sprecyzowane.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Kwestionowane postanowienie jest w istocie wyrwanym z kontekstu fragmentem postanowienia zawartego w § 3 ust. 1 pkt 20 wzoru umowy dotyczącym obowiązku przeszkolenia przez wykonawcę personelu zamawiającego w zakresie obsługi i eksploatacji urządzeń wymagających takiej obsługi. Dokumentacja projektowa i treść SIWZ jednoznacznie określają – wbrew twierdzeniom odwołującego INSO - zarówno jakie urządzenia i w jakich terminach wykonawca zobowiązany jest zamawiającemu dostarczyć i w to w tym właśnie zakresie wykonawca zobowiązany jest przeszkolić pracowników zamawiającego. Powyższe nie narusza przepisów ustawy Pzp, jak i k.c. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 2 ust. 1, § 4 ust. 3, § 4 ust. 6 lit. c) i d) oraz § 9 ust. 1 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO oraz w zakresie naruszenia § 4 ust. 3 wzoru umowy przez odwołującego Budimex- zarzut 1 uzasadnienia odwołania tego wykonawcy)

Izba ustaliła, iż zamawiający we wzorze umowy zamieścił następujące postanowienia:

§ 2 ust. 1

„§ 2 [PODSTAWA WYKONANIA ROBÓT BUDOWLANYCH]

1. Wykonawca wykona roboty budowlane na podstawie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi Projekt Budowlany, Projekty Wykonawcze (w tym projekty wyposażenia i aranżacji wnętrz oraz kolorystyki, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych), inwentaryzacje wykonane przez Zamawiającego, inwentaryzacje geodezyjne wykonanych elementów, tabele elementów scalonych oraz na podstawie ostatecznych decyzji pozwolenia na budowę/rozbiórki – stanowiące załączniki do Umowy. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z wymienionymi w zdaniu pierwszym dokumentami i nie zgłasza do nich żadnych zastrzeżeń”.

§ 4 ust. 3

„§ 4 [PROWADZENIE ROBÓT]

(...)

3. Przed rozpoczęciem prac Wykonawca zweryfikuje dane wyjściowe, dokumentację projektową i wykona na własny koszt wszelkie inwentaryzacje, badania i analizy uzupełniające, niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy oraz uzgodni wszelkie szczegóły dotyczące dokumentacji z przedstawicielami Zamawiającego. Wykonawca nie może powoływać się na braki lub wady dokumentacji projektowej, które przy dołożeniu należytej staranności mógł stwierdzić jako okoliczności wyłączające lub ograniczające odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.”.

§ 4 ust. 6 lit. c) i d)

„(...)

6. Przed przystąpieniem do właściwych robót budowlanych w budynku nr 4, Wykonawca:

(...)

c) własną inwentaryzację materiałów budowlanych wbudowanych i niewbudowanych, pozostawionych przez poprzedniego wykonawcę na budowie oraz przedstawi Zamawiającemu ocenę ich przydatności do dalszej eksploatacji. Po spisaniu protokołu z Zamawiającym materiały nieprzydatne Wykonawca usunie z budowy na własny koszt,

d) w oparciu o dostarczoną przez Zamawiającego inwentaryzację, dokona na własny koszt inwentaryzacji i oceny poprawności wykonania niezakończonych ścian murowanych oraz wytypuje ściany do ewentualnych rozbiórek, napraw, wzmocnień i przedstawi wyniki oględzin Zamawiającemu.”.

§ 9 ust. 1

„§ 9 [TERMIN WYKONANIA PRZEDMIOTU UMOWY]

1. Zamawiający w terminie 3 dni od daty zawarcia niniejszej umowy dostarczy Wykonawcy materiały i dokumenty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, a w szczególności:

- posiadane dokumentacje projektowe (w tym powykonawcze i archiwalne), w wersji papierowej – w terminie przekazania placu budowy
- inwentaryzacje wykonanych elementów robót – do weryfikacji przez Wykonawcę
- wykaz urządzeń Zamawiającego do wykorzystania i zabudowy w ramach inwestycji.”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Odnośnie naruszenia § 2 ust. 1 wzoru umowy stwierdzić należy, iż § ten jednoznacznie wskazuje, że wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi określone dokumenty. Natomiast wykonawca ma oświadczyć, że z tymi właśnie dokumentami wymienionymi w zdaniu pierwszym tego § - u zapoznał się i nie zgłasza do nich żadnych zastrzeżeń. Zamawiający nie wymaga przy tym od wykonawcy sprawdzenia i weryfikacji tych dokumentów, przy czym jednocześnie nie ogranicza wykonawcom możliwości do zgłaszania uwag do treści tych dokumentów na każdym etapie postępowania.

Odnośnie naruszenia § 4 ust. 3 i § 4 ust. 6 lit. c) i d) wzoru umowy stwierdzić należy, iż istotnie przed przystąpieniem do realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany jest do weryfikacji danych wyjściowych i dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego. Tym niemniej dane wyjściowe, o których mowa w § 4 ust. 3 wzoru umowy – jak podniósł zamawiający i co podziela Izba - to nie są dane wyjściowe do projektowania, ale dokumenty, które zamawiający - zgodnie z treścią § 9 ust. 1 wzoru umowy - zobowiązany jest dostarczyć wykonawcy. Wykonawcy mają bowiem dostęp do wszelkiej dokumentacji postępowania. Również w § 4 ust. 6 lit. c) i d) wzoru umowy nie ma mowy o weryfikacji dokumentacji projektowej. Weryfikacja dokumentacji projektowej była bowiem dokonana przez zamawiającego, na co posiada on stosowne oświadczenia (dotyczące jej wykonania zgodnie przepisami i normami oraz dotyczące tego, że jest ona wolna od wad i kompletna). Natomiast wykonawca, będąc niewątpliwie profesjonalistą, powinien przed przystąpieniem do prac przeanalizować dokumentację projektową co do możliwości należytego wykonania zobowiązania w oparciu o otrzymaną dokumentację, a wszelkie wątpliwości lub zastrzeżenia winien zgłosić zamawiającemu. Postanowienia te dają także wykonawcy możliwość przeprowadzenia badań i analiz uzupełniających, przy czym niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Niezależnie od powyższego generalna zasada odpowiedzialności wyrażona w art. 471 k.c. stanowi, iż za okoliczności niezależne od wykonawcy wykonawca odpowiedzialności nie ponosi.

Odnośnie naruszenia § 9 ust. 1 wzoru umowy stwierdzić należy, iż to zamawiający – w myśl tego przepisu – zobowiązany jest dostarczyć wykonawcy materiały i dokumenty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy a wymienione w jego treści. I w myśl tego

paragrafu dokumenty te, co konsekwentnie zamawiający podnosił na rozprawie, dostarczy wybranemu wykonawcy.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 4 ust. 8 lit. h) wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 4 ust. 8 lit h) wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 4 [PROWADZENIE ROBÓT]

(...)

8. W ramach umowy Wykonawca:

(...)

- h) na podstawie zezwoleń (Decyzji) Wydziału Gospodarki Komunalnej i/lub Wydziału Ochrony Środowiska UM Lublin, które Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego wykona niezbędne wycinki, prześwietlenia i przesadzenia istniejących drzew i krzewów kolidujących z prowadzoną inwestycją.

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc iż powyższe postanowienie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz jest niezgodne z zasadami współzycia społecznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Kwestionowane postanowienie jest jednoznaczne i wyraźnie wskazuje jakie obowiązki ciążyą na wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia, w tym przypadku chodzi o uzyskanie stosownych zezwoleń, a następnie dokonanie określonych czynności przez wykonawcę w przypadku zaistnienia wskazanych w nim okoliczności („niezbędne wycinki, prześwietlenia i przesadzenia istniejących drzew i krzewów kolidujących z prowadzoną inwestycją”). Tak więc w przypadku zaistnienia takiej kolizji wykonawca zobowiązany będzie podjąć określone czynności i nie oznacza to, iż zawsze będzie ponosił koszt tych czynności. Jak bowiem podniósł zamawiający jeżeli kolizja wyniknie z błędu projektowego to konsekwencje finansowe leżą po stronie zamawiającego, jeżeli natomiast kolizja spowodowana będzie przez wykonawcę to obciążą to wykonawcę. Powyższe postanowienie nie narusza więc ani treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ani też zasad współzycia społecznego. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 4 ust. 9 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 4 ust. 9 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 4 [PROWADZENIE ROBÓT]

(...)

9. Wykonawca przejmie od Zamawiającego istniejące grodzice stalowe (Aarsleff) i ściankę typu berlińskiego jako istniejące zabezpieczenie głębokich wykopów oraz uzyska na swój koszt prolongatę terminu gwarancji bezpieczeństwa (Aarsleff i Stump-Hydrobudowa) na czas wykonywania robót, dla których zabezpieczenie jest niezbędne.

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc iż powyższe postanowienie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz naturę stosunku prawnego łączącego strony. Nadto dodał, iż nie jest możliwe oszacowanie prolongaty terminu gwarancji bezpieczeństwa (Aarsleff i Stump-Hydrobudowa).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Kwestionowane postanowienie nie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, jak i natury stosunku prawnego łączącego strony. Na etapie przygotowania oferty wykonawca ma bowiem jedynie uwzględnić w cenie kalkulowanej oferty cenę przedłużenia ważności terminu gwarancji bezpieczeństwa grodzic stalowych, ustaloną w oparciu o ofertę uzyskaną od ich gwaranta. Natomiast nie jest zobowiązany na tym etapie postępowania (przygotowania oferty) do faktycznego uzyskania już przedłużenia terminu gwarancji. Postanowienie to – jak podniósł zamawiający – ma bowiem jedynie ograniczyć koszt inwestycji i spowodować, iż wykonawca zamiast od początku budować system zabezpieczeń skorzysta z istniejących już urządzeń zabezpieczających (grodzice, kotwy), tj. zabezpieczeń wzniesionych przez poprzedniego wykonawcę. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 7 ust. 5 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 7 ust. 5 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 7 [ODBIORY ROBÓT BUDOWLANYCH]

(...)

5. Zamawiający nie ma obowiązku przystąpienia do odbioru, jeżeli Wykonawca zgłosił do odbioru roboty wykonane niezgodnie ze swym zobowiązaniem, a więc niezgodnie z treścią umowy i zasadami wiedzy technicznej.

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc iż jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego, gdyż nie reguluje procedury oraz sposobu weryfikacji robót zgłoszonych do odbioru, które zostały wykonane niezgodnie z zobowiązaniem wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Oczywistym jest, iż wykonawca wykonuje roboty budowlane na podstawie dokumentacji projektowej. Oczywistym jest także, iż wykonawca zobowiązuje się do prowadzenia robót budowlanych zgodnie z zawartą umową, obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadami sztuki budowlanej, wiedzy technicznej, wskazówkami i zaleceniami inspektorów nadzoru. Dlatego też wykonanie robót niezgodnie z dokumentacją projektową, treścią zawartej umowy oraz zasadami wiedzy technicznej powoduje, iż roboty te są wadliwe, a tym samym nie mogą być odebrane. Z tego tytułu nie można więc czynić zarzutu zamawiającemu. Roboty budowlane muszą być bowiem wykonane w ściśle określony sposób, sposób zgodny z określonymi dokumentami i obowiązującymi przepisami. Natomiast procedurę i sposób weryfikacji robót zgłoszonych przez wykonawcę do odbioru końcowego faktycznie zawiera § 18 i 19 wzoru umowy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 9 ust. 3 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 9 ust. 3 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 9 [TERMIN WYKONANIA PRZEDMIOTU UMOWY]

(...)

3. Wykonawca oświadcza, że dokonał wizji lokalnej terenu budowy w zakresie udostępnionym przez Zamawiającego, zapoznał się z projektem zagospodarowania terenu i z warunkami realizacji inwestycji oraz zapoznał się ze stanem wykonanych elementów robót budowlanych. Wykonawca nie zgłasza nieprawidłowości, które jego zdaniem mogłyby mieć niekorzystny wpływ na jakość i terminowość wykonania przedmiotu umowy.

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc m.in. iż jest niezgodne z naturą stosunku prawnego oraz narusza treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Oświadczenie to, co niewątpliwie wynika z treści kwestionowanego postanowienia, stanowi jedynie potwierdzenie zgodności otrzymanej przez wykonawcę dokumentacji ze stanem zastanym na budowie. Nie wymaga natomiast dokonania przez wykonawcę sprawdzenia i weryfikacji dokumentacji projektowej. Treść wzoru umowy nie wyklucza przy tym możliwości zgłaszania przez wykonawcę zastrzeżeń do projektu (np. § 4 ust. 4). Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 9 ust. 5 lit. c) wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 9 ust. 5 lit. c) wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 9 [TERMIN WYKONANIA PRZEDMIOTU UMOWY]

(...)

5. Termin zakończenia umowy może ulec przesunięciu z powodu: (...)

c) z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, wyłącznie na wniosek Zamawiającego.

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc m.in. iż narusza zasady współzycia społecznego oraz jest niezgodny z naturą stosunku prawnego łączącego strony, gdyż przyznaje jednostronnie zamawiającemu prawo do zmiany terminu zakończenia umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Treść tego postanowienia należy interpretować w sposób ścisły i nie przypisywać mu treści, które z niego nie wynikają. Przedmiotem zamówienia publicznego jest bowiem wykonanie umowy w sposób i w terminie zgodnym z treścią dokumentacji postępowania, w tym treścią umowy zawartej z wykonawcą wyłonionym w drodze postępowania o zamówienie publiczne. Realizacja zamówienia winna więc nastąpić w terminie przewidzianym przez zamawiającego w SIWZ. Zakazuje się bowiem istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, a termin wykonania to niewątpliwie istotny element umowy. Nie może więc nastąpić zmiana terminu umowy na wniosek wykonawcy i to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 13 ust. 1 lit. b) wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 13 ust. 1 lit b) wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 13 [ODSTĄPIENIE OD UMOWY]

1. Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli: (...)

b) w przypadku braku środków finansowych na realizację inwestycji,

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc m.in. iż jest niezgodny z naturą stosunku prawnego łączącego strony, ale także *pacta sunt servanda*.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Umowa o roboty budowlane – jak słusznie podniósł zamawiający – należy do kategorii umów wzajemnych. Umowa jest wzajemna, gdy obie strony umowy zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Tak więc świadczenie wykonawcy polega na zrealizowaniu przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającego na zapłacie umówionego wynagrodzenia. Tym samym brak środków finansowych będzie powodował, iż zamawiający nie będzie mógł wypełnić swojego świadczenia, a skoro tak to zasadnym będzie odstąpienie od umowy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia § 16 ust. 5 wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 16 ust. 5 wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„§ 16 [GWARANCJA I RĘKOJMIA] (...)

5. Jeżeli w okresie gwarancyjnym zostaną ujawnione wady i usterki, w tym również wady i usterki elementów robót wykonanych przed przejęciem terenu budowy, Wykonawca jest zobowiązany usunąć je na swój koszt, przy czym:

a) Zamawiający, niezwłocznie zawiadamia pisemnie Wykonawcę o zaistniałych wadach i usterekach,

b) Wykonawca jest zobowiązany przystąpić do usunięcia wad i usterek nie później niż 3 dni od daty otrzymania pisemnego zgłoszenia i powinien je usunąć w terminie 14 dni, chyba że Zamawiający wyznaczy termin dłuższy.

(...)”.

Odwołujący INSO zakwestionował powyższe postanowienie, podnosząc m.in. iż jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego, gdyż zobowiązuje wykonawcę do udzielenia gwarancji na roboty budowlane wykonane przed przejęciem terenu budowy

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie wykonawca zobowiązany jest do udzielenia gwarancji na roboty budowlane wykonane przed przejęciem terenu budowlanego. Tym niemniej dotyczy ona wykonanego przez poprzedniego wykonawcę zakresu robót, w tym budynku nr 4 znajdującego się w stanie surowym otwartym, które to roboty zostały odebrane przez inspektorów nadzoru budowlanego i do zabezpieczenia, których zobowiązany został wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego wykonawca będzie mógł także dokonać wszelkich inwentaryzacji, badań i analiz uzupełniających, niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy, w tym także koniecznych do udzielenia gwarancji na przedmiot umowy. Wykonawca kontynuujący budowę będzie bowiem „z uwagi na technologię robót, będzie w

nie, w mniejszy lub większy stopień ingerował”. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dot. naruszenia art. III ust. 2.1. SIWZ wzoru umowy (podniesiony przez odwołującego INSO)

Izba ustaliła, iż zamawiający w art. III ust. 2.1.) wzoru umowy zamieścił następujące postanowienie:

„III. Opis przedmiotu zamówienia

(...)

2. Zakres robót obejmuje w szczególności:

2.1. Zakończenie rozpoczętych i wykonanie nowych robót budowlanych dotyczących modernizacji i rozbudowy Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli oraz dostawa i montaż podstawowego wyposażenia szpitalnego COZL, na podstawie dokumentacji projektowej, w skład której wchodzi Projekt Budowlany, Projekty Wykonawcze (w tym projekty wyposażenia i aranżacji wnętrz oraz kolorystyki), inwentaryzacje wykonane przez Zamawiającego, inwentaryzacje geodezyjne wykonanych elementów, ekspertyzy, tabele elementów scalonych.

(...)”.

Odwołujący INSO wnosząc o jego wykreślenie faktycznie nie przedstawił żadnej argumentacji wobec czego nie można odnieść się do argumentacji, której w istocie nie ma. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestnika postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: