

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków i

Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. Casada da Calcada, Largo do Paco nr 6 – Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia

w postępowaniu prowadzonym przez

Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o. al. Jana Pawła II 41L, 31-864 Kraków

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. Casada da Calcada, Largo do Paco nr 6 – Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. Casada da Calcada, Largo do Paco nr 6 – Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. Casada da Calçada, Largo do Paco nr 6 – Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia na rzecz Krakowskiego Parku Technologicznego Sp. z o.o. al. Jana Pawła II 41L, 31-864 Kraków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Krakowski Park Technologiczny Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie budynku Małopolskiego Parku Technologii Informacyjnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach Projektu pn. Małopolski Park Technologii Informacyjnych – Ośrodek Innowacyjności Krakowskiego Parku Technologicznego (PO IG 5.3). – etap II” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 marca 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 50-81406, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10 sierpnia 2012 r. odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mota-Engil Central Europe S.A. i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. wniósł odwołanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 353¹, art. 471 oraz art. 559 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie umowy w sposób naruszający naturę stosunku prawnego oraz zasady współzycia społecznego poprzez wymaganie od wykonawcy, aby udzielił gwarancji jakości oraz rękojmi za wady w stosunku do robót wykonywanych przez wykonawcę I etapu budowy oraz urządzeń przez niego dostarczonych, nie objętych przedmiotem zamówienia,
2. art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie umowy w sposób naruszający naturę stosunku prawnego oraz zasady współzycia społecznego przez wymaganie od wykonawcy, aby przeprowadził rozruchy i próby w zakresie wszystkich urządzeń i instalacji, w tym wykonanych w ramach umowy z wykonawcą I etapu budowy oraz był odpowiedzialny za przeprowadzenie i powodzenie wszystkich rozruchów i prób końcowych,
3. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, tj. niejednoznacznego i niewyczerpującego określenia terminu, w którym zamawiający przekaże wykonawcy teren budowy,

4. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący przez zobowiązanie wykonawcy do zwrotu na rzecz zamawiającego kosztu wynajęcia nieruchomości zajętej pod zaplecze budowy bez wskazania wysokości tego kosztu oraz okresu jego ponoszenia,

5. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za ewentualny błędny opis przedmiotu zamówienia, tj. za prawidłowość i kompletność dokumentacji projektowej dostarczanej przez zamawiającego,

6. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 568 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, tj. niejednoznacznego i niewyczerpującego określenia momentu, od którego rozpoczyna bieg gwarancja jakości i rękojmia za wady;

7. art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie umowy w sposób naruszający naturę stosunku prawnego oraz zasady współżycia społecznego, tj. przyznanie jedynie zamawiającemu prawa do kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wraz z prawem do odszkodowania przewyższającego karę umowną przy jednoczesnym braku wprowadzenia analogicznej kary na rzecz wykonawcy w wypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego oraz jednoczesnym wyłączeniu możliwości dochodzenia przez wykonawcę utraconego zysku w takim wypadku.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:

Ad. 1 – rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 lit. b) poprzez nadanie mu brzmienia: „zawarcia umowy ubezpieczenia majątkowego całej budowy, w tym całości robót budowlanych oraz urządzeń zarówno wykonanych i dostarczonych przez Wykonawcę, jak i przez wykonawcę I etapu budowy. Wykonawca będzie zobowiązany posiadać polisę odpowiedzialności kontraktowej o wartości obejmującej wartość obydwu umów tj. na kwotę 31.686.615,81 zł netto plus 100% wartości netto oferty Wybranego wykonawcy,

rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 lit. c) poprzez nadanie mu brzmienia: „objęcie gwarancją i rękojmią wszystkich robót budowlanych oraz urządzeń wykonanych i dostarczonych przez Wykonawcę.”

załącznik nr 2 do specyfikacji, załącznik 1A, klauzula 18.2 poprzez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca będzie zobowiązany posiadać polisę odpowiedzialności kontraktowej o wartości obejmującej wartość całości robót budowlanych oraz urządzeń dostarczonych przez Wykonawcę jak i przez wykonawcę I etapu budowy tj. na kwotę 31.686.615,81 zł netto plus 100% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej netto”,

załącznik nr 4D do specyfikacji – Warunki gwarancji – Wzór karty gwarancyjnej, punkt 1.2 poprzez nadanie mu brzmienia: „Gwarant odpowiada wobec Zamawiającego z tytułu niniejszej Karty Gwarancyjnej za przedmiot Kontraktu będący przedmiotem zamówienia, w tym także za części realizowane przez Podwykonawców Gwaranta, z wyłączeniem robót, maszyn i urządzeń zrealizowanych i dostarczonych przez wykonawcę I etapu budowy. Gwarant jest odpowiedzialny wobec Zamawiającego za realizację wszystkich zobowiązań, o których mowa w punkcie 2.2. niniejszej Karty Gwarancyjnej”.

Ad. 2 – rozdział III. Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 lit. f) poprzez nadanie mu brzmienia: „przeprowadzenie rozruchów i prób końcowych w zakresie wszystkich urządzeń i instalacji wykonanych w ramach umowy z Wykonawcą. Wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za przeprowadzenie i powodzenie wszystkich rozruchów i prób końcowych w ramach umowy z Wykonawcą. Wykonawca nie będzie zobowiązany do przeprowadzenia rozruchów i prób końcowych w zakresie wszystkich urządzeń i instalacji wykonanych przez wykonawcę i etapu budowy, jak również nie będzie odpowiedzialny za powodzenie takich prób.”

Ad. 3 – załącznika nr 4C do specyfikacji – Warunki szczególne kontraktu, klauzula 2.1 poprzez nadanie mu brzmienia: „W pierwszym akapicie klauzuli 2.1. frazę *Zamawiający*, w terminie (terminach) podanym w Załączniku do Oferty, da Wykonawcy prawo dostępu do wszystkich części Placu Budowy i użytkowania ich zastępuje się następującą frazą: *Zamawiający w terminie 7 dni od dnia podpisania Kontraktu da Wykonawcy prawo dostępu do wszystkich części Placu Budowy i użytkowania ich (za wyjątkiem działek nr 158/1, 81/16 i 159, które zostaną przekazane niezwłocznie po uzyskaniu przez Zamawiającego prawa dostępu do nich, ale nie później niż w terminie do dnia...)*”,

Zobowiązanie zamawiającego do określenia najpóźniejszego terminu przekazania wykonawcy działek nr 158/1, 81/16 i 159,

załącznika nr 2 do specyfikacji – załącznik 1A, klauzula 2.1 poprzez nadanie mu brzmienia: „Do 7 dni od dnia podpisania Kontraktu.”

Ad. 4 – załącznik nr 4C do specyfikacji – Warunki szczególne kontraktu, klauzula 2.1 poprzez dodanie na końcu tego zapisu zdania o treści: „Koszt, do którego zwrotu zobowiązany będzie Wykonawca nie przekroczy miesięcznie kwoty..., a do jego ponoszenia Wykonawca będzie zobowiązany do momentu wystawienia Świadectwa Przejęcia.”

Zobowiązanie zamawiającego do określenia maksymalnej kwoty miesięcznej kosztu najmu nieruchomości zajętej pod Zaplecze Budowy, do której zwrotu Wykonawca będzie zobowiązany.

Ad. 5 – załącznik nr 4C do specyfikacji – Warunki szczególne kontraktu, klauzula 4.1 poprzez nadanie mu brzmienia: „W niniejszej klauzuli 4.1 wprowadza się następujące zmiany: *W pierwszym zdaniu po słowie Wykonawca dodaje się słowa z należytą starannością i pilnością*”.

Ad. 6 – załącznik nr 4C do specyfikacji – Warunki szczególne kontraktu, klauzula 11.10 poprzez wprowadzenie określenie terminu początku biegu rękojmi za wady oraz gwarancji jakości jako moment wystawienia Świadczenia Przejęcia (a nie Świadczenia Wykonania tak jak w obecnym brzmieniu).

Ad. 7 – załącznik nr 4C do specyfikacji – Warunki szczególne kontraktu klauzula 16.4 poprzez wprowadzenie na końcu zapisu zdania o treści: „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. W wypadku gdy kara umowna nie pokryje szkody, Wykonawca ma prawo żądać odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.”

Odwołujący wskazał, że wobec wadliwego, niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia nie jest w stanie w sposób wymagany od doświadczonego wykonawcy oszacować ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia. Warunki realizacji zamówienia zostały określone w sposób powodujący rażącą dysproporcję pomiędzy prawami a obowiązkami stron umowy oraz w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Zawarcie umowy na takich warunkach naraża odwołującego na poniesienie szkody wskutek przerzucenia na niego ryzyk, których nie jest w stanie kontrolować, oraz odpowiedzialności za okoliczności, za które nie powinien odpowiadać (w szczególności za jakość i właściwość robót wykonywanych przez wykonawcę I etapu budowy oraz urządzeń przez niego dostarczonych).

Zamawiający wymaga, aby wykonawca przejął na siebie odpowiedzialność za roboty budowlane wykonane przez wykonawcę I etapu budowy oraz za urządzenia przez niego dostarczone, a więc roboty nie będące przedmiotem zamówienia, co prowadzi do przerzucenia na niego odpowiedzialności za roboty i urządzenia niewykonywane, których jakości wykonania nie jest w stanie ocenić. Nie można wykonawcy przypisać odpowiedzialności za ewentualne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań przez wykonawcę I etapu robót. Wymaganie to narusza też dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zamawiający nie określa, czy roboty i urządzenia dokonywane przez wykonawcę I etapu są zgodne z dokumentacją projektową, czy w trakcie odbioru zostały stwierdzone w nich wady oraz czy wady te zostały usunięte. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie dokonany został w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Określając termin, w którym przekazuje wykonawcy prawo dostępu do placu budowy, zamawiający sformułował postanowienia odnośnie tego terminu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. W załączniku nr 2 do specyfikacji, załącznik 1A klauzula 2.1 czas przekazania terenu budowy określony został jako „do 14 dni od dnia podpisania Kontraktu”, a w załączniku nr 4C Warunki szczególne kontraktu klauzula 2.1 jako „7 dni od dnia podpisania Kontraktu”.

Zobowiązanie to nie dotyczy działek nr 158/1,81/16 i 159, w odniesieniu do których zamawiający stwierdza jedynie, iż zostaną przekazane wykonawcy niezwłocznie po uzyskaniu przez zamawiającego prawa dostępu do nich.

Obowiązek przekazania wykonawcy terenu budowy jest jednym z podstawowych obowiązków inwestora zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego. Sporządzenie oferty bez wiedzy co do terminu przekazania całości placu budowy uniemożliwia właściwe zaplanowanie robót, a więc rzetelne sporządzenie oferty.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca ponosił na jego rzecz koszty wynajęcia nieruchomości zajętej pod zaplecze budowy, lecz nie określił, do jakiego momentu wykonawca zobowiązany będzie do ponoszenia tych kosztów, co uniemożliwia właściwe skalkulowanie ceny oferty. Jednocześnie koszt taki nie powinien być ponoszony przez wykonawcę po dacie wystawienia świadectwa przejęcia, a więc po odbiorze robót, zgodnie bowiem z dyspozycją art. 652 Kodeksu cywilnego z momentem oddania obiektu inwestorowi ustaje jego odpowiedzialność za szkody wynikłe na tym terenie.

Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek dokonania analizy projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz dokumentów dostarczonych przez zamawiającego, jednocześnie określając, iż jakiegokolwiek błędy, pominięcia, wady lub inne usterki w wyżej powołanych dokumentach zgłoszone po terminie 28 dni od daty rozpoczęcia robót nie mogą być podstawą do jakichkolwiek roszczeń wykonawcy w stosunku do zamawiającego. Tym samym w razie niewykrycia błędu w dokumentacji przekazywanej przez zamawiającego w tym terminie wykonawca byłby odpowiedzialny za wykonanie robót nieuwzględnionych w tych dokumentach bez prawa do roszczeń finansowych w stosunku do zamawiającego. Zapis ten prowadzi do przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za dokonanie właściwego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, a tym samym jest niedopuszczalny.

Zamawiający, określając termin, od którego rozpoczyna bieg okres rękojmi za wady i gwarancji jakości, sformułował postanowienia odnośnie tego terminu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. W załączniku nr 4C Warunki szczególne kontraktu, klauzula 2.1 bieg terminu rękojmi za wady oraz terminu gwarancji jakości rozpoczyna się z datą wystawienia świadectwa wykonania, a w załączniku nr 4D Warunki gwarancji – Wzór karty gwarancyjnej, bieg terminu gwarancji jakości rozpoczyna bieg z datą wystawienia świadectwa przejęcia.

Termin rozpoczęcia biegu gwarancji jakości i rękojmi za wady powinien rozpoczynać się z dniem wystawienia świadectwa przejęcia, z chwilą jego wystawienia rozpoczyna się bowiem okres zgłaszania wad, a więc instytucja, która w zakresie praw i obowiązków stron umowy zbliżona jest do instytucji gwarancji jakości i rękojmi za wady, a świadectwo wykonania wystawiane jest w momencie, w którym wykonawca usunął wszelkie wady zgłoszone w okresie zgłaszania wad. Zamawiający, poprzez zapisy wymienione w zarzucie 7., naruszył w sposób rażący zasadę symetrii praw i obowiązków stron w zakresie wzajemnej odpowiedzialności w przypadku

odstąpienia od umowy. Z jednej strony zamawiający, poprzez zapis klauzuli 17.1 Warunków szczególnych kontraktu, wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jednocześnie zastrzegając sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych. Z drugiej zaś strony zamawiający nie tylko nie wprowadza analogicznej kary umownej na rzecz wykonawcy w wypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ale również (poprzez wykreślenie litery (c) w klauzuli 16.4 Warunków szczególnych kontraktu wyłącza możliwość dochodzenia przez wykonawcę utraconego zysku w wypadku, gdy do odstąpienia od umowy dojdzie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego – zasady swobody kontraktowej, art. 558 § 1 i art. 577 i nast. – strony mogą modyfikować zasady odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości, stosownie do pojawiających się potrzeb związanych z warunkami realizacji danego zobowiązania.

Zakwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnione są specyfiką zadania. W ramach przedmiotowego zamówienia zrealizowany ma zostać II etap budowy obejmujący niespełna 50% zakresu rzeczowego realizacji pełnego obiektu. Realizacja II etapu budowy ma doprowadzić do zakończenia wszelkich robót, które będą konieczne do rozpoczęcia użytkowania obiektu. Ze względu na fakt, że budynek MPTI stanowi jeden złożony obiekt budowlany, nie jest możliwe uznanie pełnej odrębności i wzajemnej niezależności elementów objętych I i II etapem budowy. Zatem nie jest zasadny argument, że niektóre elementy tego budynku nie są związane z przedmiotem umowy, gdyż jedynie prawidłowe zakończenie budowy, uruchomienie wszystkich urządzeń i uzyskanie dla zamawiającego pozwolenia na użytkowanie obiektu, doprowadzi do realizacji rezultatu przedmiotowej umowy. Co więcej, roboty budowlane realizowane w ramach II etapu nie mogą toczyć się bez ingerencji w roboty wykonane w ramach I etapu.

Zgodnie z art. 558 § 1 Kodeksu cywilnego strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. W przepisach o rękojmi za wady (art. 556-576 i art. 656 § 1 w zw. z art. 638 Kodeksu cywilnego) nie ma przepisu, który zakazywałby rozszerzenia obowiązków wykonawcy z tytułu rękojmi za wady na wszystkie roboty budowlane składające się na realizowany obiekt budowlany.

Zgodnie z art. 577-581 Kodeksu cywilnego strony mogą uregulować gwarancję jakości zgodnie z zasadą swobody umów. Ustawodawca nie wykluczył jednocześnie objęcia zakresem rękojmi za wady oraz gwarancji jakości świadczeń zrealizowanych przez inne podmioty, zwłaszcza jeżeli świadczenia te są związane z pełną i należytą realizacją przedmiotowego zamówienia.

W zakresie żądania Odwołującego, aby próby i rozruchy urządzeń były dokonywane przez różne podmioty, rozwiązanie takie nie będzie możliwe do realizacji w praktyce. Wymagałoby ono bowiem przekazywania w trakcie realizacji robót przez wykonawcę II etapu inwestycji terenu budowy jednocześnie innemu wykonawcy, co byłoby sprzeczne z art. 652 Kodeksu cywilnego, jak i z klauzulą 2.1. Warunków szczególnych kontraktu.

Nie można zgodzić się także z argumentem, że wykonawcy nie mogą ustalić stanu robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę I etapu, zamawiający umożliwił im dokonanie wizji lokalnej w terenie budowy, w toku której mieli możliwość weryfikacji stanu, sposobu, prawidłowości i staranności wykonania robót objętych I etapem, a gdyby wnioskowali o przeprowadzenie kolejnych wizji lokalnych, zamawiający dostosowałby się do ich uzasadnionych potrzeb, udziela na bieżąco wyjaśnień, udostępnił także do wglądu dokumentację powykonawczą I etapu, która zawiera także wszelkie dokumenty związane z odbiorami robót dokonywanymi w czasie I etapu i potwierdzającymi zakres i jakość wykonanych prac. Zamawiający przedłużył także termin składania ofert, aby umożliwić wykonawcom dokładniejszą weryfikację dokumentów.

Uwzględnienie zarzutów w tym zakresie doprowadzi do naruszenia art. 38 ust. 4b ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której wykonawcy zaproszeni do złożenia ofert znaleźliby się w sposób nieuzasadniony w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy mogli rozważać udział w niniejszym postępowaniu po lekturze ogłoszenia o zamówieniu, modyfikacja ta prowadziłaby bowiem do obniżenia wymagań w stosunku do wymagań wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Działki o numerach 158/1, 81/16 i 159 nie stanowią placu budowy, lecz z nim sąsiadują i mogą być wykorzystywane jako teren zaplecza budowy. Zamawiający podjął działania mające na celu zawarcie umów, na podstawie których będzie mógł korzystać z tych nieruchomości, jednak ze względu na charakter właścicieli (Uniwersytet Jagielloński, Akademia Górniczo-Hutnicza i Motorola) wymaga to procedury decyzyjnej (zgoda senatów uczelni i głównej spółki holdingu Motorola mającej siedzibę w USA).

Zamawiający w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1 przedstawił informacje, zgodnie z którymi zobowiązał się do przekazania terenu budowy, w tym ww. działek najpóźniej w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy.

Zamawiający wskazał też w tych wyjaśnieniach maksymalną wartość czynszu oraz skorygował omyłkę pisarską w treści załącznika 1A do oferty – załącznika nr 2 do specyfikacji na 7-dniowy termin wynikający z klauzuli 2.1.

Postanowienia klauzuli 4.1. Warunków szczególnych kontraktu wynikają ze specyfiki realizacji przedmiotowego zamówienia, które z konieczności opisywane jest przez szereg dokumentów, w skład których wchodzi pierwotna dokumentacja projektowa dla I etapu

realizacji MPTI, liczna dokumentacja zamienna oraz program funkcjonalno – użytkowy dotyczący zaprojektowania i wykonania robót w zakresie zagospodarowania terenu, dróg i parkingów, oraz akcesoryjne dokumenty, takie jak załączniki wskazujące zakres robót wykonanych przez wykonawcę I etapu budowy MPTI, listę urządzeń i materiałów, które stanowią własność zamawiającego, a które zostaną udostępnione wykonawcy w celu ich wykorzystania w toku realizacji zamówienia. Weryfikacja treści tych dokumentów, w szczególności pod kątem ich kompletności i wzajemnej zgodności, może mieć istotne znaczenie dla prawidłowości wykonania robót objętych niniejszym zamówieniem. Uzyskanie uwag i zastrzeżeń wykonawcy do dokumentacji projektowej pozwoli zamawiającemu na niezwłoczne uzupełnianie i poprawianie ewentualnych nieścisłości czy usterek tej dokumentacji i tym samym usprawni współpracę stron w trakcie realizacji umowy.

W ramach niniejszego zamówienia wykonawca będzie musiał też wykonać dokumentację projektową w zakresie określonym w programie funkcjonalno – użytkowym, w związku z czym konieczne jest, aby dokonał sprawdzenia ogółu dokumentacji projektowej, która może mieć związek z projektowaniem i wykonaniem robót objętych programem funkcjonalno – użytkowym.

Ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego wobec wykonawcy, określone w klauzuli 4.1. Warunków szczególnych kontraktu może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy pomimo wykrycia błędów, pominięć, wad lub innych usterek w dokumentacji projektowej, czy innych dokumentach przekazanych przez zamawiającego, wykonawca nie zawiadomi o nich inżyniera i/lub zamawiającego. Zapis ten ma na celu uniemożliwienie wykonawcy ukrywania przed zamawiającym i inżynierem błędów, pominięć, wad lub innych usterek bądź celowego opóźniania przekazania informacji o wykrytych usterek ww. dokumentów np. w celu formułowania wobec zamawiającego roszczeń dotyczących kosztów lub przedłużenia terminu na ukończenie robót opartych na tej podstawie. Nie zmienia to faktu, że poza dokumentacją projektową realizowaną w oparciu o program funkcjonalno – użytkowy, podmiotem odpowiedzialnym za prawidłowość dokumentacji projektowej w świetle kontraktu i przepisów Kodeksu cywilnego jest zamawiający. Wynika to także z wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1.

Zakwestionowany przez wykonawcę zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi wyłącznie implementację i doprecyzowanie przepisów art. 651 i 655 Kodeksu cywilnego.

Zrzeczenie się roszczeń, o którym mowa w klauzuli 4.1. Warunków szczególnych kontraktu, stanowi mieszczącą się w zakresie zasady swobody umów modyfikację art. 655 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia obiektu z przyczyn leżących w dostarczonych przez inwestora materiałach, maszynach, urządzeniach czy wytycznych inwestora, wykonawca może żądać umówionego wynagrodzenia lub jego

odpowiedniej części jedynie, jeżeli uprzedził inwestora o niebezpieczeństwie zniszczenia lub uszkodzenia obiektu.

Zarzut dotyczący niejednoznacznego i niewyczerpującego określenia momentu, od którego rozpoczyna bieg gwarancja jakości i rękojmi za wady, nie znajduje potwierdzenia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pierwotnej treści przekazanego załącznika nr 4D do specyfikacji Warunki gwarancji – Wzór karty gwarancyjnej – w punkcie 1.3. została sformułowana informacja, zgodnie z którą bieg terminu gwarancji jakości rozpoczynać miał się nie od daty wystawienia świadectwa wykonania (jak zostało wskazane w klauzuli 2.1. kontraktu), ale od daty wystawienia świadectwa przejęcia. Niejednoznaczność ta dotyczyła jednak wyłącznie gwarancji jakości, bowiem tylko jej warunki zostały określone w załączniku 4D. Natomiast określenie zasad rękojmi za wady zostało wprowadzone w klauzuli 2.1. Warunków szczególnych kontraktu – załączniku 4C.

W związku z przekazaniem wykonawcom wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1 zamawiający dokonał modyfikacji treści punktu 1.3. załącznika 4D i w obecnym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma miejsca żadna niejednoznaczność czy brak wyczerpującego określenia momentu, od którego rozpoczyna bieg gwarancja jakości.

Moment, od którego rozpoczyna bieg okres gwarancji jakości i rękojmi za wady, tj. data wydania świadectwa wykonania, jest terminem jednoznacznym. Skoro strony na mocy art. 558 § 1 i art. 577 i nast. Kodeksu cywilnego są uprawnione, aby w umowie wydłużyć okresy rękojmi za wady i gwarancji jakości, to tym bardziej mogą ustalić, że okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg od daty wydania świadectwa wykonania.

Takie ustalenie okresu rękojmi jest jednolite dla wszystkich wykonawców, jawne i w pełni przejrzyste, w związku z czym mogą oni uwzględnić wszelkie ryzyka i koszty, które mogą wiązać się z realizacją obowiązków wynikających z rękojmi za wady i gwarancji jakości.

W przypadku realizacji umowy o roboty budowlane, ze względu na specyfikę świadczenia niepieniężnego leżącego po stronie wykonawcy, znacznie większe jest ryzyko nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, niż przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę stabilną sytuację finansową zamawiającego oraz posiadane przez niego dodatkowe, zewnętrzne źródła finansowania zamówienia, ryzyko wykonawcy jest nieznaczne. Natomiast ryzyko zamawiającego związane z niedokończeniem realizacji przedmiotowego zamówienia powoduje, że zamawiający w takiej sytuacji nie tylko nie otrzyma zakładanego efektu w postaci prawidłowo ukończonego, funkcjonującego budynku MPTI, ale także ryzykuje problemy z dalszym finansowaniem zamówienia. Dla wykonawcy to realizacja jedynie jednego z licznych zadań budowlanych, a dla zamawiającego jedyny, kluczowy i prestiżowy projekt infrastrukturalny, wizytówka i miejsce przyszłej siedziby. Niedokończenie budowy

zgodnie z harmonogramem może skutkować też koniecznością zwrotu części lub całości przyznanej dotacji.

Jednak zamawiający w piśmie z 22 sierpnia 2012 r. (wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr 1) dokonał modyfikacji klauzuli 17.1. Warunków szczególnych kontraktu poprzez wykreślenie z jej treści następującej frazy: *„Niezależnie od odszkodowania przysługującego Zamawiającemu na podstawie innych postanowień Kontraktu lub na podstawie przepisów ogólnych, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne: (a) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10 % Zatwierdzonej kwoty kontraktowej.”*

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W trakcie rozprawy Izba ustaliła, iż pismem z 22 sierpnia 2012 r. zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. w następującym zakresie:

1. klauzula 2.1. Warunków szczególnych kontraktu – termin przekazania terenu budowy – do 7 dni od dnia podpisania kontraktu,
2. klauzula 2.1. Warunków szczególnych kontraktu – określenie terminu na przekazanie placu budowy wraz z działkami 158/1, 81/16 i 159 na 7 dni od dnia podpisania,
3. klauzula 2.1. Warunków szczególnych kontraktu – określenie miesięcznej kwoty czynszu na maksimum 4.000 złotych netto + VAT,
4. klauzula 17.1 Warunków szczególnych kontraktu – wykreślenie postanowienia dotyczącego 10% kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
5. załącznik nr 4D do specyfikacji Warunki gwarancji – Wzoru karty gwarancyjnej pkt 1.3. – określenie terminu biegu gwarancji od wystawienia świadectwa wykonania.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, tym samym musi swój wyrok dostosować m.in. do realnych okoliczności, które istnieją w danym postępowaniu

przetargowym. Orzekając, Izba powinna też kierować się zasadami logiki oraz uwzględniać konsekwencje swojego wyroku dla stron.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe okoliczności, tj. dokonaną zmianę treści spornej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że w powyższym zakresie zamawiający skorygował podniesione w ramach zarzutów odwołania, zaistniałe w specyfikacji istotnych warunków zamówienia braki lub nieścisłości, a w zakresie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – zamawiający zmienił swoje stanowisko.

Brak jest więc w chwili orzekania podstaw do toczenia sporu pomiędzy stronami w tym zakresie, a orzekanie w tym przedmiocie jest bezprzedmiotowe. Poza tym również ze względu na brak wpływu powyższych kwestii na wynik postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba zobowiązana jest odwołanie w tym zakresie oddalić.

Co do pozostałych zarzutów (dotyczy to także zarzutu 7.) Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia zamawiającego powodów wprowadzenia poszczególnych, zakwestionowanych, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zostały one szeroko przytoczone we wcześniejszej części uzasadnienia).

Ustalenie warunków, na jakich zostanie zawarta umowa dotycząca zamówienia publicznego, jest bowiem przywilejem i obowiązkiem zamawiającego – co wynika jednoznacznie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest też konieczne z tego względu, że jedynie zamawiający jako organizator przetargu przez takowe odgórne i aprioryczne ustalenia jest w stanie zapewnić jednolite i równe zasady uczestnictwa w postępowaniu wszystkich potencjalnych wykonawców. Przy tym prowadzenie zamówienia publicznego ma na celu realizację potrzeb zamawiającego, które tylko on jest w stanie najpełniej określić i opisać. Możliwość ustalenia warunków kontraktu można zatem uznać za prawo podmiotowe zamawiającego, a granice jego działania wiążą się z przekroczeniem granic owego prawa podmiotowego.

W chwili więc, w której Izba uznała, że wprowadzenie kwestionowanych warunków kontraktu zostało przez zamawiającego należycie uzasadnione, stwierdziła też, iż nie wykraczają one poza działanie dozwolone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu 1. i 2. Izba wzięła pod uwagę także podniesioną przez zamawiającego okoliczność, że, zgodnie z art. 38 ust. 4b ustawy Prawo zamówień publicznych, niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający w punkcie III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że wykonanie zamówienia podlega szczególnym warunkom, tj. objęcie gwarancją i rękojmią wszystkich robót budowlanych oraz urządzeń zarówno wykonanych i dostarczonych przez wykonawcę, jak i wykonawcę I etapu budowy oraz przeprowadzenie rozruchów i prób końcowych w zakresie wszystkich urządzeń i instalacji wykonanych zarówno w ramach umowy z wykonawcą, jak i wykonawcą I etapu budowy; wykonawca ponosi odpowiedzialność za przeprowadzenie i powodzenie wszystkich rozruchów i prób końcowych.

Zamawiający uznaje ten zakres prac i odpowiedzialności powierzony wykonawcy etapu II za niezwykle istotny dla warunków realizacji niniejszego zamówienia, głównie ze względu na to, jak wyjaśnił, że etap II nie jest kolejną częścią realizacji inwestycji, lecz w dużej mierze dokończeniem realizacji etapu I, który ze względu na niemożność jego wykonania według pierwotnego projektu, musiał zostać przerwany.

Zakres ten nie jest trudny czy niemożliwy do zrealizowania przez wykonawców, jedyne ich ryzyko to właściwe oszacowanie tego elementu w cenie oferty (ewentualne poprawki, naprawa lub wymiana elementów wykonanych w ramach etapu I). Zamawiający wskazał tu, że dokłada wszelkiej staranności, aby przekazać wykonawcom jak najpełniejszą wiedzę na ten temat, więc jego działanie w kontekście art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty) należy ocenić pozytywnie zwracając przy tym uwagę, że spełnienie wymogów tego przepisu trzeba rozważać także w kontekście realnych możliwości przekazania tych informacji i wiedzy posiadanej przez zamawiającego.

Tym samym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

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

Przewodniczący: