

WYROK
z dnia 20 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale:

1. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Bilfinger Infrastructure S.A., Bilfinger Construction GmbH, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Heilit+Woerner Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,** 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 zamówienie: **Konsorcjum: BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**, stanowiącą koszty 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 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn: „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Świlcza (DK4) bez węzła - węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Europejskich w dniu 18 czerwca 2013 r. pod nr 2013/S 116-197050.

W dniu 12 stycznia 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum firm: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Budimex - Ferrovial Agroman) otrzymali od zamawiającego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wraz z zaproszeniem do złożenia oferty.

Konsorcjum Budimex - Ferrovial Agroman wniosło odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które zdaniem odwołującego rażąco naruszają równowagę stron oraz zasadę uczciwej konkurencji, obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób odbiegający od wytycznych art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 2 Pzp, a w szczególności w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Tym samym wskazana czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, które odsyłają do przepisów Kodeksu cywilnego oraz art. 7 Pzp, który statuuje zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „Pzp”:

- A. art. 29 ust. 1, 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 3 Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt. nr 2.1.11.1, PFU, pkt. 2.1.11.3.k PFU kryterium całkowicie nieostrego i niedookreślonego, zależnego od subiektywnych odczuć jednostki,
- B. art. 29 ust. 1, 2, art. 31 ust. 2 Pzp, rozdziału 4 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, art. 140 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie w PFU w punkcie nr 2.4.1., pkt. 1.4.1.9, pkt. 1.4.1.1 podpunkt (e) i (f) PFU, Rozdziale 1 Instrukcji dla Wykonawców pkt. 5 - zobowiązania wykonawcy do wykonania robót nie objętych opisem przedmiotu zamówienia,
- C. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 353¹, 577 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez umieszczenie dokumentu Gwarancji Jakości na drugiej pozycji w hierarchii

dokumentów, tj. po Akcie Umowy a przed Warunkami Szczególnymi i Warunkami Ogólnymi Kontraktu, a ponadto poprzez objęcie Gwarancją Jakości udzieloną przez wykonawcę Programu Funkcjonalno-Użytkowego sporządzonego przez zamawiającego, a także poprzez wprowadzenie do Gwarancji Jakości obowiązków po stronie gwaranta sprzecznych z naturą gwarancji,

- D. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 4 Pzp art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez brak określenia czasu, jakim będzie dysponować wykonawca, aby zrealizować zakres prac objęty Kamieniem Milowym nr 1,
- E. art. 14 i 139 Pzp w związku z art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 473 § 1 k.c., poprzez brak przyjęcia przez zamawiającego w subkl. 17.3, 8.4 odpowiedzialności za przekazane przez niego dokumenty będące podstawą do projektowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień SIWZ, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku – o unieważnienie postępowania, gdyż zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania umowa będzie nieważna z mocy prawa. Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie zapisów SIWZ w następujący sposób:

- a) W Punkcie nr 2.1.11.1 PFU wykreślenie zdania „Ostateczna forma powinna powodować pozytywne odczucia odbioru estetycznego obiektu.”
- b) Punkt nr 2.1.11,3.k PFU wykreślenie zdania „kotwy i ściągi szalunkowe należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu, tzn. aby ślady po nich tworzyły estetyczny efekt wizualny”, „otwory technologiczne (np. otwory odpływowe) należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu architektonicznego lub tworzył estetyczny efekt wizualny” .
- c) Wykreślenie w całości punktu nr 2.4.1. PFU „Jeżeli po opracowaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które w niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżyniera dodatkowe, niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej’.
- d) W Rozdziale 1 Instrukcji dla Wykonawców -wykreślenie pkt. 24 „wszelkie inne roboty, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”.
- e) Wykreślenie punktu 1.4.1.9. PFU „Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.”
- f) Wykreślenie punktu 1.4.1.9. PFU: „Zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako doświadczalnego/eksperymentalnego, opisanego

w przygotowywanym przez zamawiającego projekcie zmian do Rozporządzenia”.

g) Wykreślenie pkt. 1.4.1.1 str. 13 podpunkt (e) i (f) PFU „Wykonawca zobowiązany jest poddać analizie i optymalizacji rozwiązania techniczne zawarte w Dokumentacji Projektowej Zamawiającego: Projekt Budowlany (PB) i Projekt Wykonawczy (PW) (Tom V SIWZ), w szczególności w następującym zakresie:

e) analizy alternatywnych możliwości rozwiązań wzmocnienia podłoża gruntowego, skarp nasypów i wykopów oraz posadowienia obiektów inżynierskich, pod kątem kosztu wykonania oraz zabiegów utrzymaniowych w przyszłości, pod warunkiem, że nie będzie to miało negatywnego wpływu na trwałość i czas realizacji inwestycji,

f) analizy rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych zaprojektowanych obiektów inżynierskich, z uwzględnieniem możliwości zastosowania alternatywnych konstrukcji prefabrykowanych i zespolonych, przy dochowaniu wynikającego z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych wymaganego okresu trwałości tych obiektów, w zakresie:

A. Zastąpienia wysokich nasypów drogowymi obiektami inżynierskimi, zlokalizowanymi (...)”

h) Zmianę §2 ust. 2 Aktu Umowy w następujący sposób:

„Na umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności:

- 1) Niniejszy Akt Umowy,
- 2) Warunki Szczególne Kontraktu,
- 3) Warunki Ogólne Kontraktu,
- 4) Program Funkcjonalno -Użytkowy wraz z załącznikami, Gwarancja Jakości,
- 5) Wypełnione Dane Kontraktowe,
- 6) Oferta Wykonawcy,
- 7) Potencjał kadrowy,
- 8) Wypełniony Wykaz Płatności.”

i) W Załączniku Gwarancja Jakości wykreślenie w pkt. 2.1 ppkt. c, d, e, f, g oraz w pkt. 2.2 pkt. c, d, e, f.

j) W Załączniku Gwarancja Jakości pkt. 1.1. wykreślenie sformułowania „oraz innych dokumentach będących integralną częścią umowy.”

k) W Danych Kontraktowych zmianę pozycji Wymagalna Minimalna Ilość Wykonania (kamień milowy) Kamień milowy nr 1 - poprzez wskazanie 45 tygodni od podpisania umowy na złożenie kompletnego wniosku o ZRID, a tym samym osiągnięcie Kamienia Milowego nr 1.

l) Zmianę subklauzuli 8.4 Warunków Szczególnych Umowy poprzez dodanie na końcu subklauzuli „W przypadku utraty ważności któregokolwiek z dokumentów

o których mowa w subklauzuli 17.3 o okres ich uzyskania zostanie przedłużony Czas na Ukończenie dla całości Robót”.

m) Zmianę subklauzuli 17.3 Warunków Szczególnych Umowy poprzez wymienienie dokumentów za które odpowiedzialność ponosi zamawiający:

- 1) Raport oddziaływania na środowisko - załącznik do PFU nr 1,
- 2) Wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR) - załącznik do PFU nr 2,
- 3) Opinie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków o następujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji -załącznik do PFU nr 3,
- 4) Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DUŚ) - załącznik do PFU nr 4,
- 5) Dokumentację geologiczno-inżynierską oraz dokumentację hydrogeologiczną - załącznik do PFU nr 5,
- 6) Mapę do celów opiniodawczych - załącznik do PFU nr 6.

Odwołujący wskazał, że jest podmiotem zajmującym się profesjonalnie realizacją robót budowlanych i jest zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu. Odwołujący przeszedł prekwalifikację i został zaproszony do etapu składania ofert. Wobec wadliwego opisu zamówienia odwołujący nie może w sposób racjonalny i poprawny przygotować oferty. Treść Warunków Kontraktu objętych SIWZ została ukształtowana w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Podpisanie umowy w jej obecnym brzmieniu naraża odwołującego na szkodę m.in. wskutek zapisów dyskryminujących wykonawcę lub uniemożliwiających ocenę ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Z kolei, zaniechanie przez odwołującego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, podyktowane rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy zapisami umowy będzie oznaczać, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym narażony na szkodę.

Opis przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 Pzp - obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia m. in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na zamawiającym (por, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2000; III CKN 629/28).

W pkt. nr 2.1.11.1 PFU oraz pkt nr 2.1.11.3.k PFU zamawiający wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia całkowicie nieostre, nieokreślone kryteria, zależne od subiektywnych odczuć jednostki, przy czym nie wskazał czyich pozytywnych odczuć estetycznych one dotyczą.

- a) Punkt nr 2.1.11.1 PFU stanowi: „Obiekty powinny charakteryzować się czytelnym (zrozumiałym) układem konstrukcyjnym, z jasnym podziałem na części składowe, odpowiadającym określonym zadaniom technicznym. Obiekt powinien mieć odpowiednio dobrane proporcje i uporządkowane linie. Ostateczna forma powinna

powodować pozytywne odczucia odbioru estetycznego obiektu.”

- b) Punkt nr 2.1.11,3.k PFU stanowi: „kotwy i ściągi szalunkowe należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu, tzn. aby ślady po nich tworzyły estetyczny efekt wizualny” „otwory technologiczne (np. otwory odpływowe) należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu architektonicznego lub tworzył estetyczny efekt wizualny” .

Jak wynika z art. 31 ust. 2 Pzp przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych powinien być opisany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, którego definicję, zakres i formę określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazana w ofercie, a następnie zaakceptowana Kwota Kontraktowa może się odnosić tylko do tego, co zamawiający przewidział w Programie Funkcjonalno-Użytkowym określającym przedmiot zamówienia i opisał w sposób zgodny z treścią art. 29 i 31 Pzp w umowie. Zatem naruszenie przywołanych przepisów stanowią następujące postanowienia:

- c) Punkt nr 2.4.1. PFU „Jeżeli po opracowaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które w niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżyniera dodatkowe, niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej”.
- d) W Rozdziale 1 Instrukcji dla Wykonawców Zakres projektowania i budowy drogi S19 obejmuje w szczególności: pkt. 24 „wszelkie inne roboty, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”.

Niezgodne z ww. przepisami prawa jest przenoszenie ryzyka nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia na wykonawcę, poprzez zobowiązanie wykonawcy do wykonania niezbędnych robót, które nie są objęte PFU, który stanowi opis przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo w PFU zamawiający wprowadził niejednoznaczne zapisy, umożliwiające zmianę przedmiotu zamówienia w zależności od woli osób trzecich, takich jak Zarządca Drogi czy zamawiający, który w trakcie realizacji inwestycji zamierza podejmować decyzję dotyczącą zastosowania oznakowania pionowego jako doświadczalnego, zaznaczając jednocześnie, że takie zmiany nie mogą powodować zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.

- e) punkt 1.4.1.9. PFU „Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych należy

wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.”

- f) punkt 1.4.1.9. PFU: „Zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako doświadczalnego/eksperymentalnego, opisanego w przygotowywanym przez zamawiającego projekcie zmian do Rozporządzenia”.

Nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia wynika też z faktu, że zamawiający w pkt. 1.4.1.1 podpunkt (e) i (f) PFU wskazał: „Wykonawca zobowiązany jest poddać analizie i optymalizacji rozwiązania techniczne zawarte w Dokumentacji Projektowej Zamawiającego: Projekt Budowlany (PB) i Projekt Wykonawczy (PW) (Tom V SIWZ), w szczególności w następującym zakresie:

- e) analizy alternatywnych możliwości rozwiązań wzmocnienia podłoża gruntowego, skarp nasypów i wykopów oraz posadowienia obiektów inżynierskich, pod kątem kosztu wykonania oraz zabiegów utrzymaniowych w przyszłości, pod warunkiem, że nie będzie to miało negatywnego wpływu na trwałość i czas realizacji inwestycji,

- f) analizy rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych zaprojektowanych obiektów inżynierskich, z uwzględnieniem możliwości zastosowania alternatywnych konstrukcji prefabrykowanych zespolonych, przy dochowaniu wynikającego z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych wymaganego okresu trwałości tych obiektów, w zakresie:

A. Zastąpienia wysokich nasypów drogowymi obiektami inżynierskimi, zlokalizowanymi (...)”

Zamawiający nie sprecyzował, czy realizowana droga ma być położona na nasypach drogowych, czy na obiektach inżynierskich, natomiast zobowiązał wykonawcę do analizy zastąpienia wysokich nasypów drogowymi obiektami inżynierskimi, dopuszczając każdą z tych ewentualności ale nie wiadomo na jakich zasadach. Takie działanie zamawiającego uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu. Zakres przedmiotu zamówienia objęty PFU stanowi podstawę do skalkulowania ceny oferty i złożenia porównywalnych ofert. Wynagrodzenie ryczałtowe nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w PFU, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 Pzp na roboty dodatkowe. Za wyrokiem KIO nr 809/12 z dnia 09.05.2012 r., odwołujący wskazał, że „Obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 KC cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy. Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji

istotnych warunków”

Gwarancja jakości

- a. W §2 ust. 2 Aktu Umowy zamawiający umieścił dokument Gwarancja Jakości jako drugi w hierarchii dokumentów - po Akcie Umowy i przed Warunkami Szczególnymi Kontraktu i Warunkami Ogólnymi Kontraktu, jednocześnie wskazując, że „Na umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności”. Odwołujący wniósł o przeniesienie Gwarancji Jakości na pozycję 5 w hierarchii, a Programu Funkcjonalno-Użytkowego jako dokumentu 2 w hierarchii - po Akcie Umowy. Umieszczenie Gwarancji Jakości przed Warunkami Szczególnymi Kontraktu, Warunkami Ogólnymi Kontraktu powoduje drastyczne zaburzenie hierarchii odpowiedzialności oraz ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego, poprzez zwiększenie rangi obowiązków wykonawcy w okresie gwarancji, a zmniejszenie wagi obowiązków i ryzyk zamawiającego, które opisane są w Warunkach Ogólnych Kontraktu i Warunkach Szczególnych Kontraktu.
- b. W pkt. 1.1. Gwarancji Jakości wskazano, że obejmuje ona „całość Robót i Dokumentów Wykonawcy objętych przedmiotem zamówienia (dalej przedmiotem Umowy) określonych w Umowie oraz innych dokumentach będących integralną częścią Umowy. Jak z kolei wynika z §2 ust. 2 Aktu Umowy, integralną część umowy stanowi min. Program Funkcjonalno-Użytkowy, będący dokumentem zamawiającego, którego nie obejmuje Gwarancja Jakości. Zapis ten narusza art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.
- c. Gwarancja jest świadczeniem dobrowolnym. Ochrona uprawnionego polega na przywróceniu posiadaczowi możliwości normalnego korzystania z objętego gwarancją przedmiotu, niezakłóconego przez jego wadliwość. To producent, sprzedający, decyduje co powinno być objęte gwarancją w sprzedanym towarze. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Gwarancja Jakości, która została w całości opracowana przez zamawiającego i dołączona do projektu umowy zdecydowanie wykracza poza przewidziane kodeksem cywilnym zobowiązanie się wykonawcy do usunięcia wady fizycznej rzeczy bądź też do naprawienia rzeczy w taki sposób, by była ona zdatna do użytku, nie mówiąc o ograniczeniu odpowiedzialności gwaranta do wady tkwiącej w rzeczy. I tak pkt. 2.1 Gwarancji Jakości - w przypadku ujawnienia jakiegokolwiek Wady w Przedmiocie Umowy zamawiający jest uprawniony min do:
„c) żądania od Gwaranta odszkodowania obejmującego zarówno poniesione szkody, jak i utracone korzyści, jakich doznał Zamawiający na skutek wystąpienia Wady, żądania od gwaranta kary umownej za nieterminowe potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia lub nie określenia sposobu usunięcia Wady w wysokości 10 000zł za każdy dzień zwłoki,
d) żądania od Gwaranta kary umownej za nieterminowe usunięcie Wad lub wymianę rzeczy

na wolną od Wad, w wysokości 10 000zł za każdy dzień zwłoki, z wyłączeniem sytuacji gdy kara za niedotrzymanie któregokolwiek z terminów usunięcia Wady, usterek lub wykonania zaległych prac ujawnionych w okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, została naliczona zgodnie z kl.8.7 Warunków Kontraktu.

e) Żądanie od Gwaranta odszkodowania uzupełniającego, za nieterminowe usunięcie Wad lub wymianę rzeczy na wolne od Wad, w wysokości przewyższającej kwotę kary umownej o której mowa w pkt. e.

f) jeśli kary umowne nie pokryją szkody w całości, Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania w pełnej wysokości na warunkach ogólnych.”

Natomiast gwarant w pkt. 2.2 Gwarancji Jakości jest zobowiązany do:

”c) zapłaty odszkodowania, o którym mowa w pkt. 2.1.c,

d) zapłaty odszkodowania, o którym mowa w pkt.2.1.d,

e) zapłaty odszkodowania, o którym mowa w pkt.2.1.e z wyłączeniem sytuacji, gdy kara za niedotrzymanie którejkolwiek z terminów usunięcia Wad, usterek lub wykonania zaległych prac ujawnionych w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu, została naliczona zgodnie z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu;

f) zapłaty odszkodowania, o którym mowa w pkt.2.1.f”

Zamawiający wprowadził do dokumentu Gwarancji Jakości - postanowienia nakładające na wykonawcę obowiązki rażąco odbiegające od istoty gwarancji – wynikającej z przepisów prawa, które są co prawda przepisami dyspozytywnymi, mającymi swoje źródło w autonomii kontraktowej. Natomiast udzielając zamówienia publicznego to zamawiający przygotowuje projekt umowy w tym gwarancji jakości. Zdaniem odwołującego pkt. 2.1 ppkt c-f, 2.2 c-f Gwarancji Jakości należy wykreślić bowiem obecna treść tego dokumentu prowadzi do nadużywania praw podmiotowych przez zamawiającego, narusza zasadę równości stron oraz sprzeciwia się naturze gwarancji jakości, czym narusza art. 353¹ k.c., co z kolei prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Termin realizacji Kamienia Milowego nr 1

W Danych Kontraktowych w pozycji Wymagalna Minimalna Ilość Wykonania (kamień milowy) Kamień milowy nr 1 złożenie kompletnego i skutecznego wniosku o ZRiD - został określony konkretną datą dzienną 1 stycznia 2015r. w przeciwieństwie do pozostałych Kamieni Milowych, które są określone ilością miesięcy od podpisania umowy. Wskazanie w projekcie umowy konkretnej daty osiągnięcia kamienia milowego jest niezasadne bowiem na tym etapie nie jest znana data zawarcia umowy, a tym samym data rozpoczęcia realizacji inwestycji, co powoduje brak możliwości określenia czasu, w jakim wykonawca będzie mógł wykonać prace projektowe. Tymczasem wykonawca musi dysponować wiedzą na temat okresu czasu, jakim będzie dysponować dla wykonania zamówienia publicznego. Nie wskazanie przez zamawiającego czasu, jakim będzie dysponować wykonawca na

opracowanie dokumentacji uniemożliwia ocenę ryzyka realizacji inwestycji, a w konsekwencji wpływu na cenę oferty. W przypadku przedłużenia się procedury udzielania zamówienia wskazanie w projekcie umowy daty 01.01.2015r. może spowodować, że wykonanie zamówienia nie będzie możliwe, bowiem okres od dnia podpisania umowy do dnia 01.01.2015r. nie będzie pozwalał na opracowanie dokumentacji projektowej koniecznej do złożenia wniosku o ZRID. Jednocześnie, zgodnie z subklauzulą 8.7.c niedotrzymanie przez wykonawcę terminu Kamienia Milowego nr 1 jest zagrożone karą w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki. Odwołujący przedłożył Harmonogram, który przedstawia minimalny okres 45 tygodni konieczny do opracowania dokumentacji projektowej.

Dokumenty do projektowania przekazane przez zamawiającego

W pkt. 1.4.1.1 PFU (Zakres zasadniczych robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania) wskazano:

„Zamawiający wraz z PFU udostępnia jako dokumenty wiążące wykonawcę:

- Raport oddziaływania na środowisko - załącznik do PFU nr 1,
- Wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR) - załącznik do PFU nr 2,
- Opinie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków o następujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji - załącznik do PFU nr 3,
- Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DUŚ) - załącznik do PFU nr 4,
- Dokumentację geologiczno-inżynierską oraz dokumentację hydrogeologiczną - załącznik do PFU nr 5,
- Mapę do celów opiniodawczych - załącznik do PFU nr 6,”

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być wykonana z zastosowaniem „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999. Natomiast w subklauzuli 17.3 Warunków Szczególnych Umowy zamawiający nie wskazał przedmiotowych dokumentów - wymienionych w pkt. 1.4.1.1 PFU jako dokumentów zamawiającego, co oznacza brak przyjęcia przez zamawiającego odpowiedzialności kontraktowej za te dokumenty. Nie przewidziano również w subklauzuli 8.4 konsekwencji wygaśnięcia przedmiotowych dokumentów dla realizacji umowy.

Dostarczając dokumenty wskazane w pkt. 1.4.1.1 PFU, będące podstawą do projektowania, zamawiający nie może uchylać się od odpowiedzialności za należyte wykonanie tego obowiązku, przerzucając wszelkie negatywne konsekwencje błędów, jak również utraty ich ważności, na wykonawcę. Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie

sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c. Brak wprowadzenia przez zamawiającego do wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym ponosi on odpowiedzialności za dostarczone przez niego dokumenty oraz brak wskazania konsekwencji wygaśnięcia/utruty ważności przedmiotowych dokumentów, stanowi de facto obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie przez zamawiającego obowiązków wynikających z umowy i jako takie jest sprzeczne z art. 473 § 1 k.c.

Odwołujący wniósł o zmianę subkl. 17.3 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez wymienienie dokumentów, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający:

- 1) Raport oddziaływania na środowisko - załącznik do PFU nr 1,
- 2) Wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR) – załącznik do PFU nr 2,
- 3) Opinie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków o następujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji -załącznik do PFU nr 3,
- 4) Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach (DUŚ) - załącznik do PFU nr 4,
- 5) Dokumentacja geologiczno-inżynierską oraz dokumentację hydrogeologiczną - załącznik do PFU nr 5,
- 6) Mapa do celów opiniodawczych - załącznik do PFU nr 6,

oraz zmianę subkl. 8.4 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez dodanie na końcu subklauzuli „W przypadku wygaśnięcia/utruty ważności któregośkolwiek z dokumentów o których mowa w kl. 17.3 o okres ich uzyskania zostanie przedłużony Czas na Ukończenie dla całości Robót.”

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Bilfinger Infrastructure S.A., Bilfinger Construction GmbH, z siedzibą lidera w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Heilit+Woerner Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o. z siedzibą lidera we Wrocławiu zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że w dniu 14 stycznia 2014 r. dokonał zmiany treści postanowień SIWZ w związku z czym wniósł o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów, względem których nie istnieje spór pomiędzy stronami.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w pkt A. odwołania, zamawiający wskazał, że postanowienia PFU należy czytać w sposób całościowy. Postanowienia te są jednakowe dla wszystkich wykonawców. Stanowią one ogólne stwierdzenia podsumowujące wymagania

zamawiającego, dotyczące formy obiektu, jego wyglądu i wpływu na krajobraz. Jeśli wykonawca zachowa wymagania, stosownie do parametrów opisanych w pkt 2.1.11.3.k, np. jednolita faktura i barwa, odpowiednie proporcje, czytelny układ konstrukcyjny (pkt 2.1.11.1.), to tym samym będzie czynił zadość pojęciu „estetyka”. Zamawiający wskazał, że w przypadku robót polegających na projektowaniu, które niosą ze sobą element twórczy, nie sposób odwoływać się wyłącznie do opisów czysto technicznych. Zamawiający używając pojęcia „estetyka” miał na myśli ogólnie przyjętą staranność. Jest to pojęcie obiektywne, mające zapewnić pozytywny odbiór całości kształtu obiektu. Zamawiający nie mógł bardziej szczegółowo opisać przedmiotu zamówienia w tym zakresie, ponieważ nie da się określić wszystkich możliwości zaprojektowania i wykończenia prac, a zamawiający nie chce narzucać wykonawcom zamkniętego katalogu rozwiązań.

Odnosnie zarzutu B odwołania zamawiający wyjaśnił, że w dniu 14 stycznia 2014 r. zostały wprowadzone zmiany do pkt 2.4.1 PFU, który otrzymał brzmienie: „Jeżeli podczas opracowania Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które w niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżyniera niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej”. Zamawiający wskazał, że wykonawca może zmienić technologię podczas opracowywania projektu budowlanego i projektu wykonawczego, gdyż to od przyjętych przez niego rozwiązań będzie zależał charakter użytych materiałów. Zamawiający do projektu załączył specyfikacje do zaprojektowanych rozwiązań, natomiast jeśli wykonawca zastosuje inne technologie i rozwiązania, to będzie zobowiązany do przedstawienia SST na dany zakres prac i materiałów. Ponadto zamawiający w pkt 1.4.1.8 PFU zamawiający wykreślił zdanie: „Zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako doświadczalnego/eksperymentalnego, opisanego w przygotowywanym przez zamawiającego projekcie zmian do Rozporządzenia”. W pozostałym zakresie zamawiający nie znalazł podstaw do wykreślenia tegoż postanowienia, uznając, że obowiązki z niego wynikające są podyktowane obowiązującymi przepisami prawa i w tym zakresie strony nie mogą wyłączyć ich postanowieniami umowy. Wskazał art. 24j i art. 24l ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 260 z późn. zm.) zobowiązują zarządcę drogi do wprowadzenia wyników audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego i uwzględnienia ich w rozwiązaniach projektowych. W tym przypadku, to wykonawca jest odpowiedzialny za rozwiązania projektowe.

Zamawiający uznał za nieuzasadnione żądanie odwołującego usunięcia w Rozdziale I Instrukcji dla Wykonawców pkt 24, gdyż postanowienie to zostało zawarte w Sekcji II.1.5) pkt 24 ogłoszenia o zamówieniu. Zarzut ten należy uznać za spóźniony. Ponadto zdaniem zamawiającego, w przypadku inwestycji realizowanej w systemie

„zaprojektuj i wybuduj” to od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac. Nie ma zatem podstaw, by zastosowane przez wykonawcę rozwiązania mogły generować konieczność wykonania robót o nieprzewidzianym przez zamawiającego zakresie finansowym.

W ramach modyfikacji SIWZ z dnia 14 stycznia 2014 r. zamawiający wykreślił w pkt 1.4.1.1. PFU postanowień zawartych pod lit. c i f. Wyjaśnił także, że materiały dołączone w TOMIE V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący. Są to materiały o charakterze poglądowym.

Odnosząc się do zarzutu C, zamawiający wskazał, że hierarchia dokumentów określona przez zamawiającego w żaden sposób nie uniemożliwia złożenia konkurencyjnej oferty i nie przesądza o nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wyjaśnił, że ustanowił dokument Gwarancji Jakości jako jeden z Dokumentów Kontraktowych, stanowiący element zobowiązania wykonawcy, z określeniem oczekiwań zamawiającego co do minimalnych wymagań odnoszących się do długości terminu gwarancji na niektóre elementy, usuwania wad z zastrzeżeniem kar umownych na wypadek niemożliwości ich prawidłowej realizacji.

Odnosząc się do zarzutu D, zamawiający wyjaśnił, że data złożenia kompletnego i skutecznego wniosku o ZRID (zakończenia Kamienia Milowego nr 1) została określona na dzień 1 stycznia 2015 r. Zamawiający przewidział w harmonogramie opracowanym w celu oszacowania długości trwania inwestycji - na ten etap - okres 6 miesięcy od zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, że podobne przedsięwzięcia były realizowane przez wykonawców dla nawet bardziej skomplikowanych inwestycji w okresie 5 miesięcy i 11 dni lub 7 miesięcy i 15 dni od zawarcia umowy. Zamawiający zauważył, że odwołujący nie zarzucił niemożliwości świadczenia, a zatem nie można uznać, że wywody o braku możliwości złożenia oferty są uzasadnione. Zamawiający wskazał na postanowienia subklauzuli 8.4, subklauzuli 20.1 oraz subklauzuli 1.1.5.6 Warunków Szczególnych Kontraktu.

W odpowiedzi na zarzut E zamawiający podniósł, że zasady ponoszenia odpowiedzialności w zakresie wskazanym przez odwołującego wynikają wprost z postanowień dokumentów kontraktowych (subklauzula 8.4 WSK, pkt e oraz subklauzula 1.13. pkt a). Odpowiedzialność zamawiającego za przekazane wykonawcy dokumenty wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym z art. 647 k.c. Podkreślił, że przepis art. 473 § 1 k.c. wymaga, aby przyjęcie przez wykonawcę dodatkowej odpowiedzialności było wyartykułowane wprost w umowie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wykazał zarówno interes w uzyskaniu zamówienia, jak i możliwość poniesienia szkody w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła także skuteczność przystąpień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: Bilfinger Infrastructure S.A., Bilfinger Construction GmbH, oraz wykonawców - Konsorcjum: Heilit+Woerner Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., którzy zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zarzut A dotyczący opisu przedmiotu zamówienia

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1, 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 3 Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt. nr 2.1.11.1, PFU, pkt. 2.1.11.3.k PFU „kryterium całkowicie nieostrego i niedookreślonego, zależnego od subiektywnych odczuć jednostki”.

Zgodnie z przepisami art. 29 ust. 1, 2 Pzp, zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia publicznego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym ceny. Przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny, czy taki, który wprowadzałby w błąd wykonawcę lub utrudniał uczciwą konkurencję. Przepis art. 31 ust. 2 Pzp wskazuje, że w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

W przedmiotowym postępowaniu pkt nr 2.1.11.1 PFU „Wymagania podstawowe” stanowi „Obiekty powinny charakteryzować się czytelnym (zrozumiałym) układem konstrukcyjnym, z jasnym podziałem na części składowe, odpowiadającym określonym zadaniom technicznym. Obiekt powinien mieć odpowiednio dobrane proporcje i uporządkowane linie. Ostateczna forma powinna powodować pozytywne odczucia odbioru

estetycznego obiektu.”

W pkt nr 2.1.11,3.k PFU określono, że „kotwy i ściągi szalunkowe należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu, tzn. aby ślady po nich tworzyły estetyczny efekt wizualny”, „otwory technologiczne (np. otwory odpływowe) należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu architektonicznego lub tworzył estetyczny efekt wizualny”

Jak wynika z treści powyższych postanowień (pkt nr 2.1.11.1 oraz pkt nr 2.1.11,3.k) Programu Funkcjonalno-Użytkowego zamawiający posłużył się przy ogólnym opisie drogowych obiektów inżynierskich będących przedmiotem zamówienia określeniami: „pozytywne odczucia odbioru estetycznego obiektu”, „estetyczny efekt wizualny” oraz „estetyczny efekt wizualny”. Jak wskazywał zamawiający „estetyka” jest pojęciem funkcjonującym i zrozumiałym w architekturze. Obejmuje ono zbiór obiektywnych cech charakteryzujących obiekt architektoniczny, które powodują, że dany obiekt architektoniczny wydaje się piękny, solidny, funkcjonalny. Istotnym elementem estetyki obiektu jest jego bryła w powiązaniu z funkcją i funkcjonalnością (forma, proporcje, wkomponowanie obiektu w przestrzeni itp.). Estetyka wiąże się niewątpliwie z zastosowanymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi, nowoczesnymi rozwiązaniami technologicznymi i materiałowymi. Od tych wszystkich elementów zależy ostateczny efekt wizualny i wartość estetyczna obiektu.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że opis oczekiwań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zaprojektowania i wykonania określonego obiektu architektonicznego może zawierać elementy i pojęcia odnoszące się do pozytywnych odczuć estetycznych, które w dziedzinie architektury stanowią kategorie obiektywne. Zauważyć należy, że ostatecznie to inwestor jest odpowiedzialny za dany obiekt, w tym za wkomponowanie obiektu w otaczającą przestrzeń, wygląd, wpływ na krajobraz i otoczenie, dostosowanie wyglądu budynku do istniejącego w danym obszarze stylu zabudowy itp. Zatem zamawiający ma prawo i obowiązek opisać przedmiot zamówienia w postaci obiektu architektonicznego w taki sposób, aby wykluczyć ryzyko powstania obiektu kiczowatego, szpecącego otoczenie, a tym samym powodującego negatywne odczucia estetyczne. Elementów, o których tu mowa nie można opisać w systemie „zaprojektuj i wybuduj” przy pomocy pojęć wyłącznie technicznych oraz ścisłych parametrów technicznych, tym bardziej, że to wykonawca realizując zamówienie ma się wykazać własną inwencją twórczą w zaprojektowaniu obiektu. Aby nie ograniczać swobody twórczej wykonawców, ani możliwości zaproponowania nowatorskich rozwiązań, zamawiający opisując przedmiot zamówienia wytyczył jedynie kierunek tych prac, wykazując dbałość o estetykę planowanych obiektów. Wykreślenie omówionych powyżej postanowień z opisu przedmiotu zamówienia pozbawiłoby de facto zamawiającego, jako inwestora, wpływu na to, jaki odbiór estetyczny

będzie budził obiekt wykonany na rzecz zamawiającego, co sprzeciwia się podstawowym prawom inwestora.

Zarzut B.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1, 2, art. 31 ust. 2 Pzp oraz rozdziału 4 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, a także art. 140 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie w PFU w punkcie nr 2.4.1., pkt. 1.4.1.9, pkt. 1.4.1.1 podpunkt (e) i (f) PFU, Rozdział 1 Instrukcji dla Wykonawców pkt. 5 - zobowiązania wykonawcy do wykonania robót nie objętych opisem przedmiotu zamówienia,

W postanowieniu pkt nr 2.4.1. PFU wskazano, że „Jeżeli po opracowaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które w niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżyniera dodatkowe, niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej”.

Postanowienie zawarte w Rozdziale 1 Instrukcji dla Wykonawców, iż zakres projektowania i budowy drogi S19 obejmuje w szczególności: pkt. 24 „wszelkie inne roboty, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”. Zdaniem odwołującego postanowienia te stanowią zobowiązanie wykonawcy do wykonania niezbędnych robót, które nie są objęte PFU.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 31 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych powinien być opisany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, którego definicję, zakres i formę określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.).

Izba stwierdziła, że w zakwestionowanych postanowieniach chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. Ponadto postanowienie zawarte w Rozdziale I Instrukcji dla Wykonawców pkt 24 zostało zawarte uprzednio w Sekcji II.1.5) pkt 24 ogłoszenia o zamówieniu, wobec czego należy uznać zarzut ten za spóźniony na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu ograniczonym. Podkreślić należy, że w przypadku inwestycji realizowanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, co słusznie podkreślił zamawiający, to od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania

prac. Nie ma więc uzasadnienia twierdzenie, że zamawiający zobowiązał wykonawcę do wykonania prac nieobjętych w PFU, a także nie ma potrzeby, aby zastosowane przez wykonawcę rozwiązania miały generować konieczność wykonania robót o nieprzewidzianym przez zamawiającego zakresie finansowym, co nie zostało przez odwołującego wykazane w toku postępowania. Podkreślić należy, że profesjonalny wykonawca, który powinien odznaczać się znajomością rzeczy, obliczając wysokość wynagrodzenia, musi przewidzieć niezbędny zakres prac dotyczących robót związanych z wykonaniem projektu budynku i robót, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Tylko w przypadku gdy w toku robót pojawi się potrzeba wykonania dodatkowych elementów obiektu, które nie były przewidziane w umowie i w projekcie wykonawcy to strony mogą w drodze porozumienia poszerzyć zakres robót i objąć je dodatkowym wynagrodzeniem.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego co do wykreślenia punktu 1.4.1.9 PFU oraz pkt. 1.4.1.1 str. 13 podpunkt (e) i (f) PFU. Zarzuty te jako niesporne nie były przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Uwzględnienie zarzutów, a zatem przyznanie przez zamawiającego naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp w powyższym zakresie nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania, ponieważ wyeliminowanie tych postanowień ze specyfikacji oznacza, że stwierdzone naruszenie przepisów nie miało i nie może nie mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp.

W pozostałym zakresie brzmienie pkt 1.4.1.9. PFU „Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.” określa obowiązki wykonawcy przeprowadzenia audytu bezpieczeństwa i uwzględnienia w projekcie jego wyników wynikające z obowiązujących przepisów prawa (art. 24j i art. 24l ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych Dz. U. z 2013 r., poz. 260 z późn. zm.). Nie ma wątpliwości, że nie chodzi tu o możliwość „zmiany przedmiotu zamówienia w zależności od woli osób trzecich, takich jak Zarządca Drogi, zamawiający”, jak podnosił odwołujący. Wyniki audytu muszą być uwzględnione przez wykonawcę przed złożeniem wniosku o ZRID. Zamawiający nie ma zatem możliwości odstąpienia od tych wymagań.

Zarzut C dotyczący Gwarancji Jakości

Za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 Pzp, art.353¹, 577 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez umieszczenie w hierarchii dokumentów dokumentu Gwarancji Jakości jako drugiego w kolejności po Akcie Umowy a przed Warunkami Szczególnymi i Warunkami Ogólnymi Kontraktu, poprzez objęcie

Gwarancją Jakości udzieloną przez wykonawcę Programu Funkcjonalno-Użytkowego sporządzonego przez zamawiającego oraz poprzez wprowadzenie do gwarancji jakości obowiązków po stronie gwaranta sprzecznych z naturą gwarancji.

Zgodnie z brzmieniem §2 ust. 2 Aktu Umowy: „Na umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności: Niniejszy Akt Umowy, Gwarancja Jakości, Warunki Szczególne Kontraktu, Warunki Ogólne Kontraktu, Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami, Wypełnione Dane Kontraktowe, Oferta Wykonawcy, Potencjał kadrowy, Wypełniony Wykaz Płatności.”

Gwarancja Jakości stanowi odrębną umowę, którą objęty jest przedmiot zamówienia. Umieszczenie tej umowy w kolejności po Akcie Umowy stanowi odzwierciedlenie wagi podjętych przez strony zobowiązań umownych dotyczących danego stosunku prawnego. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, w jaki sposób umieszczenie gwarancji na drugiej pozycji w hierarchii dokumentów może wpływać na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców oraz w jaki sposób ta hierarchia może wpłynąć na ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego, ponad tę która wynika z treści Aktu Umowy i dokumentów stanowiących integralną jej część, a więc WSK, WOK, PFU wraz z załącznikami. W ocenie Izby, hierarchia dokumentów ustalona przez zamawiającego jest prawidłowa – na pierwszym miejscu są warunki umowy (Akt Umowy, Gwarancja Jakości), a na kolejnych pozycjach niekwestionowanych przez odwołującego – dokumenty stanowiące integralną część umowy, uszczegółowiające postanowienia ww. umowy.

W pkt. 1.1. Gwarancji Jakości wskazano, że „Niniejsza Gwarancja Jakości (dalej zwana również Gwarancją) obejmuje całość Robót i Dokumentów Wykonawcy objętych przedmiotem zamówienia (dalej Przedmiotem Umowy) pn. „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Świlcza (DK4) bez węzła – węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem” określonych w Umowie oraz w innych dokumentach będących integralną częścią Umowy”. Sformułowanie „oraz innych dokumentach będących integralną częścią umowy”, którego wykreślenia domaga się odwołujący, jest uzasadnione i celowe w tym postanowieniu, ponieważ postanowienie to określa przedmiot objęty gwarancją – tj. przedmiot zamówienia (całość Robót i Dokumentów Wykonawcy), który jest określony w umowie. Dopełnienie szczegółowe opisu przedmiotu zamówienia jest niewątpliwie zawarte w innych dokumentach będących integralną częścią umowy, w tym również w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Dokument ten zawiera opis przedmiotu zamówienia, ale sam jako taki nie stanowi przedmiotu zamówienia, wobec czego nie jest objęty Gwarancją Jakości.

W ocenie Izby, zamawiający jako gospodarz postępowania, kierujący się obiektywnymi potrzebami realizacji danej inwestycji i wykonujący nałożone na niego

obowiązkowi jest uprawniony do zabezpieczenia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać ze strony wykonawcy zagwarantowania jakości przedmiotu zamówienia zapewniającej spełnienie wymagań zamawiającego. W przypadku zamówienia publicznego zamawiający jest odpowiedzialny za sformułowanie warunków gwarancji. Przystąpienie do takiej umowy przez wykonawcę wymaga niewątpliwie jego akceptacji. Nie stanowi to naruszenia istoty (natury) gwarancji jakości, jako zobowiązania wykonawcy. Określając warunki gwarancji zamawiający ponosi ryzyko związane z możliwością braku akceptacji tych warunków przez część wykonawców, jako wygórowanych. Jednak wykonawca przystępuje do umowy dobrowolnie i w tym zakresie ustalenie przez zamawiającego warunków gwarancji nie stanowi naruszenia natury gwarancji jako dobrowolnego zobowiązania wykonawcy.

Ponadto Izba zważyła, że postanowienia zawarte w pkt 2.1 lit. c-f oraz pkt 2.2 c-f dotyczące odszkodowań i kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewywiązania się gwaranta z zobowiązań nie są sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego (art. 353¹ k.c.) w szczególności nie sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego gwarancji lub ustawie ani też zasadom współżycia społecznego. Odwołujący przyznał w odwołaniu, że przepisy dotyczące gwarancji jakości zawarte w Kodeksie cywilnym są przepisami dyspozytywnymi, a zatem umowa gwarancji może być sformułowana według woli stron z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia. Treść zakwestionowanych przez odwołującego postanowień zawartych w Gwarancji Jakości nie stanowi nadużycia praw podmiotowych przez zamawiającego oraz nie narusza zasady równości stron. Zważyć należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości zapewnienia pełnej swobody kontraktowej stron. Zamawiający działa bowiem zawsze jako podmiot wykonujący zadania w celu i w interesie publicznym. Charakter tych zadań oraz procedury, którymi zamawiający jest związany, obligują zamawiającego do zabezpieczenia w stopniu możliwie najwyższym, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów ustawy Pzp prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym nie ponoszenia strat lub negatywnych skutków niewywiązania się wykonawców z ich obowiązków w ramach udzielonego zamówienia. W niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego tych przepisów, poprzez ustalenie warunków gwarancji jakości.

Zarzut D - dotyczący terminu realizacji Kamienia Milowego nr 1

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt. 4 Pzp art.353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez brak określenia okresu czasu, jakim będzie dysponować wykonawca, aby zrealizować zakres prac objęty Kamieniem Milowym nr 1.

W Danych Kontraktowych w pozycji Wymagalna Minimalna Ilość Wykonania (kamień milowy) Kamień milowy nr 1 zamawiający wskazał datę 1 stycznia 2015 r. jako datę złożenia kompletnego i skutecznego wniosku o ZRID (datę zakończenia Kamienia Milowego nr 1). Zamawiający wyjaśnił, że przewidział w harmonogramie opracowanym w celu oszacowania długości trwania inwestycji - na ten etap - okres 6 miesięcy od zawarcia umowy. Biorąc jednak pod uwagę, że umowa w sprawie zamówienia mogłaby zostać zawarta w drugiej połowie kwietnia b.r. - to okres ten wyniesie realnie ok. 8 miesięcy. Zamawiający wyjaśnił, że podobne przedsięwzięcia były już realizowane przez wykonawców nawet dla bardziej skomplikowanych inwestycji w okresie 5 miesięcy i 11 dni lub 7 miesięcy i 15 dni od zawarcia umowy. Zdaniem odwołującego jednak termin ten powinien wynosić 45 tygodni od podpisania umowy.

W przeciwieństwie do pozostałych Kamieni Milowych, które są określone ilością miesięcy od podpisania umowy, w przypadku terminu realizacji kamienia milowego nr 1, tj. dnia złożenia wniosku o zgodę na realizację inwestycji drogowej – ZRID, nie jest możliwe ani uzasadnione w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający jest związany terminem określonym datą 17 stycznia 2015 r., do której zachowuje ważność decyzja określająca środowiskowe uwarunkowania zgody na realizację przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi ekspresowej S-19 na odcinku od Węzła Świlcza (km 4+947,99) – do Węzła Kielanówka (km 11+400)” (decyzja z dnia 15 grudnia 2008 r. Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie nr RDOŚ-18-WOO-6613-1/8/08/ah, która stała się ostateczna dnia 17 stycznia 2009 r.). Zatem wobec braku wiedzy odnośnie konkretnego terminu zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, a tym samym daty rozpoczęcia realizacji inwestycji, nie sposób podać konkretnej liczby tygodni, jako okresu na realizację kamienia milowego nr 1. Należałoby założyć przypuszczalną datę zawarcia umowy i od tej daty obliczyć termin kamienia milowego nr 1. W takim przypadku wystarczyłoby jednak przesunięcie się terminu zawarcia umowy o kilka dni, a ustalony wcześniej okres w tygodniach straciłby aktualność. Nie znajduje również uzasadnienia żądanie, aby zamawiający nie bacząc na terminy, którymi jest związany na mocy posiadanych decyzji, w sposób nieracjonalny ustalił termin do złożenia wniosku o ZRID po wygaśnięciu tej decyzji. Niewątpliwie ryzyko związane z terminem zawarcia umowy i realnością wymagania odnośnie terminu złożenia wniosku o ZRID, a z tym samym realizacji prac projektowych objętych tym etapem musi być uwzględnione w przedmiotowym postępowaniu zarówno przez zamawiającego jak i wykonawców. Zauważyć jednak należy, że oprócz czasu, na który wykonawca nie ma wpływu, związanego z oczekiwaniem na decyzje, zezwolenia itp. wydawane przez uprawnione instytucje w procesie budowlanym, wykonawca ma wpływ na czas wykonania prac zależnych od nakładów poczynionych przez wykonawcę na ten etap realizacji oraz sposobu organizacji całego procesu z tym związanego. Nie można się zgodzić

z odwołującym, że nie ma możliwości realizacji wszystkich prac kamienia milowego nr 1 w czasie wskazanym przez zamawiającego. Sam odwołujący przyznał w toku rozprawy, że kamień milowy nr 1 mógłby być wykonany w czasie 6 miesięcy, gdyby początek biegu tego terminu został wskazany przez zamawiającego jako data zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia. Ponadto nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, że zamawiający nie wskazał okresu czasu, jakim będzie dysponować wykonawca na wykonanie prac projektowych, co uniemożliwia ocenę ryzyka realizacji przedmiotowej inwestycji. W ocenie Izby wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien być zdolny do oceny ryzyka związanego z terminem zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Takie ryzyko ponosi również zamawiający, który w przypadku znacznego przedłużenia się procedury udzielania zamówienia, co spowoduje, że wykonanie zamówienia nie będzie możliwe bowiem okres od faktycznego dnia podpisania umowy do dnia 01.01.2015r. nie będzie pozwalał na opracowanie dokumentacji projektowej koniecznej do złożenia wniosku o ZRID, będzie zobowiązany do podjęcia decyzji w sprawie sposobu dalszej realizacji przedsięwzięcia.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że okres 45 tygodni jest czasem minimalnym koniecznym do opracowania dokumentacji projektowej i złożenia kompletnego wniosku o ZRID. Przedłożony przez odwołującego harmonogram realizacji kamienia milowego nr 1 nie uwzględnia możliwości jednoczesnego wykonywania niektórych prac, dzięki czemu wykonawca może mieć wpływ na skrócenie tego terminu. Odwołujący przyznał ponadto w toku rozprawy, jak wskazano powyżej, że termin 6 miesięcy, proponowany przez zamawiającego w omawianym zakresie, powinien być liczony od daty zawarcia umowy (udzielenia za mówienia), co oznacza de facto, że odwołujący nie wyklucza możliwości zrealizowania prac kamienia milowego nr 1 w tym czasie. Wskazany przez odwołującego wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1123/10 dotyczy odmiennego stanu faktycznego.

Dodatkowo Izba zważyła, że zgodnie z subklauzulą 8.7c WSK, kara umowna w wysokości 0,02% za niedotrzymanie przez wykonawcę terminu kamienia milowego dotyczy sytuacji, gdy niedotrzymanie tego terminu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast w subklauzuli 8.4 „Przedłużenie czasu na ukończenie lub zmiana terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania” zamawiający przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania z uwzględnieniem subklauzuli 20.1 oraz subklauzuli 1.1.5.6 Warunków Szczególnych Kontraktu.

Zarzut E dotyczący dokumentów do projektowania przekazane przez zamawiającego

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 14 i 139 Pzp w związku z art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 473 § 1 k.c., poprzez brak przyjęcia przez zamawiającego w subkl. 17.3,

8.4 odpowiedzialności za przekazane przez niego dokumenty będące podstawą do projektowania.

Jak wynika z punktu 1.4.1.1.PFU, Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy w zakresie przebiegu trasy drogi ekspresowej, lokalizacji wjazdów i przejazdów awaryjnych oraz lokalizacji węzła Rzeszów – Południe (Kielanówka) na przecięciu S-19 z projektowaną drogą wojewódzką jest wiążący i stanowi opis przedmiotu zamówienia. Pozostałe materiały dołączone do Tomu V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia.

Zasady ponoszenia odpowiedzialności w zakresie wskazanym przez odwołującego wynikają z zapisów postanowień dokumentów kontraktowych, w których znajduje się zastrzeżenie odnośnie przyczyn „spowodowanych przez Zamawiającego, personel Zamawiającego lub innych Wykonawców Zamawiającego na Placu Budowy” (subklauzula 8.4 lit.e WSK oraz subklauzula 1.13. lit.a). Odpowiedzialność zamawiającego za przekazane wykonawcy dokumenty wynika z obowiązujących przepisów prawa, w tym z art. 647 k.c. Aby wykonawca mógł przyjąć na siebie odpowiedzialność w tym zakresie musi to zostać jednoznacznie określone w umowie (art. 473 § 1 k.c.). Przeczy to twierdzeniu odwołującego, że skoro w subklauzuli 17.3 Warunków Szczególnych Umowy zamawiający nie wskazał dokumentów wymienionych w pkt. 1.4.1.1 PFU, jako dokumentów zamawiającego oraz nie przewidział w subklauzuli 8.4 konsekwencji wygaśnięcia przedmiotowych dokumentów dla realizacji umowy, to powyższe oznacza brak przyjęcia przez zamawiającego odpowiedzialności kontraktowej za te dokumenty.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący: