

**WYROK**

**z dnia 27 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 grudnia 2011 r. przez **Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Białymstoku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Polska S. A., PBG S.A. oraz Obrascon Huarte Lain S.A., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z jego załącznikami.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Białymstoku i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Białymstoku** na rzecz **Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Białymstoku prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Budowę Stadionu piłkarskiego w regionie północno-wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym*” - *dokończenie inwestycji*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 30 sierpnia 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2011 r. pod numerem 2011/S 168-277193.

Wykonawca Warbud S. A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 12 grudnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przekazanej w dniu 30 listopada 2011 r. za pośrednictwem kuriera.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 29 ust. 1 ustawy Pzp,
- art. 353' Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego,
- innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- przekazanie wykonawcom kompletnych i jednoznacznych informacji na temat jakości wykonanych robót, poprzez wskazanie, które roboty już wykonane będą musiały być poprawione, rozebrane lub wykonane ponownie,
- ewentualnie wskazanie w SIWZ że roboty, które zostały już wykonane i odebrane przez Zamawiającego, są wykonane prawidłowo, a prace związane z poprawieniem, rozebraniem i ponownym wykonaniem tych robót, jeżeli wady ujawnią się w trakcie realizacji umowy, będą zlecane w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako roboty dodatkowe lub w inny sposób, za dodatkową zapłatą,
- wykreślenie oświadczenia o „prawidłowości” przekazanej dokumentacji projektowej jak również wykreślenie oświadczenia o zapoznaniu się z bliżej nieokreślonym katalogiem

dokumentów, lub wskazanie jakie to są dokumenty (sporządzenie listy dokumentów), żeby wykonawca mógł oświadczyć, że się z nimi zapoznał,

- zmianę w/w postanowień poprzez określenie, iż wszystkie zmiany harmonogramu będą dokonywane w drodze obopólnych ustaleń i za obopólną zgodą,

- zmianę postanowień umowy poprzez doprecyzowanie zakresu i rodzaju prac, które będą stanowiły przedmiot świadczenia Wykonawcy, a w szczególności wykreślenie wszystkich postanowień odnoszących się do uznaniowości Zamawiającego w tym zakresie.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący zauważył, że w pkt 4 ppkt 4.1. SIWZ Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu realizacji inwestycji w całości, polegającej na budowie „stadionu piłkarskiego w rejonie północno - wschodniej polski wraz z zapleczem treningowym” na terenie działek o numerach geodezyjnych 777, 776/1, 776/2 w rejonie ulic Kawaleryjskiej, Słonecznej, Wiosennej i Ciołkowskiego w Białymstoku zgodnie z Dokumentacją Projektową. Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Protokołem z inwentaryzacji wraz z dokumentacją powykonawczą wykonanych dotychczas robót oraz SIWŻ. W dalszej części pkt 4 ppkt 4.1. SIWZ, Zamawiający określił, iż *„Zamówienie obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do wybudowania stadionu zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawnymi, normami, zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiotowy obiekt.”*

Ponadto w pkt 4 ppkt 4.1. SIWZ, wskazano również, iż *„Przed złożeniem oferty Wykonawca winien zapoznać się ze stanem faktycznym obiektu i placu budowy, wykonać oględziny, odpowiednie badania lub testy w celu stwierdzenia czy i jakie prace lub elementy będą musiały zostać powtórzone, poprawione czy też rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej.”* Obowiązek zapoznania się ze stanem faktycznym został powtórzony w pkt 5 ppkt 5.1. SIWZ pt: *Zapoznanie się ze stanem faktycznym placu budowy i obiektu. „Wykonawcy powinni zapoznać się ze stanem z całym terenem budowy i jego stanem, w tym z aktualnym stanem faktycznym obiektu oraz elementami już wykonanymi, w szczególności Wykonawca musi zapoznać się z wynikami przeprowadzonych już prac i stanem wykonanych elementów, przeprowadzić wszelkie niezbędne testy i badania w celu należytego określenia ceny ofertowej zawierającej wynagrodzenie z tytułu ewentualnych prac związanych z ponownym ich wykonaniem, poprawieniem czy też rozbiórką i ponownym wykonaniem elementów lub prac, o ile będzie to*

konieczne ze względu na obowiązujące przepisy prawne, normy oraz zasady wiedzy technicznej." oraz w pkt 20 ppkt 20.2. SIWZ „W celu należytego określenia ceny ofertowej Wykonawca powinien zapoznać się z aktualnym stanem faktycznym placu budowy i wykonanych elementów, wykonać konieczne badania i testy dokonując oględzin zgodnie z postanowieniami niniejszej SIWZ." Natomiast, według Odwołującego we wzorze umowy znalazły się już zupełnie inne postanowienia określające zakres obowiązków wykonawcy w zakresie robót już wykonanych przez poprzedniego wykonawcę i ewentualną koniecznością uwzględnienia w ofercie kosztów prac związanych z ponownym ich wykonaniem, poprawieniem czy też rozbiórką i ponownym wykonaniem elementów lub prac. W opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ znajdują się bowiem informacje, że konieczność rozbiórki i ponownego wykonania robót będzie wynikała z obowiązujących przepisów prawnych, norm oraz zasad wiedzy technicznej. Tymczasem we wzorze umowy ryzyko wykonania tych prac zostało rozszerzone o uznaniowość Zamawiającego. W § 1 ust. 1 Wzoru umowy: „wykonawca zobowiązany jest do realizacji inwestycji w całości, przez co rozumie się nie tylko dokończenia budowy stadionu, ale również naprawienie lub rozbiórkę istniejących elementów stadionu i ich ponowne wykonanie, jeśli Zamawiający uzna to za konieczne na jakimkolwiek etapie wykonania niniejszej Umowy lub okaże się to niezbędne ze względu na regulacje prawne, normy lub zasady sztuki budowlanej." W § 1 ust. 2 Wzoru umowy: „wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszelkich prac oraz robót budowlanych, choćby nie zostały wprost wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia jakie są lub okażą się niezbędne i konieczne dla stabilności, ukończenia, oddania do użytkowania, bezpiecznego i właściwego działania przedmiotu niniejszej umowy mając na uwadze zarówno Opis Przedmiotu Zamówienia oraz cel i funkcje obiektu będącego przedmiotem niniejszej umowy." W § 1 ust. 2 Wzoru umowy: „W przypadku, jeśli zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz wiedzy technicznej okaże się lub Zamawiający przed lub w trakcie wykonywania robót uzna, iż niektóre lub wszystkie z wykonanych już prac lub elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie w całości lub części rozebrane i wykonane ponownie, wykonawca ujmie je w swoich kosztach robót i zobowiązuje się wykonać te prace w ramach niniejszej umowy, bez dodatkowego wynagrodzenia oraz dochowując zakładane terminy wykonania poszczególnych etapów i elementów budowy. W powyższym zakresie wykonawca oświadcza, iż konieczność taką wziął pod uwagę przy ustalaniu ceny ofertowej." W § 3 ust. 1 Wzoru umowy: „wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac określonych w § 1 zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, warunkami niniejszej umowy, obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności prawem budowlanym, normami technicznymi, przepisami bhp, przepisami o ochronie ppoż.), zaleceniami Zamawiającego oraz sztuką budowlaną."

Zdaniem Odwołującego przytoczone powyżej postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności postanowienia wzoru umowy, są nieprecyzyjne bowiem na ich podstawie nie jest możliwe określenie rozmiaru i zakresu prac, które wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe postanowienie pozostawiają zbyt dużą dozę uznaniowości w zakresie wykonanych dotychczas prac i elementów, które będą musiały zostać powtórzone lub poprawione (ewentualnie rozebrane jak i wykonane ponownie). W oparciu o tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia nie jest możliwym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, która to cena powinna uwzględniać wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu umowy. Stosownie bowiem do pkt 20 ppkt 20.1 SIWZ *„Opis sposobu obliczania ceny - Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz projektu umowy stanowiącego Tom II SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty należytego wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami projektu umowy. Cena ofertowa powinna zawierać kwotę wynagrodzenia za ponowne wykonanie, poprawki lub rozbiórkę i ponownie wykonanie istniejących już elementów stadionu i innych budynków, budowli i elementów zagospodarowania terenu pozostających w zakresie przedmiotu zamówienia, które to roboty budowlane będzie trzeba wykonać w związku z ich stanem faktycznym, przepisami prawa, normami budowlanymi i zasadami wiedzy technicznej.”*

Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający określił stan zaawansowania robót na ok. 17%. Przy wartości zamówienia na poziomie dwustu milionów złotych, 17% tej wartości to ponad trzydzieści milionów złotych. Według Odwołującego wykonawcy nie mogą mieć niepewności co do ewentualnego zwiększenia zakresu przedmiotu umowy na poziomie trzydziestu milionów złotych. Zatem według Odwołującego uwzględniając powyższe, nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż niniejszy opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, a zatem Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do zarzutu dotyczącego odpowiedzialności za projekt w pkt 3 ppkt 3.3 Formularza Oferty oraz pkt 1.13 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że *„zapoznałem(liśmy) i upewniłem(liśmy) się co do prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”*. Odwołujący zauważył, że zgodnie z orzecznictwem, wykonawca robót budowlanych nie może ponosić odpowiedzialności za projekt budowlany, a w szczególności oświadczenia takiego nie można żądać na etapie złożenia oferty.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze treść art. 29 ustawy, Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Żądanie od wykonawcy oświadczeń, iż zapoznał się z bliżej nieokreślonymi dokumentami, pozostaje w sprzeczności z ww. postanowieniem. Aby potwierdzić kompletność przekazanej dokumentacji Wykonawca musi dysponować spisem dokumentów, które miały być przekazane.

W zakresie zarzutu dotyczącego harmonogramu realizacji zamówienia Odwołujący zauważył, że w pkt 25 ppkt 25. 1. SIWZ Zamawiający wskazał, iż *„Przedstawiony przez wykonawcą harmonogram realizacji zamówienia musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń przez Zamawiającego wykonawca dokona poprawek i zmian w harmonogramie.”* Podobnie w pkt 3 ppkt 7 Formularza Oferty *„zobowiązuję(emy) się dokonać poprawek w załączonym harmonogramie realizacji przedmiotu umowy zgodnie z wskazówkami Zamawiającego ”.*

Przywołane powyżej postanowienia, w opinii Odwołującego naruszają zasadę równości stron, bowiem wykonawca zobowiązany jest zaakceptować wszystkie zastrzeżenia zgłaszane przez Zamawiającego, bez możliwości odniesienia się do nich (choćby przedstawienia uwag).

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Hydrobudowa Polska S. A., PBG S.A. oraz Obrascon Huarte Lain S.A., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, (zwani dalej: *„Przystępującym Konsorcjum Hydrobudowa”*).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść postanowień SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 15 grudnia 2011 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Polska S. A., PBG S.A. oraz Obrascon Huarte Lain S.A., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo (dalej zwany: „Przystępującym Konsorcjum Hydrobudowa”), po stronie Odwołującego jest skuteczne, gdyż zgłosili oni przystąpienie w dniu 19 grudnia 2011 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 18 grudnia 2011 r. w niedzielę) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 15 grudnia 2011 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej zwana: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Zgodnie z pkt 4 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”:

4.1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu realizacji inwestycji w całości, polegającej na budowie „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno-wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym” na terenie działek o numerach geodezyjnych 777, 776/1, 776/2 w rejonie ulic Kawaleryjskiej, Słonecznej, Wiosennej i Ciołkowskiego w Białymstoku, zgodnie z następującymi dokumentami:

- 1) Dokumentacją Projektową,
- 2) Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
- 3) Protokołem z inwentaryzacji wraz z dokumentacją powykonawczą wykonanych dotychczas robót,
- 4) SIWZ.

Budowa stadionu piłkarskiego została rozpoczęta przez wykonawcę wybranego w uprzednio przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postęp prac oceniono na około 17%. Szczegółowe dane dotyczące wykonanych już prac wskazane zostały w dalszej części SIWZ, na podstawie dokonanej przez Zamawiającego inwentaryzacji. Wykonane dotychczas prace częściowo zabezpieczone przez poprzedniego wykonawcę.

Zamówienie obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do wybudowania stadionu zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i



elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawnymi, normami, zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiotowy obiekt.

Przed złożeniem oferty wykonawca winien zapoznać się ze stanem faktycznym obiektu i placu budowy, wykonać oględziny, odpowiednie badania lub testy w celu stwierdzenia czy i jakie prace lub elementy będą musiały zostać powtórzone, poprawione czy też rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej.

Zgodnie z pkt 5 SIWZ *„Zapoznanie się ze stanem faktycznym placu budowy i obiektu”*  
W pkt 5.1 Wykonawcy powinni zapoznać się ze stanem z całym terenem budowy i jego stanem, w tym z aktualnym stanem faktycznym obiektu oraz elementami już wykonanymi w szczególności wykonawca musi zapoznać się z wynikami przeprowadzonych już prac i stanem wykonanych elementów, przeprowadzić wszelkie niezbędne testy i badania w celu należytego określenia ceny ofertowej zawierającej wynagrodzenie z tytułu ewentualnych prac związanych z ponownym ich wykonaniem, poprawieniem czy też rozbiórką i ponownym wykonaniem elementów lub prac, o ile będzie to konieczne ze względu na obowiązujące przepisy prawne, normy oraz zasady wiedzy technicznej.

Według pkt 20 SIWZ *„Opis sposobu obliczania ceny”*:

20.1 Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych (PLN), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Ceną ofertową jest kwota brutto. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz projektu umowy stanowiącego Tom II SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty należytego wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami projektu umowy. Cena ofertowa powinna zawierać kwotę wynagrodzenia za ponowne wykonanie, poprawki lub rozbiórkę i ponownie wykonanie istniejących już elementów stadionu i innych budynków, budowli i elementów zagospodarowania terenu pozostających w zakresie przedmiotu zamówienia, które to roboty budowlane będzie trzeba wykonać w związku z ich stanem faktycznym, przepisami prawa, normami budowlanymi i zasadami wiedzy technicznej.

Pkt 25 SIWZ *„Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”*:

25.1 Przedstawiony przez wykonawcę harmonogramu realizacji zamówienia musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń przez Zamawiającego wykonawca dokona poprawek i zmian w harmonogramie.

Załącznik do Tomu I SIWZ – Formularz oferty – wzór – „Oferta wykonawcy” pkt 3 ppkt 3) zapoznałem(liśmy) i upewniłem(liśmy) się do prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia; ppkt 7) zobowiązuję(emy) się dokonać poprawek w załączonym harmonogramie realizacji przedmiotu umowy zgodnie z wskazówkami Zamawiającego.

Wzór umowy - § 1 ust. 1 – Przedmiary robót załączone do dokumentacji przetargowej i projektowej czy oferty stanowią wyłącznie materiał pomocniczy i nie mogą być traktowane jako charakteryzujące czy określające przedmiot zamówienia lub określające w sposób wyczerpujący zakres koniecznych do wykonania prac.

Wykonawca zobowiązany jest do realizacji inwestycji w całości, przez co rozumie się nie tylko dokończenie budowy stadionu, ale również naprawienie lub rozbiórkę istniejących elementów stadionu i ich ponowne wykonanie, jeśli Zamawiający uzna to za konieczne na jakimkolwiek etapie wykonania niniejszej umowy lub okaże się to niezbędne ze względu na regulacje prawne, normy lub zasady sztuki budowlanej.

Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszelkich prac oraz robót budowlanych, choćby nie zostały wprost wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia jakie są lub okażą się niezbędne i konieczne dla stabilności, ukończenia, oddania do użytkowania, bezpiecznego i właściwego działania przedmiotu niniejszej umowy mając na uwadze zarówno Opis Przedmiotu Zamówienia oraz cel i funkcje obiektu będącego przedmiotem niniejszej umowy.

Wzór umowy - § 3 ust. 1 – Wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac określonych w § 1 zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, warunkami niniejszej umowy, obowiązującymi przepisami prawa ( w szczególności prawem budowlanym, normami technicznymi, przepisami bph, przepisami o ochronie ppoż), zaleceniami Zamawiającego oraz sztuką budowlaną.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ oraz wzoru umowy postanowień naruszających podstawowe zasady zamówień publicznych.

Izba dokonując analizy specyfikacji wzięła pod uwagę całokształt postanowień w szczególności postanowienia pkt 4, 5, 20 SIWZ oraz wzoru umowy, uznając, że naruszają one dyspozycję art. 29 ustawy Pzp. Dogłębnej analizie poddano zapisy, mające wpływ na sporządzenie oferty:

- Zamówienie obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do wybudowania stadionu zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawnymi, normami, zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiotowy obiekt,
- Przed złożeniem oferty wykonawca winien zapoznać się ze stanem faktycznym obiektu i placu budowy, wykonać oględziny, odpowiednie badania lub testy w celu stwierdzenia czy i jakie prace lub elementy będą musiały zostać powtórzone, poprawione czy też rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej.
- Wykonawcy powinni zapoznać się ze stanem z całym terenem budowy i jego stanem, w tym z aktualnym stanem faktycznym obiektu oraz elementami już wykonanymi w szczególności wykonawca musi zapoznać się z wynikami przeprowadzonych już prac i stanem wykonanych elementów, przeprowadzić wszelkie niezbędne testy i badania w celu należytego określenia ceny ofertowej zawierającej wynagrodzenie z tytułu ewentualnych prac związanych z ponownym ich wykonaniem, poprawieniem czy też rozbiórką i ponownym wykonaniem elementów lub prac, o ile będzie to konieczne ze względu na obowiązujące przepisy prawne, normy oraz zasady wiedzy technicznej.
- Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych (PLN), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Ceną ofertową jest kwota brutto. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz projektu umowy stanowiącego Tom II SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty należytego wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami projektu umowy. Cena ofertowa powinna zawierać kwotę wynagrodzenia za ponowne wykonanie, poprawki lub rozbiórkę i ponownie wykonanie istniejących już elementów stadionu i innych budynków, budowli i elementów zagospodarowania terenu pozostających w zakresie przedmiotu zamówienia, które to roboty budowlane będzie trzeba wykonać w związku z ich stanem faktycznym, przepisami prawa, normami budowlanymi i zasadami wiedzy technicznej.

Izba uznała, iż w niniejszym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp potwierdził się.

Izba zauważa, że art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu dokonać w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, a w tej materii zastosowanie ma treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem podstawowym obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i klarowny dla wszystkich wykonawców.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów i w dużej mierze determinuje kształt i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy, roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert. Istotnym jest zatem, aby opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, nie rodzący rozbieżności interpretacyjnych, sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości umożliwiający prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty.

Ponadto ustawa wprowadza również zakaz, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

Izba przypomina, że postanowienia specyfikacji nie mogą w żaden sposób różnicować sytuacji wykonawców na etapie składania ofert a z drugiej strony wykonawcy nie powinni pozostawać w niepewności co do zakresu świadczonego w przyszłości zamówienia i móc skalkulować cenę na podstawie pełnego przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego.

Zatem, niezastosowanie się do dyspozycji art. 29 ustawy Pzp niedokładne, nieostre sformułowanie SIWZ może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca skalkuluje swoją ofertę w sposób mniej korzystny, nie uwzględniając wszystkich wymaganych okoliczności i narazi się na przegranie przetargu. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nieprecyzyjne sformułowania SIWZ prowadzą do możliwości przedstawienia przez wykonawcę oferty z zawyżoną ceną w wyniku opisu zamówienia, doprowadzić mogą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie został sporządzony z naruszeniem powyższej zasady. W opinii Izby zaistniały podstawy by uznać, że sposób opisu przedmiotu zamówienia był niezgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W opinii Izby, nie ulega wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia (w tym postanowienia pkt 4, 5, 20 SIWZ jak również wzoru umowy umożliwiające Zamawiającemu rozszerzenie przedmiotu zamówienia o niektóre z wykonanych już prac i elementów które będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane

ponownie) ma wpływ na przebieg postępowania w tym w szczególności na kalkulację składanych przez wykonawców ofert jak i w konsekwencji wpływ na kształt postanowień późniejszej umowy.

Na rozprawie Zamawiający przyznał, że *„nie jest w stanie konkretnie zidentyfikować i określić jakie konkretnie prace na styku obu inwestycji powinny być wykonane (...) Zamawiający w tym zakresie przerzucił ryzyko na wykonawcę”*.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że przytoczone powyżej postanowienia SIWZ, jak również postanowienia wzoru umowy, są nieprecyzyjne bowiem na ich podstawie nie jest możliwe określenie rozmiaru i zakresu prac, które wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ulega również wątpliwości, że postanowienia *„W przypadku, jeśli zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz wiedzy technicznej okaże się lub Zamawiający przed lub w trakcie wykonywania robót uzna, iż niektóre lub wszystkie z wykonanych już prac lub elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie w całości lub części rozebrane i wykonane ponownie, Wykonawca ujmie je w swoich kosztach robót i zobowiązuje się wykonać te prace w ramach niniejszej umowy, bez dodatkowego wynagrodzenia oraz dochowując zakładane terminy wykonania poszczególnych etapów i elementów budowy. W powyższym zakresie Wykonawca oświadcza, iż konieczność taką wziął pod uwagę przy ustalaniu ceny ofertowej”* oraz *„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac określonych w § 1 zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, warunkami niniejszej umowy, obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności prawem budowlanym, normami technicznymi, przepisami bhp, przepisami o ochronie ppoż.), zaleceniami Zamawiającego oraz sztuką budowlaną”* pozostawiają zbyt dużą dozę uznaniowości w zakresie wykonanych dotychczas prac i elementów, które będą musiały zostać powtórzone lub poprawione (ewentualnie rozebrane jak i wykonane ponownie).

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że przy tak sformułowanym opisie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, która to powinna uwzględniać wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu umowy. Ponadto postanowienie specyfikacji, iż *„Cena ofertowa powinna zawierać kwotę wynagrodzenia za ponowne wykonanie, poprawki lub rozbiórkę i ponownie wykonanie istniejących już elementów stadionu i innych budynków, budowli i elementów zagospodarowania terenu pozostających w zakresie przedmiotu zamówienia, które to roboty budowlane będzie trzeba wykonać w związku z ich stanem faktycznym, przepisami prawa, normami budowlanymi i zasadami wiedzy technicznej”* pozostają w sprzeczności z twierdzeniami Zamawiającego, przedstawionymi podczas rozprawy, że roboty już zrealizowane, zostały wykonane prawidłowo i odebrane przez Zamawiającego. Zatem skoro według Zamawiającego prace wcześniej wykonane zostały zrealizowane prawidłowo, to

nierozumiiałym jest aby Zamawiający pozostawiał sobie uprawnienie do wprowadzania do SIWZ i wzoru umowy postanowień umożliwiających rozszerzanie zakresu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie był w stanie również jednoznacznie stwierdzić, jaki zakres prac wykonawca będzie musiał dodatkowo wykonać z prac już zrealizowanych i jaki to może być w przybliżeniu koszt. Powyższe może budzić wątpliwości, przy kalkulowaniu przez wykonawcę ceny oferty, jakie prace powinny zostać uwzględnione, o jakim zakresie skomplikowania, z pośród robót i prac w części inwestycji już zrealizowanej (około 17%).

Zdaniem Izby, wątpliwości wykonawców w zakresie tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia mogą mieć przełożenie na kalkulację ceny. Izba wzięła pod rozwagę stanowisko Przystępującego wyrażone na rozprawie, że przy takich zapisach SIWZ niektórzy z wykonawców mogą z ostrożności dodać do ceny oferty cały koszt rozbiórki i wykonania części już zrealizowanej, inni zaś wykonawcy mogą w tej cenie nie uwzględnić wszystkich kosztów związanych z rozbiórką.

Izba wzięła również pod uwagę postanowienie SIWZ 4.1 oraz 5.1 SIWZ, zgodnie z którymi:

- przed złożeniem oferty wykonawca winien zapoznać się ze stanem faktycznym obiektu i placu budowy, wykonać oględziny, odpowiednie badania lub testy w celu stwierdzenia czy i jakie prace lub elementy będą musiały zostać powtórzone, poprawione czy też rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej.
- wykonawcy powinni zapoznać się ze stanem z całym terenem budowy i jego stanem, w tym z aktualnym stanem faktycznym obiektu oraz elementami już wykonanymi w szczególności wykonawca musi zapoznać się z wynikami przeprowadzonych już prac i stanem wykonanych elementów, przeprowadzić wszelkie niezbędne testy i badania w celu należytego określenia ceny ofertowej zawierającej wynagrodzenie z tytułu ewentualnych prac związanych z ponownym ich wykonaniem, poprawieniem czy też rozbiórką i ponownym wykonaniem elementów lub prac, o ile będzie to konieczne ze względu na obowiązujące przepisy prawne, normy oraz zasady wiedzy technicznej.

Zatem Izba zwróciła również uwagę na obowiązek wykonawców dokonania wizji lokalnej. Powyższe postanowienia specyfikacji potwierdzają, że Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tak sprecyzowanymi zapisami specyfikacji Zamawiający przerzucił na wykonawców, ciężący na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciążył w ten sposób wykonawców wykonaniem obowiązku, który w świetle ustawy ciąży na Zamawiającym.

Reasumując, Izba zatem uznała, że Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ oraz wzoru umowy poprzez wskazanie wykonawcom bądź przekazanie im kompletnych i jednoznacznych informacji na temat jakości wykonanych robót, poprzez wskazanie które roboty już wykonane będą musiały być poprawione, rozebrane lub wykonane ponownie.

Odnosząc się jeszcze do postanowień wzoru umowy i zarzutów Odwołującego co do zbyt daleko idącej uznaniowości Zamawiającego Izba zauważyła co następuje.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Zaproponowane przez Zamawiającego zapisy § 1 oraz § 3 wzoru umowy pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stoją tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.

Konkludując, tak skonstruowane postanowienia specyfikacji i wzoru umowy, o takim stopniu uznaniowości prowadzić mogą do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji, budząc w wykonawcach niepewność co do zakresu wykonywanych w przyszłości robót budowlanych.

Reasumując, Izba zatem uznała, że Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ oraz wzoru umowy poprzez zmianę postanowień SIWZ i wzoru umowy poprzez

doprecyzowanie zakresu i rodzaju prac, które będą stanowiły przedmiot świadczenia, a w szczególności wykreślenie postanowień odnoszących się do zbyt dużej uznaniowości Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odpowiedzialności za projekt, Izba uwzględniła powyższy zarzut, uznając argumentację Odwołującego za zasadną.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 3 ppkt 3.3 Formularza Oferty oraz pkt 1.13 SIWZ Zamawiający wymaga, aby Wykonawca złożył oświadczenie, że „zapoznałem(liśmy) i upewniłem(fliśmy) się co do prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1698/10, iż: *„nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważane na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż nie zgłoszenie jakiś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”*.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 roku (sygn. III CKN 629/98), z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.



Zatem Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji w punkcie 1.13 SIWZ w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym przez strony wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasookresem (np. terminem składania ofert). Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ poprzez chociażby wykreślenie oświadczeń, które wskazywałyby na konieczność zapoznania się z niedookreślonym katalogiem dokumentów bądź też weryfikacji prawidłowości przekazanej dokumentacji projektowej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego harmonogramu realizacji zamówienia Izba również uznała argumentację Odwołującego za zasadną.

Izba ustaliła, że SIWZ zawierała następujące postanowienia:

Pkt 25 SIWZ *„Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”*:

25.1 Przedstawiony przez wykonawcę harmonogramu realizacji zamówienia musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń przez Zamawiającego wykonawca dokona poprawek i zmian w harmonogramie.

Izba podziela argumentację przytoczoną w niniejszym uzasadnieniu a dotyczącą zarzutów co do postanowień wzoru umowy i nakazuje Zamawiającemu zmianę ww. postanowień w sposób nienaruszający przepisy Kodeksu cywilnego jak również podstawowe zasad zamówień publicznych, t.j. zasady równości i uczciwej konkurencji, i umożliwienie wykonawcom aby zmiany harmonogramu (harmonogramu przedkładanego na etapie zawieranej umowy) były dokonywane w drodze obopólnych ustaleń.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ oraz wzoru umowy postanowień naruszających podstawowe zasady zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:**

.....