

WYROK
z dnia 19 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawcę – **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., 50-053 Wrocław, ul. Szewska 3**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich, 50-367 Wrocław, ul. Pasteura 1**,

przy udziale wykonawcy – **BUDIMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy – **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., 50-053 Wrocław, ul. Szewska 3** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., 50-053 Wrocław, ul. Szewska 3**, tytułem wpisu od odwołania,

sygn. akt: KIO 493/13

2.2. zasądza od odwołującego - **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., 50-053 Wrocław, ul. Szewska 3**, na rzecz zamawiającego – **Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich, 50-367 Wrocław, ul. Pasteura 1**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, ul. Pasteura 1; 50-367 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Rozbudowę Centrum Klinicznego Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu o Klinikę Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, wraz z łącznikiem podziemnym i niezbędną infrastrukturą techniczną w ramach projektu pn.: „Ponadregionalne Centrum Onkologii Dziecięcej we Wrocławiu - „Przylądek Nadziei”. Rozbudowa Akademickiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu o nowy blok Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lutego 2013 roku pod numerem 2013/S 037-058464.

Dnia 4 marca 2013 roku wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3; 50-053 Wrocław (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy, stanowiących naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do zbadania opinii geologicznej dla nieruchomości oraz potwierdzenia, iż wykonawca nie zgłasza żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości, co do warunków geologicznych i hydrogeologicznych, które wynikają z opinii geologicznej i w związku z tym nie będzie dochodził żadnych roszczeń finansowych ani żądał przesunięcia terminów związanych z realizacją przedmiotu umowy - § 2 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy,
- 2) art. 353¹ k.c., art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w taki sposób, iż spełnienie przez wykonawcę świadczenia w terminach określonych w postanowieniach umownych jest niemożliwe - §3 ust. 1 w zw. z §4 ust. 5 pkt 5.5 w zw. z §5 ust. 1 w zw. z §5 ust. 10 projektu umowy,
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak określenia terminów na zatwierdzenie przez zamawiającego dokumentów, które wykonawca jest zobowiązany przedstawić do zatwierdzenia - § 4 ust. 5.5. oraz § 5 ust. 1 projektu umowy,

- 4) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do złożenia zapewnienia o sprawdzeniu udostępnionej mu dokumentacji w zakresie wewnętrznej zgodności, zgodności ze stanem faktycznym, kompletności, funkcjonalności oraz poprawności, a w związku z tym potwierdzenia, iż wykonawca nie stwierdza żadnych niezgodności ani błędów lub wad wskazanej dokumentacji, a w przypadku wykrycia jakichkolwiek niezgodności lub innych błędów w Programie Funkcjonalno-Użytkowym po zawarciu umowy nie będzie mógł żądać przedłużenia poszczególnych terminów wykonania robót, zmiany terminu odbioru końcowego czy też dochodzić jakichkolwiek innych roszczeń z tego tytułu od zamawiającego - §5 ust. 6 projektu umowy,
- 5) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez obciążenie wykonawcy kosztami uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę oraz kosztami zmian w Projekcie Budowlanym - §5 ust. 14 projektu umowy,
- 6) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak określenia terminu dla inżyniera kontraktu lub właściwego inspektora nadzoru na sprawdzenie i dokonanie odbioru robót zanikających - §8 ust. 1 projektu umowy,
- 7) art. 647¹ ust. 2 w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez odmienne ukształtowanie skutków braku odpowiedzi zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na prowadzenie robót przy pomocy danego podwykonawcy niż wynika to z przepisu art. 647¹ ust. 2 k.c.- § 11 ust. 2 projektu umowy,
- 8) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwienie wykonawcy żądania od zamawiającego podwyższenia ceny umowy z tytułu wykonania robót zamiennych - §13 ust. 4 projektu umowy,
- 9) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez brak wprowadzenia przez zamawiającego w postanowieniach umownych definicji: „*pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia*” - § 3 ust. 1.6., projektu umowy „*końcowego i całkowitego rozliczenia z podwykonawcami*” - § 14 ust. 1.2 projektu umowy, „*nienależytego przygotowania przez wykonawcę któregośkolwiek z odbiorów*” - § 14 ust. 4 projektu umowy, „*Menadżera Projektu*” - § 14 ust. 5 projektu umowy, „*awarii*” - § 17 ust. 5 projektu umowy, „*dokumentacja projektowa*” - § 23 ust. 5 pkt. 5.1 projektu umowy,
- 10) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak wprowadzenia przez zamawiającego w postanowieniach umownych liczby członków komisji odbiorowej zamawiającego - § 14 ust. 6.6 projektu umowy,
- 11) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do zabezpieczenia i ochrony pomieszczeń przejmowanych przez zamawiającego w celu ochrony dostarczonych mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego przed kradzieżą, zniszczeniem lub uszkodzeniem. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za

- szkodę do pełnej wartości zakupu mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego - § 14 ust. 14.5 projektu umowy,
- 12) art. 29 ust 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do nieodpłatnego serwisowania przedmiotu gwarancji i nieodpłatną wymianę części zamiennych i eksploatacyjnych przez okres obowiązywania gwarancji - § 17 ust. 3 projektu umowy,
- 13) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie zapisów § 17 ust. 7 projektu umowy, na podstawie których w przypadku niemożności usunięcia wady, w trybie opisanym w ustępach 1-6, wykonawca będzie zobowiązany do ponownego wykonania stosownej części Przedmiotu Umowy, która została wykonana wadliwie. Obowiązek ponownego wykonania części Przedmiotu Umowy obejmuje także te Roboty, które zostały wcześniej wykonane niewadliwie, jeśli zajdzie konieczność ich ponownego wykonania celem usunięcia Wad. Okresy gwarancyjne dla części Przedmiotu Umowy wykonanych przez Wykonawcę ponownie będą od początku, od daty podpisania protokołu odbioru Robót wykonanych celem usunięcia Wad,
- 14) art. 58 ust. 2 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wprowadzenia do umowy zapisów przewidujących uprawnienie wykonawcy do naliczenia kar umownych zamawiającemu,
- 15) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do umowy zapisów zobowiązujących wykonawcę do objęcia umową ubezpieczenia sprzętu zamawianego na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonych w trakcie budowy, o wartości 20 000 000 PLN - § 22 ust. 3.3 projektu umowy,
- 16) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez brak możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zmian wprowadzonych przez zamawiającego do Dokumentacji Projektowej i Dokumentacji Wykonawczej, jakie uzna za niezbędne - § 23 ust. 5 pkt. 5.1 w zw. z § 23 ust. 2 projektu umowy,
- 17) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwienie dochodzenia wykonawcy odszkodowania w przypadku przerwania robót przez zamawiającego - § 23 ust. 7 i 8 w zw. z § 23 ust. 5 pkt. 5.3 projektu umowy,
- 18) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do zweryfikowania danych wyjściowych do projektowania przygotowanych przez zamawiającego, wykonania na własny koszt wszystkich badań i analiz uzupełniających niezbędnych dla prawidłowego wykonania Dokumentów Wykonawcy przed rozpoczęciem prac - część 1 pkt 1.2.1 PFU (str.3, myślík 5 - badania i analizy uzupełniające).

Wobec naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu Cywilnego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zakresie objętym zarzutami w szczególności, w ten sposób, że:

- 1) zamawiający dokona modyfikacji § 2 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: *„ukształtowania i natury terenu oraz warunków geologicznych i hydrogeologicznych w obrębie Placu Budowy”*,
- 2) zamawiający dokona modyfikacji §3 ust. 1 poprzez zmianę w pkt 1.1.-1.10. zapisu *„od dnia zawarcia umowy”* na *„od dnia zatwierdzenia dokumentacji objętej I Datą Kluczową”*,
- 3) zamawiający dokona modyfikacji § 5 projektu umowy poprzez dodanie zapisu: *„Zamawiający dokona zatwierdzenia dokumentacji określonej w § 4 ust. 5.5. oraz § 5 ust. 1 umowy w terminie 7 dni od dnia jej dostarczenia przez wykonawcę”*,
- 4) zamawiający dokona modyfikacji § 5 ust. 6 projektu umowy poprzez wykreślenie zapisu *„oraz że sprawdził udostępnioną mu dokumentację w zakresie wewnętrznej zgodności, zgodności ze stanem faktycznym, kompletności, funkcjonalności (w odniesieniu do wymaganej jakości i wskaźników) oraz poprawności. Wykonawca potwierdza, że nie stwierdził żadnych niezgodności ani błędów lub wad wskazanej wyżej dokumentacji. W razie stwierdzenia przez Wykonawcę jakichkolwiek niezgodności lub innych błędów w Programie Funkcjonalno - Użytkowym po zawarciu niniejszej Umowy, Wykonawca nie może żądać później przedłużenia poszczególnych terminów wykonania Robót, jak również zmiany terminu Odbioru Końcowego Robót, ani też dochodzić jakichkolwiek innych roszczeń z tego tytułu od Zamawiającego”*,
- 5) zamawiający dokona modyfikacji § 5 ust. 14 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: *„W przypadku, gdy rozwiązania projektowe Wykonawcy przewidziane w Projekcie Wykonawczym zostaną zakwalifikowane przez Głównego Projektanta PFU jako istotne odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego w rozumieniu art. 36a Prawa Budowlanego, które to odstępstwa będą spowodowane wadami dokumentacji budowlanej dostarczonej przez Zamawiającego lub powstanie konieczność wprowadzenia zmian w Projekcie Budowlanym i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, koszty zmian w Projekcie Budowlanym jak również uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę obciążać będą Zamawiającego”*,
- 6) zamawiający dokona modyfikacji §8 ust. 1 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: *„Kierownik Budowy wpisuje do dziennika budowy termin zakończenia wykonywania Robót Zanikających, z wyprzedzeniem umożliwiającym ich sprawdzenie i dokonanie odbioru przez Inżyniera Kontraktu lub właściwego Inspektora Nadzoru. Sprawdzenia i dokonanie odbioru nastąpią nie później niż w ciągu 3 (trzech) dni roboczych od daty zamieszczenia wpisu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym”*,

- 7) zamawiający dokona modyfikacji § 11 ust. 2 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: *„Wykonawca ma prawo do wykonywania Robót za pomocą Podwykonawcy wyłącznie po pisemnej akceptacji tego Podwykonawcy udzielonej przez Zamawiającego na pisemny wniosek Wykonawcy, w terminie 7 dni od daty doręczenia wniosku. W braku odpowiedzi Zamawiającego w określonym powyżej terminie poczytuje się, iż wyraził on zgodę na prowadzenie robót przy pomocy danego Podwykonawcy.”*,
- 8) zamawiający dokona modyfikacji § 13 ust. 4 projektu umowy poprzez zmianę dotychczasowego zapisu na: *„Wykonawca będzie uprawniony do żądania od Zamawiającego podwyższenia Ceny Umowy z tytułu wykonania Robót Zamiennych zleconych przez Zamawiającego, w przypadku zastosowanie przez Zamawiającego materiałów lub technologii, których cena jest wyższa do materiałów lub technologii określonych w dostarczonej wykonawcy dokumentacji”*,
- 9) zamawiający dokona modyfikacji § 1 projektu umowy poprzez wprowadzenie definicji: *„pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia”, „końcowego i całkowitego rozliczenia z podwykonawcami”, „nienależytego przygotowania przez wykonawcę odbioru”, „Menadżera Projektu”, „awarii”, „dokumentacji projektowej”*,
- 10) zamawiający dokona modyfikacji § 14 ust. 6 pkt 6.6. projektu umowy poprzez sprecyzowanie liczby członków komisji odbiorowej zamawiającego,
- 11) zamawiający dokona modyfikacji § 14 ust. 14.5. projektu umowy poprzez jego wykreślenie,
- 12) zamawiający dokona modyfikacji § 17 ust. 3 projektu umowy poprzez wykreślenie zdania 2 niniejszego paragrafu,
- 13) zamawiający dokona modyfikacji § 17 ust. 7 projektu umowy poprzez zmianę zapisu na: *„W przypadku niemożności usunięcia Wady, użytkowanie obiektu w trybie opisanym w ustępach poprzedzających, Wykonawca będzie zobowiązany do ponownego wykonania stosownej części Przedmiotu Umowy, która została wykonana wadliwie, jeżeli wada uniemożliwia Użytkowanie obiektu. Obowiązek ponownego wykonania części Przedmiotu Umowy obejmuje także te Roboty, które zostały wcześniej wykonane niewadliwie, jeśli zajdzie konieczność ich ponownego wykonania celem usunięcia Wad. Okresy gwarancyjne dla części Przedmiotu Umowy wykonanych przez Wykonawcę ulega przedłużeniu o czas uniemożliwienia zamawiającemu korzystania z rzecz z uwagi na wystąpienie wady.”*,
- 14) zamawiający dokona modyfikacji § 20 projektu umowy poprzez dodanie zapisów uprawniających wykonawcę do naliczenia kar umownych zamawiającemu w przypadku:
„a) opóźnienia w dokonaniu każdego z odbiorów robót zanikających- w wysokości 0,2 % Ceny Umowy za każdy dzień opóźnienia,

- b) opóźnienia w przystąpieniu do każde z odbiorów robót- w wysokości 0,2 % Ceny Umowy za każdy dzień opóźnienia,
- c) odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości 10 % Ceny Umowy.”,
- 15) zamawiający dokona modyfikacji § 22 ust. 3.3 projektu umowy poprzez wykreślenie zdania: „a także sprzęt zamawiany na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonych w trakcie budowy, o wartości 20.000.000 PLN”,
- 16) zamawiający dokona modyfikacji § 23 ust. 2 projektu umowy poprzez dodanie zdania drugiego w niniejszym paragrafie: „Wykonawca przysługiwać będzie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wprowadzonych przez Zamawiającego zmian określonych w § 23 ust. 5 pkt 5.1., jeżeli zmiany te spowodują poniesienie przez wykonawcę dodatkowych kosztów”,
- 17) zamawiający dokona modyfikacji § 23 ust. 7 i 8 projektu umowy poprzez wykreślenie z powyższych paragrafów zdania: „Przerwanie robót w trybie określonym powyżej nie będzie stanowić podstawy do naliczania jakiegokolwiek odszkodowania przez wykonawcę” oraz wprowadzi po ostatnim zdaniu powyższych paragrafów następujący zapis: „Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie z tytułu poniesionych kosztów przestoju, które zostaną przez wykonawcę udokumentowane i przedstawione Zamawiającemu”,
- 18) zamawiający dokona wyszczególnienia badań i analizy uzupełniających niezbędnych dla prawidłowego wykonania Dokumentów Wykonawcy, jakich wykonawca będzie zobowiązany dokonać przed rozpoczęciem prac - część 1 pkt 1.2.1 PFU (str.3, myślnik 5 - badania i analizy uzupełniające).

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia, a ukształtowanie przez zamawiającego powołanych powyżej zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych jak i kodeksu cywilnego powoduje, iż odwołujący oraz inni wykonawcy, którzy chcieliby wziąć udział w postępowaniu nie będą w stanie sporządzić oferty w sposób rzetelny, odpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego oraz w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję. Ponadto w sytuacji, gdy oferta odwołującego zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza, odwołujący zobowiązany będzie do zawarcia z zamawiającym umowy o zamówienie publiczne w kształcie wynikającym z zapisów s.i.w.z., a tym samym zobowiązanie wykonawcy do ponoszenia ciężarów związanych z realizacją inwestycji ponad miarę przyjętą w obrocie gospodarczym, co skutkuje zachwianiem równowagi pomiędzy interesem zamawiającego

w uzyskaniu należycie wykonanych robót, a interesem wykonawcy szybkiego otrzymania umówionego wynagrodzenia za wykonane prace.

Zamawiający, dnia 5 marca 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 7 marca 2013 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Budimex S.A. z siedziba w Warszawie.

Zamawiający, dnia 15 marca 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych oraz podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż z analizy postanowień umowy nie można jednoznacznie wywnioskować, co jest przedmiotem umowy oraz jakie koszty są nim objęte. Z uwagi na to, iż opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego, nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia, a tym samym narażenia się na ponoszenie dodatkowych kosztów, których nie można skalkulować na etapie składania ofert. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robót - ich możliwość wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy. Taka sytuacja prowadzi do składania ofert

nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń. Zdaniem odwołującego na etapie porównywania ofert braki we wskazanym zakresie skutkować będą całkowitą niemożnością rzetelnego porównania ofert konkurencji, gdyż każdy wykonawca przyjmie odmienne założenia i odmienny zakres robót lub czynności. Ideą ryczału jest wykonanie zamówienia za z góry ustaloną cenę, ale w sytuacji, gdy nie wiadomo jaki jest zakres tego zamówienia - nie można tej ceny w żaden sposób skalkulować. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty. W ocenie odwołującego opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący. Zamawiający nie jest również uprawniony w ramach zasady swobody umów do kształtowania postanowień umownych w taki sposób, iż prowadzą one do uprzywilejowania pozycji zamawiającego z jednoczesnym pokrzywdzeniem wykonawcy.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Izba wskazuje, że ze specyfiki zamówienia na roboty budowlane wynika, iż jego przedmiotem są wszystkie roboty niezbędne do wykonania, w związku z budową, rozbudową lub przebudową, konkretnego obiektu budowlanego określonego w dokumentacji przetargowej oraz wynikające z zasad wiedzy technicznej, którą dysponuje wykonawca. Opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza się jednak wyłącznie do wymagań określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, ale obejmuje również inne elementy jego realizacji, mianowicie istotne postanowienia umowy oraz termin wykonania zamówienia. W ocenie Izby, z sumy wszystkich powyższych dokumentów wynika jednoznacznie, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu wykonawczego i budowa nowego bloku Centrum Klinicznego Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213, wraz z wyposażeniem budynku i terenu w zakresie elementów stałych oraz wykonanie projektu powykonawczego i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Zasady udzielania zamówień publicznych - zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, podporządkowane są przede wszystkim celom ustawy Pzp, mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasady te w sposób ustawowy niejako ograniczają się wzajemnie tj. z jednej strony zamawiający tak winien ukształtować zapisy warunków udziału w postępowaniu, oraz opis przedmiotu zamówienia aby w sposób nieuzasadniony nie ograniczać dostępu do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z drugiej jednak strony winien kierować się zasadą optymalnego wydatkowania środków publicznych. Sprawia to, iż zamawiający aby nie wpaść w pułapkę możliwego udzielenia zamówienia podmiotowi niezdolnemu do należytej realizacji zamówienia musi tak rozeznaczyć rynek potencjalnych wykonawców aby „dedykować”

zamówienie podmiotom w pełni profesjonalnym w rozumieniu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień pod względem celu, zakresu i wielkości.

Zdaniem Izby, zamawiający ukształtował warunki podmiotowe uczestnictwa w przetargu tak, aby zapewnić w nim udział podmiotów dysponujących doświadczeniem w budowie szpitala, gdyż tylko takie podmioty są w stanie przygotować ofertę obejmującą wynagrodzenie ryczałtowe uwzględniające precyzyjną i należytą wycenę ryzyk projektu, a przede wszystkim zapewnić jego realizację w terminie. Jednocześnie, z uwagi na formułę przetargu „zaprojektuj i wybuduj”, każdy z wykonawców zlecając opracowanie projektu wykonawczego będzie uprawniony do wprowadzenia różnych, optymalnych i wynikających z jego doświadczeń rozwiązań, które wpłyną na przygotowaną przez niego ofertę i jej wysokość.

Podkreślić należy również fakt, iż odwołujący w uzasadnieniu szeregu zarzutów nie wykazuje związku pomiędzy podstawą prawną zarzutu a merytoryczną treścią jego uzasadnienia, ani nie wyjaśnia dlaczego proponowane przez niego zmiany w projekcie umowy spowodują, iż przedmiot zamówienia opisany będzie w sposób spełniający wymogi art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że w systemie zamówień publicznych zasada swobody umów uległa znacznemu ograniczeniu: po stronie zamawiającego, z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta, a ze strony wykonawcy z powodu ograniczonego wpływu na kształt zawieranej umowy. Wykonawca ma jednak możliwość decydowania, czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Z powyższych względów, z uwagi na brak możliwości wyboru kontrahenta i ułożenia stosunku prawnego, w tym określenia ceny wykonania zamówienia w drodze negocjacji, zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, uzyskał prawo do jednostronnego kształtowania postanowień i warunków umowy, w przypadku, gdy wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na określonych warunkach.

Podsumowując, część ogólną, Izba wskazuje na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia z dnia 14 lipca 2011 r. sygn. XII Ga 314/11, wydanego w sprawie z zakresu zamówień publicznych wskazał: *„Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy.”*

Odnoszą się zaś szczegółowo, do każdego z zarzutów odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

Zarzut Nr 1 dotyczący naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp - przez przerzucenie na wykonawcę ryzyk wynikających z błędów w opinii geologicznej, Izba uznała za niezasadny.

W § 2 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia oświadczenia i zapewnienia, iż miał możliwość zbadania opinii geologicznej dla nieruchomości oraz do potwierdzenia, iż nie zgłasza on żadnych zastrzeżeń ani wątpliwości co do warunków geologicznych i hydrogeologicznych, które wynikają z opinii geologicznej i w związku z tym nie będzie dochodził żadnych roszczeń finansowych ani żądał przesunięcia terminów związanych z realizacją przedmiotu umowy.

Zdaniem odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie może ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem błędów lub braków wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji przetargowej przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że z literalnego brzmienia kwestionowanego postanowienia wynika, iż wykonawca otrzymał od zamawiającego na etapie przetargu dokumentację geologiczną i hydrogeologiczną, miał możliwość dokonania zbadania Placu Budowy i uwzględni w cenie oferty warunki terenowe i gruntowe określone w tej dokumentacji i wynikach przeprowadzonej przez siebie wizji lokalnej.

Zdaniem Izby, założeniem obiektywnym jest, iż każdy wykonawca w celu prawidłowego sporządzenia oferty powinien zapoznać się z wszystkimi wskazanymi przez zamawiającego uwarunkowaniami prowadzenia robót budowlanych. Z powyższych względów, weryfikacja otrzymanej od zamawiającego dokumentacji jak i dokonanie wizji lokalnej, powinny umożliwić wykonawcy przygotowanie rzetelnej oferty uwzględniającej rzeczywiste i możliwe do przewidzenia oraz skalkulowania ryzyka wynikające z udostępnionej przez zamawiającego w przetargu dokumentacji. W przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, zaniechał dokonania czynności opisanych powyżej, o których mowa w kwestionowanym postanowieniu i sporządził ofertę która nie uwzględnia powyższych ryzyk, zamawiający nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku profesjonalizmu po stronie takiego wykonawcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba wskazuje, że wskazywane przez odwołującego przepisy nie zostały przez zamawiającego naruszone.

Zwrócić bowiem należy uwagę na okoliczność, iż uwzględnienie propozycji odwołującego i wyłączenie z treści oświadczenia fragmentu dotyczącego oświadczenia o zapoznaniu się dokumentacją powodowałoby sytuację, iż każdy z wykonawców mógłby przyjąć do sporządzenia oferty inne warunki terenowe i geologiczne, w zależności od przyjętych przez siebie założeń lub przeprowadzonych badań, co w efekcie doprowadziłoby do sporządzenia nieporównywalnych ofert. Nadto rzetelność przygotowania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia nakłada na wykonawców obowiązek dochowania maksimum

dokładności przy precyzowaniu przedmiotu oferty w oparciu o warunki i dyspozycje określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projekcie umowy. Zamawiający załączając do dokumentacji postępowania rzeczoną opinię geologiczną dał wykonawcom jasny sygnał, z jakimi warunkami geologicznymi i hydrogeologicznymi muszą liczyć się wykonawcy przy realizacji zamówienia. Sumiennosc wykonawcy zaś powinna wywoływać po jego stronie obowiązek sprawdzenia czy przedstawiona opinia odpowiada rzeczywistości. Zarzucanie zamawiającemu żądania przyjęcia tej opinii, z wcześniejszą możliwością zakwestionowania jej prawdziwości, i złożenia w tym zakresie stosownego oświadczenia nie narusza interesu odwołującego, jedynie wymusza prawidłowe przygotowanie się do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut Nr 2 - naruszenie art. 353¹ k.c, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie niemożliwego do osiągnięcia terminu I Daty Kluczowej - płyta fundamentowa, Izba uznała za nieudowodniony, tym samym za niezasadny.

Zamawiający w postanowieniach projektu umowy wskazał różne terminy na wykonanie przez wykonawcę czynności tam opisanych. I tak w § 3 zamawiający określił: Przedmiot Umowy Wykonawca wykona zgodnie z następującymi terminami: 1.1.1 Data Kluczowa - płyta fundamentowa (zakończenie wykonania płyty fundamentowej parkingu podziemnego włącznie z podszybiem wind oraz innymi elementami ograniczonymi ścianami zewnętrznymi parkingu podziemnego) - w terminie do 8 (osiem) tygodni od dnia zawarcia Umowy. 1.2. II Data Kluczowa - stan „0” (zakończenie stropu nad kondygnacją podziemną) - w terminie do (piętnaście) tygodni od dnia zawarcia Umowy, 1.3. III Data Kluczowa - stan surowy otwarty (zakończone wszelkie prace konstrukcyjne oraz zaizolowanie kondygnacji podziemnej włącznie z jej obsypaniem, prace murarskie z wyłączeniem ścianek działowych, bez ślusarki okiennej i drzwiowej oraz ocieplenia elewacji kondygnacji nadziemnych) - w terminie do 29 (dwadzieścia dziewięć) tygodni od dnia zawarcia Umowy, 1.4. IV Data Kluczowa - mockup'ów, w terminie do 4 (cztery) tygodni od dnia wezwania przez Zamawiającego do wykonania danego mock-up'u (modelu w skali 1:1 fragmentu danej części robót zgodnie z PFU), 1.5. V Data Kluczowa - stan surowy zamknięty (zakończenie robót elewacyjnych, włącznie ze ślusarką okienną i drzwiową oraz ociepleniem kondygnacji nadziemnych włącznie z docelową fakturą zewnętrzną elewacji, zakończenie robót dachowych) - w terminie do 37 (trzydzieści siedem) tygodni od dnia zawarcia Umowy, 1.6. VI Data Kluczowa - zakończenie Robót w pomieszczeniach wymagających montażu wyposażenia - do 78 (siedemdziesiąt osiem) tygodni od dnia zawarcia Umowy, 1.7. VII Data Kluczowa - zakończenie całości Robót i zgłoszenie Przedmiotu Umowy do odbioru służb i inspekcji zgodnie z art. 56 Prawa Budowlanego w terminie do 90 (dziewięćdziesiąt) tygodni od dnia

zawarcia Umowy, 1.8. VIII Data Kluczowa - uzyskanie ostatecznej decyzji Pozwolenie na Użytkowanie - w terminie do 96 (dziewięćdziesiąt sześć) tygodni od dnia zawarcia Umowy. 1.9. IX Data Kluczowa - zakończenie czynności Odbioru Końcowego - w terminie do 98 (dziewięćdziesiąt osiem) tygodni od dnia zawarcia Umowy, 1.10. X Data Kluczowa - spełnienie przesłanek do wydania Świadectwa Przejęcia Robót - w terminie do 100 (sto) tygodni od dnia zawarcia Umowy.

Zamawiający, dnia 4 marca 2013 roku dokonał zmiany istotnych warunków umowy. W wyniku tej zmiany zostało doprecyzowane, iż wykonawca uprawniony jest do dostarczania projektu wykonawczego w etapach pod warunkiem dostarczenia zamawiającemu harmonogramu przekazywania projektu wykonawczego przed zawarciem umowy. Zaktualizowany zapis § 5 ust. 10 otrzymał brzmienie: *„Wykonawca zobowiązany jest sporządzić kompletny Projekt Wykonawczy w terminie nie później niż do 6 (sześciu) miesięcy od daty zawarcia Umowy. Wykonawca uprawniony jest do przekazywania części Projektu Wykonawczego sukcesywnie z zastrzeżeniem terminu, o którym mowa w ust. 1 powyżej. W przypadku zamiaru przekazywania Projektu Wykonawczego w częściach. Wykonawca zobowiązany jest przed zawarciem Umowa przekazać Zamawiającemu harmonogram przekazywania Projektu Wykonawczego ze szczegółowym określeniem zakresu poszczególnych części.”*

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że przedstawiony przez zamawiającego harmonogram robót, uniemożliwia ich realizację w terminie.

Zamawiający, uzupełniając swoje stanowisko w zakresie omawianego zarzutu, przedłożył oświadczenie członków komisji przetargowej (dysponujących wykształceniem inżynierskim i wieloletnim doświadczeniem w realizacji inwestycji budowlanych), w którym zostało stwierdzone, że przy założeniu maksymalizacji zaangażowania osób po stronie wykonawców, możliwe są do osiągnięcia terminy wskazane w s.i.w.z. Odwołujący dowodu przeciwnego nie zgłosił, pozostając jedynie na ustnych oświadczeniach (na rozprawie) i pisemnym stanowisku (w odwołaniu).

Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, popartym dodatkowo oświadczeniem projektanta oraz audytem Biura Doradztwa Inżynierskiego i Nadzoru Jakości Inwestycji, w którym stwierdzono, iż *„Informacje zawarte w PFU odpowiadają na większość pytań, które stoją przed projektantem na początku fazy projektu wykonawczego. Dzięki temu proces projektowania może rozpocząć się praktycznie niezwłocznie i bez straty czasu na dokonywanie dalszych, szczegółowych uzgodnień.”*

Zdaniem Izby odwołujący nie uzasadnił ani nie wykazał dlaczego nie jest możliwe dotrzymanie I Daty Kluczowej - zakończenie płyty fundamentowej parkingu podziemnego włącznie z podszybiem wind oraz innymi elementami ograniczonymi ścianami zewnętrznymi parkingu podziemnego - w terminie 8 tygodni od daty zawarcia umowy, bowiem praktycznie

dopuszczalne i technicznie możliwe jest równoległe prowadzenie prac projektowych i robót budowlanych, w zakresie tego etapu realizacji.

Zarzut Nr 3 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez brak w umowie określenia terminu na zatwierdzenie projektu wykonawczego przez zamawiającego, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie określił terminu, w jakim dokona zatwierdzenia projektu wykonawczego, co ma istotny wpływ na termin realizacji przedmiotu umowy, a tym samym na możliwość naliczania przez zamawiającego kar umownych za nieterminowe wykonanie poszczególnych etapów robót. Sytuacja taka powoduje możliwość zwlekania przez zamawiającego z dokonaniem zatwierdzenia dostarczanych przez wykonawcę dokumentów tak dalece, iż spowoduje to nie wywiązanie się przez wykonawcę z zachowania terminów pośrednich jak i terminu zakończenia robót.

Zamawiający dnia 4 marca 2013 roku dokonał zmiany istotnych warunków umowy, w wyniku, której § 5 ust. 12 projektu umowy otrzymał brzmienie: *„Wykonawca po sporządzeniu Projektu Wykonawczego, projektów warsztatowych i Dokumentacji Powykonawczej oraz innych dokumentów, o których mowa w ust. 1 powyżej zobowiązuje się przekazać tą dokumentację Zamawiającemu, zgodnie z procedurą przewidzianą w Księżce Projektu, do zatwierdzenia, w tym do zaakceptowania (jeśli wystąpią) zamierzonych odstępstw od zatwierdzonego Projektu Budowlanego i ustalenia konieczności wprowadzenia zmian w Projekcie Budowlanym (jeśli są wymagane przez obowiązujące przepisy prawa). Zamawiający dokonywać będzie akceptacji i zatwierdzania w terminie 14 (czternastu) dni od daty otrzymania tych dokumentów.”*

Zarzut Nr 4 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyk wynikających z błędów programie funkcjonalno-użytkowym, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający zobowiązał wykonawcę w § 5 ust. 6 projektu umowy do złożenia zapewnienia o sprawdzeniu udostępnionej mu dokumentacji w zakresie wewnętrznej zgodności, zgodności ze stanem faktycznym, kompletności, funkcjonalności oraz poprawności, a w związku z tym potwierdzenia, iż wykonawca nie stwierdza żadnych niezgodności ani błędów lub wad wskazanej dokumentacji, a w przypadku wykrycia jakichkolwiek niezgodności lub innych błędów w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, po zawarciu umowy nie będzie mógł żądać przedłużenia poszczególnych terminów wykonania robót, zmiany terminu odbioru końcowego czy też dochodzić jakichkolwiek innych roszczeń z tego tytułu od zamawiającego.

Jak wynika z decyzji pozwolenia na budowę, dokumentacja stanowiła przedmiot weryfikacji w ustalonym trybie, dlatego też, zdaniem Izby, brak jest przesłanek uzasadniających obawy odwołującego, co do wadliwości przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji. Założeniem obiektywnym jest, iż każdy wykonawca w celu prawidłowego sporządzenia oferty powinien zapoznać się z podstawowym dokumentem, który opisuje przedmiot zamówienia czyli programem funkcjonalno-użytkowym. Jeżeli odwołujący się wykonawca ma wątpliwości dotyczące tego dokumentu powinien - choć jest to tylko uprawnienie, a nie nakaz - zgłosić je przed opracowaniem oferty.

Powyższą okoliczność, tj. przeprowadzenie takiej weryfikacji, potwierdził sam odwołujący stawiając zarzut Nr 18 dotyczący PFU.

Nadto, należy zwrócić uwagę na oświadczenie zamawiającego, sformułowane w treści odpowiedzi na odwołanie, gdzie zamawiający oświadczył, że przyjmuje do wiadomości, iż ponosi odpowiedzialność za błędy projektowe, których przewidzieć się nie dało i wyjaśnił, że jego zamiarem nie jest przenoszenie odpowiedzialności za takie błędy dokumentacji przetargowej na wykonawcę. Podkreślić należy, że wykonawca przyjmując do zaprojektowania i wybudowania obiekt budowlany przyjmuje na siebie wszystkie ryzyka związane z realizacją. Jednocześnie zamawiający oddał w ręce wykonawcy prawo do zarządzania technologią wykonywania robót budowlanych i wykorzystywanymi materiałami budowlanymi. W ten sposób, pomimo określenia wynagrodzenia w formie ryczaftu, wykonawca posiada zdolność do optymalizacji rozwiązań projektowych, na wypadek wystąpienia robót budowlanych, których kosztów lub rozmiaru nie dało się przewidzieć.

Zarzut Nr 5 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp, poprzez przerzucenie na wykonawcę kosztów i ryzyk związanych z koniecznością uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, że nie widzi możliwości, aby zamawiający mógł obciążać wykonawcę kosztami związanymi z koniecznością uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę w przypadku, gdy istotne odstępstwa czy też konieczność wprowadzenia zmian miałyby zostać spowodowane wadami dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego lub też jego nieuzasadnioną ingerencją.

W ocenie Izby odwołujący nadinterpretuje treść postanowień projektu umowy. Wskazać należy, iż w § 5 ust. 14 projektu umowy, zamawiający przewidział możliwość obciążenia wykonawcy kosztami uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę oraz kosztami zmian w Projekcie Budowlanym w przypadku, gdy rozwiązania projektowe Wykonawcy przewidziane w Projekcie Wykonawczym zostaną zakwalifikowane przez Głównego Projektanta PFU, jako istotne odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego w rozumieniu art. 36a Prawa Budowlanego lub powstanie konieczność wprowadzenia zmian

w Projekcie. Z cytowanego brzmienia projektu umowy wynika, że zamawiający obciąża wykonawcę jedynie w przypadku, gdy wykonawca przewidzi sposób realizacji zamówienia, sporządzi projekt wykonawczy, w sposób, który będzie obligował zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 36 a Prawa budowlanego, do uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Niezasadnym jest zatem zarzut odwołującego, który rozszerza postanowienia umowy o inne, w niej nie przewidziane elementy i sytuacje.

Izba podziela pogląd odwołującego, że wykonawca przy dokonywaniu kalkulacji swojej oferty zakłada, iż dokumentacja dostarczona przez zamawiającego jest jednoznaczna i wyczerpująca i na jej podstawie będzie mógł wykonać zgodny z nią projekt wykonawczy. W ocenie Izby taką właśnie (pełną) dokumentację zamawiający przedstawił. Innym bowiem aspektem są rozwiązania własne wykonawcy przyjęte do projektu wykonawczego, a czym innym PFU i projekt budowlany sporządzony przez zamawiającego. Te dwa elementy należy rozdzielić i oceniać osobno. Zamawiający nie ma wpływu na rozwiązania projektowe wybierane przez wykonawcę i jedynie w przypadku, gdy są one niezgodne z programem funkcjonalno-użytkowym może odmówić ich akceptacji. Z powyższych względów oczywistym jest, iż jeżeli zmiana projektu budowlanego wynika z rozwiązań projektowych przyjętych przez wykonawcę to wykonawca musi ponieść koszt takich zmian.

Zarzut Nr 6 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nieuregulowanie w umowie terminu odbioru przez zamawiającego robót zanikających, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, że w § 8 ust. 1 projektu umowy zamawiający nie określił terminu dla inżyniera kontraktu lub właściwego inspektora nadzoru na sprawdzenie i dokonanie odbioru robót zanikających. W opinii odwołującego brak ten ma istotny wpływ na termin realizacji poszczególnych etapów robót, a tym samym na możliwość naliczania przez zamawiającego kar umownych za nieterminowe wykonanie poszczególnych etapów robót, a co za tym idzie możliwość wydłużaniem się czynności odbiorowych i nie wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku terminowego zakończenia przedmiotu umowy bez jego winy.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że uregulowanie odnoszące się do powyższego zarzutu znalazło swoje odzwierciedlenie w § 8 ust. 1 projektu umowy, gdzie termin odbioru robót zanikających jest określony na 3 (trzy) dni robocze od daty zamieszczenia wpisu w dzienniku budowy o terminie zakończenia wykonywania robót zanikających.

Zarzut Nr 7 – dotyczący naruszenia art. 647¹ k.c. i art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, poprzez odmienne niż w kodeksie cywilnym uregulowanie skutku braku zgody na dopuszczenie podwykonawcy do wykonywania robót budowlanych, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż ukształtowanie w §11 ust. 2 projektu umowy konsekwencji braku odpowiedzi zamawiającego w zakresie wyrażenia zgody na prowadzenie robót przy pomocy danego podwykonawcy w sposób odmienny niż wynika to z przepisu art. 647¹ ust. 2 k.c. stanowi naruszenie tego przepisu, jako bezwzględnie obowiązującego.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, który stwierdził, że odmienne od kodeksu cywilnego uregulowanie instytucji trybu akceptacji podwykonawcy dotyczy wyłącznie relacji zamawiający - wykonawca i ma jedynie na celu dyscyplinowanie wykonawcy, aby nie dopuszczał do wykonywania robót podmiotów niezatwierdzonych przez zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami § 11 projektu umowy, zamawiający ma prawo odmówić zgody na wykonywanie robót przez konkretnego podwykonawcę w przypadku podjęcia uzasadnionych podejrzeń, że kwalifikacje podwykonawcy lub jego wyposażenie w sprzęt nie gwarantują odpowiedniej jakości zamówionych robót budowlanych lub dotrzymania terminów. Brak odpowiedzi poczytuje się więc zgodnie z umową za brak zgody. Brak takiej zgody i dopuszczenie przez wykonawcę niezatwierdzonego podwykonawcy do wykonywania robót nie będzie powodowało wyłączenia solidarnej odpowiedzialności, lecz będzie uprawniało zamawiającego do żądania usunięcia takiego podmiotu z placu budowy i naliczenia wykonawcy kary umownej za każdy dzień prowadzenia robót przez niezatwierdzonego podwykonawcę. Tym samym takie uregulowanie umowne, powoduje zapewnienie należytej kontroli nad listą podwykonawców, wykonujących roboty budowlane, w celu ochrony zasadnych interesów zamawiającego.

Zarzut Nr 8 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie postanowień o niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku uzgodnienia przez strony robót zamiennych, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż w § 13 ust. 4 projektu umowy zamawiający pozbawił wykonawcę możliwości żądania od zamawiającego podwyższenia ceny umowy z tytułu wykonania robót zamiennych, które zostały mu przez zamawiającego zlecone. Zdaniem odwołującego takie ukształtowanie postanowień umownych narusza interesy wykonawcy zwłaszcza, iż na podstawie § 13 ust. 1 projektu umowy zamawiający ma możliwość zlecenia wykonawcy wykonania każdej roboty zamiennej poprzez skierowanie do wykonawcy instrukcji zmiany. Wprowadzenie powyższych postanowień uniemożliwia odwołującemu dokonanie kalkulacji ceny z uwagi na to, iż odwołujący jest zmuszony do przejścia na siebie ryzyka poniesienia z góry nieokreślonych kosztów wykonania ewentualnych robót zamiennych.

Izba zwraca uwagę na literalne brzmienie § 13 ust. 3 projektu umowy, z którego wyraźnie wynika, iż wszelkie roboty zamienne zlecane w czasie realizacji umowy wymagają potwierdzenia przez zamawiającego i wykonawcę. Zamawiający potwierdził, iż roboty

zamienne będą zlecane za pomocą instrukcji zmiany, a dopiero po podpisaniu tej instrukcji zmiany przez wykonawcę, roboty zamienne będą zlecane.

Z uwagi na warunki finansowania projektu zamawiający wskazał, że nie przewiduje zlecenia robót zamiennych, które mogłyby wpłynąć, w ostatecznym rozliczeniu, na podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy.

Tym samym Izba wskazuje, że obawy odwołującego, co do możliwości zmiany technologii przez zamawiającego na technologię droższą, co z kolei będzie wywoływało ze strony wykonawcy skutek w postaci obniżenia zakładanego zysku, są bezzasadne, gdyż w pierwszej kolejności, zgodnie z brzmieniem § 13 ust. 3 projektu umowy, wymagana będzie obopólna zgoda stron na wprowadzenie robót zamiennych. Brak takiej zgody nie będzie wywoływało po stronie wykonawcy żadnych negatywnych skutków, w tym finansowych. Izba zwraca uwagę, że zmiana robót może odbywać się tylko w obszarze przewidzianym programem funkcjonalno-użytkowym, a odwołujący mając do niego dostęp posiada pełny zakres wiedzy (w tym dotyczący możliwych do zastosowania technologii) umożliwiający mu dokonanie prawidłowej wyceny oferty.

Zarzut Nr 9 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie w umowie definicji części pojęć używanych w umowie, Izba uznała za niezasadny.

W związku ze stanowiskiem odwołującego, złożonym na rozprawie, iż w wyniku wyjaśnień zamawiającego z 4 marca 2013 roku, część pojęć została zdefiniowana, wobec czego odwołujący podtrzymał zarzuty jedynie w zakresie braku definicji następujących pojęć: „pomieszczeń wymagających montażu wyposażenia” - § 3 ust. 1.6. projektu umowy, „nienależytego przygotowania przez wykonawcę któregośkolwiek z odbiorów” - § 14 ust. 4 projektu umowy, „awarii” - § 17 ust. 5 projektu umowy. W związku z powyższym, zakres orzekania Izba zawężyła jedynie do podtrzymanego zarzutu, odnośnie braku definicji pojęć wskazanych powyżej.

W ocenie Izby podnoszone przez odwołującego zarzuty, wskazują jedynie na wątpliwości interpretacyjne dokumentacji przetargowej. Argumentowanie przez odwołującego, iż nie wie, w jakich pomieszczeniach będzie zobowiązany zakończyć roboty w terminie VI Daty Kluczowej, czy nie wie jak interpretować nienależyte przygotowanie przez wykonawcę odbioru, obrazują jedynie stan merytorycznego przygotowania odwołującego do możliwości realizacji przedmiotowej inwestycji. Zdaniem Izby profesjonalny wykonawca, bez problemu potrafi zidentyfikować i zinterpretować podstawowe pojęcia, które stanowią istotę procesu inwestycyjnego. Stanowisko przeciwne prowadzić może do pytania o profesjonalizm wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Zarzut Nr 10 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nieuregulowanie w umowie liczby członków komisji odbiorowej, Izba pozostawiła bez rozpoznania, gdyż zamawiający w dniu 4 marca 2013 roku, dokonał zmiany istotnych warunków umowy przez publikację aktualizacji na stronie internetowej i doprecyzowanie w § 14 Umowy ust. 1 pkt 1.2. ppkt 1.2.4. maksymalnej liczby członków komisji odbiorowej do 10 osób, a odwołujący wobec powyższej modyfikacji nie wniósł zastrzeżeń.

Zarzut Nr 11 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku ochrony i zabezpieczenia mienia zamawiającego, rozpoznawany łącznie z zarzutem Nr 15 – dotyczącym naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie w wymaganych warunkach polisy od odpowiedzialności cywilnej obowiązku ubezpieczenia mienia zamawiającego, Izba uznała za niezasadne.

Odwołujący wskazał, iż zobowiązanie wykonawcy do zabezpieczenia i ochrony pomieszczeń przejmowanych przez zamawiającego w celu ochrony dostarczonych mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego przed kradzieżą, zniszczeniem lub uszkodzeniem oraz obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za szkodę do pełnej wartości zakupu mebli, wyposażenia ruchomego i sprzętu medycznego (§ 14 ust. 14.5 projektu umowy) oraz wprowadzenie do umowy zapisów zobowiązujących wykonawcę do objęcia umową ubezpieczenia sprzętu zamawianego na podstawie odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonych w trakcie budowy, o wartości 20.000.000 PLN (§ 22 ust. 3.3 projektu umowy) wykracza poza opis przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z.

Izba wskazuje na niezasadność zarzutu, który opiera się o naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, które *de facto* odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia. Skoro zatem zamawiający dokonał opisu zamówienia i w tym zakresie nie budzi to wątpliwości, to bezpodstawnym jest stawianie zarzutu braku dokonania takiego opisu.

Ponadto Izba wskazuje, że w zakres przedmiotu zamówienia mogą wchodzić, oprócz robót podstawowych również inne czynności składające się kompleksową realizację całej inwestycji. W tym zakresie Izba podziela pogląd zamawiającego o możliwości zastosowania takiego zakresu czynności, który kompensowałby w całości zamierzenie inwestycyjne.

Zarzut Nr 12 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, poprzez określenie w warunkach gwarancji obowiązku dostarczania części zamiennych, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż obowiązki nałożone na wykonawcę w postaci nieodpłatnego serwisowania przedmiotu gwarancji i nieodpłatną wymianę części zamiennych

i eksploatacyjnych przez okres obowiązywania gwarancji (§17 ust. 3 projektu umowy) wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza się wyłącznie do wymagań określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, ale obejmuje również inne elementy jego realizacji, mianowicie istotne postanowienia umowy. Jednym z kryteriów wyboru oferty wykonawcy jest jakość robót budowlanych, w tym instalacji i urządzeń, wyrażająca się w długości okresu gwarancji. Zamawiający dokonał wyboru takiego kryterium z uwagi na przeznaczenie budynku Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, jakim będzie udzielanie świadczeń zdrowotnych dla dzieci. Prawidłowe funkcjonowanie budynku kliniki jest w takiej sytuacji niezbędne do zapewnienia należytej ochrony zdrowia pacjentów. Przepisy art. 578 k.c. umożliwiają dowolne modyfikowanie uprawnień przysługujących zamawiającemu na mocy gwarancji i obowiązków wykonawcy, jako gwaranta. Tym samym zamawiający, w ramach przedmiotowego postępowania, uprawniony jest do wymagania ściśle określonych warunków gwarancji, w tym nieodpłatnej dostawy części zamiennych w okresie gwarancji.

Zarzut Nr 13 – dotyczący naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie w warunkach gwarancji obowiązku ponownego wykonania części obiektu, których wad usunąć się nie da, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż dokonanie przez zamawiającego zapisu umownego o treści § 17 ust. 7 jest nieuprawnione i prowadzi do korzystania przez zamawiającego z uprawnień z gwarancji w nieskończoność nawet w przypadku robót wykonanych przez wykonawcę prawidłowo. Zamawiającemu przysługują uprawnienia określone w przepisach art. 581 kodeksu cywilnego z takich też uprawnień zamawiający jest uprawniony skorzystać.

Zdaniem Izby, uprawnienie do żądania wykonania robót budowlanych ponownie i odnowienia okresu gwarancji dla wykonanej części robót dotyczy wyłącznie sytuacji niemożności usunięcia wady. Nie ulega wątpliwości, iż wskazane postanowienie uzasadnione jest w pełni przeznaczeniem budynku Kliniki Transplantacji Szpiku, Onkologii i Hematologii Dziecięcej, jakim będzie udzielanie świadczeń zdrowotnych dla dzieci.

Zamawiający wyjaśnił, z czym Izba się zgadza, iż w przypadku wady trwałej stropu, która ujawni się w okresie gwarancji, zamawiający uprawniony jest do żądania ponownego wykonania bez dodatkowego wynagrodzenia nie tylko stropu, ale również pozostałych zakresów robót budowlanych znajdujących się na styku ze stropem, przykładowo - naruszonych ścian działowych. W takiej sytuacji, dla nowo wykonanych robót budowlanych okres gwarancji będzie biegł na nowo od daty ich odbioru.

Zarzut Nr 14 – dotyczący naruszenia art. 58 ust. 2 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastrzeżenie w umowie kar umownych dla wykonawcy, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż przyznanie przez zamawiającego uprawnienia do naliczania kar umownych wykonawcy przy braku wprowadzenia do umowy zapisów przewidujących uprawnienie wykonawcy do naliczenia kar umownych zamawiającemu stanowi nadmierne uprzywilejowanie pozycji zamawiającego oraz charakteryzuje się brakiem równości stron.

W ocenie Izby, kary umowne są klauzulą typu *accidentalialia negotii* (dodatkowym zastrzeżeniem umownym), a ich zastrzeżenie jest jedynie kwestią ułatwienia dochodzenia odszkodowania. W przypadku, gdy zamawiający wyrządzi wykonawcy szkodę, ten będzie uprawniony do dochodzenia swoich roszczeń w pełnej wysokości w drodze procesu cywilnego. Izba podziela pogląd zamawiającego, iż za nietrafne należy uznać powoływanie się przez odwołującego na naruszenie zasad współżycia społecznego, które mają charakter norm aksjologicznych. Zwrócić należy uwagę, iż odwołujący nie podał uzasadnienia konkretnie, którą zasadę współżycia społecznego naruszył zamawiający. Brak również, ze strony odwołującego, uzasadnienia dlaczego i w jaki sposób zastrzeżone na jego korzyść kary umowne wprowadziłyby do umowy równość stron.

Zarzut Nr 16 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie dla zamawiającego możliwości wprowadzania zmian w dokumentacji z jednoczesnym zastrzeżeniem niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, Izba pozostawiła bez rozpoznania, gdyż zamawiający w dniu 4 marca 2013 roku, dokonał zmiany istotnych warunków umowy przez publikację aktualizacji na stronie internetowej poprzez usunięcie kwestionowane zapisu, a odwołujący wobec powyższej modyfikacji nie wniósł zastrzeżeń.

Zarzut Nr 17 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - przez wyłączenie możliwości dochodzenia przez wykonawcę odszkodowania za przestój, Izba uznała za niezasadny.

Odwołujący wskazał, iż uniemożliwienie dochodzenia wykonawcy odszkodowania w przypadku przerwania robót przez zamawiającego - § 23 ust. 7 i 8 w zw. z § 23 ust. 5 pkt. 5.3 projektu umowy jest nieuprawnione. Oprócz bowiem kosztów zabezpieczenia budowy wykonawca ponosi inne koszty rzeczowe, finansowe i osobowe związane z rozpoczętą budową, które w sytuacji wstrzymania budowy, nie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, winny być zrekompensowane według stawek uzgodnionych z zamawiającym.

W ocenie Izby, ryzyko przestoju w prowadzeniu robót budowlanych przy ściśle określonym maksymalnym okresie przestoju jest ryzykiem kwantyfikowalnym i policzalnym, które można

wycenić i uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym. Zamawiający nie przewidział wprowadzania przerwy w realizacji projektu, a kwestionowane uprawnienie dotyczy zdarzeń nadzwyczajnych, w szczególności związanych ze źródłem finansowania projektu. Wyłączenie możliwości dochodzenia odszkodowania ma uchronić zamawiającego przed obciążeniem go nieuprawnionymi i zawyżonymi kosztami utrzymania budowy w okresie przestoju. Nadto wskazać należy, że odwołujący znając maksymalny przewidywany (w nadzwyczajnych okolicznościach) czas przestoju, ma możliwość wyceny tego ryzyka i ujęcia jego kosztów w cenie ofertowej.

Zarzut Nr 18 – dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku przeprowadzenia na własny koszt badań i analiz przed przystąpieniem do sporządzenia projektu wykonawczego, Izba uznała za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba podtrzymuje argumentację, jak w uzasadnieniu zarzutu Nr 1. Dodatkowo Izba wskazuje, iż z kwestionowanych postanowień programu funkcjonalno-użytkowego wynika, że jeżeli wykonawca uznaje po zawarciu umowy, iż do rozpoczęcia projektowania potrzebne są dodatkowe analizy lub badania to zobowiązany jest je wykonać na własny koszt i ryzyko. Dlatego też trudno jest uznać zarzut za zasadny, gdyż *de facto* odwołujący próbuje ograniczyć swoją odpowiedzialność, czy też prawidłową ocenę zakresu pracy przenosząc obowiązki na zamawiającego, który bynajmniej w tym zakresie, zdaje się nie decydować o zakresie projektu wykonawczego.

Krajowa Izba Odwoławcza dodatkowo wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 31 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jeżeli 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 nie mamy do czynienia z klasycznym układem przewidzianym w w/w przepisie, gdyż zamawiający opracował część projektów, pozostawiając wykonawcom do wykonania jeden projekt – projekt wykonawczy. Powyższe oznacza, że mimo opracowania większości dokumentacji projektowej, mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia w systemie „zaprojektuj i buduj”, co z kolei oznacza, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek zaproponowania określonych rozwiązań – do realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że zarzuty odwołującego są bezzasadne. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu (opinii, decyzji, wyliczeń), które mogłyby potwierdzać słuszność stawianych zarzutów. Odwołujący opierając się jedynie o swoje przekonanie nie może oczekiwać, że na tej podstawie Izba przyzna rację odwołującemu. A to na podstawie przepisu art. 190 ust. 1

ustawy Pzp strona, która wywodzi określone skutki prawne winna wskazywać dowody na potwierdzenie faktów, stanowiących podstawę stawiania zarzutów. Odwołujący żadnych dowodów nie wskazał.

Izba zwraca uwagę, że nie każde zamówienie musi charakteryzować się prostotą i łatwością w jego realizowaniu. Niektóre zamówienia wymuszają na wykonawcach specjalnego zorganizowania procesu inwestycyjnego zorientowanego na maksymalnie krótki czas realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, mamy właśnie do czynienia z takim zamówieniem. Skoro zatem odwołujący nie jest w stanie (czego na rozprawie nie wykazał) zrealizować zamówienia w tak specyficznych, charakterystycznych dla tego przedmiotu zamówienia warunkach, to nie istnieje przymus złożenia oferty.

Zdaniem Izby zamawiający w dokumentacji przetargowej wskazał, jakiego typu ryzyka należy wycenić w ofercie. Wskazane ryzyka umożliwiają więc dokonanie prawidłowej wyceny oferty z poszanowaniem zasady wynikającej z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że nie potwierdził się żaden ze stawianych zarzutów, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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: