

Sygn. akt KIO/UZP 184/10

WYROK
z dnia 2 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Renata Tubisz
Klaudia Szczytowska – Maziarz
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** adres do korespondencji: **Polimex- Mostostal S.A. Zakład Budownictwa Lublin 20 - 484 Lublin, Inżynierska 8**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Kielce - Kielecki Park Technologiczny ul. Piotrkowska 6, 25-510 Kielce**, protestu z dnia **12 stycznia 2010 r.**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

2. nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian niżej wymienionych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy:

Rozdział XIII SIWZ: Pkt: 5.1; 5.2; 5.4; Pkt 6; Pkt 7; Pkt 8.

Postanowień: § 1 ust 6; § 6 ust. 2 i 3; § 12 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr VI do SIWZ.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Kielce Kielecki Park Technologiczny ul. Piotrkowska 6, 25-510 Kielce i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: **cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy**) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 adres do korespondencji: Polimex- Mostostal S.A. Zakład Budownictwa Lublin 20-484 Lublin, Inżynierska 8,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: **osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy**) przez **Gminę Kielce - Kielecki Park Technologiczny ul. Piotrkowska 6, 25-510 Kielce** na rzecz **Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 adres do korespondencji: Polimex- Mostostal S.A. Zakład Budownictwa Lublin 20-484 Lublin, Inżynierska 8,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 adres do korespondencji: Polimex- Mostostal S.A. Zakład Budownictwa Lublin 20-484 Lublin, Inżynierska 8.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Centrum Technologicznego Kieleckiego Parku Technologicznego przy ul. Olszewskiego w Kielcach,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, dnia 12 stycznia 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Polimex- Mostostal S.A. w Warszawie.

Złożenie protestu nastąpiło na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opublikowanej przez zamawiającego w dacie ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2009/S 250-360045, tj. w dniu 29 grudnia 2009 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Kielce - Kieleckiemu Parkowi Technologicznemu w Kielcach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223 poz. 1778, dalej ustawy Pzp, tj.

- 1) art. 14 i 139 Pzp w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c, art. 487 §2 K.c., art. 647 K.c, art. 632 K.c, art. 651 K.c,
- 2) art. 7, art. 29, art. 30, art. 31, art. 32, art. 33, art. 36, ust. 1 pkt 12 Pzp,
- 3) art. 140 ust. 1 i 3 Pzp, art. 139 ust. 2 Pzp,
- 4) art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp i art. 93 ust. 7 Pzp.

Wymienione przepisy, w opinii odwołującego zostały naruszone wskutek zamieszczenia niżej wymienionych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz postanowień wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ:

- I) postanowień rozdziału XIII pkt 5.1, 5.2, 5.4, 6, 7, 8, 10 SIWZ,
- II) postanowień: § 1 ust. 4, § 1 ust. 6, § 6 ust. 2, § 6 ust 3, § 6 ust 4, § 10 ust. 25, § 12 ust. 1, § 21 ust. 1 pkt 4, 5, 6, 7, 9 i 10, wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr VI do SIWZ,
- III) postanowienia rozdziału XVII pkt 3 SIWZ,

W konsekwencji w przypadku kontynuowania przedmiotowego postępowania oraz podpisania umowy z wybranym wykonawcą, w opinii odwołującego, umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie nieważna ex lege z mocy art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący w proteście wnosił o:

- 1) wykreślenie pkt. 5.1. i 5.2. rozdziału XIII SIWZ,
- 2) wykreślenie pkt 5.4. rozdziału XIII SIWZ względnie jego zmianę przez nadanie mu treści: „Wykonawca w ofercie podaje cenę oferty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia obejmującą wszystkie nakłady związane z wykonaniem robót budowlano – montażowych,”
- 3) wykreślenie pkt 6 rozdziału XIII SIWZ względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Cena oferty ustalona zgodnie z powyższym punktem obejmuje należność za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji przedmiotu umowy, przez co rozumie się w szczególności możliwość jego eksploatacji zgodnie z przeznaczeniem, a w tym min. odbiory, atesty, próby, opłaty urzędowe, opłaty za media, wywóz odpadów w tym gruzu, zabezpieczenie robót do odbioru końcowego, doprowadzenie do odbiorów częściowych oraz do odbioru końcowego, uzyskanie przez wykonawcę decyzji na użytkowanie obiektów, a także innych czynności, do których zobowiązany jest

wykonawca. " - względnie zmianę tego postanowienia, przez nadanie mu treści zgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych i kodeksem cywilnym,

4) wykreślenie pkt 7, 8 i 10 rozdziału XIII SIWZ,

5) wykreślenie § 1 ust. 6 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „W przypadku zaleceń, nałożonych przez organy uprawnione na każdym etapie procesu inwestycyjnego, konieczności wykonania określonych prac i robót, prace te i roboty zostaną wykonane przez wykonawcę po podpisaniu aneksu do umowy określającego zakres i wysokość wynagrodzenia za te prace,"

6) wykreślenie § 6 ust. 3 wzoru umowy względnie jego zmianę poprzez nadanie mu treści: „Wykonawca sporządzi na koszt zamawiającego wszelką pozostałą dokumentację projektową (np. projekt organizacji ruchu itp.). potrzebną do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego, po podpisaniu aneksu do umowy określającego zakres i wysokość wynagrodzenia za te prace,"

7) wykreślenie § 10 ust. 25 wzoru umowy,

8) wykreślenie § 6 ust. 2 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Wykonawca oświadcza, że sprawdził kompletność dokumentacji otrzymanej od zamawiającego oraz że zapoznał się z tą dokumentacją w celu sporządzenia oferty,"

9) wykreślenie § 6 ust. 4 wzoru umowy względnie jego zmianę poprzez nadanie mu treści: „W okresie realizacji przedmiotu umowy zamawiający może wprowadzić zmiany i uzupełnienia do przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej po podpisaniu aneksu do umowy określającego zakres i wysokość wynagrodzenia za wprowadzone lub zmienione prace ",

10) wykreślenie § 12 ust. 1 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Wykonawca zobowiązuje się do przerywania prac związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy i odpowiedniego ich zabezpieczenia na czas przerwy, jeżeli zamawiający uzna to za konieczne. Zamawiający zobowiązuje się ponieść wszelkie koszty wynikające z przerywania robót na tej podstawie, w tym koszty utrzymania placu budowy w trakcie przerwy robót oraz roszczeń kontrahentów wykonawcy związanych z przerywaniem robót,"

11) wykreślenie § 21 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 9 i 10 wzoru umowy,

12) wykreślenie § 21 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „ Wykonawca opóźni z przyczyn leżących po jego stronie terminy wykonania robót w stosunku do terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 40 dni roboczych,"

13) wykreślenie § 21 ust. 3 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Jeżeli wykonawca opóźnia się bez uzasadnionych przyczyn z wykonaniem przedmiotu umowy lub jego części ponad 40 dni roboczych w stosunku do terminów

przewidzianych w niniejszej umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym, zamawiający może odstąpić od umowy, bez wyznaczania terminów dodatkowych,"

14) wykreślenie pkt 3 rozdziału XVII SIWZ, względnie o:

15) inną modyfikację w/w postanowień w celu ich dostosowania do treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

Względnie o:

16) o unieważnienie niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 7 Pzp.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej, w tym określonych w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący podał, iż w jego ocenie, kwestionowane postanowienia SIWZ oraz postanowienia wzoru umowy naruszają powszechnie obowiązujące przepisy prawa z następujących przyczyn:

I. Postanowienia przewidziane w SIWZ i projekcie umowy przerzucają na wykonawcę ryzyko z tytułu należytego wykonania obowiązków umownych przez zamawiającego.

II. Zgodnie z SIWZ i projektem umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma obejmować dodatkowo roboty nieprzewidziane w dokumentacji projektowej i ryzyka niemożliwe do przewidzenia i wyceny na etapie przygotowywania oferty.

III. Umowa wprowadza możliwość jednostronnej zmiany przez zamawiającego.

IV. Umowne przesłanki odstąpienia od umowy są nieadekwatne do wagi naruszeń umowy.

V. SIWZ warunkuje zawarcie umowy od okoliczności zewnętrznych.

Ad. I. i II.: Brak możliwości określenia wynagrodzenia na roboty nieprzewidziane i wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy za należyte spełnienie obowiązków przez zamawiającego:

Stosownie do § 6 ust. 1 wzoru umowy o roboty budowlane do obowiązków zamawiającego należy dostarczenie dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego wraz z przedmiarem robót. Natomiast wykonawca ma obowiązek wykonania przedmiotu umowy zgodnie z: umową, dokumentacją projektową, SIWZ, decyzją pozwolenia na budowę wydaną dla zaprojektowanego obiektu, zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami prawa w każdym zakresie dotyczącym niniejszego przedmiotu umowy.

Dodatkowo z § 2 wzoru umowy wynika, że : „Zakres robót budowlanych i innych świadczeń powierzonych do wykonania został określony w SIWZ na podstawie: projektu budowlanego, wykonawczego, przedmiarów robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zatwierdzonej decyzji pozwolenia na budowę, warunków podłączeń

uzgodnionych z gestorami mediów. Powyższe zapisy wskazują na podstawowy rozdział obowiązków umownych pomiędzy zamawiającego i wykonawcę. W dalszej części wzoru umowy, w opinii odwołującego, znajdują się postanowienia prowadzące do powstania odpowiedzialności wykonawcy za należyte wykonanie obowiązków umownych przez zamawiającego oraz rozszerzające zakres obowiązków umownych wykonawcy o ryzyka nieprzewidziane przez zamawiającego na etapie przygotowania inwestycji, a mianowicie:

Rozdział XIII SIWZ punkt:

5.1. W przypadku stwierdzenia przez wykonawcę - zgodnie z zasadą należytej staranności związanej z zakresem prowadzonej działalności gospodarczej - że występują prace nieopisane w dokumentacji przetargowej, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, wykonawca winien zgłosić ten fakt do zamawiającego w terminie składania ofert. Niedopełnienie tego obowiązku skutkuje tym, że wykonawca jest zobowiązany wykonać te prace w ramach ceny ofertowej.

5.2. Skutki finansowe ewentualnych ukrytych błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia. Musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

5.4. Wykonawca w ofercie podaje cenę oferty - z zastrzeżeniem podpunktu 5.1 i 5.2 za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, obejmującą wszystkie nakłady związane z wykonaniem robót budowlano - montażowych, wynikających wprost z dokumentacji przetargowej, jak również nie ujęte w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ich wykonania zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami.

6. Cena oferty ustalona zgodnie z powyższym punktem winna zawierać wszystkie elementy nie przewidziane (elementy ryzyka np. odmienne warunki geologiczne w rodzaju gruntu, czy konieczność prowadzenia odwodnienia robót, negatywne skutki warunków atmosferycznych), ale konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zawierać także koszty wszelkich innych robót-prac i nakładów, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe tj.: mikroniwelacji terenu, w tym usunięcia zbędnych materiałów i elementów, zagospodarowania placu budowy, doprowadzenie mediów (energia elektryczna, woda), niezbędnych rusztowań, wszelkich prac przygotowawczych i rozbiórkowych demontaż ogrodzenia, istniejących płyt i fundamentów betonowych, oświetlenia terenu, koszt utylizacji i transportu - wywozu zdemontowanych materiałów na miejsce wskazane przez właściciela, wszelkie roboty zabezpieczające przed dostępem osób trzecich (przejścia dla pieszych, daszki ochronne, stosowane oznakowania w tym zakresie itp.), prac porządkowych, dostaw, badań, ekspertyz, ocen i odbiorów robót (w tym technicznych) wymaganych dla wykonanych robót budowlanych np. przez strony trzecie, wywozu nadmiaru gruntu, zagęszczania gruntu, koszt zajęcia pasa drogowego, koszt zajęcia nieruchomości, koszty związane z organizacją

placu budowy, organizacją ruchu związanego z transportem dla potrzeb realizacji zamówienia, czy opłaty za umieszczanie urządzeń w pasie drogowym, przywrócenia stanu placu budowy do stanu przed jego przejęciem z uwzględnieniem zmian wprowadzonych wykonanymi robotami, prac geologicznych, prac geodezyjnych wraz z wniesieniem opracowań do zasobów geodezyjnych, sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz dokumentów wymaganych art. 21a prawa budowlanego, wypłatę odszkodowań za zniszczenia powstałe w trakcie realizacji robót, ewentualne odszkodowania dla właścicieli gruntów za wejście na teren prywatny, koszty opracowania świadectw charakterystyki energetycznej poszczególnych obiektów, instrukcji bezpieczeństwa pożarowego wraz z wyposażeniem w sprzęt p. poż. (gaśnice, koce, itp.), koszty związane z koniecznością ewentualnego czasowego wyłączenia linii napowietrznej 110 kV, koszty trzech tablic informacyjnych o współfinansowaniu inwestycji ze środków Unii Europejskiej - zgodnie z obowiązującymi Zasadami promocji projektów w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007 - 2013 oraz innych prac i robót wymienionych w umowie.

7. W związku z dokonaną inspekcją i zbadaniem terenu budowy i jego otoczenia oraz uzyskaniem potrzebnych informacji dotyczących rodzaju gruntu i warunków gruntowych przed złożeniem oferty przetargowej, uznaje się także, że wykonawca wziął pod uwagę ukształtowanie i charakter terenu budowy, rozmiar i charakter robót i materiałów niezbędnych do ukończenia robót, środków komunikacji i dostępu do placu budowy, zaplecza, jakiego może wymagać oraz że uzyskał wszelkie niezbędne informacje dotyczące ryzyka, ewentualnych wydatków oraz wszelkich innych okoliczności wpływających lub oddziałujących na jego ofertę.

8. Uznaje się, że wykonawca przed złożeniem oferty upewnił się, co do jej prawidłowości i kompletności oraz stawek i cen przyjętych do wyliczenia ceny oferty, które winny pokryć wszystkie jego zobowiązania wynikające z kontraktu. Uznaje się, że wykonawca wliczył w swoje stawki i ceny jednostkowe wszystkie koszty spowodowane możliwymi zakłóceniami postępu robót, w tym spowodowanymi obecnością innych osób na placu budowy (innych wykonawców - podwykonawców).

10. Strony nie przewidują możliwości przekroczenia wartości umowy przez wykonawcę co wynika z istoty przetargu i związanym z tym ryzykiem wykonawcy.

§ 1 ust. 6 wzoru umowy:

„W przypadku zaleceń nałożonych przez organy uprawnione na każdym etapie procesu inwestycyjnego, konieczności wykonania określonych prac i robót, prace te i roboty zostaną wykonane przez wykonawcę zadania w ramach wynagrodzenia ustalonego w § 13 ust. 2 niniejszej umowy.”

§ 6 ust. 3 wzoru umowy:

„Wykonawca na własny koszt sporządzi wszelką pozostałą dokumentację projektową (np. projekt organizacji ruchu itp.), potrzebną do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego.”

§10 ust. 25 wzoru umowy:

„Do obowiązków wykonawcy należy: zapewnienie na własny koszt obsługi jednostek naukowo-badawczych, jeżeli zajdzie taka potrzeba dla wykonania przedmiotu umowy oraz nadzoru autorskiego”.

§ 6 ust. 2 wzoru umowy:

„Wykonawca oświadcza, że sprawdził prawidłowość i kompletność dokumentacji otrzymanej od zamawiającego oraz że zapoznał się w pełni z tą dokumentacją, standardami projektowanych robót, oraz że przyjmuje przedmiot umowy do wykonania według przekazanej dokumentacji, bez zastrzeżeń za umówione wynagrodzenie.

W opinii odwołującego, zacytowane wyżej postanowienia wzoru umowy stanowią w istocie przerzucenie odpowiedzialności finansowej za wady projektowe na wykonawcę. Z brzmienia w/w postanowień wzoru umowy wynika bowiem, że zamawiający przewiduje sytuacje, w których okaże się, iż nienależycie wykonał swoje obowiązki umowne, gdyż dokumentacja projektowa ma wady. Jednocześnie zamawiający zwalnia się od odpowiedzialności finansowej, przerzucając w tym przypadku ciężar tej odpowiedzialności na wykonawcę, który jest zobowiązany do wykonania robót budowlanych. W konsekwencji oznacza to, że w przypadku wad lub braków dokumentacji projektowej dotyczących np. niezgodności projektu z przepisami prawa budowlanego, wykonawca, aby wywiązać się ze swoich obowiązków umownych będzie zmuszony pokryć koszt usunięcia wad dokumentacji i dodatkowy koszt prac z tego wynikających, którego nie jest w stanie obecnie określić.

W ocenie odwołującego takie ukształtowanie obowiązków umownych stron umowy o roboty budowlane zawartej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sprzeczne z prawem z następujących przyczyn. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c. Odwołujący argumentował, iż stosownie do art. 473 § 1 K.c.: „Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” Jednak z komentarza do tego przepisu wynika, że: dłużnik na podstawie art. 473 K.c. nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. Wprowadzenie przez zamawiającego do wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za wady

wynikłe z dostarczonej przez niego dokumentacji projektowej stanowi de facto obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy przez zamawiającego i jako takie jest sprzeczne z art. 473 § 1 K.c. W konsekwencji wnosił, aby zaskarżone postanowienia uznać za sprzeczne z ustawą, a tym samym nieważne na podstawie art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c. Wskazywał, iż obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej po stronie zamawiającego oznacza, iż do umowy będzie mieć zastosowanie art. 651 K.c. Stosownie do art. 651 K.c. i orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle tego przepisu: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad. Ponadto, przepis art. 651 K.c. ma zastosowanie do zawartej umowy o roboty budowlane. Tymczasem zamawiający wprowadzając zaskarżone postanowienia umowne nakłada na wykonawców obowiązek badania dokumentacji w celu wykrywania jej wad i błędów jeszcze przed zawarciem umowy o roboty budowlane. Odwołujący wskazywał, iż przedmiot zamówienia nie obejmuje sprawdzenia dokumentacji projektowej przed zawarciem umowy. Sprawdzenie dokumentacji wiązałoby się bowiem z koniecznością sprawdzenia wszystkich wyliczeń projektowych i sprawdzeniem czy dokumentacja jest skoordynowana między poszczególnymi branżami, a także przeprowadzeniem badań geologicznych w celu sprawdzenia, czy warunki geologiczne przewidziane w dokumentacji, odpowiadają rzeczywistym warunkom geologicznym zaistniałym na terenie budowy. Na etapie przygotowania oferty Wykonawca nie jest w stanie zauważyć wad wynikających z nieskoordynowania dokumentacji projektowej, gdyż poszczególne branże robót są wyceniane przez specjalistów od różnych zakresów kosztorysowania i nie ma technicznych możliwości merytorycznego sprawdzenia wszystkich elementów dokumentacji pod kątem zgodności ze sztuką budowlaną i przepisami prawa budowlanego. Do sprawdzenia dokumentacji projektowej pod kątem wyszukania jej błędów potrzebny jest bowiem niemal taki sam nakład czasu, jak do projektowania, a czas na przygotowanie oferty wynosi w tym przypadku jedynie 48 dni. Z przedstawionych względów, odwołujący uznał, że uchylanie się przez zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady dokumentacji projektowej, niedostrzeżone na etapie przygotowania oferty, w przypadku, gdy z umowy stron wynika, że to na zamawiającym ciąży obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego strony umowy o roboty budowlane i jako taki jest nieważny na podstawie art. 353' K.c. w związku z art. 58 K.c., gdyż najbardziej charakterystyczne przykłady sprzeczności umowy z właściwością naturą stosunku prawnego to m.in. przekreślenie istoty zobowiązania przez pozostawienie dłużnikowi swobody decyzji, co do tego czy spełni świadczenie. Uwolnienie się przez zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady tkwiące w projekcie pozwalające na uwolnienie się od jakiegokolwiek odpowiedzialności za spełnienie swoich obowiązków umownych w zakresie

dostarczenia kompletnego projektu przed podpisaniem umowy i uzupełniania jego braków w trakcie realizacji, co stanowi „pozostawienie zamawiającemu swobody, co do tego czy spełni świadczenie”. Takie ukształtowanie stosunków umownych prowadzi do tego, że wykonawcy składając ofertę będą zmuszeni uwzględnić w cenie oferty ryzyko związane z wadami dokumentacji projektowej. Tymczasem z orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych na tle umowy o roboty budowlane jednoznacznie wynika, że zgodnie z regułami ustawy Prawo zamówień publicznych, SIWZ powinna obejmować szczegółowy wykaz prac przewidzianych do realizacji. Art. 33 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przy ustaleniu wartości zamówienia na roboty budowlane ustala się je na podstawie kosztorysu sporządzonego na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. Przepisy nie przewidują możliwości umieszczenia w kosztorysie pozycji roboty nieprzewidziane. Dokumentacja projektowa powinna określać dokładnie, co ma być wykonane. „Zdaniem odwołującego, skoro zamawiający wymagał od oferentów podania kwoty przeznaczonej na roboty nieprzewidziane, to tym samym zachodzi sytuacja, gdy zachodzą ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy,” - jak podaje wyrok ZA z dnia 30 maja 2005 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1110/05). „Z przepisu art. 10 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający może udzielić zamówienia tylko w trybach wymienionych w ustawie. Natomiast zezwolenie wykonawcom na doliczenie do ceny ofertowej 10% wartości zamówienia w związku z nieprzewidzianymi robotami budowlanymi, których nie można określić w dacie wszczęcia postępowania, stanowi rażące naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Roboty budowlane, których nie można przewidzieć w dniu wszczęcia postępowania powinny być wykonywane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych” (wyrok ZA z dnia 30 grudnia 2004 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2269/04). W warunkach prowadzonego postępowania każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co prowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert.

Reasumując, odwołujący podtrzymał zarzuty, iż skarżone postanowienia wzoru umowy naruszają w/w przepisy Kodeksu cywilnego, które mają zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i umów zawartych w tym postępowaniu na podstawie art. 14 i art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także godzą w zasadę ekwiwalentności przewidzianą w art. 487 § 2 K.c.

W następnej kolejności odwołujący poddał ocenie skarżone postanowienia w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazywał, iż stosownie do art. 29 i art. 31 Pzp przedmiot zamówienia publicznego na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 32 ustawy Pzp podstawą

ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Nadto z art. 140 ust. 1 Pzp wynika, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odwołujący przyznał, iż oczywistym jest, że roboty będące konsekwencją wad dokumentacji projektowej, którymi w większym lub mniejszym stopniu dotknięta jest każda dokumentacja projektowa wpływają na zakres zamówienia, w tym koszt jego wykonania i wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego na podstawie art. 32 i 33 ustawy Pzp. W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest możliwe wychwycenie wad wynikających z dokumentacji projektowej i uwzględnienie ich w cenie zamówienia. Powołał się ponownie, iż nie jest obowiązkiem wykonawcy badanie dokumentacji pod kątem wykrycia jej wad. Większość wad ujawnia się dopiero na etapie realizacji inwestycji, gdy okazuje się przed wbudowaniem określonego elementu, że będzie kolidował z innym, albo nawet po wykonaniu robót zgodnie z wadliwą dokumentacją. Odwołujący nie znając wad dokumentacji projektowej, nie jest w stanie określić wpływu wad tej dokumentacji na wartość ustalanej wynagrodzenia. Tymczasem zamawiający nie tylko nakazuje skalkulować w cenie oferty koszt robót dodatkowych wynikających z wad dokumentacji projektowej to jeszcze w § 6 ust. 3 i § 10 ust. 25 wzoru umowy obciąża wykonawcę kosztami:

- wykonania wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego,
- obsługi jednostek naukowo-badawczych i nadzoru autorskiego, jeżeli zajdzie taka potrzeba dla wykonania przedmiotu umowy. W wyniku analizy postanowień SIWZ i wzoru umowy odwołujący wyprowadził wnioski, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest wszystko to co zostało objęte dokumentacją projektową i wszystko to czego zamawiający nie przewidział na etapie przygotowania inwestycji. Zgodnie z przytoczonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zaprzeczył dopuszczalności określanie przedmiotu zamówienia przez wprowadzanie czynnika nieprzewidywalnego przez obie strony umowy (wyrok z 7 lutego 2008 r. KIO/UZP 35/08 teza 3). Zarzucił, iż w efekcie zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność finansową za wady dokumentacji projektowej, których nie był w stanie określić na etapie przygotowania postępowania przetargowego oraz wprowadzając obowiązek wykonania robót dodatkowych bez dodatkowego zamówienia naruszył art. 29, art. 31, art. 32 i 33, art. 67 ust. 1 pkt 5, art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, art. 7 i 140 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uniemożliwiając w świetle art. 146 ust. 1 pkt 6 zawarcie ważnej umowy.

III. odwołujący podnosił, iż nie jest dopuszczalne wprowadzenie postanowień zakładających jednostronną zmianę umowy przez zamawiającego:

Stosownie do § 6 ust. 4 wzoru umowy: „W okresie realizacji przedmiotu umowy zamawiający może wprowadzić zmiany i uzupełnienia do przekazanej wykonawcy dokumentacji

projektowej w formie pisemnej i w tym przypadku zastosowanie będą miały postanowienia niniejszej umowy."

Zgodnie z § 1 ust. 2 wzoru umowy: „W przypadku zaleceń, nałożonych przez organy uprawnione na każdym etapie procesu inwestycyjnego, konieczności wykonania określonych prac i robót, prace te i roboty zostaną wykonane przez wykonawcę zadania w ramach wynagrodzenia ustalonego w § 13 ust. 2 niniejszej umowy."

Zgodnie z § 12 ust. 1: „wykonawca zobowiązuje się do przerywania prac związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy i odpowiedniego ich zabezpieczenia na czas przerwy, jeżeli zamawiający uzna to za konieczne."

Z zacytowanych postanowień umowy wynika, że zamawiający jest uprawniony do jednostronnego wprowadzania zmian do umowy bez akceptacji wykonawcy i bez zmiany wynagrodzenia przewidzianego w umowie. Zdaniem odwołującego, cytowane postanowienia naruszają art. 139 ust. 2, 140 ust. 1 i 3, 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, a także art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c.

IV. odwołujący za nieadekwatne do „przewinień" wykonawcy uznał podane przesłanki odstąpienia od umowy:

Zamawiający w § 21 wzoru umowy przewidział następujące przesłanki odstąpienia od umowy:

1. Zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli:

ust. 4) wykonawca nie rozpocznie realizacji przedmiotu umowy w ciągu 10 dni roboczych od przekazania mu terenu budowy lub przerwie realizacją robót i nie podejmie ich bez uzasadnionych przyczyn przez okres kolejnych 10 dni roboczych,

ust. 5) wykonawca nie będzie realizował robót w sposób ciągły przez okres kolejnych 10 dni, jeżeli powyższe nie wynika z harmonogramu robót,

ust.6) wykonawca opóźni z przyczyn leżących po jego stronie terminy wykonania robót w stosunku do terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 20 dni,

ust. 7) wykonawca nie będzie wykonywał robót zgodnie z umową lub też nienależycie będzie wykonywał swoje zobowiązania umowne,

ust. 9) stwierdzone zostaną w toku odbioru lub w okresie gwarancji lub rękojmi istotne wady wykonanego przedmiotu umowy,

ust.10) na skutek zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

2. Jeżeli wykonawca opóźnia się tak dalece z wykonywaniem robót, że wątpliwym jest ich terminowe zakończenie zamawiający poinformuje go pisemnie, jakie należy podjąć działania dla terminowego wykonania przedmiotu umowy. Jeżeli wykonawca nie wykona

zaleceń zamawiającego w określonym przez niego terminie zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy.

3. Jeżeli wykonawca opóźnia się bez uzasadnionych przyczyn z wykonaniem przedmiotu umowy lub jego części ponad 20 dni w stosunku do terminów przewidzianych w niniejszej umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym, zamawiający może odstąpić od umowy, bez wyznaczania terminów dodatkowych."

Zacytowane przesłanki odstąpienia od umowy, w ocenie odwołującego, wzajemnie się pokrywają i wykluczają jednocześnie. Z jednej strony zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy jeżeli wykonawca opóźnia się tak dalece z wykonywaniem robót, że wątpliwym jest ich terminowe zakończenie po uprzednim wezwaniu do podjęcia działań zmierzających do terminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, z drugiej strony w przypadku 20-dniowego opóźnienia zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu i to nawet wówczas, gdy opóźnienie dotyczy jednego elementu harmonogramu. Dodatkowo wątpliwości odwołującego budzi możliwość odstąpienia od umowy w okresie gwarancji i rękojmi tj. po wykonaniu umowy.

V. Niedopuszczalny warunek wprowadzony w SIWZ:

W pkt 3 rozdziału XVII SIWZ Zamawiający uzależnił podpisanie umowy od podpisania umowy o dofinansowanie pomiędzy: Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości - „Instytucją Pośredniczącą” a Gminą Kielce. Odwołujący stwierdził, iż powyższe postanowienie jest nieważne, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości uchylenia się przez zamawiającego od zawarcia umowy, w przypadku wybrania najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami tej ustawy.

Reasumując odwołujący wywodził, iż takie ukształtowanie postanowień niniejszego postępowania prowadzi do wniosku, że niemożliwa jest wycena pozwalająca na złożenie porównywalnych ofert zawierająca wycenę:

- nieprzewidywalnych ryzyk związanych z ewentualnymi wadami dokumentacji projektowej,
- nieprzewidywalnych decyzji zamawiającego powodujących zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy bez dodatkowego wynagrodzenia, nieprzewidywalnych decyzji „uprawnionych organów” (§ 1 ust. 6 wzoru umowy) powodujących zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy bez dodatkowego wynagrodzenia,
- zmian warunków geologicznych i gruntowych nieprzewidzianych ani przez projektanta, ani przez zamawiającego, nieprzewidzianej „wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego” (§ 6 ust. 3 wzoru umowy).

Pismem z dnia 19 stycznia 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe oddalenie.

Odnosnie zarzutów protestu dotyczących treści postanowień Rozdziału XIII pkt 5.1, 5.2, 5.4, 6, 7, 8, 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zajął następujące stanowisko.

Żądanie odwołującego odnosnie wykreślenia lub zmiany pkt 5.1 i pkt 5.2 , pkt 7, pkt 8, pkt 10 rozdziału XIII SIWZ, w sposób określony przez odwołującego, pkt 5.4 i pkt 6 rozdziału XIII SIWZ – uznał zamawiający za niezasadny i w tym zakresie protest oddalił.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, iż w pkt 5 rozdziału XIII SIWZ, określił, że cena oferty ma charakter ryczałtowy, obejmujący wszystkie nakłady na realizację całości zamówienia. Uznając iż jakkolwiek w obowiązującym systemie prawnym nie została określona legalna definicja „ceny ryczałtowej”, jednakże na podstawie treści przepisu art. 632 K.c. przyjąć należy, iż istotą ceny ryczałtowej jest ustalenie jej z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak możliwości jej przeprowadzenia. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego (vide: wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97). Ponieważ cechą ceny ryczałtowej jest jej stałość, rzeczywisty rozmiar prac wykonanych w następstwie udzielenia zamówienia publicznego nie ma wpływu na określoną w umowie wysokość ceny. Jeżeli zatem rzeczywisty rozmiar lub koszt prac koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia przewyższy planowany, wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia. Sposób rozliczenia wykonania zamówienia w formie wynagrodzenia ryczałtowego powoduje, że zamawiający nie jest zobowiązany w niniejszym postępowaniu do ponoszenia kosztów robót dodatkowych, których konieczność wykonania wynika w trakcie realizacji umowy, a nie jak twierdzi odwołujący, iż prowadzi to do uchylenia się od odpowiedzialności finansowej. Podkreślił również, iż pojęcie „robót dodatkowych” nie jest tożsame z pojęciem „zamówień dodatkowych”. Zasadnicza różnica polega na tym, że „roboty dodatkowe” (czego nie zauważa odwołujący) to prace, które mieszczą się w przedmiocie zamówienia podstawowego, takie jak wykonanie pozostałej dokumentacji. Konsekwencje ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego są zatem nader rygorystyczne. Stronom nie przysługuje bowiem nawzajem żadne roszczenie zmierzające do jednostronnej zmiany uzgodnionej sumy, zarówno w kierunku podwyższenia (wykonawca), jak i obniżenia (zamawiający) ryczałtu. Należy się ono w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania wykonawca nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za cały, zarówno

znany, jak i nie znany dokładnie od początku przedmiot zamówienia. Zgodnie zasadą pacta sunt servanda wykonawca dzieła (robót) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, nie tylko wtedy gdy strony zaniedbały dokładnego rozeznania treści dzieła, lecz także wtedy, gdyby w czasie zawierania umowy w ogóle nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Nadzwyczajne uprawnienia podwyższenia ryczałtu przez wykonawcę jest możliwe dopiero w warunkach określonych w przepisie art. 632 § 2 K.c., który przewiduje możliwość podwyższenia wynagrodzenia w wypadku gdy na skutek zmiany stosunków, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco stratą. Wysokość ryczałtu nie może być kształtowana przypadkowo, tj. w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów i kosztów prac. Ryczałt winien być wynikiem rzetelnej kalkulacji, uwzględniającej realia i ceny rynkowe. Wynagrodzenie ryczałtowe obarczonej jest bardzo dużym ryzykiem związanym z faktycznym rozmiarem prac, niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i ich kosztem. Dlatego też zamawiający w Rozdziale XIII „Opis sposobu obliczania ceny oferty” w pkt 5.1 i pkt 5.2 zalecił wykonawcom dokładne zbadanie wszelkiej dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji projektowej celem ujęcia w cenie ryczałtowej wszelkich niezbędnych kosztów wynikających wprost z tejże dokumentacji, jak również wszelkich innych kosztów, okoliczności i ryzyk, które według szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia przy dołożeniu przez wykonawcę należytej staranności związanej z zakresem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, będą konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem podniesiony przez odwołującego argument, że przedmiotem niniejszego postępowania jest wszystko co zostało objęte dokumentacją, jak i to czego nie przewidział zamawiający, uznał za demagogiczny. Profesjonalny wykonawca budowlany realizujący roboty o skali jak w niniejszym postępowaniu, jest w stanie określić na podstawie dokumentacji zakres robót objętych zamówieniem, jak też konieczne roboty dodatkowe oraz wychwycić ewentualne błędy projektowania i ostatecznie uwzględnić takie okoliczności w wynagrodzeniu określonym w ofercie. Uwzględnienie w tym zakresie zarzutów odwołującego, w opinii zamawiającego, ograniczyłoby rolę wykonawców do nieprzewidującego realizatora, którego nie obowiązuje wzmożona ostrożność, związana profesjonalnym wykonywaniem powierzonych zadań.

2. w odniesieniu do postanowień: § 1 ust. 6, § 6 ust. 2, § 6 ust. 3, § 6 ust. 4, § 10 pkt 25, § 12 ust. 1, § 21 ust. 1 pkt 4,5,6,7,9 i 10, § 21 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr VI do SIWZ, zamawiający zajął następujące stanowisko:

a) żądanie odwołującego dotyczące wykreślenie względnie zmiany § 1 ust. 6 umowy, w sposób określony w treści protestu, zostało oddalone z uzasadnieniem podanym jak wyżej. Ewentualna konieczność wykonania określonych prac, wynikających z zaleceń uprawnionych organów jest objęta ryzykiem wykonawcy, które winien uwzględnić przy opracowywaniu ryczałtowej ceny ofertowej,

b) żądanie dotyczące wykreślenia względnie zmiany § 6 ust. 2-4 umowy, zostało oddalone jako niezasadne, a podniesiona przez wykonawcę na uzasadnienie w/w zarzutu protestu argumentacja uznana za błędną. Zdaniem zamawiającego, nie można przyjąć tezy jakoby oprotestowane postanowienia SIWZ oraz jego załącznika w postaci wzorca umowy - były niezgodne z prawem, a przyjęcie tych zapisów stanowiłoby o nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego. W opinii zamawiającego, zarzuty protestu oparte są na błędnym założeniu, wywodzonym zresztą z literalnego brzmienia art. 647 K.c, zgodnie z którym przy umowie o roboty budowlane obowiązkiem bezwzględnym inwestora jest dostarczenie dokumentacji budowlanej wykonawcy, co z kolei wykluczałoby możliwość ingerencji wykonawcy w zakres dostarczonej dokumentacji. Rozumowanie takie przeczy celowi gospodarczemu umowy o roboty budowlane, której podstawowym zadaniem jest zrealizowanie zamierzonego przedsięwzięcia inwestycyjnego i osiągnięcie rezultatu w postaci obiektu lub kompleksu obiektów zdolnych do zaspokojenia określonych potrzeb. Dostarczenie projektu budowlanego przez zamawiającego nie stanowi elementu konstytutywnego umowy o roboty budowlane. Umowy, w których wykonawca budowlany przyjmuje na siebie dodatkowy obowiązek dostarczenia projektu budowlanego, są umowami o roboty budowlane w rozumieniu przepisu art. 647 k.c. Stanowisko takie zostało wyrażone w doktrynie - glosa do uchwały SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, Orzecznictwo Sądów Polskich 2002/10/12, LEX 34932), gdzie stwierdzono, że niezależnie od tego, czy w ramach umowy o wykonawstwo budowlane projekt opracowuje inwestor czy wykonawca, cel umowy pozostaje taki sam. Dlatego też w opinii zamawiającego - nie ma przeszkód prawnych do przerzucenia obowiązku weryfikacji przekazanej dokumentacji budowlanej na profesjonalnego wykonawcę. Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania należy stwierdzić on, iż złożony i skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia wymaga realizacji o szczególnej staranności, a także dużej wiedzy i doświadczenia zawodowego wykonawcy. Od takiego wykonawcy oczekuje więc dysponowania możliwościami niezbędnymi do realizacji przyjętego zamówienia oraz stosowania się do technologii wynikającej z objętego umową projektu. Zaznaczył, iż jako zamawiający ma prawo oczekiwać od profesjonalnego wykonawcy należytej staranności w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 K.c). Profesjonalny podmiot działający w sferze budownictwa winien dysponować potencjałem pozwalającym na analizę dokumentacji budowlanej dającym możliwość wykrycia jej ewentualnych wad lub braków. Przedmiotowe zobowiązanie wynikające z zaskarżonych zapisów SIWZ i wzoru umowy, zdaniem zamawiającego, nie stoi również w sprzeczności z art. 651 K.c. Tym bardziej, że tenże przepis nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. W cytowanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2000 r. , sygn. akt: III CKN 629/98, zostało uznane, że strony

umowy mogą rozszerzyć zakres obowiązków określonych ustawą (art. 651 K.c.), jednak wymaga to jednoznacznego określenia. Strony umowy o roboty budowlane mogą w treści zawartej umowy modyfikować wzajemne zobowiązania, np. rozszerzyć zakres obowiązków określonych ustawą. Możliwe jest także wprowadzenie szerszego niż określony w art. 651 K.c. zakresu obowiązków wykonawcy i zobowiązanie go do szczegółowego sprawdzania dostarczonej mu dokumentacji projektowej (vide: Józef Edmund Nowicki, artykuł „Zamówienia publiczne na roboty budowlane”, cz. V Teza nr 9 - Zam. Pub. Dor. 2009.10.27). Stosownie do treści art. 472 K.c. w związku z art. 473 § 1 K.c. strony mogą w umowie rozszerzyć zakres odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania (vide: wyrok SN z dnia 8 lipca 2004 r. IV CK 583/2003). Takie samo stanowisko prezentowane jest również w doktrynie. W granicach zakreślonych ramami swobody umów (art. 353.¹ K.c.) strony mają możliwość innego niż to przewiduje art. 472 K. c, uregulowania odpowiedzialności dłużnika i to zarówno w kierunku jego zaostrzenia jak i złagodzenia. Jeżeli chodzi jednak o złagodzenie odpowiedzialności, to istnieje tu ograniczenie wynikające z § 2 powołanego artykułu. Rozszerzenie natomiast zakresu odpowiedzialności dłużnika praktycznie jest nieograniczone. Dłużnik może zatem w umowie zgodzić się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż w danym przypadku wedle ustawy powinien odpowiadać za okoliczności przez siebie zawinione. Zarzut odwołującego dotyczący niedopuszczalności przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej uznał za bezzasadny, skoro w doktrynie dopuszcza się nawet przejęcie przez dłużnika odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania spowodowane siłą wyższą (vide Komentarz T. Wiśniewskiego do art. 473 K.c., Lex Polonica oraz Komentarz do kodeksu cywilnego pod red. J. Winiarza, Wydawnictwo Prawnicze Warszawa 1989 r., s. 479). Podał, iż przepis art. 651 K.c. zobowiązuje wykonawców aby niezwłocznie informowali zamawiającego o brakach lub wadliwości dostarczonej dokumentacji. Skoro wykonawcy będą w posiadaniu tej wiedzy na wiele tygodni przed złożeniem oferty, to można oczekiwać, że jako profesjonalści zdążą w tym czasie zgłosić swoje uwagi co do kompletności czy prawidłowości projektu. Zamawiający uznał, iż ma zatem prawo oczekiwać, że doświadczeni wykonawcy, a do takich jest kierowane niniejsze zamówienie, dokonają weryfikacji otrzymanych opracowań projektowych, a tym samym, że oferta przetargowa będzie przemyślana i adekwatna do zakresu inwestycji. Zamawiający nie podzielił również zarzutu odnośnie naruszenia art. 353¹ K.c. Podał, iż w orzecznictwie sądowym przyjmuje się, iż z wyrażonej w art. 353¹ K.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy (vide: wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07). Dysproporcja między określonymi w umowie wzajemnymi świadczeniami stron nie stanowi dostatecznej przesłanki do uznania umowy za sprzeczną z prawem. Brak ekwiwalentności świadczeń stron - zarzucany przez protestującego - nie wymaga wykazywania okoliczności,

które by ją usprawiedliwiały, skoro zawarcie umowy jest oczywistym wyrazem woli stron. Wbrew zarzutom protestu, w części dotyczącej uznania umowy za nieważną (art. 58 K.c.) z racji rzekomego naruszenia art. 353¹ K.c. kwestie nierównego traktowania stron umowy jak również nieekwiwalentność świadczeń nie mają żadnego wpływu na ważność czynności prawnej - umowy (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., VI ACa 841/2005), Lex Polonica nr 418145. Zgodnie z art. 353¹ K.c. strony zawierając umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oprotestowane zapisy wzorca umowy nie sprzeciwiają się właściwości umowy o roboty budowlane ani ustawie bądź zasadom współżycia społecznego. Właściwości umowy o roboty budowlane, wyznaczone przez art. 647 K.c. oznaczają po stronie wykonawcy obowiązek świadczenia niepieniężnego w formie wykonania robót, a po stronie zamawiającego obowiązek zapłaty „umówionego wynagrodzenia”. „Umówione wynagrodzenie” wcale nie musi oznaczać wynagrodzenia w pełni ekwiwalentnego. Potwierdzeniem tego jest dopuszczalność kształtowania wynagrodzenia za roboty budowlane w formie wynagrodzenia ryczałtowego, niezależnego od rzeczywistych kosztów i rozmiarów prac. Oprotestowane zapisy umowy, w opinii zamawiającego, nie sprzeciwiają się także zasadom współżycia społecznego. Do zawarcia umowy według wzoru opracowanego przez zamawiającego nie dojdzie ani w warunkach rażącego pokrzywdzenia wykonawców, ani jakiegokolwiek presji czy przymusu. Złożenie oferty przez odwołującego, jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, dysponującego całym aparatem pomocniczym winno być następstwem przemyślanych i swobodnych decyzji, co do podejmowanych przedsięwzięć gospodarczych i kalkulacji własnego ryzyka. Argument o krótkim czasie na sprawdzenie dokumentacji przed zawarciem umowy jest pozbawiony doniosłości prawnej, po pierwsze ze względu na to, że twierdzenie to jest całkowicie subiektywne, a po drugie na fakt iż przedmiotowa dokumentacja istnieje, a rola wykonawcy polegać ma na jej analizie, a nie jej ponownym wykonaniu. Ponadto skoro odwołujący zarzucił naruszenie art. 651 K.c., dotyczącego sprawdzenia projektu przez wykonawcę, oznacza to, że dopuszcza możliwość merytorycznego odniesienia się do jego treści, co zresztą w takim zamówieniu jest nieodzowne, bez względu na istnienie zakwestionowanych zapisów SIWZ oraz umowy,

c) żądanie odwołującego dotyczące wykreślenia względnie zmiany § 10 pkt 25 umowy – uznał zamawiający za zasadne i w tym zakresie uwzględnił. Równocześnie powiadomił o zmianie treści projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ poprzez wykreślenie z wzoru umowy § 10 pkt 25,

d) żądanie odwołującego dotyczące wykreślenia względnie zmiany § 12 ust. 1 umowy - nie zostało uwzględnienie i w tym zakresie protest zamawiający oddalił protest. Wskazał, iż

dyspozycja kwestionowanego § 12 ust. 1 umowy przyznaje zamawiającemu jedynie prawo do żądanie od wykonawcy aby przerwał wykonywanie robót, jeżeli jest to w jego ocenie konieczne. Uprawnienie to nie stanowi - co zarzucał odwołujący - upoważnienia zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy, skoro po pierwsze uprzednio zaakceptował je wykonawca, który zawarł umowę, a po drugie, nie odnoszą się - wbrew twierdzeniu odwołującego - do wynagrodzenia wykonawcy. Nie zmieniają one ponadto przedmiotu umowy (§ 6 ust. 4). Wskazują na konieczność wykonania dodatkowych prac na polecenie uprawnionych organów (§1 ust. 2) oraz dają możliwość czasowego przerwania prac (§ 12 ust. 1). Nie uznał takiego uregulowania za sprzeczne z prawem. Natomiast § 12 ust. 2 określa, która ze stron umowy ponosi stosowne koszty zabezpieczenia robót, w zależności od tego, po czyjej stronie leży przyczyna konieczności ich przerwania,

e) żądanie odwołującego dotyczące wykreślenia § 21 ust. 1 pkt 4,5,7 – poczytał zamawiający za bezpodstawne i w tym zakresie protest oddalił. Podnosił, iż zapis § 21 projektu umowy, dający możliwość odstąpienia od umowy nie powinien budzić wątpliwości. W swojej treści wymienia on szczególne, niezależne od siebie, a zarazem wzajemnie się uzupełniające przypadki możliwości odstąpienia od umowy. Zatem zgodnie z umową zamawiający może odstąpić od tej umowy w sytuacji 20-dniowego opóźnienia w wykonywaniu robót przez wykonawcę w stosunku do przyjętego harmonogramu. Zapis taki nie może być uznany za nielegalny. Ponadto zamawiający jest uprawniony niezależnie od poprzedniego warunku, odstąpić od umowy na innej podstawie, tzn. w sytuacji opóźnienia się wykonawcy z wykonywaniem zamówienia w taki sposób, że wątpliwe jest jego terminowe zakończenie. Ten drugi przypadek jest odzwierciedleniem przepisu art. 635 K.c. stosowanego przy umowie o robotach budowlanych na podstawie art. 656 § 1 K.c. Zatem twierdzenie odwołującego, że określone w umowie przypadki możliwości odstąpienia od niej wykluczają się, nie polega na prawdzie,

f) żądanie odwołującego dotyczące wykreślenia § 21 ust. 1 pkt 9 umowy – zostało uwzględnione i w tym zakresie zamawiający protest uwzględnił, dokonując zmiany treści projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ przez wykreślenie z wzoru umowy § 21 ust. 1 pkt 9,

g) żądanie wykreślenia § 21 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy nie zostało uwzględnione. Postanowienie to cytuje wprost przepis art. 145 ust. 1 ustawy Pzp,

h) żądanie wykreślenia § 21 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy nie zostało uwzględnione,

i) żądanie wykreślenia § 21 ust. 3 wzoru umowy nie zostało uwzględnione.

Zamawiający uwzględnił protest i wykreślił w rozdziale XVII SIWZ punkt 3.

W odwołaniu wniesionym w dniu 28 stycznia 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w zakresie

niewuwzględnionym przez zamawiającego wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu dokonania wnioskowanych w SIWZ zmian. Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście sprowadzające się do naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów prawa

- 1) art. 14 i 139 Pzp w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 353.¹ K.c. i art. 473 § 1 K.c., art. 487 § 2 K.c., art. 647 K.c., art. 632 K.c., art. 651 K.c.,
- 2) art. 7, art. 29, art. 30, art. 31, art. 32, art. 33, art. 36, ust. 1 pkt 12 Pzp,
- 3) art. 140 ust. 1 i 3 Pzp, art. 139 ust. 2 Pzp,
- 4) art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp i art. 93 ust. 7 Pzp.

W konsekwencji w przypadku kontynuowania przedmiotowego postępowania oraz podpisania umowy z wybranym wykonawcą, w opinii odwołującego, umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie nieważna ex lege z mocy art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ przez:

- 1) wykreślenie pkt. 5.1. i 5.2. rozdziału XIII SIWZ,
- 2) wykreślenie pkt 5.4. rozdziału XIII SIWZ względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Wykonawca w ofercie podaje cenę oferty za wykonanie całego przedmiotu zamówienia obejmującą wszystkie nakłady związane z wykonaniem robót budowlano – montażowych,”
- 3) wykreślenie pkt 6 rozdziału XIII SIWZ względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Cena oferty ustalona zgodnie z powyższym punktem obejmuje należność za wykonanie wszystkich czynności niezbędnych do kompleksowej realizacji przedmiotu umowy, przez co rozumie się w szczególności możliwość jego eksploatacji zgodnie z przeznaczeniem, a w tym m.in. odbiory, atesty, próby, opłaty urzędowe, opłaty za media, wywóz odpadów w tym gruzu, zabezpieczenie robót do odbioru końcowego, doprowadzenie do odbiorów częściowych oraz do odbioru końcowego, uzyskanie przez wykonawcę decyzji na użytkowanie obiektów, a także innych czynności, do których zobowiązany jest wykonawca,” - względnie zmianę tego postanowienia poprzez nadanie mu treści zgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych i Kodeksem cywilnym,
- 4) wykreślenie pkt 7, 8 i 10 rozdziału XIII SIWZ,
- 5) wykreślenie § 1 ust. 6 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „W przypadku zaleceń, nałożonych przez organy uprawnione na każdym etapie procesu inwestycyjnego, konieczności wykonania określonych prac i robót, prace te i roboty zostaną wykonane przez wykonawcę po podpisaniu aneksu do umowy określającego zakres i wysokość wynagrodzenia za te prace,”

6) wykreślenie § 6 ust. 3 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Wykonawca sporządzi na koszt zamawiającego wszelką pozostałą dokumentację projektową (np. projekt organizacji ruchu itp.), potrzebną do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego po podpisaniu aneksu do umowy, określającego zakres i wysokość wynagrodzenia za te prace,”

7) wykreślenie § 6 ust. 2 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Wykonawca oświadcza, że sprawdził kompletność dokumentacji otrzymanej od zamawiającego oraz że zapoznał się z tą dokumentacją w celu sporządzenia oferty,”

8) wykreślenie § 6 ust. 4 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „W okresie realizacji przedmiotu umowy zamawiający może wprowadzić zmiany i uzupełnienia do przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej po podpisaniu aneksu do umowy określającego zakres i wysokość wynagrodzenia za wprowadzone lub zmienione prace,”

9) wykreślenie § 12 ust. 1 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Wykonawca zobowiązuje się do przerywania prac związanych z wykonywaniem przedmiotu umowy i odpowiedniego ich zabezpieczenia na czas przerwy, jeżeli zamawiający uzna to za konieczne. Zamawiający zobowiązuje się ponieść wszelkie koszty wynikające z przerywania robót na tej podstawie, w tym koszty utrzymania placu budowy w trakcie przerwy robót oraz roszczeń kontrahentów wykonawcy związanych z przerywaniem robót,”

10) wykreślenie § 21 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 10 wzoru umowy,

11) wykreślenie § 21 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „ Wykonawca opóźni z przyczyn leżących po jego stronie terminy wykonania robót w stosunku do terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 40 dni roboczych,”

12) wykreślenie § 21 ust. 3 wzoru umowy względnie jego zmianę, przez nadanie mu treści: „Jeżeli wykonawca opóźnia się bez uzasadnionych przyczyn z wykonaniem przedmiotu umowy lub jego części ponad 40 dni roboczych w stosunku do terminów przewidzianych w niniejszej umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym, zamawiający może odstąpić od umowy, bez wyznaczania terminów dodatkowych.

Względnie:

13) o nakazanie zamawiającemu dokonania innej modyfikacji zaskarżonych postanowień SIWZ i wzoru umowy w celu ich dostosowania do treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

Względnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 7 Pzp.

Odwołujący podał, iż jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w pozytywnym rozstrzygnięciu odwołania.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu zaznaczał, iż w piśmie z dnia 19 stycznia 2010 r. zamawiający uwzględnił protest w zakresie dotyczącym żądań wykreślenia postanowienia § 10 pkt 25 i § 21 ust. 1 pkt 9) wzoru umowy oraz postanowienia rozdziału XVII pkt 3) SIWZ. W pozostałym zakresie żądania protestu zostały oddalone.

Odwołujący w całości podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście wnosząc o jej uwzględnienie przy rozpoznaniu odwołania, a dodatkowo przedstawił następującą argumentację.

I. Naruszenie art. 29, 31 i art. 7 ustawy Pzp:

Stosownie do art. 29 Pzp zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 31 ust 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia na roboty budowlane powinien być opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, których definicję, zakres i formę określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.).

Zdaniem odwołującego, zamawiający wprowadził następujące postanowienia SIWZ i wzoru umowy, które naruszają wyżej wymienione standardy opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji art. 29 i 31 Pzp:

1. pkt 5.1. rozdz. XIII SIWZ - który przewiduje, że wykonawca jest zobowiązany wykonać prace nieopisane w dokumentacji przetargowej, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, jeżeli nie zgłosi konieczności ich wykonania w terminie składania ofert,
2. pkt. 5.2 rozdz. XIII SIWZ - który przewiduje, że wykonawca jest zobowiązany wykonać w ramach ceny ryczałtowej prace wynikające z błędów ukrytych dokumentacji projektowej, gdyż musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia,
3. pkt 5.4. rozdz. XIII SIWZ - który przewiduje, że wykonawca jest zobowiązany do poczynienia nakładów nieprzewidzianych w dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ich wykonania zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami,

4. pkt 6. rozdz. XIII SIWZ - który stanowi wprost o tym, że wykonawca ma obowiązek uwzględnić w cenie oferty wszystkie elementy nieprzewidziane. Przy czym przez elementy nieprzewidziane rozumie się m.in.:

- odmienne warunki geologiczne w rodzaju gruntu, czy konieczność prowadzenia odwodnienia robót - co by oznaczało, że profesjonalny wykonawca w celu złożenia rzetelnej oferty winien przeprowadzić badania geologiczne w celu sprawdzenia, czy warunki gruntowe założone w dokumentacji projektowej przygotowanej przez profesjonalne biuro projektowe odpowiadają rzeczywistości,
- konieczność mikroniwelacji terenu - czego zamawiający co do zasady nie przewiduje,
- badania, ekspertyzy, oceny i odbiory robót (w tym technicznych) wymaganych dla wykonanych robót budowlanych np. przez strony trzecie - zamawiający nie wskazuje, co rozumie przez „strony trzecie”, które będą miały prawo ingerowania w przedmiot umowy i jakie dodatkowe badania mogą być wymagane,
- prace geologiczne, prace geodezyjne wraz z wniesieniem opracowań do zasobów geodezyjnych - przedmiotem umowy są roboty budowlane, tymczasem zamawiający przewiduje uwzględnienie w cenie bliżej nieokreślonych prac geologicznych i geodezyjnych,
- wypłatę odszkodowań za zniszczenia powstałe w trakcie realizacji robót, ewentualne odszkodowania dla właścicieli gruntów za wejście na teren prywatny - co jest niemożliwe do przewidzenia i wyceny na etapie składania oferty,

5. pkt 7. rozdz. XIII SIWZ - który przewiduje, że wykonawca nie mając pewności, co do zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia z uwagi na konieczność uwzględnienia tak wielu nieprzewidzianych i nieznanych na etapie składania oferty okoliczności, uzyskał wszelkie niezbędne informacje dotyczące ryzyka, ewentualnych wydatków oraz wszelkich innych okoliczności wpływających lub oddziałujących na jego ofertę,

6. pkt 8. rozdz. XIII SIWZ - który przewiduje, że wykonawca nie mając żadnych informacji dotyczących obecności na placu budowy innych wykonawców uwzględnił w ofercie zakłócenia postępu robót spowodowane ich obecnością na budowie,

7. pkt 10 rozdz. XIII SIWZ - który mimo zasygnalizowania przez zamawiającego wielu okoliczności niemożliwych do przewidzenia na etapie składania oferty, stanowi o tym, że nie przewiduje się możliwości przekroczenia wartości umowy przez wykonawcę, gdyż wynika to z istoty przetargu i ryzyka wykonawcy.

8. § 1 ust. 6 wzoru umowy - który przewiduje uwzględnienie w cenie oferty nieprzewidzianych zaleceń dotyczących wykonania określonych prac i robót, które mogą być nałożone przez organy uprawnione, na każdym etapie procesu inwestycyjnego,

9. § 6 ust. 3 wzoru umowy - który nakłada na wykonawcę obowiązek sporządzenia na własny koszt wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej (np. projekt organizacji ruchu itp.), potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez

zamawiającego, Odwołujący stwierdził, iż ocena w/w postanowień umowy, jako niezgodnych z art. 29 i 31 Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, które przytoczył.

II. Naruszenie art. 31 ust. 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający wprowadzając § 6 ust. 3 wzoru umowy obowiązek sporządzenia przez wykonawcę na własny koszt wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego, powinien opisać tę część zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 2 Pzp: „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.” Niedopełnienie tego obowiązku narusza art. 31 ust. 2 Pzp.

III. Naruszenie art. 14 i 139 Pzp w związku z art. 58 K.c. w zw. z art. 353¹ K.c. i art. 473 § 1 K.c.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, co do odpowiedzialności wykonawcy za wady dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także wzajemnych obowiązków stron umowy, odwołujący, co do zasady zgodził się z zamawiającym, że dostarczenie dokumentacji projektowej nie jest bezwzględnym obowiązkiem inwestora w ramach umowy o roboty budowlane. Jednak okoliczność tą uznał za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, gdyż zamawiający tak ukształtował postanowienia umowy, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej. Wskazywał, iż w tej sytuacji zamawiający nie może uchylać się od odpowiedzialności za należyte wykonanie tego obowiązku przerzucając wszelkie negatywne konsekwencje finansowe nienależytego wykonania przez siebie zobowiązania - na wykonawcę. Powtarzając argumentację zawartą w proteście, podnosił, iż zgodnie z art. 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 K.c. Wbrew stanowisku zamawiającego, rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy nie pozostaje nieograniczone. Stosownie do art. 473. § 1 K.c.: „Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” Dłużnik na podstawie art. 473 K.c. nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. Wprowadzenie przez zamawiającego do wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za wady wynikłe z dostarczonej przez niego dokumentacji

projektowej, stanowi de facto obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy przez zamawiającego i jako takie jest sprzeczne z art. 473 § 1 K.c. (Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1- 534, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2004, s. 1213, 1214). W konsekwencji zaskarżone postanowienia należy uznać za sprzeczne z ustawą, a tym samym nieważne na podstawie art. 58 K.c. w zw. z art. 353¹ K.c. i art. 473 § 1 K.c.

IV. Naruszenie art. 14 i 139 Pzp w związku z art. 487 § 2 K.c., art. 647 K. c., art. 632 K.c.

W odniesieniu do kwestii ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego, odwołujący zgodził z zamawiającym, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego w niezmiennej kwocie jest dopuszczalne zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślał, iż ryczałt może się jednak odnosić tylko do tego, co zamawiający uwzględnił w dokumentacji projektowej określającej przedmiot zamówienia i opisał w sposób zgodny z treścią art. 29 i 31 Pzp w umowie. Swoje stanowisko odwołujący popierał orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Zamawiający, który chce wybrać wykonawcą na całość zamówienia przewidzianego dokumentacją projektową, bez ryzyka pominięcia jakiegoś zakresu robót w kosztorysie, powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 632 K.c, gdzie przedmiar pełni jedynie funkcję pomocniczą, a zaoferowane wynagrodzenie jest wiążące za całość przedmiotu zamówienia określonego umową i dokumentacją projektową oraz nie podlega zmianie" (wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 730/09). W ocenie odwołującego, sam fakt, że zamawiający umieścił przykładowe przyczyny zmian przedmiotu umowy, które winny być uwzględnione w cenie nie oznacza, że zostały one przewidziane i przedstawione wykonawcom w sposób, który umożliwiałby rzetelną wycenę. Czynniki te, o ile należy liczyć z ich wystąpieniem, mogą pociągać za sobą tak wielorakie i daleko idące zmiany i modyfikacje zamówienia podstawowego, że stwierdzić należy, że nie są one ostatecznie możliwe do przewidzenia.

V. Naruszenie art. 14 i 139 Pzp w zw. z art. 647 i art. 651 K.c.

Odwołujący zaznaczał, iż obowiązek weryfikacji dokumentacji projektowej nie może rozciągać się na obowiązek dokonania analizy wszystkich rozwiązań zawartych w projekcie ich wzajemnej koordynacji i zgodności z normami, przepisami techniczno - budowlanymi i rzeczywistymi warunkami na placu budowy. Odwołujący opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu w profesjonalnym świadczeniu usług budowlanych stwierdził, że na etapie przygotowania postępowania przetargowego nie jest możliwe wychwycenie wszystkich wad dokumentacji. Wykonawca dokonując wyceny robót budowlanych jest w stanie zauważyć niektóre błędy, czy niezgodności, ale nie ma możliwości wychwycenia wad wynikających z nieskoordynowania poszczególnych projektów branżowych, czy wad ukrytych. Wykonawca nie jest w stanie wychwycić błędów, które wymagają specjalistycznej wiedzy z zakresu

projektowania. Natomiast weryfikacja dokumentacji w taki sposób, jak żąda tego zamawiający w SIWZ wymaga m.in.:

- sprawdzenia poprawności obliczeń dokonanych przez projektanta,
- koordynacji międzybranżowej poszczególnych projektów,
- przeprowadzenia badań pozwalających ocenić, czy warunki geologiczne przewidziane w projekcie odpowiadają rzeczywistości,
- dokonania analiz i obliczeń pozwalających na ocenę czy roboty budowlane zostały zaprojektowane w sposób poprawny. Wymagałoby to zatrudnienia rzeczoznawców z zakresu projektowania i przeprowadzenia badań geologicznych, co jest niemożliwe w ciągu 48 dni przewidzianych na sporządzenie oferty. W opinii odwołującego, wprowadzenie obowiązku weryfikacji dokumentacji projektowej w zakresie, w jakim zamawiający żąda tego w SIWZ oznacza de facto rozszerzenie przedmiotu zamówienia. Skoro obowiązek weryfikacji dokumentacji projektowej ma być objęty przedmiotem zamówienia, musi być ujęty w cenie ryczałtowej.

Zdaniem odwołującego nie jest możliwa wycena w jednym zamówieniu:

- zweryfikowania dokumentacji projektowej, pod rygorem odpowiedzialności finansowej wykonawcy za wszystkie roboty dodatkowe wynikające z niedostrzeżonych wad tej dokumentacji,
- wykonania robót budowlanych w oparciu o zweryfikowaną dokumentację projektową.

Powoduje to bowiem, że prawidłowa wycena wykonania robót budowlanych wymagałaby uprzedniej weryfikacji dokumentacji projektowej. A to oznacza, że każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu miałby obowiązek wykonania części przedmiotu umowy, jeszcze przed złożeniem oferty i nie mając pewności, że podpisze umowę z zamawiającym. Takie postanowienia SIWZ i wzoru umowy nie tylko naruszają przepisy art. 14 i 139 Pzp w zw. z art. 647 i art. 651 K.c, ale także utrudniają uczciwą konkurencję.

VI. Naruszenie art. 140 Pzp i innych przepisów - art. 29 i 31 Pzp, art. 139 ust. 2, art. 140 ust. 1 i 3, art. 67 ust. 1 pkt 5) Pzp, a także art. 58 K.c. i art. 353¹ K.c. w zw. z art. 487 § 2 K.c. Opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 i 31 ustawy Pzp powoduje dalsze istotne konsekwencje. Zgodnie bowiem z art. 140 ustawy Pzp:

1. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

3. umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z komentarzem do ustawy Prawo zamówień publicznych: „Użyte w art. 140 ust. 1 pojęcie tożsamy oznacza, iż zakres świadczenia wykonawcy winien odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia. (...) Częstą praktyką stosowaną przez zamawiających jest zastrzeżenie w SIWZ jednostronnego uprawnienia do rozszerzania lub zawężania zakresu

zamówienia w trakcie jego realizacji bądź też zmiany terminu takie zastrzeżenia są niedopuszczalne w świetle art. 140 Pzp (P. Granecki Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2007). W opinii odwołującego - postanowieniami uprawniającymi zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy są następujące regulacje zawarte w SIWZ:

- § 6 ust. 4 wzoru umowy - który umożliwia zamawiającemu jednostronne wprowadzenie zmian i uzupełnień do przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej,
- § 1 ust. 2 wzoru umowy - który wprowadza konieczność wykonania zaleceń nałożonych przez „organy uprawnione” w ramach umówionej ceny ryczałtowej,
- § 12 ust. 1 wzoru umowy, który nakłada na wykonawcę obowiązek przerywania prac objętych umową i odpowiedniego ich zabezpieczenia, bez wskazania przesłanek w jakich to jest możliwe. Wprowadzenie w/w postanowień do wzoru umowy narusza zatem: art. 29 i 31 Pzp, art. 139 ust. 2, art. 140 ust. 1 i 3, art. 67 ust. 1 pkt 5) Pzp, a także art. 58 K.c. i art. 353¹ K.c. w zw. z art. 487 § 2 K.c.

VII. Przesłanki odstąpienia od umowy:

Zamawiający w § 21 wzoru umowy przewidział następujące przesłanki odstąpienia od umowy:

1. Zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli:

- 4) wykonawca nie rozpocznie realizacji przedmiotu umowy w ciągu 10 dni roboczych od przekazania mu terenu budowy lub przerwie realizacją robót i nie podejmie ich bez uzasadnionych przyczyn przez okres kolejnych 10 dni roboczych,
- 5) wykonawca nie będzie realizował robót w sposób ciągły przez okres kolejnych 10 dni, jeżeli powyższe nie wynika z harmonogramu robót,
- 6) wykonawca opóźni z przyczyn leżących po jego stronie terminy wykonania robót w stosunku do terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 20 dni,
- 7) wykonawca nie będzie wykonywał robót zgodnie z umową lub też nienależycie będzie wykonywał swoje zobowiązania umowne,
- 10) na skutek zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

2. Jeżeli wykonawca opóźnia się tak dalece z wykonywaniem robót, że wątpliwym jest ich terminowe zakończenie zamawiający poinformuje go pisemnie, jakie zdaniem zamawiającego należy podjąć działania dla terminowego wykonania przedmiotu umowy. Jeżeli Wykonawca nie wykona zaleceń zamawiającego w zakreślonym przez niego terminie zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy.

3. Jeżeli wykonawca opóźnia się bez uzasadnionych przyczyn z wykonaniem przedmiotu umowy lub jego części ponad 20 dni w stosunku do terminów przewidzianych w

niniejszej umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym, zamawiający może odstąpić od umowy, bez wyznaczania terminów dodatkowych. "

W opinii odwołującego, zacytowane przesłanki odstąpienia od umowy wzajemnie się pokrywają i wykluczają jednocześnie. Z jednej strony zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy jeżeli wykonawca opóźnia się tak dalece z wykonywaniem robót, że wątpliwym jest ich terminowe zakończenie po uprzednim wezwaniu do podjęcia działań zmierzających do terminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, z drugiej strony w przypadku 20-dniowego opóźnienia zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu i to nawet wówczas, gdy opóźnienie dotyczy jednego elementu harmonogramu.

W podsumowaniu, odwołujący stwierdził, iż takie ukształtowanie warunków niniejszego postępowania prowadzi do wniosku, że niemożliwe jest złożenie porównywalnych ofert, zawierających wycenę:

- nieprzewidywalnych ryzyk związanych z ewentualnymi wadami dokumentacji projektowej,
- nieprzewidywalnych decyzji zamawiającego powodujących zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy bez dodatkowego wynagrodzenia,
- nieprzewidywalnych decyzji „uprawnionych organów” (§ 1 ust. 6 wzoru umowy) powodujących zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy bez dodatkowego wynagrodzenia,
- wystąpienia warunków geologicznych i gruntowych, nieprzewidzianych ani przez projektanta, ani przez zamawiającego,
- nieprzewidzianej „wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego ” (§ 6 ust. 3 wzoru umowy).

Odwołujący podtrzymał zarzuty protestu i wnioski, które nie zostały uwzględnione.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując sprawę, stwierdziła, iż nie zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp. Termin składania ofert został przedłużony do 22 marca 2010 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pozwolenia na budowę - decyzji 458/2009 r. Prezydenta Miasta Kielce. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba, rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, ustaliła i zważyła co następuje.

Rozdział II SIWZ określa przedmiot zamówienia jako budowę Centrum Kieleckiego Parku Technologicznego o powierzchni użytkowej 4 246 m² na biura, usługi, laboratoria i produkcję oraz hali produkcyjnej o powierzchni użytkowej 8 584 m² wraz z wewnętrznymi instalacjami, wyposażeniem, infrastrukturą techniczną, wewnętrznymi drogami dojazdowymi, placami manewrowymi i składowymi, parkingami do 330 miejsc postojowych dla samochodów osobowych, oraz do 20 miejsc postojowych dla samochodów ciężarowych, elementów małej architektury oraz sieci uzbrojenia poziomego wraz z przyłączami, tj. sieci wodociągowej z przyłączem, sieci kanalizacji sanitarnej z przyłączem, sieci kanalizacji deszczowej z przyłączami, sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami, przyłącza energii elektrycznej ze stacją transformatorową, sieci oświetlenia ulicznego wraz ze słupami oświetleniowymi oraz sieć kanalizacji teletechnicznej.

Szczegółowy zakres robót oraz warunki realizacji zawierają:

- a) projekty budowlano – wykonawcze, przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, stanowiące załączniki nr I.A –I.H do SIWZ,
- b) umowa której wzór stanowi załącznik nr VI do SIWZ.

Stosownie do § 6 ust. 1 wzoru umowy o roboty budowlane do obowiązków zamawiającego należy dostarczenie dokumentacji projektowej tj. projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego wraz z przedmiarem robót. Natomiast wykonawca ma obowiązek wykonania przedmiotu umowy zgodnie z:

- umową,
- dokumentacją projektową,
- SIWZ,
- decyzją pozwolenia na budowę wydaną dla zaprojektowanego obiektu,
- zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi przepisami prawa w każdym zakresie dotyczącym niniejszego przedmiotu umowy.

Z postanowień § 2 wzoru umowy wynika, że: „Zakres robót budowlanych i innych świadczeń powierzonych do wykonania został określony w SIWZ na podstawie: projektu budowlanego, wykonawczego, przedmiarów robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zatwierdzonej decyzji pozwolenia na budowę, warunków podłączeń uzgodnionych z gestorami mediów.

Powyższe postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy oznaczają podstawowy rozdział obowiązków umownych pomiędzy zamawiającego i wykonawcę, który dowodzi, iż zamawiający przyjął na siebie obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej, według której ma zostać zrealizowana inwestycja. Żaden element tej dokumentacji, nie został powierzony do wykonania wykonawcy robót, w rozumieniu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp.

W rozdziale XIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” – pkt 5 stanowi, iż cena oferty ma charakter ryczałtowy, obejmujący wszystkie nakłady na realizację całości zamówienia.

5.1. W przypadku stwierdzenia przez wykonawcę - zgodnie z zasadą należytej staranności związanej z zakresem prowadzonej działalności gospodarczej - że występują prace nieopisane w dokumentacji przetargowej, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, wykonawca winien zgłosić ten fakt do zamawiającego w terminie składania ofert. Niedopełnienie tego obowiązku skutkuje tym, że wykonawca jest zobowiązany wykonać te prace w ramach ceny ofertowej.

5.2. Skutki finansowe ewentualnych ukrytych błędów w dokumentacji projektowej ciążą na wykonawcy zamówienia. Musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

5.4. Wykonawca w ofercie podaje cenę oferty - z zastrzeżeniem podpunktu 5.1 i 5.2 - za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, obejmującą wszystkie nakłady związane z wykonaniem robót budowlano - montażowych, wynikających wprost z dokumentacji przetargowej, jak również nie ujęte w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać zamówienia z uwzględnieniem wymagań warunków technicznego wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również ich wykonania zgodnie z normami i obowiązującymi przepisami.

6. Cena oferty, między innymi winna zawierać wszystkie elementy nie przewidziane (elementy ryzyka np. odmienne warunki geologiczne w rodzaju gruntu.) - dalsze szczegółowo wymienione w tym punkcie.

Zamawiający wyjaśnił, iż teren przeznaczony pod inwestycję o powierzchni około 3 ha obecnie jest nie zabudowany. Występują pozostałości fundamentów i ogrodzenie, przebiega tamtędy droga miejska, linia kablowa 110 kV. Dokumentacja udostępniona wykonawcom zawiera: projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar. Obejmuje inwentaryzację istniejącej infrastruktury. Dokumentacja została sporządzona przez konsorcjum biur projektowych, (wykonawcę wybranego w odrębnym postępowaniu), przy uwzględnieniu wyników badań geologicznych, wykonanych punktowo, obejmujących teren inwestycji. Zaprojektowane obiekty nie są podpiwniczone. Zamawiający nie był w stanie podać do protokołu rozprawy, jaka kategoria gruntu została przyjęta w dokumentacji dla prowadzenia robót. Zamawiający potwierdził, iż w umowie z biurem projektowym, które wykonywało dokumentację zostały zawarte postanowienia, z których wynika odpowiedzialność projektanta za wady i luki dokumentacji projektowej oraz zobowiązanie do ich usunięcia pod sankcją kar umownych. Zamawiający w wyjaśnieniach do specyfikacji podał, iż całość robót przedmiotowej inwestycji zleca wybranemu w przetargu wykonawcy i nie przewiduje prowadzenia robót częściowych w

zakresie własnym zlecanym - innym wykonawcom, dla których wykonawca wybrany miałby udostępniać plac budowy. Obowiązek koordynacji prac na placu budowy, przewidziany w punkcie 8 rozdziału XII dotyczy koordynacji prac między wykonawcą a jego podwykonawcami.

W rozdziale XV Formalności po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pkt 1d, zamawiający wymagał wyceny prac w formie kosztorysu szczegółowego.

Rozdział XVII „Informacje ogólne dotyczące istotnych postanowień umowy o realizację inwestycji” w punkcie 1c przewidują, iż będą do niej miały zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Pkt 1g podaje, iż umowa jest nieważna jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 146 ustawy Pzp oraz w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w niniejszej specyfikacji.

Zamawiający oświadczył, iż zgodnie z warunkami pozwolenia na budowę decyzją 458/2009 r. Prezydenta Miasta Kielce zawarł umowę o nadzór autorski sprawowany przez projektanta opracowującego dokumentację. Nadzór inwestorski będzie sprawowany przez inwestora zastępczego, o którym mowa w § 1 pkt 7 wzoru umowy stanowiącego zał. nr VI do SIWZ, na zlecenie zamawiającego.

Z wymienionej decyzji pozwolenia na budowę wynika, iż poszczególne projekty branżowe poddane były procedurze sprawdzającej, zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy prawo budowlane. Dokumentacja postępowania nie zawiera informacji o sprawdzeniu wzajemnego skoordynowania poszczególnych opracowań projektowych. Dokumentacja była przedmiotem uzgodnień z gestorami mediów.

Decyzja pozwolenie na budowę stwierdza, iż projekt budowlany przedmiotowej inwestycji jest kompletny, składa się z projektu zagospodarowania terenu i z projektu wielobranżowego architektoniczno – budowlanego, zawiera także BIOZ. Punkt 1 § 2 wzoru umowy, potwierdza, że całość dokumentacji projektowej, w oparciu o którą będzie realizowana inwestycja, została wykonana na zlecenie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ocenia czynności i zaniechania zamawiającego, z punktu widzenia obowiązujących przepisów, ustanowionych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a w zakresie nieuregulowanym w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego. Odwołanie zaś w sprawie nieuwzględnionych zarzutów protestu, dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, nie może być traktowane jako rodzaj pozwu o ukształtowanie warunków umowy. Stosownie do art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej. Odpowiednią regulację w odniesieniu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353¹ K.c. zawarcie umowy na oznaczonych warunkach pozostawione jest decyzji stron, z ograniczeniami wynikającymi z treści wymienionych przepisów. Zdaniem Izby, należy również zważyć, iż postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy przestrzeganiu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego, do ustalania warunków zamówienia, nadmierny rygorizm i asekuracja, niewłaściwe stosowanie prawa, nie służy realizacji celów zakładanych przez Ustawę prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, także w aspekcie określonym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Uniemożliwiając ewentualne zbadanie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z ustępem 2 artykułu 29 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres i formę dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego w rozumieniu art. 632 K.c. jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest

prawidłowa i kompletna. W ramach wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia opisanego projektem budowlanym i wykonawczym, niezależnie od tego w jakich wielkościach zostały one ujęte w przedmiarze. Jednak bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Oznacza to, iż nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. Lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno – gruntowych, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 K. c. , jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ.

Izba podziela pogląd odwołującego, iż wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty. W ocenie Izby, również postanowienia specyfikacji, wymagające przejęcia przez wykonawcę ryzyka związanego z niepełnym rozeznaniem warunków geologiczno - gruntowych oraz wynikających z wad projektu, świadczą o tym, iż zamawiający najwyraźniej liczy się z prawdopodobieństwem wystąpienia konieczności wykonania robot niespodziewanych, które nie zostały objęte opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie były przewidziane projektem, a mogą okazać się konieczne do wykonania, dla osiągnięcia zakładanego rezultatu umowy. Wówczas, w przypadku ziszczenia się przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezależnie od charakteru ustalonego wynagrodzenia, pozostając w zgodności z przepisami ustawy Pzp, zamawiający ma możliwość udzielenia zamówień dodatkowych, za odpłatnością ustaloną odrębną umową, co nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 140 ust. 3 i 144 ust. 1 ustawy Pzp. Istotą zamówień dodatkowych, między innymi na roboty budowlane, jest ich nieprzewidywalność na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia i sporządzania oferty oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji. Zamówienia dodatkowe stanowią przedmiot odrębnego postępowania w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a przesłanką ich dopuszczalności w

wymienionym trybie jest właśnie okoliczność, iż wykonanie robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż nie znając wad dokumentacji projektowej, nie jest w stanie określić wpływu wad tej dokumentacji na wartość ustalanego wynagrodzenia (ceny oferty). Tymczasem zamawiający nie tylko nakazuje skalkulować w cenie oferty koszt robót nieprzewidzianych, wynikających z wad dokumentacji projektowej, lecz także obciąża wykonawcę kosztami wykonania wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej, potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego, a wchodziła w zakres dokumentacji, którą zobowiązał się wykonać zamawiający. Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert. Zatem art. 632 § 1 K.c., na który powołuje się zamawiający, stwierdzając, iż daje on możliwość żądania wykonania niedookreślonego zakresu zamówienia, doznaje ograniczenia w tym sensie, iż pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, podający sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Z natury rzeczy ściśle wyliczenie wartości robót na etapie opracowania preliminarza kosztów, nie jest możliwe, co nie wyklucza, iż cena oferty ma się odnosić do opisanego przedmiotu zamówienia. Z uwagi na nakazany ustawą Pzp opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodny z dokumentacją projektową, wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku ustalenia takiej podstawy rozliczeń, ustalane jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją. Należy się ono w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania wykonawca nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, ale nie innych niż objętych dokumentacją. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 5 Pzp na roboty dodatkowe. Z tych względów Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za cały, zarówno znany, jak i nie znany dokładnie od początku przedmiot zamówienia. Zgodnie z komentarzem do art. 353¹ K.c. „Najbardziej charakterystyczne przykłady sprzeczności umowy z właściwością naturą stosunku prawnego to m.in. przekreślenie istoty zobowiązania przez pozostawienie dłużnikowi swobody decyzji, co do tego czy spełni świadczenie" (por. Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz pod red. E. Gniewka, Warszawa 2004, s. 774, 775). Uwolnienie się przez zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady tkwiące w projekcie, pozwala na uwolnienie się od jakiegokolwiek

odpowiedzialności za spełnienie swoich obowiązków umownych w zakresie dostarczenia kompletnego projektu przed podpisaniem umowy i uzupełniania jego braków w trakcie realizacji, co stanowi pozostawienie zamawiającemu swobody, co do tego czy spełni swoje świadczenie.

Takie ukształtowanie postanowień SIWZ, jak uczynił zamawiający w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosku, że niemożliwa jest wycena pozwalająca na złożenie porównywalnych ofert zawierająca wycenę:

- nieprzewidywalnych ryzyk związanych z ewentualnymi wadami dokumentacji projektowej którą dostarcza zamawiający,
- zmian warunków geologicznych - gruntowych nieprzewidzianych ani przez projektanta, ani przez zamawiającego, znacząco wpływających na koszt prac,
- nieprzewidzianej „wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej” potrzebnej do wykonania przedmiotu umowy, która nie była dostarczona przez zamawiającego w ramach podjętego przez niego zobowiązania.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, podziela pogląd wyrażony wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r.: „(...obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty” (wyrok KIO z 14 lipca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09). Podobne wnioski zawierają orzeczenia Zespołu Arbitrów: „Brak jakiegokolwiek z wymogów określonych w rozporządzeniu stanowi naruszenie zasad opisywania przedmiotu zamówienia, co w efekcie powoduje niemożność zawarcia ważnej umowy. Ważne jest bowiem, aby przedmiot zamówienia był opisany na podstawie wymienionych w rozporządzeniu i art. 31 Pzp dokumentów” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r. UZP/ZO/0-720/050). „Zgodnie z regułami ustawy Prawo zamówień publicznych SIWZ powinna obejmować szczegółowy wykaz prac przewidzianych do realizacji. Art. 33 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przy ustaleniu wartości zamówienia na roboty budowlane ustala się je na podstawie kosztorysu sporządzonego na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. Przepisy nie przewidują możliwości umieszczenia w kosztorysie pozycji roboty nieprzewidziane. Dokumentacja projektowa powinna określać dokładnie, co ma być wykonane. (wyrok ZA z dnia 30 maja 2005 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1110/05). „Z przepisu art. 10 ustawy wynika, że Zamawiający może udzielić zamówienia tylko w trybach wymienionych w ustawie. Natomiast zezwolenie wykonawcom na doliczenie do ceny ofertowej 10% wartości zamówienia w związku z nieprzewidzianymi robotami budowlanymi, których nie można określić w dacie wszczęcia postępowania, stanowi rażące naruszenie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Roboty

budowlane, których nie można przewidzieć w dniu wszczęcia postępowania powinny być wykonywane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych" (wyrok ZA z dnia 30 grudnia 2004 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2269/04).

Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający sam w postanowieniach SIWZ przewidział - Rozdział XVII informacje ogólne dotyczące istotnych postanowień umowy o realizację inwestycji w punkcie 1c, iż będą do niej miały zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej oraz pkt 1g, iż umowa jest nieważna jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 146 ustawy Pzp oraz w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w niniejszej specyfikacji, zatem winien się do tych postanowień bezwzględnie dostosować.

Odnosząc poczynione wyżej uwagi ogólne do skarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznaje iż w rozdziale XIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty:”

Pkt 5.1 w zakresie jakim zobowiązuje wykonawcę do zgłoszenia wad dokumentacji projektowej w terminie składania ofert, ze zobowiązaniem ujęcia wynikających z tego prac w cenie ofertowej, narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, art. 632 i 651 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Zadośćuczynienie tym żądaniom wymagałoby uprzedniej weryfikacji dokumentacji projektowej, czego przedmiot zamówienia nie obejmuje. A to oznacza, że każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu miałby obowiązek wykonania usługi weryfikacji projektu na rzecz zamawiającego nieodpłatnie, jeszcze przed złożeniem oferty i nie mając pewności, że uzyska zamówienie i podpisze umowę z zamawiającym. Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno – budowlanego. Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania: musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z tym projektem oraz zasadami wiedzy budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 K.c. należy rozumieć w ten sposób, że zobowiązany jest 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. Stanowisko takie wynika z wyroku SN z 27.03.2000 r., (sygn. III CKN 629/98). Zatem obowiązki wykonawcy, w przypadku ujawnienia wad projektu sprowadzają się do poinformowania inwestora o tych okolicznościach i ich możliwych konsekwencjach i to wyłącznie wówczas, gdy wady projektowe są tego rodzaju, że nie wymagają specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Dołożenie należytej staranności przez wykonawcę w tym względzie, zwalnia go od współodpowiedzialności za wady robót budowlanych wynikające z wadliwości projektu. Ponadto, przepis art. 651 K.c. ma zastosowanie do zawartej umowy o roboty budowlane. Tymczasem zamawiający wprowadzając zaskarżone postanowienia umowne nakłada na wykonawców obowiązek badania dokumentacji w celu wykrywania jej wad i błędów jeszcze przed zawarciem umowy o roboty budowlane. Izba stwierdza, iż przedmiot zamówienia nie obejmuje sprawdzenia dokumentacji projektowej. Sprawdzenie dokumentacji wiązałoby się z koniecznością sprawdzenia wszystkich wyliczeń projektowych i sprawdzeniem czy dokumentacja jest skoordynowana między poszczególnymi branżami, a także przeprowadzeniem badań geologicznych w celu potwierdzenia, czy warunki geologiczne przewidziane w dokumentacji, odpowiadają rzeczywistym warunkom geologicznym zaistniałym na terenie budowy. Na etapie przygotowania oferty wykonawca nie jest w stanie zauważyć wad wynikających z nieskoordynowania dokumentacji projektowej. Takie postanowienia SIWZ i wzoru umowy naruszają przepisy art. 29, art. 31 ustawy Pzp, art. 647 i art. 651 K. c. w związku art. 14 i 139 Pzp, a także utrudniają uczciwą konkurencję.

Pkt 5.2 narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca zobowiązany jest realizować roboty na podstawie projektu otrzymanego od zamawiającego. Zamawiający zawarł umowę o wykonanie dokumentacji projektowej, w której odpowiedzialnym za wady projektu i za następstwa realizacji robót według wadliwego i wewnątrznie nie skoordynowanego projektu, (jeżeli wady miały charakter ukryty), jest wyłącznie projektant wobec zamawiającego i któremu z tego tytułu służą wszelkie roszczenia. Ponadto zgodnie z pozwoleniem na budowę, zamawiający posiada zawartą umowę o nadzór autorski dla stwierdzenia w toku wykonywania robót zgodności z projektem (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. Nr 156, poz. 1118 z 2006 r. ze zm.) i uzgadniania możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych. Wykonawca ma obowiązek współdziałania z zamawiającym przy wykonywaniu umowy, zgodnie z art. 651 K.c., w tym zgłaszania dostrzeżonych wad projektu, zaraz po ich ujawnieniu, dla uwolnienia się odpowiedzialności za następstwa realizacji robót według wadliwego projektu. Wykonawcę z biurem projektowym nie wiąże żaden stosunek zobowiązaniowy, pozwalający na domaganie się usunięcia wad projektu. Natomiast na

zamawiającym spoczywa obowiązek wyegzekwowania od projektanta, zgodnie z zawartą z nim umową, usunięcia wad i luk projektu, celem umożliwienia kontynuowania robót budowlanych, jeżeli są tego rodzaju, iż wstrzymują wykonanie robót. Jeżeli zamawiający chciał się zwolnić od takich obowiązków, miał możliwość określoną w art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, przeprowadzenia postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej i wybudowanie obiektów w systemie „zaprojektuj i zbuduj,” jedynie na podstawie programu funkcjonalno użytkowego, jak stanowi art. 31 ust. 2 ustawy Pzp. Za wadliwie wykonane roboty według otrzymanego projektu, wykonawca odpowiada, gdy wady te przy zachowaniu należytej staranności mierzonej zawodowym charakterem działalności, mógł wykryć i zgłosić zamawiającemu.

Pkt 5.4 narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim wymaga ujęcia w cenie oferty, przedmiotu zamówienia nie objętego dokumentacją projektową i nie wymienionego wprost w SIWZ, z przyczyn podanych wyżej w niniejszym uzasadnieniu.

Pkt 6 narusza przepisy ustawy art. 29 ust. 1 2, art. 31 ust. 1 i 2 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, jedynie w zakresie w jakim zobowiązuje wykonawcę do skalkulowania w cenie oferty ryzyka odmiennych warunków geologicznych w rodzaju gruntu i prowadzenia prac geologicznych. Zamawiający w takim przypadku ma możliwość skorzystania z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, i udzielenia zamówienia dodatkowego, gdy mimo rozpoznania geologicznego zachodzi konieczność wykonania dodatkowych robót, których nie można było przewidzieć. Odmienne od zakładanych przy projektowaniu warunki geologiczno - gruntowe, mogą powodować znaczący wzrost kosztów np. z tytułu konieczności wymiany gruntu, wzmocnienia podłoża, czy innych stosowanych rozwiązań technicznych. W takim przypadku ryzyko podjęcia budowy na wskazanym terenie obciąża inwestora - zamawiającego, a nie wykonawcę. Pozostałe wymienione w tym punkcie pozycje kosztów, zdaniem Izby, możliwe są do oszacowania w cenie oferty. W pozostałym zakresie wykonawca w oparciu o wizję w terenie i dokumentację, jest w stanie skalkulować koszt wymienionych prac.

Pkt 7 narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim odnosi się do nieujawnionych warunków geologiczno - gruntowych. Uzasadnienie jak w punkcie poprzedzającym.

Pkt 8 narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim nie podaje zakresu i warunków wprowadzenia przez zamawiającego na plac budowy innych wykonawców, co może powodować kolizje w prowadzeniu robót. Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ podał, iż nie przewiduje prowadzenia robót przez innych wykonawców, na jego zlecenie, lecz pozostawił taką możliwość w § 10 pkt 2 wzoru umowy.

Pkt 10. Izba uznaje postanowienia za prawidłowe. Cena oferty za ustalony w specyfikacji i w zawartej umowie przedmiot zamówienia jest stała, i nie może ulegać podwyższeniu.

Ewentualne zamówienia dodatkowe są wprowadzone na podstawie odrębnej umowy i za ustalonym wynagrodzeniem.

W odniesieniu do załącznika nr VI do SIWZ - wzoru umowy.

Z § 2 wzoru umowy wynika, że: „Zakres robót budowlanych i innych świadczeń powierzonych do wykonania został określony w SIWZ na podstawie: projektu budowlanego, wykonawczego, przedmiarów robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zatwierdzonej decyzji pozwolenia na budowę, warunków podłączeń uzgodnionych z gestorami mediów. Zatem w stosunku do tak określonego przedmiotu zamówienia mogą być odnoszone obowiązki wykonawcy, oznaczone w umowie.

Postanowienia § 1 ust. 4 wzoru umowy, - zarzut nie został podtrzymany. Odwołujący przyznał, iż miał możliwość zapoznania się z terenem budowy i z zewnętrznymi warunkami tam występującymi.

Postanowienia § 1 ust. 6 wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust. 1 i 2 art. 31 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wymagają od wykonawcy realizacji na jego koszt prac w wyniku zaleceń organów uprawnionych, a nie ujętych w dokumentacji ani nie podanych wprost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba, iż zalecenia te zostały wydane wskutek stwierdzenia wadliwości prowadzenia robót, czy innych przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Postanowienia § 6 ust. 2 wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wymagają od wykonawcy sprawdzenia prawidłowości dokumentacji projektowej przed terminem składania ofert. Jak wynika z decyzji pozwolenia na budowę dokumentacja, stanowiła przedmiot weryfikacji w ustalonym trybie. Sprawdzanie dokumentacji nie jest objęte przedmiotem zamówienia, ani nie należy do obowiązków wykonawcy robót budowlanych, określonych w art. 647 K.c. - w związku z przytoczonymi wyżej postanowieniami Prawa budowlanego. Wykonawca realizujący roboty na podstawie dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego ma obowiązek powiadomić niezwłocznie o wadach projektowych w sytuacji ich ujawnienia. Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż wykonawca dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialność. Skrajnie prowadziłyby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 K.c. odnosi się do rozszerzenia odpowiedzialności strony umowy za nienależyte wykonanie własnego zobowiązania. Natomiast nie dotyczy to przejęcia odpowiedzialności za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji (w sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy) i z wykonawcą robót nie wiąże go żaden stosunek umowny, w oparciu o który wykonawca mógłby poszukiwać rekompensaty, z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu. Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, iż nie może on ponosić odpowiedzialności,

nawet rozszerzonej, zwalniając zamawiającego od wypełnienia jego obowiązków wzajemnych i współdziałania przy realizacji umowy. Umowne rozszerzenie odpowiedzialności dopuszczalne jest w granicach zasady swobody umów, jednakże Izba uznaje, iż żądanie rozszerzenia umownej odpowiedzialności wykonawcy na przypadki nieujawnionych wad i luk projektów technicznych, w odniesieniu do których służą zamawiającemu roszczenia względem projektanta o ich naprawienie, narusza przepisy i stanowi nadużycie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy oraz stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa. Zamawiający jako strona umowy o roboty budowlane ponosi odpowiedzialność jak za własne działanie lub zaniechanie za działanie projektanta, który na jego zlecenie wykonywał projekt o czym stanowi art. 474 K. c., zatem ten przepis wyłącza swobodę kontraktowania. Miernik staranności ustalony w art. 355 § 2 K.c. dotyczy nie tylko wykonawcy ale i zamawiającego. To samo odnosi się do żądania przejścia wszelkiej odpowiedzialności za następstwa nie do końca rozpoznanych warunków geologicznych i żądania od wykonawcy poniesienia skutków finansowych zmienionych projektów realizacji robót, w sytuacji, gdy zamawiający może w zgodzie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp udzielić zamówienia dodatkowego.

Postanowienia § 6 ust. 3 wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 i 2 oraz art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie w jakim wymagają od wykonawcy sporządzenia na własny koszt wszelkiej pozostałej dokumentacji projektowej, w tym także dokumentacji, do której dostarczenia zobowiązany był zamawiający, tj. bez wymienienia rodzaju tej dokumentacji. Przy takim określeniu wymienionego obowiązku może on dotyczyć nawet uzupełniania luk projektowych w dokumentacji otrzymanej od zamawiającego, które winien uzupełniać projektant w ramach umowy o wykonanie dokumentacji.

Postanowienia § 6 ust. 4 wzoru umowy, Izba uznaje za nienaruszające przepisów ustawy Pzp. Nie można pozbawić zamawiającego prawa do zmian i uzupełnienia przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej. W przeciwnym bowiem wypadku nie można byłoby skorygować błędów takiej dokumentacji przez jej zmianę, uzupełnianie czy stosowania rozwiązań projektowych zamiennych. Inną kwestią jest natomiast rozliczenie robót zamiennych, czy robót dodatkowych.

Postanowienia § 12 ust. 2 w zw. z ust. 1 tegoż paragrafu wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 647 K.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie w jakim zamawiający zastrzega możliwość jednostronnego przerwania prac jeżeli uzna to za konieczne, bez określenia następstw finansowych takiej dyspozycji, czy zmiany terminu wykonania umowy. Przyczyny wstrzymania robót przez zamawiającego powinny zostać enumeratywnie wymienione, np. na podstawie decyzji

uprawnionego organu, czy przez inspektora nadzoru z przyczyn wskazanych w odrębnych przepisach. Oprócz 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 jego stronie, a arbitralną decyzją zamawiającego, winien mieć zrekompensowane według stawek uzgodnionych, a nie zatwierdzonych przez zamawiającego, jak zostało to podane w treści postanowienia § 12 ust. 2 wzoru umowy.

Postanowienia § 21 ust. 1 pkt 4,5,6, 7,10 oraz ust. 3 wzoru umowy, Izba uznaje za nie naruszające przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Warunki te odnoszące się do uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy, z powodu opóźnień w prowadzeniu robót, czy zejścia wykonawcy z placu budowy są dosyć rygorystyczne, ale możliwe do przestrzegania przez wykonawcę. Zamawiający ma prawo kontrolować przebieg budowy, podejmować czynność zmierzające do zdyscyplinowania wykonawcy, w przypadku gdy tempo robót bez uzasadnionych przyczyn odbiega od ustalonego w harmonogramie, zagrażając zakończeniu inwestycji w terminie przewidzianym umową. Gdy następują opóźnienia z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę ma on możliwość uniknięcia odpowiedzialności za niedopełnienie obowiązków kontraktowych stosownie do postanowień art. 471 K. c.

Postanowienia § 21 punktu 10, są natomiast powtórzeniem dyspozycji przepisu art. 145 ustawy Pzp, zatem ich stosowanie nie może budzić wątpliwości. Zarzut ostatecznie nie został podtrzymany przez odwołującego.

Postępowanie dowodowe wykazało zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c., art. 647 K.c., art. 632 K.c., art. 651 K.c., w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 i 2, art. 36, ust. 1 pkt 3 i pkt 12 Pzp, art. 140 ust. 1 i 3 Pzp ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a oraz na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od zamawiającego kwotę 8 044,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b oraz ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, Dz. U. Nr 182, poz.1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

