

WYROK
z dnia 31 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawcę – **Graph’it Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stępińskiej 20/30 lok. 424 (00-739 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego** z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowoursynowskiej 159 (02-787 Warszawa),

przy udziale wykonawców:

A. **Moris Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Baletowej 4 (02-867 Warszawa);

B. **Siemens Healthcare Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żupniczej 11 (03-821 Warszawa);

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **Graph’it Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Graph’it Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy – **Graph’it Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – **Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego** z siedzibą w Warszawie

kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Wyposażenie laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej* (numer referencyjny: SZP.250.87.2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2019 r., pod numerem 2019/S 236-578001.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 16 grudnia 2019 r. wykonawca Graph'it Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami, w tym w szczególności:

- 1) wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ);
- 2) formularza kalkulacji ceny (załącznik 3A do SIWZ);
- 3) Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU - załącznik nr 3B do SIWZ);
- 4) projektu budowlanego (załącznik nr 3C do SIWZ);
- 5) opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr do 4 do SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 30 ust. 9 Pzp oraz § 4 i § 5 oraz § 12 - § 14 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004:
 - przez bezpodstawne nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania nieokreślonych projektów wykonawczych oraz specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych (zwanej dalej: „STWIORB”), w sytuacji, gdy postępowanie o zamówienie publiczne dotyczy dostaw a nie robót budowlanych, a zatem obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej, w tym określenia warunków wykonania i odbioru robót budowlanych oraz określenie standardu wykończenia tych robót dla celów wykonania zamówionych dostaw, obciąża zamawiającego. Powyższe dotyczy następujących dokumentów: ogłoszenie o

zamówieniu sekcja II. 1.4) oraz II.2.4), SIWZ - punkt III SIWZ (w szczególności podpunkt, wzór umowy - § 3 ust. 1; § 6B oraz § 6A);

- przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, ponieważ z dokumentacji przetargowej nie wynika ani zakres dokumentacji projektowej, jaka ma być wykonana przez wykonawcę (nie określono, jakie projekty wykonawcze mają być wykonane), jak również nie wynika zakres robót budowlanych, jakie mają być wykonane przez wykonawcę. W tym zakresie odwołujący wskazał na punkt III podpunkt 2 SIWZ opisujący zakres robót budowlanych przez odwołanie się do projektu budowlanego stanowiącego załącznik 3C do SIWZ oraz do programu funkcjonalno-użytkowego stanowiącego załącznik 3B do SIWZ, podczas, gdy w sytuacji istnienia projektu budowlanego opis przedmiotu zamówienia następuje za pomocą tego projektu a nie za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, a jeśli program funkcjonalno-użytkowy w tym przypadku uszczegóławia projekt budowlany konieczne jest określenie pierwszeństwa stosowania takiej dokumentacji. Ponadto odwołujący wskazał na punkt III podpunkt 3 SIWZ opisujący zakres dokumentacji projektowej, która ma być sporządzona przez wykonawcę. Zgodnie z tym punktem do obowiązków wykonawcy należy przygotowanie projektów wykonawczych (nie wiadomo jakich), które powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do należytego wykonania umowy (brak określenia zakresów i skali, w jakiej mają być wykonane te projekty) a nadto zamawiający wskazał, że wykonanie projektów wykonawczych ma nastąpić „zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik 1B do wzoru umowy i 3B do SIWZ oraz na podstawie istniejącego już projektu budowlanego stanowiącego załącznik 1C do wzoru umowy i 3C do SIWZ” [§ 3 wzoru umowy]). W taki sam sposób przedmiot zamówienia został opisany w pozostałych dokumentach przetargowych tj.: w ogłoszeniu (sekcja II.1.4) i jej uzupełnienie sekcja II.2.4)) oraz we wzorze umowy (§ 3, w szczególności § 3 ust. 1 oraz § 6A i § 6B). Dotyczy to również PFU, ponieważ zakres prac projektowych do wykonania nie wynika z tego dokumentu. Zaskarżone postanowienia ogłoszenia i SIWZ w ramach tego zarzutu to: ogłoszenie o zamówieniu sekcja II. 1.4) oraz II.2.4), SIWZ - punkt III SIWZ (w szczególności podpunkt 3), wzór umowy - § 3 ust. 1, § 6B oraz § 6A), PFU;

- przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, ponieważ zamawiający załączając do dokumentacji przetargowej projekt budowlany (załącznik 3C do SIWZ) i nakładając obowiązek wykonania projektu wykonawczego „zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym (PFU) stanowiącym załącznik 1B do wzoru umowy i 3B do SIWZ oraz na podstawie istniejącego już projektu budowlanego stanowiącego załącznik 1C do wzoru umowy i 3C do SIWZ” jako punkt

odniesienia powołał PFU, który nie może stanowić podstawy wykonania projektu wykonawczego. Zgodnie z § 5 wyżej powołanego rozporządzenia projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Zaskarżone postanowienia ogłoszenia i SIWZ w ramach tego zarzutu to: ogłoszenie o zamówieniu sekcja II. 1.4) oraz II.2.4), SIWZ - punkt III SIWZ (w szczególności podpunkt 3), wzór umowy - § 3 ust. 1, § 6B oraz § 6A), PFU;

- przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, ponieważ zamawiający załączając do dokumentacji przetargowej projekt budowlany (załącznik 3C do SIWZ) nie załączył pozwolenia na budowę, o którym mowa w PFU („Inwestycja będzie realizowana na podstawie dokumentacji projektowej objętej pozwoleniem na budowę - nr decyzji: 341/D/17 Prezydent Miasta Stołecznego Warszawy znak sprawy UD-XII-WAB-A.6740.311.2017.ABR, wykonanej przez jednostkę projektową: STUDIOCOCA, ul. Lenartowicza 149/79; 41-219 Sosnowiec - główny projektant: mgr inż. arch. T.M. upr. nr 32/04/SLOKK/H”);

- przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący a nadto wprowadzający w błąd, ponieważ PFU, na który powołuje się zamawiający dotyczy innej inwestycji i innego zamówienia. Z treści PFU wynika, że „Przedmiotem planowanej inwestycji jest realizacja zadania, polegająca na budowie obiektu budowlanego „Rozbudowa i nadbudowa budynku diagnostyki koni w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej”. PFU dotyczy zatem zamówienia na roboty budowlane, podczas, gdy przedmiot niniejszego zamówienia są dostawy obejmujące jedynie adaptację pomieszczeń Centrum Medycyny Regeneracyjnej polegającej na rozbudowie. Zaskarżone postanowienia ogłoszenia i SIWZ w ramach tego zarzutu to: ogłoszenie o zamówieniu sekcja II. 1.4) oraz II.2.4), SIWZ - punkt III SIWZ (w szczególności podpunkt 3), wzór umowy - § 3 ust. 1, § 6B oraz § 6A), PFU;

Odwołujący wyjaśnił, że wyżej wskazane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ i załączników zawierają wprost opis przedmiotu zamówienia lub opis poszczególnych części i świadczeń składających się przedmiot zamówienia, dlatego są one objęte zakresem odwołania. Odwołujący wskazał także, że kwestionuje również inne postanowienia tychże dokumentów, które nawiązują bezpośrednio lub pośrednio do wyżej opisanego przedmiotu zamówienia.

2. art. 36 ust. 1 punkt 12 Pzp przez to, że w SIWZ nie zawarto prawidłowego opisu kalkulacji ceny, co oznacza, że nie jest możliwe prawidłowe wyliczenie ceny. Formularz „kalkulacja ceny” (załącznik 3A do SIWZ) nie zawiera wszystkich pozycji składających się na cenę tj. pomija pozycję prac projektowych, których wykonania wymaga zgodnie z

opisem przedmiotu zamówienia oraz nie zawiera odrębnej pozycji prac budowlanych (adaptacyjnych) a jedynie traktuje prace budowlane łącznie z dostawami, mimo, że wzór umowy powołuje się na rozliczenie poszczególnych rodzajów świadczeń według cen jednostkowych (§ 5 ustęp 2 wzoru umowy);

3. art. 353¹ KC w związku z art. 139 ust. 1 Pzp przez nałożenie na wykonawcę zobowiązań, które są niemożliwe do wykonania przez wykonawcę lub które prowadzą do uprzywilejowania zamawiającego lub które prowadzą do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 Pzp). Odwołujący wskazał, że zarzut dotyczył następujących postanowień wzoru umowy:

- § 3, § 6A i § 6B w zakresie, w jakim dotyczą opisu przedmiotu umowy tj. zakresu zobowiązań wykonawcy (zakres naruszeń został opisany powyżej). W istocie brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do tego, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wykonać umowę;

- § 6B ust. 11 dotyczący odpowiedzialności wykonawcy za wady dokumentacji projektowej. Powołany zapis umowy stanowi między innymi: „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej (także projektów ochrony radiologicznej) i jej zgodność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zasadami wiedzy technicznej, normami technicznymi i technologicznymi, standardami zabezpieczenia, mając na uwadze również specyfikę przedmiotu Umowy oraz osiągnięcie jej celu w postaci uzyskania stosownych decyzji pozwalających na użytkowanie obiektu oraz systemu (w tym także Polskiej Agencji Atomistyki)”. Taki zapis może obciążać wyłącznie autora (projektanta) projektu budowlanego (za wyjątkiem projektu ochrony radiologicznej, który będzie wykonywany przez wykonawcę), a nie autora projektów wykonawczych, które stanowią jedynie - jeśli w ogóle są konieczne - uszczegółowienie projektu budowlanego. Odpowiedzialność wykonawcy może być ograniczona jedynie do przedmiotu umowy a nie dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego;

- § 6B ust. 12 i następne dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych i praw zależnych. W tym zakresie skarżący podnosi, że autorskie prawa majątkowe i prawa zależne przysługują w pierwszym rzędzie autorowi projektu budowlanego a nie projektów wykonawczych. Wykonanie tych postanowień może okazać się niemożliwe do wykonania, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca ma wykonać bliżej nieokreślone projekty wykonawcze w oparciu o stworzony nowy program funkcjonalno-użytkowy, a zatem istnieje ryzyko wprowadzenia zmian do projektu budowlanego, które to zmiany mogą być wprawdzie nieistotne z punktu widzenia Prawa Budowlanego, ale mogą prowadzić do naruszenia praw autorskich twórców Projektu Budowlanego;

- § 5 ust. 2 dotyczący sposobu wyliczenia wynagrodzenia za wykonanie umowy. Zgodnie z powyższym postanowieniem „wynagrodzenie będzie liczone według cen jednostkowych podanych w załączniku nr 1A do umowy stanowiącym załącznik nr 3A do SIWZ (kalkulacja ceny ofertowej); wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie wykonaną dokumentację projektową oraz faktycznie dostarczone elementy wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie rozbudowy i adaptacji pomieszczeń w ramach projektu centrum medycyny regeneracyjnej z zastrzeżeniem nieprzekraczalności kwoty, o której mowa w ust. 1 tego paragrafu”. Załącznik 1A do projektu umowy (3A do SIWZ) nie zawiera natomiast cen jednostkowych tylko ceny zbiorcze za poszczególne części zamówienia, poza tym przedstawia te części zamówienia bez rozbicia na poszczególne etapy realizacji zamówienia tj. prace projektowe, roboty budowlane (adaptacja przez rozbudowę) i dostawa systemu i wyposażenia. Oznacza to, że nie jest możliwe wyliczenie wynagrodzenia według cen jednostkowych dla poszczególnych części zamówienia. Ponadto oznacza to, że formularz „kalkulacja ceny” nie zawiera w ogóle pozycji prac projektowych, a zatem nie ma możliwości - w przypadku wykonania tylko części prac projektowych - wyliczenia wynagrodzenia za tę część;

4. art. 353¹ KC w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz naruszenie art. 143d Pzp w związku z art. 353¹ KC. Naruszenie dotyczy § 6C wzoru umowy, który został ukształtowany tak, jakby była to umowa o roboty budowlane a nie umowa o dostawę.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych postanowień ogłoszenia SIWZ, w tym załączników do SIWZ przez usunięcie tych zapisów lub ich zmianę na treść odpowiadającą argumentacji podanej w uzasadnieniu odwołania;

ewentualnie

- 2) o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania z uwagi na okoliczność, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 punkt 7 Pzp).

Jeśli chodzi o interes do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ze względu na to, jest przedsiębiorcą mającym zamiar ubiegania się o udzielenie powyższego zamówienia. Następnie odwołujący wyjaśnił, że treść ogłoszenia oraz wyżej wymienione postanowienia w treści SIWZ (wraz z załącznikami) uniemożliwiają lub w istotny sposób utrudniają złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty przez niego. Są to w jego ocenie postanowienia wprowadzające w błąd, opisujące przedmiot

zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący i w konsekwencji prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, iż zarówno on jak i interes społeczny może doznać uszczerbku na skutek czynności zamawiającego, w postaci doprowadzenia do sytuacji takim opisem przedmiotu zamówienia, że albo żaden wykonawca nie złoży oferty tylko wybrany lub przypadkowy wykonawca może pozyskać to zamówienie, czyniąc postępowanie o zamówienie publiczne pozornym pod kątem przepisów ustawy. Tym samym odwołujący skonkludował, że poniesie szkodę poprzez brak możliwości złożenia ważnej oferty i w konsekwencji niezyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów Pzp odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia (naruszone przepisy to art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 30 ust. 9 Pzp) odwołujący podniósł, co następuje.

Po pierwsze odwołujący wskazał, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na dostawę a nie na roboty budowlane. Roboty budowlane wchodzi w skład przedmiotu zamówienia, albowiem zgodnie z ogłoszeniem wykonawca ma dokonać adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej, jednak zasadniczy zakres zamówienia obejmuje dostawę wraz z obowiązkiem instalacji dostarczonych urządzeń i wyposażenia oraz systemów. Dlatego opis przedmiotu zamówienia powinien być dokonany zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówienia na dostawy. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu tj. opis zakresu świadczeń jest tak ukształtowany, jakby to było zamówienie na roboty budowlane względnie na projektowanie i wykonanie robót. W § 3 ust. 1 punkt 2) wzoru umowy zamawiający posługuje się nawet pojęciem „tryb zaprojektuj i wykonaj, z tym zastrzeżeniem, że zamawiający dostarcza wykonawcy istniejący już projekt budowlany”. Należy zatem przyjąć, że taki sposób opisu przedmiotu zamówienia w przypadku dostaw jest wprowadzający w błąd i niedopuszczalny. Nie stosuje się w takim przypadku przepisów prawnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane obejmujące projektowanie i wykonanie robót. Wykonawca powinien otrzymać pełną dokumentację projektową włącznie z projektami wykonawczymi stworzonymi przez twórców projektu budowlanego i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Niedopuszczalne jest w takim przypadku przerzucanie na wykonawcę obowiązku wykonania projektów wykonawczych, poza projektami, które związane są z samym przedmiotem zamówienia (w tym przypadku chodziłoby o projekt ochrony radiologicznej).

Po drugie odwołujący wyjaśnił, że nawet przyjąwszy, iż dopuszczalne byłoby obciążenie wykonawcy obowiązkiem projektowania, to odwołujący zarzucił, że zakres dokumentacji projektowej, w tym rodzaj i zakres poszczególnych projektów wykonawczych, dodatkowych rysunków, w tym skala tych projektów i rysunków powinna być określona przez

zamawiającego, a nie pozostawiona w gestii uznania wykonawcy. Przerzucenie tego obowiązku na wykonawcę stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Po trzecie odwołujący stwierdził, że ten sam zarzut dotyczy specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB). Zgodnie z § 12 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 4 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Niniejsze zamówienie zostało zdefiniowane jako zamówienie na dostawę. W takiej sytuacji, to na zamawiającym, a nie na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w tym przedłożenia dokumentacji projektowej składającej się na opis przedmiotu zamówienia, do której należy między innymi specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Specyfikacje te stanowią bowiem element opisu przedmiotu zamówienia i nałożenie na wykonawcę obowiązków wykonania brakujących specyfikacji technicznych w niniejszym postępowaniu jest pozbawione podstaw prawnych i stanowi wadę tego postępowania prowadzącą do naruszenia § 4 i § 5 oraz § 12-§ 14 wyżej nazwanego Rozporządzenia oraz przepisów Pzp dotyczących prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji (por. postanowienie KIO z dnia 7 października 2019 r., sygn.. akt 1882/19).

Ponadto odwołujący zarzucił, że również w ramach opisu przedmiotu zamówienia istnieje wewnętrzna sprzeczność. Zamawiający powołuje się na PFU i projekt budowlany. PFU jest dokumentem sporządzonym w roku 2019 natomiast projekt budowlany został sporządzony w roku 2017, co wynika z treści powołanego w PFU. PFU stanowi, że inwestycja będzie realizowana na podstawie dokumentacji projektowej objętej pozwoleniem na budowę - nr. decyzji: 341/D/17 Prezydent Miasta Stołecznego Warszawy znak sprawy UD-XII-WAB-A.6740.311.2017.ABR, wykonanej przez jednostkę projektową: STUDIOCOCA, ul. Lenartowicza 149/79, 41-219 Sosnowiec - główny projektant: mgr inż. arch. T.M. upr. nr 32/04/SLOKK/II. Ponadto PFU stanowi, że „Przedmiotem planowanej inwestycji jest realizacja zadania, polegająca na budowie obiektu budowlanego „Rozbudowa i nadbudowa budynku diagnostyki koni w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej”. Zakres PFU nie koreluje zatem w ogóle z przedmiotem niniejszego zamówienia, które jest zamówieniem na dostawę a nie na roboty budowlane. Powstaje zatem zasadnicze pytanie, w jakim zakresie PFU ma zastosowanie, tym bardziej, że zostało sporządzone w dacie późniejszej niż projekt budowlany i pozwolenie na budowę, które to pozwolenie stanowi

podstawę wykonania robót budowlanych a nie PFU. Zamawiający nie przedstawił jednak pozwolenia na budowę ani nie określił pierwszeństwa stosowania tych dokumentów.

W związku z powyższym odwołujący żądał zobowiązania zamawiającego:

- do usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia obowiązku sporządzenia projektów wykonawczych i innych rysunków lub dokumentacji projektowej (dotyczy to w szczególności: ogłoszenia - sekcja II. 1.4) oraz II.2.4); SIWZ - punkt III; wzoru umowy § 3, § 6A i § 6C), poza projektami koniecznymi do wykonania dostaw jak projekt ochrony radiologicznej oraz żądał przedłożenia do dokumentacji przetargowej projektów wykonawczych sporządzonych na zlecenie zamawiającego;

- do usunięcia z przedmiotu zamówienia obowiązku sporządzenia specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB) i przedłożenia do dokumentacji przetargowej tej dokumentacji sporządzonej na zlecenie zamawiającego (dotyczy to w szczególności: ogłoszenia - sekcja II. 1.4) oraz II.2.4); SIWZ - punkt III; wzoru umowy § 3, § 6A i § 6C);

- w przypadku, gdyby nie była możliwa modyfikacja powyższych dokumentów przetargowych przez usunięcie z nich obowiązku do wykonania powyższych projektów i specyfikacji, odwołujący żądał zobowiązania zamawiającego do doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia przez określenie, jakie projekty wykonawcze mają być wykonane, w jakiej skali oraz jakie inne rysunki mają być wykonane. Ponadto odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do doprecyzowania, w jakiej wzajemnej relacji pozostają zapisy projektu budowlanego i PFU, a nadto do doprecyzowania, że wykonanie jakiegokolwiek dokumentacji wykonawczej nastąpi w oparciu o projekt budowlany.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący wadliwości formularza przeznaczonego na przedstawienie kalkulacji ceny (naruszenia art. 36 ust. 1 punkt 12 Pzp), odwołujący wskazał, że w formularzu - kalkulacja ceny (załącznik 3A do SIWZ) - zamawiający zawarł jedynie dwie pozycje: System MRI z obrazowaniem PET - kompletny system wraz z adaptacją pomieszczeń i instalacją urządzeń oraz wyposażenie w specjalistyczną aparaturę Laboratorium Diagnostyki Obrazowej - kompletne wyposażenie wraz z adaptacją pomieszczeń i instalacją urządzeń. W związku z powyższym odwołujący zarzucił, że formularz - kalkulacja ceny - nie uwzględnia w ogóle prac projektowych oraz nie wyszczególnia robót budowlanych w oddzielnej pozycji. Pozostaje to w sprzeczności z zapisami wzoru umowy. W § 5 ust. 2 zamawiający postanowił, że „wynagrodzenie określone w ust. 1 będzie liczone według cen jednostkowych podanych w Załączniku nr 1A do Umowy stanowiącym załącznik nr 3A do SIWZ (kalkulacja ceny ofertowej); wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie wykonaną dokumentację projektową oraz faktycznie dostarczone elementy wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie

rozbudowy i adaptacji pomieszczeń w ramach projektu centrum medycyny regeneracyjnej z zastrzeżeniem nieprzekraczalności kwoty, o której mowa w ust. 1”.

W ocenie odwołującego formularz - kalkulacja ceny - nie zawiera w ogóle cen jednostkowych, a jedynie zbiorcze ceny dla poszczególnych części świadczeń objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto nie zawiera również pozycji prac projektowych, która podlega wycenie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do zmiany formularza - kalkulacja ceny - zgodnie z powyższym oraz do odpowiedniego zmodyfikowania § 5 ust. 2 wzoru umowy.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące nałożenia na wykonawcę zobowiązań, które są niewykonalne odwołujący podniósł, że zarzuty te dotyczą postanowień wzoru umowy (§ 3, § 6A i § 6B). Są to postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (zakres naruszeń został opisany powyżej). Z uwagi na wykazany powyżej zarzut, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i wyczerpujący i prowadzi do tego, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wykonać umowę, należy uznać, że postanowienia te nie mogą pozostać w stanie niezmienionym. W związku z powyższym odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do modyfikacji powyższych postanowień umowy przez usunięcie zapisów dotyczących obowiązków wykonania przedmiotowej kwestionowanej dokumentacji projektowej ewentualnie przed doprecyzowaniem zakresu dokumentacji projektowej, przy czym specyfikacje wykonania i odbioru robót budowlanych nie powinny wchodzić do zakresu przedmiotu zamówienia (jako bezprzedmiotowe w tym zamówienia i niemożliwe do wykonania).

Ponadto odwołujący stwierdził, że zarzut dotyczący § 6B ust. 11 odnosi się do odpowiedzialności wykonawcy za wady dokumentacji projektowej, która w zakwestionowanym postanowieniu została ukształtowana jak odpowiedzialność autora projektu budowlanego. Taki zapis – w ocenie odwołującego – może obciążać wyłącznie autora (projektanta) projektu budowlanego (za wyjątkiem projektu ochrony radiologicznej, który będzie wykonywany przez wykonawcę), a nie autora projektów wykonawczych, które stanowią jedynie - jeśli w ogóle są konieczne - uszczegółowienie projektu budowlanego. Odpowiedzialność wykonawcy może być ograniczona jedynie do przedmiotu umowy a nie dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego. Taki sam zarzut dotyczy powołanego i kwestionowanego § 6B ust. 12 odnośnie przeniesienia praw autorskich. W tym zakresie odwołujący podniósł, że autorskie prawa majątkowe i prawa zależne przysługują w pierwszym rzędzie autorowi projektu budowlanego a nie projektów wykonawczych. Wykonanie tych postanowień może okazać się niemożliwe do wykonania.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania odwołujący wskazał, że w przepisach prawnych brak jest również uzasadnienia dla wyprowadzenia w umowie o

dostawę § 6C, który został ukształtowany tak, jakby była to umowa o roboty budowlane a nie umowa o dostawę. Postanowienie to, nawet jeśli w ramach zamówienia na dostawę będą wykonywane roboty budowlane, nie ma zastosowania, ponieważ dotyczy ono - z uwagi na specyfikę robót budowlanych i całego procesu budowlanego - tylko tych świadczeń i nie nadaje się do stosowania do zamówień na dostawy. W związku z powyższym zamawiający zdaniem odwołującego dopuścił się naruszenia art. 353¹ KC w związku z art. 139 ust. 1 Pzp oraz naruszenia art. 143d Pzp w związku z art. 353¹ KC.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że wykazane błędy w dokumentacji przetargowej uzasadniają wniesienie niniejszego odwołania i uzasadniają zobowiązania zamawiającego do usunięcia tych naruszeń przez modyfikację ogłoszenia, treści SIWZ i załączników w zakresie podanym powyżej. W przypadku, gdyby KIO uznała, że z uwagi na ilość błędów - w części np. dotyczących uzupełnienia dokumentacji wykonawczej trudnych do usunięcia - odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 punkt 7) Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy – Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 23 grudnia 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz dowód przedstawiony na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, a przy tym odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawców – Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 20 grudnia 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wraz z załącznikami;
- 2) złożonego na rozprawie przez przystępującego Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dowodu w postaci oświadczenia wiedzy z dnia 30 grudnia 2019 r. złożonego przez Climamedic Sp. o.o. Sp. K.

Izba ustaliła co następuje

W sekcji II.1.4) ogłoszenia o zamówieniu dotyczącej krótkiego opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał:

Przedmiotem zamówienia jest wyposażenie laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej. Opis prac adaptacyjnych na potrzeby dostawy i instalacji wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej w ramach projektu CMR, tj. rozbudowy i nadbudowy budynku diagnostyki koni zawiera Program funkcjonalno-użytkowy stanowiący załącznik nr 1B do wzoru umowy stanowiący załącz. nr 3B do SIWZ oraz Projekt budowlany stanowiący załącz. nr 1C do wzoru umowy stanowiący załącz. nr 3C do SIWZ. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę wyposażenia w ramach zamówienia "Wyposażenie Laboratorium Diagnostyki Obrazowej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej" stanowi załącz. nr 2 do wzoru umowy stanowiący załącz. nr 4 do SIWZ.

Dalszy ciąg powyższego opisu został zawarty w sekcji II.2.4) ogłoszenia o zamówieniu, w której czytamy:

Do obowiązków wykonawcy należy przygotowanie projektów wykonawczych, które powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do należytego wykonania umowy, w szczególności instalacji wyposażenia, oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Projekty wykonawcze powinny zawierać rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym. Dalsze wymagania dla projektów wykonawczych i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych zawiera 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. Zamaw. informuje, że tam, gdzie w SIWZ opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez

konkretnego wykonawcę, co mogłoby doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, Zamaw. dopuszcza rozwiązanie równoważne opisywanym pod warunkiem, że będą one o nie gorszych właściwościach i jakości. Tam, gdzie Zamaw. opisał przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych lub innych systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp, Zamaw. wskazuje, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamaw..

Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp Zamaw. wymaga, aby następujące czynności niezbędne do realizacji zamówienia były wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę (także dalszego podwykonawcę) na podstawie umowy o pracę: prace ogólnobudowlane, roboty budowlane instalacyjne, prace wykończeniowe, obsługa sprzętu budowl..

Wykonawca zobowiązany jest do:

— wykonywania robót wymienionych w pkt 8 Rozdz. III siwz wyłącznie przez osoby zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę oraz do przekazania imiennego wykazu osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia, ze wskazaniem rodzaju wykonywanych przez nich prac oraz podstawy zatrudnienia, a także jego aktualizowania, na żądanie Zamawiającego oraz do przekazania w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia żądania, dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę (według wyboru Zamawiającego: oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika, innych dokumentów - zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika,

— zapewnienia, w przypadku korzystania z podwykonawców, wykonywania robót wymienionych w pkt 8 Rozdz. III siwz wyłącznie przez osoby zatrudnione przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę na podstawie umowy o pracę,

— zobowiązania podwykonawców lub dalszych podwykonawców do tego, aby czynności wymienione w pkt 8 Rozdz. III siwz były wykonywane wyłącznie przez osoby zatrudnione przez nich na podstawie umowy o pracę.

Postępowanie prowadzone jest w procedurze odwróconej, o której mowa w art. 24 aa. ust. 1 ustawy Pzp (Dz. U. 2019 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub ustawą Pzp Zamawiający informuje, że najpierw dokona oceny ofert a następnie zbada czy wykonawca,

którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W SIWZ opis przedmiotu zamówienia został podany w rozdziale III. Szczególne znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy w ocenie Izby miały trzy pierwsze ustępy tego rozdziału tj.:

- 1. Przedmiotem zamówienia jest wyposażenie laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej.*
- 2. Opis prac adaptacyjnych na potrzeby dostawy i instalacji wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej, tj. rozbudowy i nadbudowy budynku diagnostyki koni zawiera Program funkcjonalno-użytkowy stanowiący załącznik nr 1B do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 3B do SIWZ oraz Projekt budowlany stanowiący załącznik nr 1 C do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 3C do SIWZ.*
- 3. Do obowiązków wykonawcy należy przygotowanie projektów wykonawczych, które powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do należytego wykonania umowy, w szczególności instalacji wyposażenia, oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Projekty wykonawcze powinny zawierać rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skał rysunków w projekcie budowlanym. Dalsze wymagania dla projektów wykonawczych i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych zawiera 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.*

Zgodnie z rozdziałem III ust. 4 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę wyposażenia w ramach zamówienia „Wyposażenie Laboratorium Diagnostyki Obrazowej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej” stanowił załącznik nr 2 do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ.

Sposób obliczenia ceny określał rozdział XVII SWIZ.

Załącznik nr 3A do SIWZ stanowiła kalkulacja ceny ofertowej. Miała ona postać tabelaryczną i w ramach przedmiotu zamówienia zostały wskazane dwie pozycje: system MRI z obrazowaniem PET – kompletny system wraz z adaptacją pomieszczeń i instalacją urządzeń oraz wyposażenie w specjalistyczną aparaturę Laboratorium Diagnostyki Obrazowej – kompletne wyposażenie wraz z adaptacją pomieszczeń i instalacją urządzeń.

Wzór umowy stanowił załącznik nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy:

*Wynagrodzenie określone w ust. 1 będzie liczone według cen jednostkowych podanych w **Załączniku nr 1A do Umowy stanowiącym załącznik nr 3A do SIWZ** (kalkulacja ceny ofertowej).*

*Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie wykonaną dokumentację projektową oraz faktycznie dostarczone **elementy wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie rozbudowy i adaptacji pomieszczeń w ramach projektu centrum medycyny regeneracyjnej** z zastrzeżeniem nieprzekraczalności kwoty, o której mowa w ust. 1.*

W § 6 wzoru umowy zostały uregulowane postanowienia dotyczące warunków dostaw, natomiast w § 6A, § 6B i § 6C odpowiednio: warunki wykonania robót budowlanych, warunki wykonania dokumentacji projektowej i STWIORB oraz prawa autorskie i umów o podwykonawstwo.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 29 ust. 1 Pzp – *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;*

- art. 29 ust. 2 Pzp – *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;*

- art. 30 ust. 9 Pzp – *W przypadku zamówień na dostawy lub usługi, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy produktu lub usługi, w szczególności:*

1) wymaga, adekwatnie do przedmiotu zamówienia, dostosowania projektu do potrzeb wszystkich użytkowników, w tym zapewnienia dostępności dla osób niepełnosprawnych;

2) może wymagać:

a) posiadania przez dostawę lub usługę cech, o których mowa w ust. 8 pkt 2 lit. a, b i d–f oraz i,

b) określonych poziomów jakości,

c) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany, d) procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia dostawy lub usługi oraz procedury oceny zgodności;

- § 12 – § 14 rozporządzenia 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 (zwanego dalej: „rozporządzeniem”), określają zakres i formę specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych;

- art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis sposobu obliczenia ceny;*
- art. 139 ust. 1 Pzp – *Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;*
- art. 143d Pzp – 1. *Umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:*
 - 1) *obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;*
 - 2) *wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;*
 - 3) *obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;*
 - 4) *zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;*
 - 5) *terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;*
 - 6) *zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;*
 - 7) *wysokości kar umownych, z tytułu:*
 - a) *braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,*
 - b) *nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,*
 - c) *nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,*
 - d) *braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.*
- 2. *W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 3 oraz w art. 143b ust. 5 i 8, przedkładający może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopię umowy o podwykonawstwo;*
- 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.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Rozpoznając sprawę Izba przyjęła za własną argumentację zamawiającego zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie oraz w złożonych na rozprawie stanowiskach zamawiającego i przystępujących po jego stronie wykonawców.

Jeśli chodzi o pierwszą grupę zarzutów dotyczących naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 30 ust. 9 Pzp oraz § 12 - § 14, to Izba uznała za słuszną argumentację zamawiającego, iż po dokonaniu analizy tych zarzutów i ich uzasadnienia trudno precyzyjnie określić, które konkretnie postanowienia SIWZ należało zmienić lub w ogóle usunąć z jej treści, tak aby uczynić zadość stanowisku odwołującego. Odwołujący kwestionował możliwość żądania od wykonawców opracowania projektów wykonawczych i STWIORB w przedmiotowym stanie faktycznym. Ponadto odwołujący wskazał przy tym na grupy postanowień SIWZ ogólnie dotyczących określonych zagadnień (projektów wykonawczych, projektu budowlanego, STWIORB, pozwolenia na budowę itp.) zasadniczo kwestionując je przez pryzmat założenia, że postępowanie dotyczy dostaw. Natomiast na rozprawie odwołujący diametralnie zmienił swoją strategię argumentacyjną stwierdzając, że przedmiotowe postępowanie powinno być procedowane w oparciu o przepisy właściwe dla robót budowlanych i tak powinien być oznaczony rodzaj tego zamówienia. Zmiana stanowiska przez odwołującego musiała poddać pod wątpliwość zasadność postawionych zarzutów odwołania oraz doprowadzić do przekonania o dość swobodnym podejściu do postawionych zarzutów jak i całego odwołania. Niemniej przechodząc do dalszej części uzasadnienia należy wskazać, że w niniejszej sprawie, na przedmiot zamówienia składały się dwa rodzaje zamówień – dostawy i roboty budowlane, do których mają zastosowanie te same przepisy Pzp. Możliwość ich połączenia jest wprost wyrażona w Pzp, która zawiera przepisy regulujące sposób procedowania w takiej sytuacji. Zgodnie z art. 5c ust. 1 Pzp *jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.* Podobnie tę materię reguluje art. 5f Pzp, który stanowi, że: *Jeżeli przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.*

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w rozdziale III SIWZ, przedmiotem zamówienia jest wyposażenie laboratorium diagnostyki obrazowej oraz wykonanie adaptacji pomieszczeń w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej (ust. 1). Adaptacja pomieszczeń została zdefiniowana w ust. 2 jako rozbudowa i nadbudowa budynku diagnostyki koni, której dotyczy Program funkcjonalno-użytkowy stanowiący załącznik nr 1B do wzoru umowy, stanowiący załącznik nr 3B do SIWZ oraz Projekt budowlany stanowiący załącznik nr 1C do wzoru umowy, stanowiący załącznik nr 3C do SIWZ.

Mając na uwadze argumentację zamawiającego i przystępujących Izba nie znalazła przeciwskażeń do uznania, iż głównym przedmiotem zamówienia są dostawy, a wymagane roboty budowlane mają charakter akcesoryjny do dostaw, które są niezbędne do wykonania głównego przedmiotu zamówienia tj. instalacji urządzeń objętych zamówieniem. Zamawiający wyjaśnił, że dla niego sam obiekt ma znaczenie drugorzędne, nie jest bowiem zainteresowany budynkiem na potrzeby ogólnej działalności dydaktycznej. Zamawiającemu – jak wynika z odpowiedzi na odwołanie – zależało na infrastrukturze w postaci kompletnego laboratorium diagnostyki obrazowej, podporządkowanego funkcjonalnie i technologicznie specjalistycznym urządzeniom, które będą tam zainstalowane. Ze względu na brak jakiegokolwiek argumentacji ze strony odwołującego, Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać wiary stwierdzeniom zamawiającego i uznała, że ze względu na funkcjonalne i techniczne powiązanie prac projektowych z wyposażeniem, które zaoferuje wykonawca, zamawiający miałby duże trudności z oddzieleniem obu części zamówienia. Konkretnie wyposażenie wymusza bowiem zastosowanie odpowiednich rozwiązań w zakresie robót ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych, instalacyjnych i wykończeniowych.

W świetle powyższego nie ulegało wątpliwości, że postępowanie obejmuje tzw. zamówienia mieszane (wielorodzajowe) dostawy i roboty budowlane, czego konsekwencją, na gruncie art. 5c Pzp był obowiązek przyjęcia co stanowi główne zamówienie. Dalszym zaś skutkiem konieczność stosowania przepisów właściwych dla tego głównego przedmiotu. W rezultacie zamawiający miał obowiązek poruszać się w reżimie ogólnych przepisów dotyczących dostaw. Nie zmienia to jednak faktu, że przedmiotem zamówienia nadal są dwa różne rodzaje zamówień.

Ponadto za zamawiającym należy przyjąć, że opis przedmiotu zamówienia w części obejmującej dostawy (załącznik nr 2 do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ) nie był w żadnej mierze kwestionowany. Odwołujący podważał jedynie część budowlaną, a co więcej jedynie jej element projektowy. Powierzenie wykonawcom realizacji prac adaptacyjnych (rozbudowa i nadbudowa) również nie budziło bowiem zastrzeżeń odwołującego. Odwołujący nie zgodził się jedynie z obowiązkiem wykonania projektów wykonawczych i STWIORB. Widać tu daleko idącą niekonsekwencję. Odwołujący nie widział

przeciwwskazań do połączenia dostaw i robót budowlanych, lecz oczekiwał, aby te drugie zostały opisane (poprzez stosowną dokumentację) przez zamawiającego.

Na aprobatę zasługiwały także wyjaśnienia zamawiającego dotyczące tego, że z zakresu opracowań projektowych wyłączył projekt budowlany, który przygotował we własnym zakresie, na potrzeby uzyskania pozwolenia na budowę. Na tym polu odwołujący zarzucił wewnętrzną sprzeczność opisu przedmiotu zamówienia wskazując na różne daty wykonania PFU i wspomnianego projektu budowlanego. Zamawiający odnosząc się do tych twierdzeń podniósł, że zgodnie z § 3 rozporządzenia zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający biorąc pod uwagę tryb udzielenia zamówienia publicznego oraz wymagania dotyczące postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikające z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.). Rzeczone wymagania to przede wszystkim pozwolenie na budowę. Zgodnie z art. 28 ust 1 ww. ustawy, roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art 29-31. Zakres potrzebnej dokumentacji implikują więc głównie wymagania administracyjno-prawne dla procesu inwestycyjnego.

W ocenie Izby nie sposób uznać, że zamawiający zamierzając zlecić zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie mógł udostępnić w ramach opisu przedmiotu zamówienia jakichkolwiek innych dokumentów niż PFU. PFU ma służyć wykonaniu prac projektowych, a skoro część tego zakresu (projekt budowlany) została już przygotowana to mogła i powinna być wykorzystana jako podstawa projektu wykonawczego. Wszak jego istotą jest uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do realizacji robót budowlanych. Gdyby przyjąć inne zapatrywanie, to zamawiający który w ramach umowy z projektantem uzyskałby projekt budowlany i pozwolenie na budowę po czym doszłoby do odstąpienia od umowy, nie mógłby zagospodarować tych materiałów i skazany byłby na prowadzenie od początku żmudnego procesu przygotowania inwestycji. Podsumowując Izba za zamawiającym przyjęła, że zamawiający ograniczając zakres dokumentacji projektowej leżący po stronie wykonawcy do projektów wykonawczych nie naruszył wskazanych w treści zarzutu przepisów Pzp ani rozporządzenia.

Co się zaś tyczy jakości PFU, projektu budowlanego oraz relacji tych dokumentów względem siebie przede wszystkim należy wskazać, że odwołujący nie sformułował żadnych konkretnych zarzutów względem ich zawartości ograniczając się do przywołania dat i nazwy zadania widniejącej w PFU. Zarazem dokonał wybiórczej i pobieżnej analizy obszernych dokumentów (projektu budowlanego i PFU) wypaczając całkowicie ich sens. Otóż na stronie tytułowej PFU wskazano, że jest to opis prac adaptacyjnych na potrzeby dostawy i instalacji wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej w ramach projektu centrum medycyny regeneracyjnej: Rozbudowa i nadbudowa budynku diagnostyki koni. Nazwa opracowania

koreluje z SIWZ (rozdział III pkt 2: Opis prac adaptacyjnych na potrzeby dostawy i instalacji wyposażenia laboratorium diagnostyki obrazowej w ramach projektu Centrum Medycyny Regeneracyjnej, tj. rozbudowy i nadbudowy budynku diagnostyki koni zawiera Program funkcjonalno-użytkowy stanowiący załącznik nr 1B do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 3B do SIWZ oraz Projekt budowlany stanowiący załącznik nr 1C do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 3C do SIWZ). Zawarta w PFU wzmianka o inwestycji polegającej na „budowie obiektu budowlanego” nie stanowi o sprzeczności dokumentacji, zgodnie bowiem z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Natomiast jak wskazano powyżej zawartość merytoryczna PFU nie była przez odwołującego kwestionowana.

Izba uznała, że zamawiający słusznie wskazał, iż odwołujący nie zarzucił wzajemnej sprzeczności projektu budowlanego i PFU (nie wymienił żadnego przykładu rozbieżnych postanowień), wobec czego jego wątpliwości co do pierwszeństwa są czysto hipotetyczne. Zresztą tego rodzaju hierarchizacja jest niepotrzebna wobec specyfiki projektów wykonawczych. Izba w tym zakresie stanęła na stanowisku, mając na uwadze przede wszystkim twierdzenia i stanowiska obu przystępujących, którzy – należy uznać – są zainteresowani złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu, że dokumentacja składająca się na opis przedmiotu jest spójna, a dokumenty składające się na przedmiot zamówienia są wobec siebie komplementarne. Wobec tego wniosek odwołującego o ustalenie hierarchii tych dokumentów także z tego powodu był bezpodstawny. Wykonawca ma obowiązek opracować projekty wykonawcze zgodnie z rozporządzeniem, czyli w oparciu o projekt budowlany. W istocie więc stanowisko odwołującego sprowadzało się do tezy o częściowej nieprzydatności i bezcelowości PFU, wobec istniejącego projektu budowlanego. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał powyższej tezy.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art 29 ust. 1 i ust. 2, ani art 30 ust. 9 Pzp, ani także przepisów rozporządzenia.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący wadliwości formularza przeznaczonego do przedstawienia kalkulacji ceny należy wskazać, że sposób obliczenia ceny zawierał rozdział XVII SIWZ. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zmodyfikował Załącznik nr 1A do wzoru umowy stanowiący załącznik nr 3A do SWZ - Kalkulacja ceny ofertowej poprzez wyodrębnienie pozycji dla prac projektowych i robót budowlanych. Okoliczność ta została potwierdzona także na rozprawie. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tej kwestii tym samym Izba uznała, że ww. zarzut stał się bezprzedmiotowy. Ponadto należy wskazać, że odwołujący nie sprecyzował swojego żądania oczekując zobowiązania zamawiającego do zmiany formularza „zgodnie z powyższym”, przy czym owo „powyższe” nie zostało

sprecyzowane. W tym kontekście zarzuty dotyczące treści § 5 ust. 2 wzoru umowy także należało uznać za bezpodstawne, a konieczność modyfikacji odpadła.

W zakresie zarzutów dotyczących nałożenia na wykonawcę zobowiązań, które są niewykonalne Izba za zamawiającym przyjęła, że wadliwość postanowień § 6A i § 6B wzoru umowy została w całości wywiedziona z twierdzeń o błędnym opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wprost wskazał, że zakres naruszeń został opisany powyżej (tj. w części 1 uzasadnienia odwołania). W związku z tym powielanie tej argumentacji było zbędne.

Natomiast zamawiający osobno podszedł do zarzutu dotyczącego §6B ust. 11 i 12 wzoru umowy. W pierwszym przypadku chodzi o odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej. Odwołujący twierdził, że spoczywa ona wyłącznie na autorze projektu budowlanego i nie może być przenoszona na wykonawcę. Zamawiający podniósł, że ust. 11 § 6B wzoru umowy odnosi się do odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej, która leży po stronie wykonawcy. Zamawiający zwrócił uwagę, że § 6B został zatytułowany „WARUNKI WYKONANIA DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ I STWIORB ORAZ PRAWA AUTORSKIE”. Zamawiający wskazał, że określenie „dokumentacja”, czy „dokumentacja projektowa”, odnosi się do zakresu opisanego w § 6B ust. 1, co wprost wynika z ust. 4 i kolejnych oraz zwrócił uwagę, że każdorazowo zwroty te są używane w kontekście opracowań, które przygotowuje w ramach umowy wykonawca. Tym samym Izba uznała powyżej wskazane wyjaśnienia zamawiającego i stanęła na stanowisku, że wykonawca nie bierze odpowiedzialności za jakość projektu budowlanego, który jedynie uzupełnia i uszczegółowia w ramach realizacji projektów wykonawczych. Ewentualne wady projektu budowlanego będą obciążać jego autora.

W podobny sposób zdaniem zamawiającego należy rozpatrywać obowiązek przeniesienia praw autorskich. Rozciąga się on wyłącznie na opracowania wykonawcy. Zamawiający stanął na stanowisku, że nie widzi ryzyka wprowadzenia zmian do projektu budowlanego w czasie realizacji projektów wykonawczych, bo te mają jedynie uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany, a nie go modyfikować. Niemniej zamawiający wyjaśnił, że posiada autorskie prawa majątkowe do projektu budowlanego, toteż obawy o naruszenie praw autorskich były nieuzasadnione oraz zwrócił uwagę, że odwołujący nie sprecyzował w jakim zakresie mogłoby do tego dojść, a tym samym w jakim konkretnie aspekcie postanowienia ust. 12 pozostają sprzeczne z art. 353¹ KC. W tym zakresie podobnie jak powyżej Izba, wobec zupełnej bierności odwołującego, uznała stanowisko zamawiającego i w jej ocenie nie budziło ono wątpliwości.

Jeśli chodzi o ostatni podniesiony w odwołaniu zarzut, dotyczący § 6C wzoru umowy tj. umów o podwykonawstwo, to należy przypomnieć, że przedmiotowe zamówienie obejmuje dostawy i roboty budowlane, stąd nie można czynić zamawiającemu zarzutu, że dokumentacja zawiera postanowienia adekwatne do każdego z tych rodzajów świadczeń.

Odwołujący w odwołaniu zresztą przyznał, iż są one właściwe dla umów o roboty budowlane, natomiast chciał ich usunięcia wyłącznie z tego powodu, że jego zdaniem przedmiotem zamówienia są dostawy, co jest niezgodne ze stanem faktycznym. Przedmiotową argumentację unieważnił sam odwołujący, który jak wskazano powyżej na rozprawie całkowicie zmienił swoją argumentację, domagając się zakwalifikowania przedmiotowego zamówienia jako roboty budowlane.

Niemniej w tym wypadku Izba także przyznała rację zamawiającemu, który wyjaśnił, że umowa reguluje zasady wykonywania dostaw jak i robót budowlanych. Ma charakter mieszany, łączy w sobie elementy umowy sprzedaży i umowy na roboty budowlane. W związku z powyższym zostały w niej określone warunki m.in. zatrudnienia podwykonawców oraz bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, odpowiednio do art. 143d Pzp. Niezależnie bowiem od faktu, że głównym przedmiotem zamówienia są dostawy, umowa częściowo jest umową na roboty budowlane, a więc powinna zawierać regulacje właściwe dla tego rodzaju stosunków prawnych. W sytuacji gdy umowa inkorporuje elementy dające się przyporządkować do konkretnych umów stypizowanych uznaje się, że ocena prawna takiej umowy powinna być oparta na metodzie kombinowanej, polegającej na zastosowaniu przepisów właściwych dla każdego elementu osobno. Przedmiotowe stanowisko koresponduje z dowodem złożonym na rozprawie przez przystępującego Siemens Healthcare Sp. z o.o. oraz stanowiskiem tego przystępującego wskazującym, że profesjonalnie zajmuje się dostawą sprzętu, a w zakresie robót budowlanych korzysta z podwykonawstwa, zatem należy uznać, że umowa w sposób zgodny zarówno z prawem jak i praktyką przewiduje i reguluje takie sytuacje. Powyższe założenie uzasadnia dodatkowo fakt, że chodzi o umowę w sprawie zamówienia publicznego, która nie stanowi odrębnego typu umowy nazwanej, ale w stosunku do której Pzp zawiera liczne regulacje szczegółowe, które nie mogą być pomijane.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w pkt 3 i 4 petitum odwołania, tym samym zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 353¹ KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp ani naruszenia art. 143d Pzp w zw. z art. 353¹ KC

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona

hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: