

Sygn. akt: KIO/UZP 318/09

WYROK
z dnia 30 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Sylwester Kuchnio
Członkowie:	Andrzej Niwicki
	Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (lider Konsorcjum), Strabag Sp. z o.o., Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH; z siedzibą dla lidera Konsorcjum ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa** protestu z dnia 27 lutego 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum: Max Bögl Polska Sp. z o.o.(lider Konsorcjum), Max Bögl GmbH, Budimex Dromex S.A., z siedzibą dla lidera Konsorcjum ul. Parkowa 21, 55-040 Tyniec Mały** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (lider Konsorcjum), Strabag Sp. z o.o., Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH; z siedzibą dla lidera Konsorcjum ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (lider Konsorcjum), Strabag Sp. z o.o., Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH; z siedzibą dla lidera Konsorcjum ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Eiffage Budownictwo Mitex S.A. (lider Konsorcjum), Strabag Sp. z o.o., Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH; z siedzibą dla lidera Konsorcjum ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa.**

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

STAN FAKTYCZNY SRAWY

Zamawiający, Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., z siedzibą przy Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie w trybie przetargu publicznego o udzielenie zamówienia na „Budowę stadionu wielofunkcyjnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

W dniu 17.02.2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom zakwalifikowanym do drugiego etapu postępowania zaproszenie do składania oferta wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz).

PROTEST

W dniu 27.02.2009 r. Konsorcjum w składzie:

1. Eiffage Budownictwo Mitex S.A.

02-676 Warszawa

ul. Postępu 5A,

2. Strabag Sp. z o.o

03-472 Warszawa

ul. Brechta 7

3. Baugesellschaft Walter Hellmich GmbH

Lanterstr. 20m

D-46539 Dinslaken, Niemcy

zwane dalej „Konsorcjum”, wniosło protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 150 i art. 139 ust. 1 Pzp w związku z przywołanymi w treści protestu przepisami Kodeksu cywilnego (Kc). Ponadto protestujący sformułował zarzut – w uzasadnieniu protestu – naruszenia przez zamawiającego art. 29 ustawy.

Protestujący wskazał, iż określone przez zamawiającego postanowienia siwz, w szczególności wzoru umowy, jaka ma zostać zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania, naruszają jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż stanowią naruszenie zasady swobody kształtowania warunków umowy, nakładają na wykonawcę zobowiązania niemożliwe do wykonania i jako sprzeczne z ustalonymi zwyczajami, uniemożliwiają rzetelną wycenę oferty.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in. (przedstawione zostają części protestu, których dotyczyło złożone następnie odwołanie):

I (część VI protestu)

Prawidłowość Dokumentacji projektowej

W pkt 3.1.1. zdanie drugie wzoru umowy zawarte jest oświadczenie wykonawcy treści następującej: "Wykonawca zapoznał się z treścią Dokumentacji Projektowej przed zawarciem Umowy i nie stwierdził jakichkolwiek nieprawidłowości wynikających w szczególności z naruszenia Wymogów Prawnych lub Zasad Sztuki Budowlanej, a także uznał ją za prawidłową, kompletną i wystarczającą dla wykonania Umowy". Pkt 6.1 SIWZ wskazuje, że "Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie stadionu wielofunkcyjnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie szczegółowo określonym w: projekcie wykonawczym, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ".

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

Ponieważ - jak wynika z treści pkt 6.1 SIWZ przedmiot zamówienia nie obejmuje sprawdzenia Dokumentacji Projektowej, która w rzeczywistości wiązałaby się z koniecznością sprawdzenia wszystkich wyliczeń projektowych prowadzących w efekcie końcowym do ponownego projektowania, przeto oświadczenie zawarte w treści zdania drugiego pkt 3.1.1 wzoru umowy jest niezgodne z treścią art. 651 k.c.

Mając na uwadze powyższe protestujący wniósł o zmianę zapisu pkt 3.1.1 poprzez skreślenie części zdania rozpoczynającego się od słów „(...)” i nie stwierdził jakichkolwiek nieprawidłowości (...)” aż do końca zdania.

II (część VII protestu)

Prace I Etapu

Zarówno w treści SIWZ jaki w stanowiącym załącznik do SIWZ wzorze umowy brak jest zobowiązania Zamawiającego dotyczącego terminu zakończenia prac Etapu I - jedynie w przypisie do pkt 1.1.10 wzoru umowy (str. 6) znajduje się informacja, że prace w ramach Etapu I trwają w dniu przekazania wykonawcom wzoru (projektu) umowy i będą zakończone w dniu zawarcia Umowy. Jednocześnie w pkt 3.2 wzoru umowy zawarte jest oświadczenie Wykonawcy dotyczące zapoznania się z rezultatem realizacji Etapu I, w którym wskazuje on, że „(...) zapoznał się z dokumentacją powykonawczą zawierającą inwentaryzację wykonanych prac fundamentowych, a także dokonał inspekcji Placu Budowy oraz jego otoczenia i nie zgłasza w tym zakresie zastrzeżeń.”. W kontekście treści przypisu do pkt 1.1.10 Umowy zobowiązanie wskazane w pkt 3.2 wzoru umowy jest świadczeniem niemożliwym. Nie można bowiem zapoznać się z inwentaryzacją wykonanych prac

fundamentowych, jak również nie można dokonać ich inspekcji przed dniem zawarcia Umowy, skoro prace te mają być zakończone dopiero w dniu w którym ta Umowa zostanie zawarta. Nakładanie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do spełnienia, jako stanowiące naruszenie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) nie może zasługiwać na ochronę. Brak dokumentacji prac Etapu I na etapie postępowania przetargowego sprawia, że przedmiot zamówienia nie jest opisany zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 29 Pzp, bowiem nie są znane wszystkim oferentom wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo - uwzględniając fakt, że jednym z oferentów jest wykonawca robót Etapu I - uchybienie zamawiającego polega na stworzeniu sytuacji naruszającej zasadę zachowania równości i uczciwej konkurencji w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym protestujący wniósł o zmianę zapisów SIWZ oraz stanowiącego jej załącznik wzoru umowy polegających na:

- jednoznacznym wskazaniu daty zakończenia prac I Etapu w terminie umożliwiającym przekazanie wszystkim oferentom dokumentacji powykonawczej zawierających ich inwentaryzację przed upływem terminu dla składania ofert,
- określeniu procedury i terminów, w którym wykonawca może zgłosić zastrzeżenia dotyczące prac I Etapu.

III. (część IV protestu)

Gwarancja

Wśród wymagań gwarancyjnych - pkt 23.1.3 ppkt (iii) - znajduje się gwarancja na „konstrukcję wsporczą stalową dachu Stadionu (łącznie z pierścieniem ściskany) oraz powłoką malarską - 15 (piętnaście) lat”. Protestujący stwierdza, że nie istnieje powłoka malarska objęta 15-letnią gwarancją. Świadczenie wykonawcy w tym zakresie jest niemożliwe.

W związku z powyższym protestujący wniósł o wykreślenie z pkt 23.1.3 ppkt (iii) wzoru umowy wyrazów „oraz powłoką malarską”.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 06.03.2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest – uwzględnił część protestu, a część oddalił w opisywanym niżej zakresie.

W uzasadnieniu oddalenia protestu w części zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, iż zamawiający jest uprawniony do jednostronnego określenia postanowień przyszłej umowy i jest to wiążące dla potencjalnych wykonawców, którzy mogą rozważyć na etapie poprzedzającym złożenie ofert czy są gotowi starać się o udzielenie zamówienia na wymaganych przez Zamawiającego warunkach i na tej podstawie podjąć decyzję o udziale w dalszej części postępowania i złożeniu oferty (por. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 779/08, LEX nr 443155, zgodnie z którym: „Z treści przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Ustawodawca stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby - odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy”).

Ewentualny protest może być zatem jedynie oparty na zarzucie naruszenia konkretnych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa przy konstruowaniu postanowień Wzoru Umowy, przy czym protestujący wielokrotnie zarzucał naruszenie przepisów względnie obowiązujących, które mogą być umownie modyfikowane.

Ponadto zamawiający podniósł, iż nawet nie będąc zobowiązany do uwzględniania postulatów zamawiającego - po rozważeniu w dobrej wierze argumentów zawartych w proteście - postanowił o wprowadzeniu pewnych modyfikacji do warunków zamówienia przekazanych wszystkim wykonawcom w odrębnym piśmie (pismo z dnia 6 marca 2009 roku).

Powyższa ogólna uwaga odnosi się ogólnie do wszystkich sformułowanych przez protestującego zarzutów w zakresie objętym oddaleniem protestu. Natomiast odnosząc się do poszczególnych kwestii podniesionych w proteście zamawiający stwierdził:

I. (część VI protestu, pkt. II.3 rozstrzygnięcia protestu)

Prawidłowość Dokumentacji Projektowej

Zamawiający nie stwierdził zarzucanego naruszenia art. 651 k.c. Decyzja zamawiającego o wprowadzeniu zaskarżonego postanowienia Wzoru Umowy nie narusza żadnego

bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa i jest dopuszczalna w ramach generalnej kompetencji wyrażonej w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

II. (część VII protestu, pkt II.5 rozstrzygnięcia protestu)

Prace I Etapu

Zamawiający nie stwierdził zarzucanego naruszenia art. 29 Pzp. Przedmiot zamówienia został opisany prawidłowo w art. 2 Wzoru Umowy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz projekcie wykonawczym przekazanym Konsorcjum i innym potencjalnym wykonawcom. Decyzja Zamawiającego o wprowadzeniu zaskarżonego postanowienia Wzoru Umowy nie narusza żadnego bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa i jest dopuszczalna w ramach generalnej kompetencji wyrażonej w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

III. (część IV protestu, pkt II.3 rozstrzygnięcia protestu)

Gwarancja

Wg wiedzy zamawiającego dostępne na rynku europejskim oferty rynkowe nie wykluczają uzyskania gwarancji jakości na okres 15 lat w odniesieniu do powłoki malarskiej.

ODWOŁANIE

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu, w dniu 16.03.2009 r. Konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

W odwołaniu, ślad za zarzutami protestu, podniesiono, iż w zakresie objętym oddaleniem protestu postanowienia siwz naruszają art. 7. art., 36 ust. 1 pkt 4, art. 150, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przywołanymi w treści protestu i odwołania przepisami Kodeksu cywilnego, podtrzymując w uzasadnieniu protestu zarzut naruszenia art. 29 ustawy.

W uzasadnieniu odwołujący przyznał, iż zgodnie z art. 36 ust. pkt 16 ustawy Pzp, na zamawiającego został nałożony obowiązek określenia w siwz istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na

takich warunkach. Nie oznacza to jednak, że zamawiający, będąc uprawnionym do jednostronnego określenia postanowień przyszłej umowy, jest równocześnie uprawniony do kształtowania tych postanowień bez zapewnienia równości stronom Umowy. Tym bardziej zamawiający nie może narzucać wykonawcom przyjęcia na siebie zobowiązań niemożliwych do wykonania. Zamawiający obowiązany jest zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu należycie wykonanego zamówienia, a interesem potencjalnego wykonawcy.

Oczywiście, wprowadzenie zapisów przerzucających znaczną część ryzyk na jedną ze stron umowy jest w świetle prawa dopuszczalne. Tym niemniej, wykonawca ubiegający się o zamówienie musi uzyskać od Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert informacje pozwalające na zdefiniowanie i wycenę tych ryzyk. Aby podjąć decyzję o udziale w dalszej części postępowania i złożeniu oferty wykonawcy muszą otrzymać od zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisany przedmiot i warunki realizacji zamówienia.

Brak jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, a także przypisanie wykonawcy odpowiedzialności, których on żadną miarą ponosić nie może skutkuje niemożnością przejęcia tego typu ryzyka i niemożnością dokonania rzetelnej wyceny oferty. Żadna metoda ekonomicznej weryfikacji projektu oferty nie znajduje zastosowania do tego rodzaju konstrukcji umownych.

I. Prawdliwość Dokumentacji Projektowej

Odwołujący wskazał, iż zamawiający odrębnym pismem nr Ldz. 325/2009 z dnia 6 marca 2009 r. nadaje kwestionowanemu art. 3.1.1. umowy nowe brzmienie, tj. treść:

„Projekt wykonawczy opracowany przez Projektantów na zlecenie Zamawiającego w ramach procesu przygotowania budowy Obiektów oraz Specyfikacje Techniczne (łącznie "Dokumentacja Projektowa") zostały przedstawione Wykonawcy przez zawarciem Umowy i parafowane przez Strony. Wykonawca zapoznał się z treścią Dokumentacji Projektowej przed zawarciem Umowy i nie stwierdził jakichkolwiek nieprawidłowości wynikających w szczególności z naruszenia Wymogów Prawnych lub Zasad Sztuki Budowlanej, a także uznaje ją za prawidłową, kompletną i wystarczającą dla wykonania Umowy”.

zastępuje treścią:

„Projekt wykonawczy opracowany przez Projektantów na zlecenie Zamawiającego w ramach procesu przygotowania budowy Obiektów oraz Specyfikacje Techniczne (łącznie "Dokumentacja Projektowa ") zostały przedstawione Wykonawcy przez zawarciem Umowy i

paraflowane przez Strony. Wykonawca zapoznał się z treścią Dokumentacji Projektowej przed zawarciem Umowy oraz uznał ją za kompletną i wystarczającą dla wykonania Umowy”.

Odwołujący w proteście wnioskował o skreślenie części zdania rozpoczynającego się od słów „(..) i nie stwierdził jakichkolwiek nieprawidłowości (..)” aż do końca zdania i podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie.

W nawiązaniu do powyższego odwołujący podnosi, iż odpowiedzialnym za to, że dokumentacja projektowa jest "kompletna i wystarczająca" dla wykonania robót budowlanych jest jej autor, projektant. W świetle umowy o roboty budowlane, to Zamawiający (inwestor) odpowiada wobec wykonawcy za ewentualne błędy projektowe, w szczególności polegające na tym, że dostarczona przez niego wykonawcy robót dokumentacja projektowa jest niekompletna lub niewystarczająca dla wykonania umowy. Próba przerwania odpowiedzialności za poprawność dokumentacji projektowej na wykonawcę robót stoi w jaskrawej sprzeczności z istotą umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.).

Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 kc. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. Pozostawienie w art. 3.1.1. umowy stwierdzenia „*oraz uznał ją za kompletną i wystarczającą dla wykonania Umowy*” w świetle oświadczenia zawartego w pkt 6 formularza Oferty (zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy na zawartych we wzorze umowy warunkach) nie pozwoli na realizację obowiązku nałożonego przez art. 651 k.c.

Ponieważ - jak wynika z treści pkt 6.1 SIWZ przedmiot zamówienia nie obejmuje sprawdzenia Dokumentacji Projektowej, które w rzeczywistości wiązałyby się z koniecznością sprawdzenia wszystkich wyliczeń projektowych prowadzących w efekcie końcowym do ponownego projektowania obiektu, przeto oświadczenie zawarte w treści zdania drugiego art. 3.1.1 wzoru umowy jest niezgodne z treścią art. 651 kc.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o zmianę zapisu art. 3.1.1 poprzez skreślenie części zdania rozpoczynającego się od słów „(....) i nie stwierdził jakichkolwiek nieprawidłowości (...)” aż do końca zdania.

II. Prace I Etapu

Odwołujący podtrzymał stanowisko, że brak dokumentacji prac Etapu I na etapie postępowania przetargowego sprawia, że przedmiot zamówienia nie jest opisany zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 29 Pzp, bowiem nie są znane wszystkim oferentom wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że zarówno w treści SIWZ, jak i w stanowiącym załącznik do SIWZ wzorze umowy brak jest zobowiązania zamawiającego dotyczącego terminu zakończenia prac Etapu I - jedynie w przypisie do art. 1.1.10 wzoru umowy (str. 6) znajduje się informacja, że prace w ramach Etapu I trwają w dniu przekazania wykonawcom wzoru (projektu) umowy i będą zakończone w dniu zawarcia Umowy.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł jak w proteście o zmianę zapisów SIWZ oraz stanowiącego jej załącznik wzoru umowy polegających na:

- jednoznacznym wskazaniu daty zakończenia prac I Etapu w terminie umożliwiającym przekazanie wszystkim oferentom dokumentacji powykonawczej zawierających ich inwentaryzację przed upływem terminu dla składania ofert,
- określeniu procedury i terminów, w którym wykonawca może zgłosić zastrzeżenia dotyczące prac I Etapu.

III. Gwarancja

Wśród wymagań gwarancyjnych - art. 23.1.3 ppkt (iii) - znajduje się gwarancja na „konstrukcję wsporczą stalową dachu Stadionu (łącznie z pierścieniem ściskany) oraz powłoką malarską - 15 (piętnaście) lat”. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że "dostępne na rynku europejskim oferty rynkowe nie wykluczają uzyskania gwarancji jakości na okres 15 lat w odniesieniu do powłoki malarskiej". Zdaniem Odwołującego, co potwierdziły również firmy przystępujące do postępowania protestującego, nie istnieje powłoka malarska objęta 15-letnią gwarancją. Świadczenie wykonawcy w tym zakresie jest niemożliwe.

Dlatego Odwołujący wniósł o wykreślenie z art. 23.1.3 ppkt (iii) wzoru umowy wyrazów "oraz powłoką malarską".

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w kwestionowanym w odwołaniu zakresie, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie naruszają przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ani stosowanych na mocy art. 14 i 139 ustawy oraz właściwych z racji cywilnoprawnego charakteru stosunków zamawiającego z wykonawcami, przepisów Kodeksu cywilnego.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko zamawiającego, iż wobec ograniczonej jedynie przepisami prawa swobody zamawiającego w ułożeniu treści stosunku zobowiązaniowego, dla zgłoszenia uprawnionego żądania jego zmiany, konieczne jest wskazanie bezwzględnie obowiązujących przepisów, które naruszono formułując postanowienia siwz. Nie wystarczy odwołanie się do ogólnych, nie wypełnionych normatywną treścią zasad obrotu lub wskazanie na brak równoważności i proporcjonalności w zabezpieczeniu interesów stron przewidywanym w projekcie umowy. Zasada wolności umów dla wykonawcy sprowadza się tu jedynie, do pełnej swobody, co do przyjęcia tego typu zobowiązań. W przypadku rozpoznania, iż zamawiający w umowie przewiduje i nakłada obowiązki umowne, którym wykonawca nie będzie mógł sprostać, czy też ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest z punktu widzenia racjonalnego podjęcia się realizacji zbyt wielkie, dany wykonawca może i powinien z ubiegania się o takie zamówienie zrezygnować.

Oprócz powołanego wskazania naruszenia konkretnych przepisów, wykonawca nie ma żadnej możliwości zmuszenia zamawiającego do zmiany i ograniczenia przewidzianych obowiązków umownych oraz poniesie wszelkie konsekwencje związane ze skutkami niewykonania zobowiązań jeżeli z nich się nie wywiąże.

Natomiast w ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie doszło do nałożenia na wykonawców nadmiernych, niedopuszczalnych w świetle przepisów prawa, zobowiązań, w szczególności świadczeń niemożliwych do wykonania. Zamawiający również nie popełnił błędów ani braków w opisie przedmiotu zamówienia, które uniemożliwiłyby odpowiednie skalkulowanie ryzyk i tym samym wycenienie i złożenie oferty. Nie stwierdzono także ograniczania

konkurencji ani nierównego traktowania wykonawców poprzez dokonany opis przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów opisywanych w częściach stanu faktycznego niniejszego uzasadnienia oznaczanych rzymską cyfrą „I”, a dotyczących zobowiązania wykonawcy do sprawdzenia dokumentacji projektowej oraz potwierdzenia tego stosownym oświadczeniem, uznać należy, iż są podwójnie chybione.

Po pierwsze nieuprawnione jest wywodzenie, iż obowiązujące w danym zakresie postanowienia wzoru umowy (w kształcie nadanym modyfikacją siwz z dnia 06.03.2009 r.), poprzez które wykonawca oświadcza, że *„zapoznał się z treścią Dokumentacji Projektowej przed zawarciem Umowy oraz uznał ją za kompletną i wystarczającą dla wykonania Umowy”* zobowiązują wykonawcę i prowadzą „do ponownego projektowania”.

Uwzględniając semantykę wyżej wymienionych sformułowaniach, z których w opinii Izby wcale nie wynikają dla wykonawcy obowiązki przypisywane i wywodzone przez odwołującego, w zastanym przypadku w pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych i prawnych warunkujących interpretację tekstu umowy. Wobec okoliczności sprawy stwierdzić należy, iż zaproponowane przez zamawiającego postanowienia umowne odpowiadają regulacjom prawnym obowiązującym w tym zakresie i w uzgodnieniu z treścią tych regulacji należy rekonstruować ich treść i znaczenie.

Nie budzi wątpliwości, iż w zgodzie z art. 647 Kodeksu cywilnego to na inwestorze ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności przygotowania placu budowy oraz sporządzenia i dostarczenia projektu. Z powyższego nie wynika jednak brak jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu.

Obowiązki te wynikają z art. 651 Kc, według którego wykonawca jest obowiązany zawiadomić inwestora o dostrzeżonych brakach w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27.03.2000 r. (sygn. III CKN 629/98) zakres obowiązku sprawdzenia dokumentacji przez wykonawcę robót ogranicza się do przypadków nie wymagających specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Tym samym Sąd Najwyższy przyznał i nie wykluczył istnienia obowiązków związanych z weryfikacją dokumentacji wynikających z dyspozycji art. 651 Kc, a jedynie wskazał i ograniczył ich zakres. W ślad za stanowiskiem doktryny (patrz „System prawa cywilnego” pod. red. J. Rajskiego, C.H. Beck, Warszawa 2001, t. 7 str. 314) przyjąć można, iż obowiązkiem wykonawcy jest sprawdzenie czy dostarczone projekty są kompletne, zatwierdzone przez właściwe organy i czy nie zawierają wad lub błędów dających

się wykryć przy zachowaniu poziomu należytej staranności wymaganego w stosunkach danego rodzaju.

W świetle powyższego stwierdzić można, iż postanowienia wzoru umowy przewidziane przez zamawiającego i kreowane przez nie zobowiązania dotyczące sprawdzenia dokumentacji stanowią odzwierciedlenie obowiązków wynikających z powoływanych przepisów i nie wykraczają poza ich zakres.

Ponadto zgodnie z art. 65 § 2 Kc umowy interpretuje się badając raczej zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie opierając się na ich dosłownym brzmieniu. Skoro więc jeden z potencjalnych wykonawców (odwołujący) twierdzi, iż zobowiązania sprowadzające się do ponownego przeliczenia i sprawdzania poprawności projektu są nie do przyjęcia, a zamawiający w trakcie rozprawy przyznaje, iż wcale takowych nie wymaga, ale chce poprzestać i poprzestanie na wymaganiu zwykłej staranności, którą można i należy wymagać od profesjonalnego wykonawcy w tym zakresie, Izba nie ma żadnych wątpliwości w sprawie zgodnego zamiaru stron, co do rzeczywistego zobowiązania wyrażonego w umowie.

Po drugie, jak słusznie wskazał zamawiający przepis art. 651 Kc nie stanowi norm bezwzględnie obowiązujących, które uniemożliwiają nałożenie oraz przyjęcie obowiązków wykraczających poza jego dyspozycję, co wyraźnie zostało wskazane w powoływanym wyżej uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego. W ramach swobody umów możliwe jest również nałożenie na wykonawcę robót budowlanych dodatkowych obowiązków, w tym również związanych z weryfikacją projektu budowlanego w pełnym zakresie.

Odnosząc się twierdzeń odwołującego, iż projektowanie nie jest przedmiotem zamówienia udzielanego przez Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., tym samym nie można na wykonawców nałożyć obowiązków z tym związanych, wskazać należy, iż w polskim systemie prawa cywilnego obowiązuje zasada realizmu a nie nominalizmu zobowiązań umownych. Przedmiotem zamówienia (zobowiązaniem stron) będą wszystkie obowiązki wynikające z postanowień siwz i wzoru umowy, a nie tylko te wynikające z nazwy przedmiotu zamówienia lub tytułu umowy. Jeżeli więc zamawiający dopisał do zakresu umowy o roboty budowlane jakiegokolwiek zobowiązania nie będące wykonywaniem robót, to wykonawca, który je przyjął, będzie nimi związany, a okoliczność że postanowienia takie nie mieszczą się w kodeksowej definicji roboty budowlanej jest dla ich obowiązywania i dopuszczalności zupełnie relewantna. Fakt pomieszczenia w jednej umowie różnych typów i elementów umów nazwanych może oczywiście prowadzić do kontrowersji, co do zakresu i sposobu stosowania regulujących te umowy przepisów, nie uprawnia jednak do założenia, iż tego typu działania

są zawsze niedopuszczalne, a poszczególne jasno określone zobowiązania dotyczące możliwych do wykonania świadczeń, nieważne.

Reasumując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w omawianym przypadku zobowiązania wymagane przez zamawiającego nie wykraczają poza definiowane i określone w art. 647 i 651 Kc obowiązki wykonawcy robót budowlanych. Ponadto nawet jeżeli przyjąć, iż wykonawcy byłiby w przedmiotowym zamówieniu zobowiązani do ponownego przeliczenia i sprawdzenia projektu w pełnym zakresie, to podnieść należy, iż odwołujący nie wykazał, iż tego typu ukształtowanie postanowień umowy narusza jakiegokolwiek bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.

W odniesieniu do zarzutów opisywanych w częściach stanu faktycznego niniejszego uzasadnienia oznaczanych rzymską cyfrą „II”, a dotyczących niedookreślenia zakończenia i wyników prac Etapu I w opisie przedmiotu zamówienia, wskazać należy, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z normami wyrażonymi w art. 29 oraz 31 ust. 1 Pzp oraz przepisami wykonawczymi wydanymi na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy.

Przedmiotem zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze jest wykonanie II Etapu trwających robót budowlanych na tym samym obiekcie. Natomiast I Etap inwestycji zakończony zostanie dopiero przed podpisaniem umowy w sprawie wykonania Etapu II. Oba etapy prac wykonywane są na podstawie jednorodnej i spójnej dokumentacji projektowej wykonanej przez to samo biuro projektowe. Prace Etapu II będą więc jedynie kontynuacją robót i wykonywaniem tego samego projektu w oparciu o takie same dokumenty, jakie posiadają wszyscy wykonawcy.

Nie zasługuje na podzielenie stanowisko odwołującego, iż *„brak dokumentacji prac Etapu I na etapie postępowania przetargowego sprawia, że przedmiot zamówienia nie jest opisany zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 29 Pzp, bowiem nie są znane wszystkim oferentom wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”*. W świetle powoływanych przepisów wszystkie wymagania i okoliczności niezbędne do przygotowania oferty zostały określone i zdefiniowane w projekcie całej inwestycji. Dane zawarte w tego typu dokumentacji projektowej obiektu, sporządzonej zgodnie z adekwatnymi przepisami i stanowiącej opis przedmiotu zamówienia umożliwiają wykonawcom skalkulowanie i złożenie oferty w postępowaniu. Przygotowana i udostępniona przez zamawiającego dokumentacja projektowa, w tym projekty wykonawcze obiektywnie, szczegółowo i zgodnie z przepisami 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 (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze

zm.) i tym samym wystarczająco określają zakres i sposób wykonania robót. Dokumentacja powykonawcza prac Etapu I nie jest elementem niezbędnym dla skalkulowania oferty ani nie jest niezbędna do wykonania prac Etapu II oraz przede wszystkim nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia wymaganym ww. przepisami prawa.

Ponadto jak wynika z zasługujących na wiarę i nie kwestionowanych przez odwołującego, składanych na rozprawie deklaracji zamawiającego, w umowach dotyczących realizacji inwestycji planowana jest inwentaryzacja robót przeprowadzona po zakończeniu całości prac. W związku z powyższym, jak wyjaśnił zamawiający, wymaganie od wykonawcy w umowie oświadczenia, iż zapoznał się z dokumentacją powykonawczą I etapu było błędem oraz zostało modyfikacją siwz z dnia 06.03.2009 r. usunięte.

Natomiast żądanie od zamawiającego aby taką dokumentację specjalnie w tym zakresie sporządził jest w świetle poczynionych ustaleń, nieuprawnione. Ponadto jak wskazano powyżej zamawiający nie dysponuje inwentaryzacją wykonanych robót na tym etapie oraz domniemywać można, iż jej przeprowadzenie mogłoby pociągnąć opóźnienie rozpoczęcia prac Etapu II i spowodować zwiększenie kosztów zamawiającego.

W ocenie Izby, fakt, iż jeden z uczestników przedmiotowego przetargu jest wykonawcą prac Etapu I w zestawieniu z brakiem dokumentacji powykonawczej tego etapu, nie oznacza naruszenia konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia Etapu II. Wykonawca Etapu I będzie zobowiązany do wykonania w ramach Etapu II takiego samego zakresu prac jak inni potencjalni wykonawcy oraz w sposób, jak to wynika z kompletnej dokumentacji projektowej obiektu dostępnej dla wszystkich wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znajduje podstaw aby kwestionować przedstawione przez zamawiającego na rozprawie oświadczenie sprawujących nadzór autorski nad wykonaniem inwestycji, architektów ze Spółki JSK złożone w dniu 25.03.2009 r., informujące, iż prace rzeczywiście wykonane w ramach Etapu I odpowiadają projektowi. Ponadto nawet jeżeli okaże się, iż rzeczywisty stan robót Etapu I nie odpowiada założeniom projektowym, wykonawca Etapu II zgodnie z art. 3.2 i 14.4.3 wzoru umowy, nie poniesie z tego tytułu żadnych dodatkowych obciążeń.

W związku z powyższym należy przyjąć, iż wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mogą i powinni skalkulować swoje oferty według stanowiącej opis przedmiotu zamówienia dokumentacji projektowej.

W trakcie rozprawy odwołujący wycofał zarzuty i postulaty dotyczące wymagań 15-letniej gwarancji dla powłoki malarskiej konstrukcji wsporczej dachu stadionu, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła je bez rozpoznania.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza wobec braku stwierdzenia naruszeń art. 29 oraz uwzględniając wyżej poczynione ustalenia dotyczące robót Etapu I, nie stwierdziła naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ustawy.

W ocenie Izby nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy – zamawiający w siwz wyraźnie wskazał, iż termin wykonania umowy wynosi 24 miesiące od dnia podpisania umowy.

Ponadto Izba wskazuje, iż zarzut naruszenia art. 150 Pzp dotyczy okoliczności i postanowień siwz, które zamawiający zmodyfikował uwzględniając protest. Odwołujący w treści odwołania ani w trakcie rozprawy nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu po uwzględnieniu protestu w tym zakresie.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp wskazać należy, iż jest to przepis odsyłający do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego, i jako przepis delegacyjny nie może zostać naruszony przez zamawiającego poprzez nieprawidłowe stosowanie tych przepisów.

Uwzględniając powyższe, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Nie uwzględniono kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika występującego w imieniu zamawiającego wobec nie przedłożenia faktury obciążającej zamawiającego (fakturę przedstawioną w trakcie rozprawy wystawiono na Ministerstwo Sportu, które w tych okolicznościach należy uznać na odbiorcę usługi) – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zmianami).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....