

Sygn. akt: KIO 1073/23, KIO 1079/23

WYROK
z dnia 2 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Justyna Tomkowska
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Renata Tubisz
Protokolant:	Weronika Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 kwietnia 2023 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 kwietnia 2023 roku** przez wykonawców:

- 1) **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (KIO 1073/23) - Odwołujący;**
- 2) **Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 1079/23) - Odwołujący 1**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Muzeum Getta Warszawskiego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego:**

- 1) **Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – KIO 1073/23;**
- 2) **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku – KIO 1079/23**

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołujących – Korporację Budowlaną Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących – Korporację Budowlaną Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,

b) zasądza od **Odwołującego - Korporacji Budowlanej Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** na rzecz - **Zamawiającego – Skarbu Państwa – Muzeum Getta Warszawskiego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 1073/23;

c) zasądza od **Odwołującego - Erbud Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie** na rzecz - **Zamawiającego – Skarbu Państwa – Muzeum Getta Warszawskiego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 1079/23;

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Muzeum Getta Warszawskiego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego w celu udzielenia zamówienia publicznego oznaczonego „*Utworzenie Muzeum Getta Warszawskiego na terenie kompleksu dawnego Szpitala Dziecięcego fundacji małżeństwa Bersohn i Bauman przy ul. Siennej 60/Śliskiej 51 w Warszawie tj. sporządzenie projektów, realizacja prac budowlano — instalacyjnych, realizacja wystawy stałej, oraz zakup i montaż pierwszego wyposażenia wraz z nadzorami*”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod numerem 2022/S 248-717051.

Dnia 17 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zmianami, dalej „ustawa Pzp”), w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca KORPORACJA BUDOWLANA DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący” lub „Doraco”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 16 ust 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji, w zw. z naruszeniem art. 221 ustawy Pzp poprzez wymaganie, by wykonawcy w treści ofert wskazali jako osoby, których doświadczenie jest oceniane w ramach kryterium pozacenowego, wyłącznie te same osoby które zostały wskazane (wraz z posiadany doświadczeniem) we wniosku o dopuszczenie do udział w postępowaniu, a więc stworzenie sytuacji, w której punktacja przyznana ofertom w kryterium oceny ofert, jest wykonawcom konkurującym znana, na długo przed terminem składania ofert, co rażąco narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i zasady poufności ofert przed upływem terminu ich otwarcia;
- 2) art. 433 pkt 1 w zw. z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie kar umownych za opóźnienie w usuwaniu wad, w sposób rażąco wygórowany i nieadekwatny do uzasadnionego interesu Zamawiającego z uwagi na ich odniesienie do wartości całego kontraktu, a nie wartości wadliwego elementu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez usunięcie z par. 13 pkt 1.2) zapisu Uwaga 2 o następującym brzmieniu:

„UWAGA 2: przyznanie punktów w ramach kryterium Doświadczenie Personelu możliwe jest jedynie w przypadku, w którym w Załączniku nr 3.1 do SWZ zostaną wskazane te same osoby, które wskazane zostały w Wykazie osób (zał. nr 10 do OPIW) składanym

wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wpisanie do Załącznika nr 3.1 innych osób niż widniejące w Wykazie osób złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu równoznaczne będzie z nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium w zakresie zmienionej osoby.”

2) Zmianę treści projektowanych postanowień umowy w przedmiocie wysokości kar umownych poprzez odniesienie ich do zwłoki w usuwaniu wad oraz do wartości wadliwego elementu, zmianę procentowej wartości kar umownych i łącznego limitu kar umownych.

Zaproszenie do składania ofert oraz specyfikacja warunków zamówienia (SWZ) zostały doręczone Odwołującemu w dniu 7 kwietnia 2023 roku, w związku z powyższym odwołanie złożone zostało w terminie. Kopia odwołania została przesłana do Zamawiającego. Wpis od odwołania uiszczony na rachunek UZP.

Odwołujący podniósł, że posiada legitymację do złożenia odwołania, gdyż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący kwestionowane w treści odwołania postanowienia SWZ są niezgodne z prawem, co w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia Wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, złożenia korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia w ramach postępowania. Odwołujący jako wykonawca zaproszony do złożenia oferty może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SWZ, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie a następnie należycie je zrealizować i uzyskać od Zamawiającego wynagrodzenie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że Zamawiający prowadzi postępowaniu dwuetapowe, w którym na etapie składania wniosków o ubieganie się o udzielenie zamówienia, wymaganym było wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożenie wraz z wnioskiem podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu osób. Zamawiający oceniał spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej - dysponowanie osobami - poprzez sprawdzenie kwalifikacji i doświadczenia kierownika budowy oraz kierownika projektu. Złożenie wniosku wraz z Wykazem osób, nastąpiło w 9 lutego 2023 r.

Kryteria oceny ofert

W dniu 07 kwietnia 2023 r Zamawiający przekazał wykonawcom Zaproszenie do złożenia ofert, wraz z treścią SWZ, która w par. 13 pkt 1.2) stanowi:

„UWAGA 2: przyznanie punktów w ramach kryterium Doświadczenie Personelu możliwe jest jedynie w przypadku, w którym w Załączniku nr 3.1 do SWZ zostaną wskazane te same osoby, które wskazane zostały w Wykazie osób (zał. nr 10 do OPIW) składanym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wpisanie do Załącznika nr

3.1 innych osób niż widniejące w Wykazie osób złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu równoznaczne będzie z nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium w zakresie zmienionej osoby.”

Wskazanemu kryterium Zamawiający przypisał wagę 40%, z jednoczesnym ograniczeniem możliwości wykazania się wyłącznie doświadczeniem osób wskazanych w zał. do wniosku o udział w postępowaniu,

Zmiana osób skierowanych do realizacji zamówień jest powszechną i zrozumiałą praktyką, właśnie z uwagi na fluktuacje osób, zdarzenia losowe oraz poszerzanie portfela kontraktów. O możliwości zmiany personelu wskazanego na etapie postępowania (zarówno zmiany w trakcie realizacji, jak i przed rozpoczęciem realizacji — na etapie postępowania), wskazuje dyrektywa PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych w monicie (94) wskazując reguły dokonania takiej zmiany: obowiązek zapewnienia, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia, faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż niczym nie jest uzasadnione ani uprawnione wprowadzenie przez zamawiającego zakazu zmiany osoby uprzednio wskazanej we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jeśli zaś zamiarem Zamawiającego było podkreślenie, że wykonawca zobowiązany jest wskazać jedną osobę jako kierownika budowy i jedną jako kierownika projektu, a każda z tych osób musi spełniać zarówno warunki udziału, jak i kryteria oceny ofert to zaskarżone postanowienie SWZ jest nieproporcjonalne do takiego oczekiwania.

Treść SWZ w tym zakresie mogłaby co najwyżej wskazywać, że osoby wskazane w ofercie w ramach kryteriów oceny ofert muszą także posiadać doświadczenie konieczne dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Taki obowiązek w pełni odpowiadałby celom i uprawnieniu Zamawiającego, nie naruszając przy tym przepisów prawa zamówień publicznych, do jakiego doszło w skarżonej treści SWZ.

Poza sporem jest fakt, że zamawiający może wymagać legitymowania się osobami o danym doświadczeniu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach oceny zdolności technicznej i zawodowej.

Podobnie zamawiający może sformułować kryterium pozacenowe w oparciu o doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Doświadczenie punktowane może stanowić doświadczenie tych samych osób wskazanych w warunkach udziału w myśl zasady - im więcej tym lepiej (kryteria oceny ofert), ale nie mniej niż (warunki udziału).

W przypadku postępowania dwuetapowego i wymagania wskazania doświadczenia osób na etapie wniosków o udział w postępowaniu, by wykonawcy mogli wykazać dysponowanie

osobami na etapie warunków (co do zasady), a wskazanie osób kierowanych do realizacji zamówienia i ich doświadczenie wykazać dopiero wraz z ofertą. W przeciwnym wypadku Zamawiający formułuje obowiązek wykazania doświadczenia osób punktowanych już na etapie składania wniosków o udział, co po ich udostępnieniu w trybie art. 74 ustawy Pzp (po ocenie wniosków), oznacza że wykonawcy konkurujący ze sobą mogą dowiedzieć się, już przed terminem składania ofert o potencjalnej liczbie punktów przyznawanych w pozacenowym kryterium oceny ofert, co jest równoznaczne z ujawnieniem treści oferty przed terminem otwarcia ofert.

O obowiązku zapewnienia braku możliwości zapoznania się z treścią ofert (a więc i elementami punktowanymi w ramach kryteriów oceny ofert i wyboru oferty), stanowi art. 221 ustawy Pzp, do którego to art. Komentarz do ustawy Pzp wskazuje: „*złożenie ofert powinno odbywać się zgodnie z procedurami wdrożonymi w celu ochrony przed dostępem do treści tej oferty do dnia otwarcia ofert, uniemożliwiającymi zapoznanie się do tego czasu z jej zawartością przez kogokolwiek, w szczególności przez innych wykonawców i pracowników zamawiającego.*”

Sformułowanie wymogu legitymowania się do oceny ofert wyłącznie doświadczeniem osób już wskazanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostało dopiero sformułowane treści SWZ, co powoduje brak możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i dostosowaniem jej do wymagań kryteriów oceny ofert i potrzeb Zamawiającego, co w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Projektowane postanowienia umowy— kary umowne rażąco wygórowane

Zamawiający w treści par. 24 Projektowanych postanowień umowy wskazał:

„24. KARY UMOWNE

1. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach:

(a) za każdy rozpoczęty dzień przekroczenia Terminu Zakończenia Robót z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy — w wysokości 0,19% wartości Wynagrodzenia Umownego Netto;

(b) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w usunięciu Wad stwierdzonych w trakcie realizacji Robót Budowlanych, przy czynnościach Odbioru Końcowego, Inspekcji Robót lub Inspekcji Robót Ukrytych jak i w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,08% wartości Wynagrodzenia Umownego Netto; przy czym okres opóźnienia liczony będzie od dnia następującego po dniu wyznaczonym na ostateczne usunięcie nieprawidłowości;

2 Maksymalna, łączna wartość kar umownych przewidzianych w tym paragrafie nie może przekroczyć 20% (słownie: dwadzieścia procent) Wynagrodzenia Umownego Netto. Kary umowne podlegają kumulacji. ”

Zgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp zakazane jest stosowanie w umowach zamówieniowych odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie.

Poza sporem jest fakt, że kary umowne liczone procentowo od wartości kontraktu, są rażąco wygórowane. Przyjmując chociażby wartość kontraktu na poziomie 500 mln złotych, w przypadku kary za niedochowanie terminu realizacji wynosi ona ponad 900 tysięcy złotych. W przypadku kary za opóźnienie w usunięciu wad - kara dzienna wynosi 400 tysięcy złotych — co jest oczywiście złamaniem zasady proporcjonalności postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o dostosowanie zapisów dotyczących zasad naliczania i wysokości kar umownych do przepisów prawa zamówień publicznych i nadanie im następującego brzmienia:

„1. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach:

(a) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do Terminu Zakończenia Robót w wysokości 0,019% wartości Wynagrodzenia Umownego Netto;

(b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Wad stwierdzonych w trakcie realizacji Robót Budowlanych, przy czynnościach Odbioru Końcowego, Inspekcji Robót lub Inspekcji Robót Ukrytych jak i w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,008% wartości wadliwego elementu robót; przy czym okres zwłoki może być liczony od dnia następującego po dniu wyznaczonym na ostateczne usunięcie nieprawidłowości;

2. Maksymalna łączna wartość kar umownych przewidzianych w tym paragrafie nie może przekroczyć 10% (słownie: dziesięć procent) Wynagrodzenia Umownego Netto. Kary umowne podlegają kumulacji”.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie odwołania.

KIO 1079/23

Dnia 17 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył także wykonawca ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 1” lub „Erbud”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na czynności ukształtowania konkretnych postanowień zawartych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ).

Odwołanie zostało wniesione w terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis na rachunek UZP w wymaganej wysokości.

Czynnościom Zamawiającego, Odwołujący 1 zarzucał naruszenie:

a) art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 353¹ KC), a także art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez wskazanie w pkt 11 lit d preambuły Projektowanych Postanowień Umowy, że *„ma wiedzę, że wszelkie ryzyka [w tym w szczególności czasu, zakresu i kosztów] związane z obowiązkiem uzyskania uzgodnień (opinii, stanowisk i innych zbliżonych) jak i ich zakresem], o których mowa m.in. w: Prawie Budowlanym oraz ustawie z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2022.840 t.j. z dnia 2022.04.19 z późn. zm.), jak i realizacji prac związanych z wykonywaniem robót budowlanych na budynkach wpisanych do rejestru zabytków stanowią ryzyka Wykonawcy”;*

b) art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 353¹ KC), a także art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez wskazanie w par. 17 ust. 4 Projektowanych Postanowień Umowy, że *„Wykonawca potwierdza, że pominięcie w Dokumentacji Projektowej, jak i innej dokumentacji [jak wymieniono w ustępie powyżej] jakichkolwiek prac, których wykonanie jest niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, a które Wykonawca mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonywanej działalności na podstawie doręczonej przez Zamawiającego na etapie zawierania Umowy dokumentacji lub obowiązujących przepisów Prawa, nie obciąża Zamawiającego. Wykonanie tych prac objęte jest Umową i wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy na jej podstawie. O konieczności wykonania tych prac Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego i uzyskać jego zgodę na ich wykonanie. Wykonawca wykona wszelkie niezbędne rysunki montażowe i warsztatowe dla rozwiązań będących przedmiotem jego wyboru lub jego wniosków”.*

c) art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP (ewentualnie naruszenie art. 353¹ KC), a także art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez wskazanie w par. 27 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy, że *„w przypadku powyższych, ryzyka te winny być uwzględnione przez Wykonawcę na etapie składania ofert. Aktualizacja powyższych ryzyk może jednak — na stosowny, udokumentowany wniosek Wykonawcy złożony zgodnie z par. 26 [Roszczenia Wykonawcy] stanowić podstawę do przedłużenia Czasu na Ukończenie. Roszczenia finansowe związane z aktualizacją wskazanych powyższej ryzyk i ich konsekwencjami są wyłączone”.*

Odwołujący 1 wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany Projektowanych Postanowień Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) w ten sposób, że:

a) pkt 11 lit d preambuły Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą treść, tj. *„ma wiedzę, że wszelkie ryzyka [w tym w szczególności czasu, zakresu i kosztów] związane z obowiązkiem uzyskania uzgodnień (opinii, stanowisk i innych zbliżonych) jak i ich zakresem], o których mowa m.in. w: Prawie Budowlanym oraz ustawie*

z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2022.840 t.j. z dnia 2022.04.19 z późn. zm.), jak i realizacji prac związanych z wykonywaniem robót budowlanych na budynkach wpisanych do rejestru zabytków stanowią ryzyka Wykonawcy, z tym zastrzeżeniem, że wynikają one z przekazanej uprzednio przez Zamawiającego lub Projektanta dokumentacji”;

b) par. 17 ust. 4 Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą treść, tj. *„Wykonawca potwierdza, że pominięcie w Dokumentacji Projektowej, jak i innej dokumentacji [jak wymieniono w ustępie powyżej] jakichkolwiek prac, których wykonanie jest niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, a które Wykonawca mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonywanej działalności na podstawie doręczonej przez Zamawiającego na etapie zawierania Umowy dokumentacji lub obowiązujących przepisów Prawa, obciąża Zamawiającego. Wykonanie tych prac objęte jest dodatkowym wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy. O konieczności wykonania tych prac Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego i uzyskać jego zgodę na ich wykonanie. Wykonawca wykona wszelkie niezbędne rysunki montażowe i warsztatowe dla rozwiązań będących przedmiotem jego wyboru lub jego wniosków. Należne Wykonawcy Wynagrodzenie zostanie ustalone z Zamawiającym”.*

c) par. 27 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy otrzyma nową następującą treść, tj. *„w przypadku powyższych, ryzyka te winny być uwzględnione przez Wykonawcę na etapie składania ofert. Aktualizacja powyższych ryzyk może jednak — na stosowny, udokumentowany wniosek Wykonawcy złożony zgodnie z par. 26 [Roszczenia Wykonawcy] stanowić podstawę do przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz Wynagrodzenia Umownego.”*

Odwołujący 1 wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący 1 zainteresowany jest złożeniem oferty w postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak projektowane postanowienia umowy w ramach zamówienia, którego przedmiotem jest wyłącznie wykonanie robót budowlanych w oparciu o dostarczoną przez Zamawiającego dokumentację projektową, w sposób niezgodny z przepisami poprzez przeniesienie na wykonawcę wszelkiego ryzyka finansowego i odpowiedzialność za prawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej. W konsekwencji Odwołujący 1, w razie zawarcia kontraktu, byłby narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków wskazanych postanowień umowy, co skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego 1 szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia, którego dotyczy postępowanie przetargowe.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, sporządzony przez Zamawiającego projekt umowy jest w konkretnych postanowieniach niezgodny z obowiązującymi przepisami.

Przedmiot umowy obejmuje wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową dostarczoną przez Zamawiającego, a nie sporządzoną przez samego wykonawcę. Powyższe koresponduje z art. 103 ust. 1 PZP, który stanowi, że „zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych”. Zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP sporządzony w powyższy sposób opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny i wyczerpujący, dokonany za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zatem to Zamawiający odpowiada za prawidłowość, w tym kompletność opisu przedmiotu zamówienia, a dostarczona dokumentacja projektowa musi być zdatna do wykonania w oparciu o nią przedmiotu umowy o roboty budowlane. Tymczasem zgodnie z par. 2 ust. 1 projektowanych postanowień umowy „(...) Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z przedmiotem zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznikach będących jej integralną częścią i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania robót. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad ww. dokumentów.”.

Powyższe oznacza przeniesienie z zamawiającego na wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowe (tj. wyczerpujące i jednoznaczne) sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi bowiem ponieść konsekwencje wystąpienia pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia.

Nie jest to zgodne z istotą stosunku zobowiązaniowego, o którym mowa w art. 647 KC, stanowi obarczanie wykonawcy robót budowlanych obowiązkami w zakresie szczegółowej i specjalistycznej weryfikacji dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej.

Odwołujący 1 zaznaczył, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18-10-2021 w sprawie KIO 2809/21: „1. W formule „wybuduj” odpowiedzialność za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym. Jeżeli zamawiający; aby sprostać nałożonym na niego obowiązkom, korzystał w celu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z usług profesjonalnego wykonawcy sporządzającego niezbędną dokumentację, to na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za prawidłowość i rzetelności tej dokumentacji. Oczywiście na zasadach kodeksu cywilnego (art. 651 KC) wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do zgłaszania zamawiającemu dostrzeżonych uchybień dokumentacji zagrażających prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązkiem

ten materializuje się w trakcie prowadzenia prac i nie jest nieograniczony. Wykonawca nie ma bowiem obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie. Z brzmienia art. 651 KC 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.

2. 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. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. W tym kontekście, jako nadużycie zasady swobody umów należy odczytywać obowiązek nałożony na wykonawców odnoszący się do konieczności wykonania w ramach wynagrodzenia wszelkich prac niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych umową, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno - budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia.”

Ponadto, jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 25 listopada 2016 r. (sygn. akt: V CSK 138/16), wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 27 marca 2000 r. (sygn. akt: III CKN 629/98) wskazał zaś, że „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad.” Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 5 marca 2015 r. (sygn. akt VI ACa 738/14) wskazał, że „Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Sąd Apelacyjny w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z 22 listopada 2013 r. (sygn. akt: V ACa 442/13) wskazał zaś, że „Do obowiązków wykonawcy nie należy (...) specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej. ”

Nie jest więc uprawnione nakładanie na wykonawcę obowiązku szczegółowej weryfikacji na etapie sporządzania oferty projektu dostarczonego przez Zamawiającego, ponieważ to na Zamawiającym spoczywa obowiązek takiego zorganizowania procesu o udzielenie zamówienia oraz procesu budowlanego, aby opis przedmiotu zamówienia za pomocą dostarczonej dokumentacji, był wyczerpujący i jednoznaczny, co powinno umożliwić wykonawcy odpowiednie rozpoznanie tego zakresu i jego rzetelną wycenę.

Zgodnie z kwestionowanym postanowieniem umowy, wykonawca jest zmuszony do potwierdzenia kompletności i prawidłowości dokumentacji projektowej jak gdyby był co najmniej projektantem sprawdzającym, już w momencie zawarcia umowy, a więc jeszcze przed przystąpieniem do realizacji robót budowlanych. Tym samym wszelkie wady lub braki dokumentacji, które mogą okazać się niemożliwe do wykrycia przez profesjonalnego wykonawcę na etapie ofertowania, a możliwe do zauważenia dopiero na etapie realizacji zamówienia, stanowiąc będą nieuprawnione ryzyko wykonawcy.

Taki sposób sformułowania postanowień umowy i rozkład odpowiedzialności oraz ryzyka z niego wynikających, jest sprzeczny zdaniem Odwołującego 1 z istotą umowy o roboty budowlane, wykracza ponad swobodę zawierania umów, jak również narusza zasadę współdziałania stron umowy przy realizacji zamówienia publicznego w zakresie weryfikacji dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej.

W myśl art. 431 PZP, Zamawiający i wykonawca obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy, w celu należytej realizacji zamówienia. Przepis ten koreluje z wynikającą z art. 354 par. 1 i Z KC zasadą współdziałania stron w realizacji zobowiązań zgodnie z ich treścią i w sposób odpowiadający ich celowi społeczno gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Nie może być mowy o współdziałaniu stron, w sytuacji gdy to wykonawca jest zobowiązany do weryfikacji dokumentacji projektowej i ponosi ryzyko wad i braków dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Oczywiście na zasadach kodeksu cywilnego (art. 651 k.c.) wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do zgłaszania zamawiającemu dostrzeżonych uchybień dokumentacji zagrażających prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązek ten materializuje się w trakcie prowadzenia prac i nie jest nieograniczony, co potwierdza przywołane przez Odwołującego orzecznictwo.

Ze wskazanym, wykraczającym poza ramy przepisów, obowiązkiem weryfikacji dokumentacji projektowej przez wykonawcę na etapie sporządzenia oferty, Zamawiający założył przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka za okoliczności nie leżące po stronie wykonawcy, w tym za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego. Zgodnie bowiem z kwestionowanymi postanowieniami umowy:

- „ma wiedzę, że wszelkie ryzyka [w tym w szczególności czasu, zakresu i kosztów] związane z obowiązkiem uzyskania uzgodnień (opinii, stanowisk i innych zbliżonych) jak i ich zakresem], o których mowa m.in. w: Prawie Budowlanym oraz ustawie z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U.2022.840 t.j. z dnia 2022.04.19 z późn. zm.), jak i realizacji prac związanych z wykonywaniem robót budowlanych na budynkach wpisanych do rejestru zabytków stanowią ryzyka Wykonawcy”; - pkt 11 lit d preambuły

- w przypadku powyższych, ryzyka te winny być uwzględnione przez Wykonawcę na etapie składania ofert. Aktualizacja powyższych ryzyk może jednak — na stosowny, udokumentowany wniosek Wykonawcy złożony zgodnie z par. 26 [Roszczenia Wykonawcy] stanowić podstawę do przedłużenia Czasu na Ukończenie. Roszczenia finansowe związane z aktualizacją wskazanych powyższej ryzyk i ich konsekwencjami są wyłączone – par. 27 ust. 2;

- Wykonawca potwierdza, że pominięcie w Dokumentacji Projektowej, jak i innej dokumentacji [jak wymieniono w ustępie powyżej] jakichkolwiek prac, których wykonanie jest niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, a które Wykonawca mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonywanej działalności na podstawie doręczonej przez Zamawiającego na etapie zawierania Umowy dokumentacji lub obowiązujących przepisów Prawa, nie obciąża Zamawiającego. Wykonanie tych prac objęte jest Umową i wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy na jej podstawie. O konieczności wykonania tych prac Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego i uzyskać jego zgodę na ich wykonanie. Wykonawca wykona wszelkie niezbędne rysunki montażowe i warsztatowe dla rozwiązań będących przedmiotem jego wyboru lub jego wniosków – par. 17 ust. 4.

Zgodnie z art. 433 pkt 3 PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W tym zakresie na mocy art. 8 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 3 PZP stanowi lex specialis w stosunku do art. 473 KC. Wskazane powyżej postanowienia umowy nakładają na wykonawcę odpowiedzialność za błędy, nieścisłości i braki dokumentacji projektowej, bez względu na okoliczności i przyczyny ich powstania, a więc również takie, które leżą po stronie podmiotu zobowiązanego do dostarczenia jednoznacznej i wyczerpującej dokumentacji na potrzeby realizacji zamówienia. Powyższe w ocenie Odwołującego, niedozwolone rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy znalazło odzwierciedlenie w zapisach umowy nakazujących uwzględnienie wszelkich ryzyk wynikających z wad i braków dokumentacji projektowej w wynagrodzeniu ryczałtowym, nawet jeśli są one spowodowane niezgodnością z zasadami wiedzy technicznej lub stanem faktycznym. Tymczasem Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 31 stycznia 2020 r.

w sprawie o sygn. akt I ACa 752/17, podkreślił, że „wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12) ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami”.

Wynikające z postanowień umowy przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej (sporządzonej przez profesjonalne podmioty na zlecenie zamawiającego i dostarczonej przez zamawiającego), a także odpowiedzialności za przeszkody w terminowej lub prawidłowej realizacji umowy, wykracza poza swobodę zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, a także art. 103 ust. 1 PZP zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Również na gruncie art. 647 KC dostarczenie projektu i odpowiedzialność za niego spoczywa na zamawiającym, z zastrzeżeniem art. 651 KC co do którego istnieje ugruntowane orzecznictwo. Powyższe jest o tyle istotne, że zamieszczony w postępowaniu w ramach dokumentacji przetargowej projekt wykonawczy nie różni się niczym od zamieszczonego projektu budowlanego (nie stanowi żadnego jego uszczegółowienia — zmieniono w zasadzie jego oznaczenie), a zamieszczone rysunki nie są zwymiarowane. Natomiast rzuty zostały opracowane na podstawie inwentaryzacji z 2017r., która nie została udostępniona. Ponadto, Zamawiający nie udostępnił dokumentacji archiwalnej ani książki obiektu. Powyższe oznacza, że Zamawiający z jednej strony w sposób niewyczerpujący dokonał opisu przedmiotu zamówienia, a z drugiej przerzuca odpowiedzialność za wszelkie wady i braki tego opisu na wykonawcę. W świetle powyższych przepisów jest to działanie niedozwolone. Ponadto, Zamawiający w par. 4 ust. 20 projektowanych postanowień umowy wskazał, że zgłoszenie przeszkód musi być dokonane na piśmie w ciągu 2 dni od powzięcia wiadomości pod rygorem utraty możliwości powoływania się na te przeszkody w terminie późniejszym i utraty wszelkich roszczeń z tym związanych. Tymczasem przepisy art. 651 KC, art. 647 KC oraz art. 354 par. 1 i 2 KC takich rygorów nie przewidują. Nie przewidują również jakiegokolwiek zrzeczenia się prawa do podnoszenia roszczeń wynikających z doznanych przeszkód, które nie powstały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający przenosząc odpowiedzialność na wykonawcę za okoliczności niezależne od wykonawcy, w tym zależne wyłącznie od Zamawiającego naruszył tym wskazane przepisy oraz swobodę kontraktowania (art. 353¹ KC). Co więcej sytuacja, w której wykonawca ponosi ryzyko przewidzenia, a następnie skalkulowania wszelkich niedookreślonych przez zamawiającego robót nawet gdy są one spowodowane

niezgodnością z zasadami wiedzy technicznej lub stanem faktycznym, narusza także zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 PZP. Postanowienia umowy zmuszają bowiem oferentów do wyceny bliżej nieokreślonego zakresu (o ile to w ogóle możliwe), co doprowadzi do wypaczenia wartości ofert i braku ich porównywalności, w sytuacji gdy wykonawcy przejmą i wycenią większy poziom ryzyka (różny w zależności od jego oceny). Ponadto, Zamawiający w par. 4 ust. 20 projektowanych postanowień umowy wskazał, że zgłoszenie przeszkód musi być dokonane na piśmie w ciągu 2 dni od powzięcia wiadomości pod rygorem utraty możliwości powoływania się na te przeszkody w terminie późniejszym i utraty wszelkich roszczeń z tym związanych. Tymczasem przepisy art. 651 KC, art. 647 KC oraz art. 354 par. 1 i 2 KC takich rygorów nie przewidują. Nie przewidują również jakiegokolwiek zrzeczenia się prawa do podnoszenia roszczeń wynikających z doznanych przeszkód, które nie powstały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący 1 zwrócił również uwagę na proponowane przez Zamawiającego zapisy w pkt 11 lit d preambuły Projektowanych Postanowień Umowy, że Wykonawca „*ma wiedzę, że wszelkie ryzyka [w tym w szczególności czasu, zakresu i kosztów] związane z obowiązkiem uzyskania uzgodnień (opinii, stanowisk i innych zbliżonych) jak i ich zakresem], o których mowa m.in. w: Prawie Budowlanym oraz ustawie z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2022.840 t.j. z dnia 2022.04.19 z późn. zm.), jak i realizacji prac związanych z wykonywaniem robót budowlanych na budynkach wpisanych do rejestru zabytków stanowią ryzyka Wykonawcy*”. W przypadku inwestycji „wybuduj” stanowi ono nieuprawnioną próbę przerwania na Wykonawcę wszelkiej odpowiedzialności za realizację procesu budowlanego w zakresach wynikających wprost z dokumentacji projektowej. Zwłaszcza odpowiedzialność z zakresu ustaleń z konserwatorem zabytków, co w przypadku przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej stanowi przerwanie ryzyka na Wykonawcę za zakres, za który w świetle przytoczonych zapisów odpowiedzialności nie ponosi. Dodatkowo wskazania wymaga fakt nieprecyzyjnego określenia okoliczności w których rzeczona odpowiedzialność Wykonawcy powstaje. Określenie „wszelkie ryzyka” jest zbyt szerokie i generuje bliżej nieokreślony katalog przypadków przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za działania wyłączone z jego zakresu.

Zamawiający w par. 27 ust. 2 wskazał, że „*w przypadku powyższych, ryzyka te winny być uwzględnione przez Wykonawcę na etapie składania ofert. Aktualizacja powyższych ryzyk może jednak — na stosowny, udokumentowany wniosek Wykonawcy złożony zgodnie z par. 26 [Roszczenia Wykonawcy] stanowić podstawę do przedłużenia Czasu na Ukończenie. Roszczenia finansowe związane z aktualizacją wskazanych powyższej ryzyk i ich konsekwencjami są wyłączone.*” Jest to zapis stanowiący o nierównym kształtowaniu

praw i obowiązków Wykonawcy, zwłaszcza w kontekście przepisów dotyczących odkryć archeologicznych i wykopalisk. Nie ulega wątpliwości iż Wykonawca ma pełną świadomość lokalizacji inwestycji i z tego tytułu znane mu są ewentualne ryzyka związane z możliwością odkryć archeologicznych, jednak nieuprawnionym jest przerzucanie odpowiedzialności na Wykonawcę zwłaszcza w zakresie konsekwencji finansowych takich odkryć. Skoro Zamawiający proponuje aby wniosek taki stanowił podstawę do wydłużenia czasu na wykonanie Umowy, to zasadny jest również wskazanie w umowie jak kształtowały będą się w takim przypadku prawa i obowiązki Wykonawcy w zakresie ponoszenia kosztów związanych z przestojem i wznowieniem robót. Zatem w takim przypadku, oprócz dopuszczenia możliwości zmiany terminu wykonania umowy, Zamawiający winien uwzględnić także ryzyka finansowe związane z wstrzymaniem wykonywania prac z uwagi na wykopaliska — zarówno co do przestoju, jak i wznowienia prac. Ryzyk tych wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, pomimo dołożenia należytej staranności.

W powyższych okolicznościach ocenie Odwołującego 1 zasadne jest postawienie zarzutów i dokonanie zmian zgodnie z wnioskami przedstawionymi na wstępie odwołania.

Mając na uwadze wszystkie wskazane okoliczności, Odwołujący 1 wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego KIO 1073/23 po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego KIO 1079/23 po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył w poszczególnych sprawach odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości. Odwołujący na rozprawie utrzymali stanowiska wyrażone w odwołaniach.

W ocenie Izby odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i zostały oddalone w całości.

KIO 1073/23

Kryteria oceny ofert

W par. 13 SWZ Zamawiający ustalił, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie doświadczenie personelu (40%).

W kryterium – Doświadczenie Personelu - ocenie będzie podlegać doświadczenie personelu wykraczające poza doświadczenie wykazywane na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z zasadami:

a) w zakresie Kierownik Budowy/Kierownik Projektu:
- za każdą (wykraczającą poza warunek udziału w postępowaniu) inwestycję wykazaną w doświadczeniu wymaganym zgodnie z rozdziałem VII ust. 3) lit. a) ii. Opisu Potrzeb i Wymagań w zakresie realizacji robót budowlanych zgodnie z wzorem:

- 1 inwestycja* 0 punktów
- 2 inwestycje 5 punktów
- 3 inwestycje 10 punktów
- 4 inwestycje 15 punktów
- 5 inwestycji 20 punktów

* inwestycja wskazana w Wykazie osób na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Pod opisem kryterium Zamawiający zamieścił dodatkowe zastrzeżenie:

UWAGA 2: przyznanie punktów w ramach kryterium Doświadczenie Personelu możliwe jest jedynie w przypadku, w którym w Załączniku nr 3.1 do SWZ zostaną wskazane te same osoby, które wskazane zostały w Wykazie osób (zał. nr 10 do OPIW) składanym

wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wpisanie do Załącznika nr 3.1 innych osób niż widniejące w Wykazie osób złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu równoznaczne będzie z nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium w zakresie zmienionej osoby.

Zgodnie z art. 221 ustawy Pzp zamawiający zapewnia, aby z zawartością ofert nie można było zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia.

Izba podziela pisemne stanowisko przedstawione przez Zamawiającego i uważa, że zarzut jest niezasadny.

Po pierwsze zauważyć należy, iż na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dla kadry na poziomie minimalnym. Zamawiający nie wymagał złożenia szczegółowego opisu doświadczenia zawodowego, czy też wskazania inwestycji, przy realizacji których osoby mające sprawować funkcje kierownika budowy i kierownika projektu pracowały. Obecnie natomiast Zamawiający postanowił przyznać dodatkowe punkty za realizację projektów spełniających wymogi minimalne w ponadwymiarowym zakresie. Nie można przyznać racji Odwołującemu, że tylko na podstawie znajomości imienia i nazwiska osoby wskazanej we wniosku o dopuszczenie naruszona została zasada zakazu zapoznania się z treścią ofert przed ich otwarciem. To od wyłącznej woli wykonawcy zależeć będzie jakie inwestycje dodatkowe wskaże w ofercie przy poszczególnych osobach. Zamawiający wiedzy tej nie będzie posiadał aż do momentu badania i oceny ofert. Z pewnością nie jest tak, że doświadczenie osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji jest tak ograniczone lub wyjątkowe, że można z łatwością ustalić, jakie realizacje wymieni wykonawca dla tych osób, by uzyskać dodatkowe punkty. Sama zaś tylko znajomość imienia i nazwiska prowadzić może do bliżej niesprecyzowanych dywagacji na temat, że dla danej osoby wymienione zostaną jakieś inwestycje. Zatem nie jest przeszkodą dla ustalenia takiego kryterium okoliczność znajomości personaliów osoby wskazanej we wniosku o dopuszczenie.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że Wykonawcy nie odebrano prawa do zmiany osoby. Decyzja ta znajduje się w wyłącznej dyspozycji Wykonawcy, bez wnikania Zamawiającego w powody tej decyzji. Wykonawca ma prawo to zrobić, wiedząc, że wówczas nie uzyska punktów. Powody takich decyzji z pozycji Zamawiającego w postępowaniu są irrelevantne.

Nie można także pominąć, że Zamawiający prowadzi postępowanie dwuetapowe i dokonał już kwalifikacji podmiotowej wykonawców, zweryfikował poprawność podmiotowych środków dowodowych i przeprowadził dialog techniczny. Zmiana osoby na obecnym etapie

mogłaby prowadzić do konieczności powtórzenia wszystkich lub niektórych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czego Zamawiający stara się uniknąć, zamykając poszczególne jego etapy.

Natomiast sama możliwość zmiany osób pełniących określone funkcje na zadaniu w trakcie realizacji umowy nie została przez Zamawiającego wyłączona.

Izba dostrzega, że tak sformułowane kryterium może rodzić dla Wykonawców pewne trudności, zwłaszcza w perspektywie jego nieznaności na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale w działaniach Zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Jak już podkreślono w niniejszym uzasadnieniu, nie został w ocenie Izby naruszony art. 221 ustawy Pzp. Trudno dopatrzeć się również naruszenia art. 16 ustawy Pzp, określającego zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ustalił jednakowe kryterium dla wszystkich wykonawców, więc traktuje ich zgodnie z zasadą równego traktowania. Kryterium zostało udostępnione w tym samym czasie wszystkim wykonawcom uczestniczącym w dialogu konkurencyjnym, więc zasada uczciwej konkurencji nie została naruszona. Nie można kryterium odmówić proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zasadą powinno być również to, że Wykonawca dysponuje odpowiednim personelem przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ta bowiem okoliczność świadczy, że mamy do czynienia z wykonawcą dającym rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym bowiem elementem Wykonawca pokazuje, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego. W żadnym trybie ustawy Pzp nie jest dozwolona swobodna zmiana spełniania warunków udziału lub warunków ofertowych, tak by Wykonawca mógł wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na wyższym poziomie, czy też uzyskać wyższą liczbę punktów w ramach ustalonego kryterium. Przy uzyskaniu zamówienia nie chodzi o uzyskanie wyższej, „lepszej” punktacji, ale o przedstawienie oferty, która zapewni realizację celu inwestycyjnego. Zmiana osoby w Wykazie nie może być celem samym w sobie, by Wykonawca mógł uzyskać wyższą punktację, a do tego zdaje się dążyć Odwołujący.

Reasumując, Zamawiający w wyznaczonych kryteriach oceny ofert nawiązał do wymagań minimalnych, według których oceniał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Prawem Zamawiającego jest ustalenie wymagań wyższych niż minimalne, jeżeli są one jednoznacznie opisane, związane z przedmiotem zamówienia, nie dotyczą właściwości wykonawcy i pozwalają na weryfikację i porównanie ofert, nie pozostawiając Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty. Do żadnej z tych cech odwołanie nie nawiązywało.

Projektowane postanowienia umowy— kary umowne

Zamawiający w par. 24 wzoru umowy zamieścił następujące zapisy odnoszące się do kar umownych:

Kary umowne

1. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach:

(a) za każdy rozpoczęty dzień przekroczenia Terminu Zakończenia Robót z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 0,19% wartości Wynagrodzenia Umownego Netto;

(b) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w usunięciu Wad stwierdzonych w trakcie realizacji Robót Budowlanych, przy czynnościach Odbioru Końcowego, Inspekcji Robót lub Inspekcji Robót Ukrytych jak i w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,08% wartości Wynagrodzenia Umownego Netto; przy czym okres opóźnienia liczony będzie od dnia następującego po dniu wyznaczonym na ostateczne usunięcie nieprawidłowości;

(c) za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 13% wartości Wynagrodzenia Umownego Netto;

(d) za nieprzedłożenie HRF lub też brak wprowadzenia uwag Inżyniera Projektu i/lub Zamawiającego – 1.500,00 zł za każdy dzień opóźnienia; przez nieprzedłożenie rozumie się również brak przedłożenia aktualizacji HRF w sytuacjach gdy Umowa przewiduje obowiązek złożenia aktualizacji;

(e) za nieprzestrzeganie lub naruszenie przepisów o bezpieczeństwie i higienie pracy zapłaci karę umowną w wysokości 2.000 złotych brutto (słownie: dwa tysiące złotych netto) za każdy przypadek naruszenia;

(f) za brak terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy – w wysokości 1.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

(g) za niezachowanie i/lub naruszenie środków zabezpieczających w stosunku od eksponatów muzealnych znajdujących na Placu budowy [w tym w miejscu ostatecznego przeznaczenia] w kwocie 10.000,00 zł za każde naruszenie;

(h) za uszkodzenie eksponatu muzealnego znajdującego się na Placu budowy [w tym w miejscu ostatecznego przeznaczenia] w kwocie 50.000,00 zł za każde uszkodzenie;

2. Maksymalna, łączna wartość kar umownych przewidzianych w tym paragrafie nie może przekroczyć 20% (słownie: dwadzieścia procent) Wynagrodzenia Umownego Netto. Kary umowne podlegają kumulacji.

3. Zamawiający może potrącić kwotę należną mu z tytułu kar umownych od każdej kwoty należnej lub przypadającej Wykonawcy, w tym z Zabezpieczenia Wykonania (o którym mowa w § 22 Umowy).

4. Zapłata kar umownych lub potrącenie kar umownych nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku dotrzymania Terminu Zakończenia Robót lub z jakichkolwiek innych zobowiązań lub odpowiedzialności wynikających z Umowy.

5. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych tj. odszkodowania do wysokości całej poniesionej szkody na zasadach ogólnych.

Zgodnie z art. 433 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Odwołujący podnosił, że zakazane jest stosowanie w umowach zamówieniowych odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. Co do zasady Izba podziela niniejsze stanowisko. Celnie podkreślił jednak w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, iż w przypadku przedmiotowej umowy kara za przekroczenie ostatecznego terminu zakończenia robót powiązana została ze zwłoką Wykonawcy, czyli opóźnieniem kwalifikowanym. Zatem zarzut w tej części nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ nie referował do zasady, którą wprowadził Zamawiający. Ponadto zasada ta zgodna jest z podstawowym założeniem art. 433 ustawy Pzp.

Dalsze postanowienia wzoru umowy w par. 24 rzeczywiście zastrzegają konieczność zapłaty kar umownych na wypadek opóźnienia. Nie można jednak pominąć, iż treść art. 433 ustawy Pzp dopuszcza taką możliwość, jeśli jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Ocenic należało, czy Zamawiający wykazał, że mógł zastosować wyjątek od ustalonej zasady.

Zamawiający wyjaśnił, że siedziba wyjątkowego na skalę światową obiektu musi być stale dostępna dla zwiedzających, będzie ona przyjmowała gość z kraju i zagranicy, w tym szereg oficjalnych delegacji państwowych. Wyjątkowe i unikatowe będą także zbiory muzealne i eksponaty, które udało się zgromadzić Zamawiającemu. Szereg z tych eksponatów stanowi własność osób prywatnych, fundacji, stowarzyszeń, innych krajów, co wymusza zachowanie szczególnych środków ostrożności i bezpieczeństwa. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego, nie jest możliwe dopuszczenie do sytuacji, w której część muzeum lub wystaw nie będzie dostępna dla zwiedzających lub naruszone zostaną zasady bezpieczeństwa, odnoszące się tak do zwiedzających, jak również do samych eksponatów. Odwołujący natomiast wyrażał przekonanie, że nie są to okoliczności nadzwyczajne, które pozwalają na zastosowanie wyjątku od zasady.

Izba zapatrywań Odwołującego nie podziela. W ocenie składu orzekającego Izby, zarówno sam charakter obiektu, jego funkcja oraz tematyka wymagają zastosowania podwyższonych zasad należytego wykonania przedmiotu zamówienia i wprowadzenia odpowiedzialności za usuwanie wad i usterek na zasadzie odpowiedzialności za opóźnienie. Zdaniem Izby samo już usytuowanie muzeum – budynku pochodzącego sprzed II wojny światowej, na obszarze gęsto zaludnionym, w centrum miasta, w ramach funkcjonującej infrastruktury miejskiej może rodzić szereg problemów techniczno-komunikacyjnych przy prowadzeniu robót budowlanych, nie mówiąc już o samym funkcjonowaniu obiektu i zapewnieniu bezpieczeństwa dla zwiedzających oraz mieszkańców. Usytuowanie muzeum na terenie dawnego getta warszawskiego, biorąc pod uwagę tylko historię Powstania w getcie, czy Powstania Warszawskiego i zniszczeń, jakich dokonano na tych terenach, wiązać powinno się z zapewnieniem szczególnej staranności przez wykonawcę przy realizacji tego projektu. Z uwagi na wyjątkowość zamierzenia, Izba uważa, że Zamawiający ma prawo wymagać, by podmiot wybrany gwarantował najwyższą jakość wykonania, przez co rozumieć należy również sprawny proces usuwania wad i usterek. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że proces ten będzie odbywał się według procedury określonej w par. 21 wzoru umowy, a więc w porozumieniu z Wykonawcą.

Przechodząc do analizy zarzutów odwołania dotyczących wygórowanej wysokości kar umownych i ich limitu, w zasadzie można stwierdzić, że Odwołujący arbitralnie przyjął taki charakter postanowień umownych. Odwołanie nie zawiera w tym zakresie uzasadnienia zarzutów, z którego wynikałoby, że rzeczywiście mamy do czynienia z takim zjawiskiem. Zdaniem Izby ustalony limit 20% wynagrodzenia umownego netto jest racjonalny i przemyślany przez Zamawiającego. Nie jest to poziom niespotykany w zamówieniach publicznych, a raczej wręcz odwrotnie – wyjątkowo często spotykany, uznać więc można, że odpowiadający praktyce rynku zamówień publicznych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał szereg postępowań o udzielenie zamówień publicznych, gdzie zarówno wysokość poszczególnych kar, jak również limit kar zostały ustalone na zbliżonym poziomie do przedmiotowego wzoru umowy. Dodatkowo na rozprawie Zamawiający złożył wyciągi z raportów dla spółek giełdowych, z których wynika, że również w ramach rynku kontraktów prywatnych zawieranych przez przedsiębiorców, limity określane są na podobnym poziomie.

Izba uważa, że limit ten stanowi zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia. Mało prawdopodobne jest by wysokość poszczególnych kar czy limit o takim progu procentowym doprowadził do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. Jak wynika z orzecznictwa: „(..) i maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia

czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponożone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy” (tak wyrok KIO z 28.12.2018 r., sygn.. akt KIO 2574/18).

Reasumując, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie sformułował postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobodę Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, czy uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy. Ustalone zasady naliczania kar umownych nie naruszają w ocenie Izby zasad swobody umów i spełniają funkcję dyscyplinującą i stymulującą Wykonawców.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

KIO 1079/23

Z zapisów pkt 11 d) preambuły wzoru umowy wynika, że Wykonawca oświadcza i zapewnia, że: ma wiedzę, że wszelkie ryzyka [w tym w szczególności czasu, zakresu i kosztów] związane z obowiązkiem uzyskania uzgodnień (opinii, stanowisk i innych zbliżonych) jak i ich zakresem], o których mowa m.in. w: Prawie Budowlanym oraz ustawie z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2022.840 t.j. z dnia 2022.04.19 z późn. zm.), jak i realizacji prac związanych z wykonywaniem robót budowlanych na budynkach wpisanych do rejestru zabytków stanowią ryzyka Wykonawcy.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że postanowienia preambuły pozwalają odkodować główne cele, okoliczności zawarcia i zakładany sposób realizacji danej umowy przez jej strony (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 11 lutego 2016 roku, sygn. akt III Ca 73/16). Postanowienia preambuły mogą także odnosić się do okoliczności zawarcia konkretnej umowy, zwłaszcza jeśli pewne okoliczności mają dla stron znaczenie, co treść

samej preambuły ma podkreślać. Treść preambuły może odnosić się do stron umowy, okoliczności jej zawarcia, dokumentów powiązanych z umową (np. uchwały organu upoważniającej do zaciągnięcia określonego zobowiązania). Treść preambuły jest częścią umowy zawieranej przez strony, toteż może podlegać wykładni, tak jak i same postanowienia regulujące dany stosunek umowny. Pomaga także w interpretacji tych postanowień. Często preambuła stanowi wstęp do umowy, pokazuje i opisuje okoliczności, które towarzyszą zawarciu umowy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w preambule podkreśla cel zawarcia umowy oraz cel samego przedsięwzięcia, istotność projektu, główne cechy budynku, w którym powstać ma muzeum, wskazuje na jakich dokumentach bazuje. Treść punktu kwestionowana przez Odwołującego 1 nawiązuje do aktów prawa powszechnego, które w ocenie Zamawiającego mają szczególne znaczenie dla osiągnięcia celu. Zamawiający wymienia ustawy: Prawo budowlane i ustawę o ochronie zabytków.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1 Izba nie uważa, aby Zamawiający żądał od Wykonawcy złożenia oświadczenia, że przyjmuje on na siebie wszelkie ryzyka, w tym wykraczające poza treść przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej.

Zamawiający w punkcie 11d) podkreśla historyczny charakter samego budynku, w którym wykonywane będą prace. Wskazuje, że objęty jest on ochroną konserwatora zabytków, co oznacza, że dotyczą go dodatkowe regulacje, nie zawsze stosowane przy wykonywaniu robót budowlanych. Treść postanowienia zdaniem składu orzekającego Izby ma na celu zaznaczenie z jakimi innymi niż zazwyczaj, ryzykami Wykonawca może mieć do czynienia, bazując zwłaszcza na udostępnionej dokumentacji projektowej. Zamawiający podkreśla, że ryzyko to Wykonawca powinien wziąć pod uwagę przy wycenie oferty i ustaleniu poziomu wynagrodzenia, które ma charakter ryczałtowy. Izba nie odczytuje treści przywołanego punktu jako „nieuprawnioną próbę przerzucenia na Wykonawcę wszelkiej odpowiedzialności za realizację procesu budowlanego w zakresach nie wynikających wprost z dokumentacji projektowej”. Postanowienie to nawiązuje do doświadczenia, którego Zamawiający wymaga od Wykonawców, mianowicie doświadczenia w realizacji obiektów objętych ochroną konserwatorską. W ten sposób Zamawiający podkreśla i zaznacza, że okoliczność ta może mieć wpływ na przebieg realizacji inwestycji, a Wykonawca posiadający doświadczenie przy realizacji podobnych projektów, powinien taki wpływ zidentyfikować i wycenić.

W par. 27 Zasadnicze ryzyka – Zamawiający podaje, że:

1. *Strony wskazują, że z uwagi na lokalizację Inwestycji, zasadnicze ryzyka obejmują:*

- (a) konieczność prowadzenia badań archeologicznych i możliwość czasowe wstrzymania wykonywania Robót w związku z powyższym;
- (b) wystąpienie skomplikowanych warunków gruntowo – wodnych;
- (c) możliwość wystąpienia na Placu Budowy niewypałów [niewybuchów], amunicji, materiałów wybuchów i/lub innych niebezpiecznych substancji i możliwość czasowe wstrzymania wykonywania Robót w związku z powyższym;
- (d) inne wskazane w Umowie ryzyka.

2. W przypadku powyższych, ryzyka te winny być uwzględnione przez Wykonawcę na etapie składania ofert. Aktualizacja powyższych ryzyk może jednak – na stosowny, udokumentowany wniosek Wykonawcy złożony zgodnie z § 26 [Roszczenia Wykonawcy] stanowić podstawę do przedłużenia Czasu na Ukończenie. Roszczenia finansowe związane z aktualizacją wskazanych powyższej ryzyk i ich konsekwencjami są wyłączone.

Dokonując analizy postanowień par. 27 ust. 2 wzoru umowy, Izba podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jako istotne dla sprawy Zamawiający zidentyfikował ryzyka związane z koniecznością prowadzenia badań archeologicznych (budynek zabytkowy, objęty nadzorem konserwatora zabytków), skomplikowane warunki gruntowe, możliwość wystąpienia niewypałów z uwagi na położenie budynku i funkcje, jakie w przeszłości pełnił. Zamawiający odnosi się więc do tych elementów, które wynikają z dokumentacji projektowej, którą dysponuje i przekazuje Wykonawcy oraz wiedzy dodatkowej, o charakterze historycznym, która także podkreślana jest przez Zamawiającego w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w wielu miejscach w SWZ, OPZ, czy umowie wspomina o położeniu budynku, otoczeniu budynku, prowadzeniu głębokich wykopów w zestawieniu z warunkami gruntowymi i działaniami wojennymi, które w szczególności dotyczyły tego terenu. Zamawiający nawiązuje także do innych wskazanych ryzyk wymienionych w umowie. Nie są to więc ani elementy ukrywane przez Zamawiającego, ani trudne do zidentyfikowania dla każdego Wykonawcy, zwłaszcza, że zamówienie kierowane jest do profesjonalistów, od których można żądać podwyższonej staranności przy realizacji zamierzenia inwestycyjnego. Uprawnieniem Wykonawcy pozostaje te ryzyka wycenić, przy świadomości charakteru obowiązującego w umowie wynagrodzenia.

Dodatkowo zauważyć należy, iż postępowanie prowadzone jest w trybie dwustopniowym, gdzie jednym z elementów jest dialog Zamawiającego i Wykonawców. Trudno Izbie przyjąć, że podczas tych rozmów Wykonawcy oraz sam Zamawiający nie są w stanie wzajemnie przekazać sobie informacji istotnych dla każdej ze stron, a mających

wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Na pewno zdobyta w ten sposób wiedza o przedmiocie zamówienia jest szersza i bardziej szczegółowa niż przy postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym. Dodatkowo Zamawiający przewidział możliwość prowadzenia przez Wykonawców wizji lokalnej, a jak wynika z przebiegu rozprawy, Zamawiający daje możliwość nawet kilkukrotnych wizyt na terenie obiektu, z czego Wykonawcy zaproszeni do złożenia ofert, korzystają. Zatem w ocenie Izby nieuprawnione są twierdzenia odwołania, że Zamawiający próbuje przerzucić na Wykonawców ryzyko, które nawet przy zachowaniu należytej staranności nie dało się zidentyfikować. Zamawiający w tym paragrafie nie wymaga w ocenie Izby żadnych wyjątkowych, czy ekstraordynaryjnych umiejętności od Wykonawcy, zwraca jednak uwagę, na konieczność wnikliwej i starannej wyceny ryzyk, bowiem Zamawiający dopuszcza wydłużenie czasu na realizację zadania bez możliwości podniesienia wynagrodzenia. Obowiązkiem Wykonawcy jest więc należycie skalkulować dane ryzyko wiedząc, że jego wystąpienie nie będzie oznaczało możliwości uzyskania dodatkowego wynagrodzenia. Zamawiający nie żąda wyceny ryzyk, które nie są znane, trudne do zidentyfikowania, ale wyceny tych, które w sposób jednoznaczny zostały wskazane w dokumentach postępowania.

W przypadku par. 17 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający określił, że „Wykonawca potwierdza, że pominięcie w Dokumentacji Projektowej, jak i innej dokumentacji [jak wymieniono w ustępie powyżej] jakichkolwiek prac, których wykonanie jest niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, a które Wykonawca mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonywanej działalności na podstawie doręczonej przez Zamawiającego na etapie zawierania Umowy dokumentacji lub obowiązujących przepisów Prawa, nie obciąża Zamawiającego. Wykonanie tych prac objęte jest Umową i wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy na jej podstawie. O konieczności wykonania tych prac Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego i uzyskać jego zgodę na ich wykonanie. Wykonawca wykona wszelkie niezbędne rysunki montażowe i warsztatowe dla rozwiązań będących przedmiotem jego wyboru lub jego wniosków”.

Celnie i zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że sytuacja, do której nawiązuje par. 17 ust. 4 wzoru umowy dotyczy elementów, które Wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł zidentyfikować. Innymi słowy, Wykonawca odpowiada za elementy, które uwzględniając zawodowy charakter jego działalności, zidentyfikował na wcześniejszym etapie, ale nie zawiadomił o tym Zamawiającego, licząc w przyszłości na dodatkowe wynagrodzenie za realizację przykładowo robót dodatkowych. Zamawiający słusznie podkreśla, że Wykonawca

zobowiązany jest sprawdzić otrzymaną dokumentację i dokonać jej analizy. Zamawiający nie oczekuje, że Wykonawca przyjmie na siebie ryzyko wyceny oraz wykonania elementów, których nawet przy zachowaniu należytej staranności nie dało się zidentyfikować. Zamawiający chce jedynie, by wykonawca rzetelnie, zgodnie ze sztuką, sprawdził dokumentację, wziął pod uwagę wszystkie znane uwarunkowania i był świadomy, że musi je wykonać w ramach wynagrodzenia ofertowego. Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący¹ nie stawia zarzutu nieprawidłowego, nierzetelnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wymaga również od Odwołującego ¹ zastępowania Zamawiającego i dogłębnej weryfikacji projektu budowlanego. Zamawiający wymaga jedynie zachowania należytej staranności przy ocenie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie przekazanych dokumentów.

Reasumując, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....