

Sygn. akt: KIO 871/13

KIO 875/13

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2013 r. przez:

- 1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KARMAR S.A., Prochem S.A., 02-681 Warszawa, Al. Wyścigowa 6**
- 2. wykonawcę IDS - BUD S.A., 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 87**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Politechnikę Warszawską 00-661 Warszawa Plac Politechniki 1** w imieniu której działa jako pełnomocnik – **CEZAMAT PW Sp. z o.o., 00-644 Warszawa, ul. Polna 50**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Dragados S.A., 02-972 Warszawa, ul. Adama Branickiego 15** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 871/13 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy IDS - BUD S.A., 00-844 Warszawa, Ul. Grzybowska 87** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 871/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu Politechnice Warszawskiej– 00-6661 Warszawa, Plac Politechniki 1

1.1 dokonanie zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że:

- 1) w § 2 ust. 2 zdanie 1 projektu umowy otrzymuje brzmienie „Termin realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące od daty jego udzielenia wykonawcy”.**
- 2) W § 2 ust. 3 projektu umowy ustalić iż „wykonawca zobowiązany jest zakończyć roboty budowlane, zrealizować dostawy i zgłosić przedmiot zamówienia do odbioru technicznego w terminie 22 miesięcy od daty podpisania umowy o udzielenie zamówienia”.**
- 3) do § 20 ust.2 projektu umowy zamawiający doda pkt 9 o treści. „Jeżeli wykonawca wystąpi do zamawiającego o zmianę treści umowy w przypadku zaistnienia sytuacji wskazanych w § 20 umowy, to zamawiający jest zobowiązany do przystąpienia do negocjacji z wykonawcą w tym zakresie. Decyzję w tej sprawie zamawiający przedstawi wykonawcy na piśmie wraz z uzasadnieniem”.**
- 4) w § 20 ust. 5 projektu umowy kropkę zastępuje się przecinkiem i dodaje się ustalenie- „nie dotyczy to sytuacji konieczności wykonania robót dodatkowych nie ujętych w dokumentacji projektowej jak i nie dających się przewidzieć na etapie składania oferty”.**
- 5) w § 1 ust 5 projektu umowy zdanie pierwsze otrzymuje brzmienie „ Wykonawca potwierdza, iż przed podpisaniem niniejszej umowy, przy zachowaniu należytej staranności zapoznał się z dokumentacją projektową i potwierdza jej kompletność”.**
- 6) w § 17 ust. 2 pkt 8 zdanie pierwsze otrzymuje brzmienie- „Jeżeli w wykonaniu obowiązków z tytułu gwarancji jakości wykonawca dokonał naprawy rzeczy, połączonej z wymianą elementów lub dostarczył rzecz wolna od wad, wówczas termin gwarancji dla tej rzeczy lub elementu biegnie od początku na nowo”.**
- 7) w § 19 dodaje się nowy ustęp nr 9 o treści – „ W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy, z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, zamawiającego w uzasadnionym zakresie obciążają koszty poniesione przez wykonawcę wynikające z zawartych umów związanych z zamówionymi, a nie dostarczonymi zamawiającemu urządzeniami ”.**

1.2 Nadto nakazuje zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach siwz wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Politechnikę Warszawską 00-661 Warszawa, Plac Politechniki 1**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KARMAR S.A., Prochem S.A., 02-681 Warszawa, Al. Wyścigowa 6 oraz wykonawcę IDS - BUD S.A., 00-844 Warszawa, Ul. Grzybowska 87** tytułem wpisu od obu odwołań,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Politechniki Warszawskiej 00-661 Warszawa Plac Politechniki 1** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KARMAR S.A., Prochem S.A., 02-681 Warszawa, Al. Wyścigowa 6 oraz wykonawcy IDS - BUD S.A., 00-844 Warszawa, Ul. Grzybowska 87** kwotę po **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołań.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt. KIO 871/13

Sygn. akt. KIO 875/13

UZASADNIENIE

Politechnika Warszawska w imieniu której działa jako pełnomocnik zamawiającego CEZAMAT PW Sp. z o.o. ul. Polna 50, 00 -644 Warszawa,(zwani dalej łącznie jako „zamawiający”) który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie zadania pn: „ Budowa Laboratorium Centralnego wraz z dostawą aparatury naukowo-badawczej oraz elementów wyposażenia w ramach realizacji projektu Centrum Zaawansowanych Materiałów i Technologii, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013.”,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27.11.2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr S228, poz. 375298 .

Zamawiający dokonał oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w jego wyniku zaprosił 5 wykonawców do złożenia ofert przekazując im równocześnie treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Po zapoznaniu się z treścią postanowień SIWZ oraz załączników dwóch wykonawców:

1. KARMAR S.A. z siedzibą w Warszawie Al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa, zwany dalej „odwołującym Karmar”, sygn. akt KIO 871/13 oraz
2. IDS-BUD S.A. Grzybowska 87 00-844 Warszawa, zwany dalej „odwołującym IDS-BUD” sygn. akt KIO 875/13, złożyli w dniu 15 kwietnia 2013 roku odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów polegających na określeniu w treści SIWZ warunków niezgodnych z przepisami prawa.

Odwołanie o sygn. akt 871/13.

Odwołujący Karmar zarzucił zamawiającemu:

- a. Naruszenie art. 38 ust. 4b ustawy poprzez określenie w treści SIWZ terminu realizacji zamówienia innego niż wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, co prowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;
- b. Naruszenie art. 14 ustawy w zw. z art. 139 ust. ustawy w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 41 pkt 6 ustawy, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe

traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna; zamawiający pozbawia zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia;

c. Naruszenie art. 29 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający sporządzenie oferty i dokonanie wyceny, a także przerzucający na wykonawcę odpowiedzialność na wykonawcę ryzyko zapewnienie środków do sfinansowania realizacji przedmiotu zamówienia;

d. Naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 139 ust. ustawy oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, przez przyjęcie, że Wykonawca zobowiązany jest zakończyć roboty budowlane, zrealizować dostawy i zgłosić przedmiot umowy do odbioru technicznego w terminie krótszym niż okres przewidziany na realizację zamówienia; innymi słowy: przez włączenie do okresu realizacji zamówienia okresu procedury odbiorowej, której czas trwania jest niezależny od wykonawcy, ponieważ odbiór przeprowadza Zamawiający;

e. Naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 139 ust. ustawy, przez zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa odmowy odbioru w przypadku wad (jakiegokolwiek niezgodności) do czasu ich usunięcia w wyznaczonym przez siebie terminie i z prawem naliczenia kar umownych z tego tytułu;

f. Naruszenie art. 5, art. 58 § 2, art. 353(1), art. 471, art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 139 ust. ustawy, przez nałożenie na wykonawcę obowiązku weryfikacji z najwyższą starannością przekazanej dokumentacji projektowej, obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za ewentualne błędy projektanta, obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie parametrów określonych w dokumentacji projektowej, obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za ewentualny zwrot dotacji przez Zamawiającego;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

(a) nakazanie Zamawiającemu określenia w treści SIWZ terminu realizacji zamówienia zgodnego z treścią ogłoszenia o Zamówieniu; oraz

(b) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści wzoru umowy stanowiącym Część III SIWZ w następującym zakresie:

- w § 2 dodanie ustępu w brzmieniu „Za termin zakończenia realizacji Przedmiotu

Umowy uznaje się datę wpisu kierownika budowy do Dziennika Budowy o zakończeniu robót budowlanych

- wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą Zamawiający były uprawniony do odmowy dokonania odbioru końcowego przedmiotu zamówienia wyłącznie w przypadku stwierdzenia istotnej wady, rozumianej jako wada uniemożliwiająca użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem;

- usunięcie obowiązku weryfikacji przez wykonawcę z najwyższą starannością

przekazanej dokumentacji projektowej;

- usunięcie odpowiedzialności wykonawcy za ewentualne błędy projektanta,
 - usunięcie odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie parametrów określonych w dokumentacji projektowej,
 - usunięcie obowiązku wykonawcy zwrotu całości lub części dofinansowania uzyskanego przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia;
- (c) zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W trakcie rozprawy odwołujący podniesione zarzuty starał się doprecyzować wnosząc o nakazanie zamawiającemu zastąpienie dotychczasowych postanowień siwz, nową ich treścią i tak:

Zarzut 1 – w paragrafie 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy zastąpić nowym ustępem o treści „termin realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące od daty jego udzielenia”.

Zarzut 2 – w paragrafie 2 wzoru umowy dodać ustęp w brzmieniu „za termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy uznaje się datę wpisu kierownika budowy do dziennika budowy o zakończeniu robót budowlanych”.

Zarzut 3 – w paragrafie 14 ust. 7 pkt 1 nadać temu ustępowi nowe brzmienie o treści „zamawiający jest uprawniony do odmowy dokonania odbioru końcowego przedmiotu zamówienia wyłącznie w przypadku stwierdzenia istotnej wady, rozumianej jako wada uniemożliwiająca użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem”.

Zarzut 4 – w paragrafie 1 ust. 5 wzoru umowy wniósł o wykreślenie zdania 1 i wpisanie w to miejsce nowego zdania o treści „wykonawca zobowiązuje się do sprawdzania kompletności dokumentacji przetargowej z należytą starannością, właściwą wykonawcy robót budowlanych”.

Zarzut 5 – wniósł aby z paragrafu 8 ust. 8 zdanie 2 wykreślić w całości.

Zarzut 6 – w paragrafie 5 ust. 22 wykreślić w zdaniu 1 część sformułowania o treści „w tym osiągnięcie parametrów określonych w dokumentacji projektowej”.

Zarzut 7 – odwołujący wniósł o wykreślenie w całości paragrafu 18 umowy.

Odwołanie o sygn. akt 875/13

Odwołujący IDS-BUD wniósł odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności podjętych przez zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 353 (1) k.c. poprzez nieprecyzyjne wskazanie terminu wykonania przedmiotu umowy - Część I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców — pkt. 8.1 oraz Część III SIWZ — Wzór Umowy - §2 ust. 2 i 3
2. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wprowadzenie zapisów uprawniających Zamawiającego do podjęcia jednostronnej decyzji o przedłużeniu terminu zakończenia umowy — Część I SIWZ — Instrukcja dla wykonawców — pkt 23.3 oraz Część III SIWZ —

Wzór Umowy - § 20 ust. 2

3. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 3 Pzp oraz art. 647 k.c. poprzez przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności za dokumentację projektową Zamawiającego - Część II SIWZ — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia — pkt 2.1 ppkt 2) oraz Część III SIWZ - Wzór Umowy - §5 ust. 12

4. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 3 Pzp oraz art. 647 k.c. poprzez przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności za dokumentację projektową Zamawiającego - Część II SIWZ — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia — pkt 4.1.

5. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wprowadzenie zapisów uprawniających Zamawiającego do podjęcia jednostronnej, niewymagającej uzasadnienia decyzji o usunięciu z terenu budowy podmiotów i/lub osób wykonujących roboty budowlane i dostawy - Część III SIWZ - Wzór Umowy - §4 ust. 5

6. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 140 ust. 3 Pzp poprzez obciążenie Wykonawcy kosztami wynikającymi z jednostronnej, niewymagającej uzasadnienia decyzji o przeprowadzeniu badań - Część III SIWZ - Wzór Umowy - §7 ust. 4

7. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 3 Pzp oraz art. 647 k.c. poprzez przeniesienia na Wykonawcę odpowiedzialności za urządzenia dostarczane przez Zamawiającego - Część III SIWZ - Wzór Umowy - §8 ust. 8

8. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 3 Pzp oraz art. 581 §1 k.c. poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione zmodyfikowanie odpowiedzialności Wykonawcy wynikającej z udzielonej gwarancji - Część III SIWZ - Wzór Umowy - §17 ust. 2 pkt. 8

9. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 3 Pzp oraz art. 353 (1) k.c. poprzez przeniesienie na Wykonawcę ryzyka wynikającego z odstąpienia od umowy z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy - Część III SIWZ - Wzór Umowy - §19 ust. 6

10. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 3 Pzp oraz art. 353 (1) k.c. poprzez przeniesienie na Wykonawcę ryzyka wynikającego z niemożności dostarczenia przez Wykonawcę, z przyczyn od niego niezależnych, urządzeń i materiałów w przypadku zaprzestania ich produkcji - Część III SIWZ - Wzór Umowy - §20 ust. 7

Odwołujący ten podnosząc zarzuty wobec treści postanowień SIWZ wskazał w sposób precyzyjny – treść żądań które w postępowaniu odwoławczym dotyczącym treści postanowień SIWZ stają się jednocześnie zarzutami odwołania. Wskazując iż dotychczasowa ich treść jest nieprawidłowa, równocześnie podając jaka wg. niego winna być treść konkretnych postanowień SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania stwierdził, że zarzuty podniesione w odwołaniach są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie, a w konsekwencji brak jest podstaw do uwzględnienia żądań zgłoszonych w odwołaniach.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A., Dragados S.A., 02-972 Warszawa, ul. Adama Branickiego 15 do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 871/13 po stronie odwołującego
- 2) IDS - BUD S.A., 00-844 Warszawa, Ul. Grzybowska 87 do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 871/13 po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z treścią odwołań, odpowiedzią zamawiającego na odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania ustaliła i zważyła, co następuje:

Oba odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie podniesione zarzuty zostały przez Izbę uwzględnione. Dla uwzględnienia odwołania wystarczające jest, aby chociaż jeden z podniesionych zarzutów okazał się zasadny, a przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp nie znajdował zastosowania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący i przystępujący posiadają interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie zaznaczyć należy, że zgodnie z zarządzeniem Prezesa KIO oba odwołania zostały skierowane do łącznego rozpoznania. Dlatego też biorąc pod uwagę fakt, że obaj odwołujący podnieśli zarzuty o zbliżonym zakresie tematycznym Izba połączyła na etapie wyrokowania treść podniesionych zarzutów, w wyniku którego podniesione zarzuty wg. tematu żądań, były oceniane jako jeden zarzut. Działanie Izby w tym zakresie miały jedynie charakter porządkowy, a nie kreujący treść SIWZ.

Należy również zaznaczyć, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ czy też treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Stwierdzić należy, że w tej sytuacji sformułowana przez odwołującego nowa, proponowana treść postanowienia SIWZ, która ma zmienić treść dotychczasową, jest zarzutem odwołania. Odwołujący przedstawiając ją w zarzucie odwołania wskazuje czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, które zdaniem odwołującego narusza przepisy Ustawy Pzp.

Izba w tym zakresie nie może kreować samodzielnie treści nowego postanowienia SIWZ, dlatego też ogólnikowe sformułowanie zarzutu nie jest wystarczające do jego rozpoznania.

Dlatego też aby dokonać takiej oceny niezbędne jest zarówno precyzyjne sformułowanie treści nowego brzmienia postanowienia SIWZ, wskazanie które postanowienia SIWZ mają być zastąpione oraz w którym miejscu specyfikacji winny być one zamieszczone.

To podmiot odwołujący formułuje swoje zarzuty i żądania wskazując jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom jednocześnie wskazując nową treść, która w jego ocenie jest zgodna z przepisami ustawy Pzp. Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, tym samym Izba poddaje ocenie podniesione zarzuty co do sprzeczności dotychczasowej treści SIWZ z ustawą, a nie dokonuje ich formułowania za strony postępowania.

Podstawowym kryterium uznawania i wprowadzania propozycji odwołującego do brzmienia SIWZ, jest ich zgodność z przepisami prawa.

Zaznaczyć należy również, że formułowanie dopiero na rozprawie wnioskowanej zmiany treści SIWZ, narusza prawo zamawiającego, jako strony, do dokonania analizy zasadności podniesionego zarzutu i oświadczenia się co ewentualnego jego uwzględnienia przed rozprawą, bądź przygotowania odpowiedniej linii obrony przed zarzutami odwołującego.

Przenosząc te uwagi na grunt przedmiotowego postępowania odwoławczego stwierdzić należy, że odwołujący Karmar SA większość z pośród 7 zarzutów sprecyzował dopiero na rozprawie co spowodowało, że ww. zarzuty tj. 5; 6 i 7 jako spóźnione nie podlegały orzekaniu. Natomiast z pozostałych zarzutów dało się zdaniem Izby wywieść treść żądania odwołującego w zakresie treści postanowień SIWZ.

W zakresie zarzutu pierwszego z obu odwołań dotyczącego okresu przewidzianego na realizację zamówienia, odwołujący podnieśli, że zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu wskazał termin wykonania zamówienia na 24 miesiące od udzielenia zamówienia. Natomiast w SIWZ wręczonym wykonawcom po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający zmienił ten termin dodając iż ma to nastąpić nie później niż do 30 kwietnia 2015 roku. Zdaniem odwołujących biorąc pod uwagę istotne daty z tego postępowania to zamawiający w sposób niedopuszczalny zmienił podane w ogłoszeniu warunki, co może w sytuacji przeciągania się procedury udzielenia zamówienia spowodować realną przeszkodę w terminowym wykonaniu zamówienia, a rezygnacja przez wykonawcę z podpisania umowy z ww. powodu w przypadku wyboru ich oferty narazi ich na utratę wadium.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu stwierdził w treści SIWZ, przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert, tylko doprecyzował sposób określenia terminu realizacji zamówienia dodając, iż termin ten nie może wykroczyć poza datę 30 kwietnia 2015 r. Data ta nie została podana przez zamawiającego bez istotnej przyczyny. Przedmiot zamówienia, objęty niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, współfinansowany jest z środków Unii Europejskiej. Umowa w tym zakresie przewiduje zakończenie realizacji projektu nie później niż z dniem 30 czerwca 2015 r.

Stwierdził również, że sposób wypełniania formularza o ogłaszaniu zamówienia nie daje możliwości oznaczenia terminu wykonania zamówienia w sposób mieszany.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem dwuetapowym. Co do zasady zamawiający może dokonać zmiany treści SIWZ w dowolnym momencie przed upływem terminu składania ofert. Odstępstwo od tej reguły zostało wyrażone w treści art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zgodnie z którym, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższa regulacja ma na celu zachowanie wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ww. trybach wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po dokonaniu kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia.

Dlatego też zamawiający po dokonaniu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc po „skonsumowaniu” pewnego jego etapu, przeprowadzonego w oparciu o podane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki, nie może dokonywać ich zmiany na etapie składania ofert, poprzez inne ustalenie istotnych dla wykonawców kwestii w SIWZ. Podobnie M. Stachowiak w: *Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz, wyd. 4, Warszawa 2010 r., str. 243.*

Izba nie uznała za zasadnych argumentacji zamawiającego, że wskazanie daty końcowej realizacji zamówienia jest tylko doprecyzowaniem terminu realizacji zamówienia. Doprecyzować można w takim przypadku z zasady tylko datę rozpoczęcia liczenia biegu terminu realizacji zamówienia. Wskazanie daty końcowej realizacji zamówienia z upływem każdego dnia trwania postępowania o jego udzielenie powoduje skracanie terminu jego realizacji. Modyfikacje treści ogłoszenia dokonywane w postępowaniu dwuetapowym może mieć rzeczywisty wpływ na jego wynik i na możliwość terminowego jego wykonania.

Tym samym zarzut ten został uwzględniony w obu odwołaniach. Równocześnie Izba biorąc pod uwagę zarówno zarzut odwołującego IDS- BUD, jak i potrzebę uporządkowania kwestii terminu realizacji zamówienia, nakazała w pkt. 1.1.2 orzeczenia, zmianę terminu zakończenia robót budowlanych o których mowa w części I SIWZ pkt 8.2 z daty „*najpóźniej do 28.02.2015 r*” na *aby ww. „roboty zrealizować i zgłosić przedmiot zamówienia do odbioru technicznego w terminie 22 miesięcy od daty podpisania umowy o udzielenie zamówienia”.*

Odnosnie uwzględnionego zarzutu opisanego w pkt.1.1 pkt 3 orzeczenia Izby podnieść należy, że odwołujący IDS-BUD domagał się w zarzucie oznaczonym nr 2; 3 i 4 aby w

sytuacjach niedających się przewidzieć na etapie składania ofert tj. wystąpienia różnych zdarzeń szczególnych i związaną z tym koniecznością wykonania robót dodatkowych, bądź czasowej niemożliwości realizacji zamówienia, aby wykonawca miał możliwość domagania się od zamawiającego zmiany terminu realizacji umowy.

Odpowiadając na te zarzuty zamawiający swoim oświadczeniem po części uznał ich zasadność zobowiązując się, że w przypadku zaistnienia takich ww. zdarzeń rozpatrzy wnioski wykonawcy o przedłużenie terminu zakończenia realizacji zamówienia, stwierdzając do protokołu rozprawy iż *„jeśli wykonawca wystąpi do zamawiającego o zmianę treści umowy przesłanką określoną w paragrafie 20 to zamawiający zobowiązuje się przystąpić do rozmów z wykonawcą w tym zakresie”*. Wobec takiego oświadczenia zamawiającego, odwołujący oświadczył iż takie stanowisko zamawiającego jest dla niego satysfakcjonujące i akceptuje treść zmiany kwestionowanych postanowień SIWZ podana przez zamawiającego.

W zakresie kolejnego zarzutu uwzględnionego przez Izbę pkt 1.1 pkt 4 przedmiotowego orzeczenia dotyczącego zarzutu możliwości żądania przez wykonawcę otrzymania dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych możliwych do wystąpienia w trakcie realizacji zamówienia, wskazać należy, że zamawiający ustalając za wykonanie zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe równocześnie zastrzegł, że jeśli w trakcie wykonywania zamówienia wystąpi kolizja sieci w terenie lub inne przeszkody, nie wykazane w projekcie wykonawczym, a także wystąpi konieczność adaptacji sieci dostarczających media do realizowanego budynku również nie ujęte w dokumentacji projektowej to wykonawca winien w tym zakresie, wykonać odpowiednią dokumentację projektową oraz dokonać usunięcia kolizji czy adaptacji sieci. Koszt tych ewentualnych robót wykonawcy winni ująć w cenie ofertowej.

Na wstępie omówienia podstaw uwzględnienia przez Izbę tego zarzutu wskazać należy, że zamawiający ma swobodę w ustaleniu rodzaju wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Może ono przybrać formę wynagrodzenia ryczałtowego bądź kosztorysowego. Zamawiający ustalając taki sposób wynagrodzenia skłaniają się do traktowania tej ceny, jako absolutnie stałej nie podlegającej żadnym zmianom. Takie stanowisko wynika głównie z uproszczonej interpretacji treści ustawy o zamówieniach publicznych, art. 144, który bardzo ogranicza prawo zamawiającego do wprowadzania zmian w ustaleniach kontraktowych.

Oceniając tą kwestię konieczne jest przyjęcie założenia ustawodawcy, że zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia winien zgodnie z przepisem art. 29 ustawy Pzp wykonać obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Wiele dalszych uregulowań przepisów Pzp, w tym także cena ryczałtowa, są uzależnione od założenia, że zamawiający ten bezwzględnie obowiązujący wymóg spełnił. Ponadto możliwość jednolitego rozumienia przez wykonawców opisu przedmiotu zamówienia oraz jego zupełność jest podstawowym warunkiem uczciwej i równej konkurencji

pomiędzy oferentami przystępującymi do przetargu.

Ustawa o zamówieniach publicznych w odniesieniu do robót budowlanych w art. 30 i 31 wyraźnie określiła jakimi cechami powinien się oznaczać opis przedmiotu zamówienia. Dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna są odpowiednimi narzędziami do dokonania tego opisu. Z tych dokumentów musi jednoznacznie wynikać zakres robót budowlanych tj. wielkość, oczekiwana jakość, funkcja, warunki realizacji, warunki odbioru przedmiotu zamówienia, itd.

Tym samym stwierdzić należy, że cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jasnym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia i dopiero wtedy może stanowić niezmienny element kontraktu.

Natomiast jeśli zamawiający nie opisał w sposób jednoznaczny i pełny przedmiotu zamówienia to powinien rozważyć możliwość przyjęcia innego sposobu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego zamówienia wskazać należy, że zamawiający w wielu ww. przypadkach sugeruje wykonawcom, iż może wystąpić potrzeba wykonania wielu robót dodatkowych stwierdzając, że koszty z tym związane wykonawcy winni wkalkulować w cenę ofertową, jakby nie zauważając, że brak jakiegokolwiek opisu zakresu tych robót uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie kosztu ich wykonania. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że dla bezpieczeństwa wykonawcy z ww. powodu należałoby zarezerwować i ująć w cenie ofertowej dodatkowo kwotę kilkuset tysięcy złotych, biorąc pod uwagę wartość przedmiotowego zamówienia. Stwierdzić należy, że potrzeba wykonania robót dodatkowych związana jest w szczególności z brakiem ich ujęcia i opisanie w dokumentacji projektowej. Tylko niedokładne wykonanie dokumentacji projektowej, w tym prawidłowego rozeznania terenu na którym ma być realizowana inwestycja, może w dużej mierze powodować sytuację wystąpienia robót dodatkowych. W tej sytuacji przerzucanie na wykonawcę robót budowlanych ryzyka i kosztu wykonania robót dodatkowych związanych z brakami w dokumentacji projektowej należy uznać za niezasadne.

Oceniając tą kwestię nie należy zapominać także, że wykonawca dla wykonania tego zamówienia wydatkuje duże środki publiczne (ponad 260 ml zł). Wydatkowanie tych środków winna cechować racjonalność. Nie można uznać za prawidłową taką sytuację, że zamawiający pozwala wykonawcom na kalkulowanie w cenie kosztu zamówienia, kosztu robót dodatkowych, które być może w ogóle nie wystąpią. Środki publiczne powinny być wydatkowane w sposób celowy, oszczędny i terminowy, a zatem racjonalny. Dlatego też nie można uznać za zasadne dopuszczenie możliwości ich wydatkowania bez uzasadnionej potrzeby i dlatego, że zamawiający w sposób niezbyt dokładny opisał zakres robót zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że jeśli wystąpi w zakresie kwestionowanym w zarzutach odwołania

potrzeba wykonania robót dodatkowych - nie mogą być utożsamiane z potrzebą wykonania każdej roboty dodatkowej, to roboty te wykraczające poza zakres opisany w materiałach przetargowych, powinny być indywidualnie ocenione i wycenione.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołujący domagali się zniesienia obciążającego ich obowiązku odpowiedzialności za błędy projektanta, a także żądania stwierdzenia, że dokonali analizy „z najwyższą starannością „ dokumentacji projektowej, oświadczając już na etapie składania ofert iż jest to dokumentacja kompletna pozbawiona wad i braków.

Izba częściowo uwzględniła ten zarzut liberalizując nadmierny rygorizm w tym zakresie zamawiającego. Izba uważa za zasadne stanowiska odwołujących, że zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad dokumentacji projektowej wykraczają daleko poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej i naruszają art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż zobowiązują wykonawcę do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty. Tym samym kwestionowane postanowienie może naruszać również art. 140 Prawa zamówień publicznych, bowiem może się okazać w trakcie wykonywania robót, że zakres zobowiązania umownego nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., sygn. III CKN 629/98 należy stwierdzić, że *wykonawca nie ma ustawowego obowiązku szczegółowego zbadania dokumentacji projektowej*. Powyższe stanowisko stanowi również odniesienie do uzasadnienia ww. zarzutu co do wykonywania robót dodatkowych.

Kolejnym zarzutem częściowo uwzględnionym przez Izbę było oczekiwanie przez odwołującego iż w przypadku naprawy lub wymiany urządzenia, przedłużenie gwarancji będzie dotyczyło tylko naprawianego przedmiotu, a nie całości przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby sformułowanie tego postanowienia SIWZ § 17 ust. 2 pkt 8 nie jest jednoznaczne. Analizując treść tego postanowienia można odnieść wrażenie iż przedłużenie gwarancji będzie dotyczyło cały przedmiot zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że zamawiający może oczekiwać udzielenia przez wykonawcę gwarancji jakości na określonych przez siebie minimalnych warunkach. Jednakże nadal pozostała niedookreślona kwestia zakresu przedłużonej gwarancji. Natomiast podczas rozprawy pełnomocnik zamawiającego do protokołu oświadczył iż naprawa lub wymiana będzie pociągała nowy bieg terminu gwarancji, ale tylko w zakresie tego naprawianego czy wymienianego urządzenia. Izba uznając iż poprzez takie oświadczenie zamawiający uznał w tym zakresie oczekiwanie odwołującego, nakazała dokonanie zmiany postanowienia SIWZ w ten sposób iż § 17 ust. 2 pkt 8 zdanie pierwsze otrzymuje brzmienie- „Jeżeli w wykonaniu obowiązków z tytułu gwarancji jakości wykonawca dokonał naprawy rzeczy, połączonej z wymianą elementów lub dostarczył rzecz wolna od

wad, wówczas termin gwarancji dla tej rzeczy lub elementu biegnie na nowo”.

Ostatnim zarzutem uwzględnionym przez Izbę było oczekiwanie przez wykonawcę, by dokonać modyfikacji § 19 ust 6 projektu umowy dotyczącej sytuacji kiedy zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn nie dotyczących wykonawcy, wtedy aby rozliczeniu wykonawcy z zamawiającym podlegały nie tylko wykonane roboty i dostawy, ale także zapłacone przez wykonawcę zaliczki na poczet wykonania zamówionych urządzeń, a także zapłacone z tego powodu kary umowne. Izba uznała w tej części zarzut ten za zasadny. Sam zamawiający przyznał iż zdecydowana większość urządzeń czy sprzętu w który ma być wyposażone przedmiotowe laboratorium będzie sprzętem wykonywanym na indywidualne zamówienie. Tym samym w przypadku rozwiązania umowy, wykonawca nie będzie miał realnych możliwości aby zamówiony sprzęt odebrać i wykorzystać go przy innym zamówieniu. Tym samym konsekwencje dla zamawiającego w przypadku rozwiązania przez niego umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, winny obejmować także obowiązek rozliczenia się z wykonawcą również z tytułu zapłaconych zaliczek na poczet zamówionego sprzętu, czy konsekwencji w postaci zapłaconych przez niego z tego tytułu kar umownych.

W pozostałym zakresie co do zmiany treści SIWZ Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia. Oczekiwania co do zmiany treści postanowień SIWZ mają związek z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zakładanie już na etapie składania ofert iż może wystąpić wykonanie przedmiotu zamówienia z usterkami wydaje się niedopuszczalne.

Również za niedopuszczalną należy uznać próbę zwolnienia się z odpowiedzialności za niewłaściwe lub nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia w kontekście odpowiedzialności za utratę przez zamawiającego z winy wykonawcy dotacji z funduszy unijnych. To stanowisko Izby należy oceniać w połączeniu z faktem uwzględnienia zarzutu dotyczącego 24 miesięcznego terminu na wykonanie zamówienia, a więc okresu niekwestionowanego przez obu odwołujących.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, może mieć miejsce w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238.

Przewodniczący