

**WYROK**

**z dnia 4 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2020 r. przez wykonawcę: **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Jasionka 942, 36-002 Jasionka

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony**, ul. Kiepury 45, 64-100 Leszno

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego** w Lesznie kwotę 4 255 zł 26 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt pięć złotych dwadzieścia sześć groszy), w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocników strony oraz kwotę 655 zł 26 gr (słownie: sześćset pięćdziesiąt pięć złotych dwadzieścia sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zadania pn. „Optymalizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie”, , numer referencyjny: DZ-751-40/20. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2020/S 139-341020. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 31 lipca 2020 r. wykonawca ERBUD OPERATIONS Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa, w tym:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, złożenie porównywalnych ofert, spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego, wyartykułowane w SIWZ, a także poprzez brak precyzyjnego i jednoznacznego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, poprzez brak wskazania parametrów równoważności dla wskazanych w Programach Funkcjonalno - Użytkowych materiałów i urządzeń, a które wykonawca będzie zobowiązany wykazać w ofercie przetargowej, co w konsekwencji może powodować prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, prawidłowej informacji, umożliwiającej złożenie

oferty w warunkach uczciwej konkurencji gdyż pośrednio wskazano dla większości materiałów, a jednocześnie faktycznie uniemożliwiono złożenie oferty równoważnej i wariantowej,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- niedopuszczenie przez Zamawiającego zmiany sposobu i technologii wykonania prac, w sytuacji w której dopuszcza on w § 16 projektu umowy zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku wejścia w życie nowych przepisów, Polskich Norm po upływie terminu składania ofert, w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia, gdy ich wprowadzenie będzie powodować wzrost pracochłonności wykonania danych opracowań lub projektów o więcej niż 5%,
- sprzeczne określenie w pkt 15/1 SIWZ wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 3 % ceny całkowitej przy jednoczesnym określeniu w § 12 ust. 1 projektu umowy wysokości przedmiotowego zabezpieczenia w wysokości 5%,
- dopuszczenie przez Zamawiającego zmian wywołanych zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku obniżenia stawki podatku VAT spowodowanego nowelizacją ustawy o podatku od towarów i usług, o kwotę wynikającą z tej zmiany, w sytuacji w której, w przypadku obniżenia wysokości podatku VAT uzasadnione jest jedynie pomniejszenie naliczonego podatku Vat bez uszczerbku dla określonej kwoty wynagrodzenia netto.

a tym samym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie w pkt 3/26 SIWZ możliwości częściowego fakturowania robót pod warunkiem, że stan zaawansowania wykonanych robót będzie większy od fakturowanych robót, co stanowi rażące naruszenie przepisów podatkowych co stanowi nienależyte określenie warunków przedmiotu zamówienia oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 2 pkt 4, art. 41 pkt 5, art. 83 ustawy Pzp poprzez błędne nie zastosowanie tych przepisów, w rezultacie nie dopuszczenie ofert wariantowych, w sytuacji opisanego przedmiotu zamówienia, który z jednej strony wskazuje na producenta i materiał, a z drugiej strony w taki sposób aby faktycznie uniemożliwić złożenie ofert wariantowych, co w konsekwencji może powodować prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 647 kc, art. 654 kc oraz art. 642 § 1 kc, wz z art. 3531 kodeksu cywilnego poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, czy też nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 647 i 654 kc oraz art. 642 § 1 kc, poprzez skonstruowanie projektu umowy w taki sposób że drobna usterka staje się dla Zamawiającego pretekstem do uchylenia się od odbioru i zapłaty wynagrodzenia i jednocześnie pretekstem do naliczenia wykonawcy kar umownych, czym Zamawiający ukształtował treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego i równowagę stron, czy też może nakładać rażąco wygórowane kary umowne, a tym samym uprawniony jest do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie faktycznego dopuszczenia możliwości składania oferty równoważnej wszędzie tam gdzie Zamawiający w sposób pośredni wskazał materiał lub urządzenie w opisie przedmiotu zamówienia,
- 2) dokonania modyfikacji treści SIWZ i dopuszczenie możliwości składania ofert wariantowych,
- 3) dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie istotnych dla stron postanowień umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie niezwłocznego przekazania wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany SIWZ, oraz nakazanie zamieszczenia zmiany SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
- 4) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie określenie przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie jego wartości, tj. o co najmniej 15 dni, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
- 5) dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert,
- 6) dopuszczenia zmiany sposobu i technologii wykonania prac w § 16 ust. 5 projektu umowy, w sytuacji w której dopuszcza on zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku wejścia w życie nowych przepisów, Polskich Norm po upływie terminu składania

ofert, w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia, gdy ich wprowadzenie będzie powodować wzrost pracochłonności wykonania danych opracowań lub projektów o więcej niż 5%,

- 7) ujednoczenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pkt 15/1 SIWZ oraz w § 12 ust. 1 Projektu Umowy,
- 8) zmodyfikowania pkt 1 § 16 ust. III Projektu umowy w sposób gwarantujący Wykonawcy stałą wysokość wynagrodzenia netto,
- 9) zmiany zapisu pkt 3/26 SIWZ na następujący: „Zamawiający dopuszcza możliwość częściowego fakturowania robót”,
- 10) usunięcia zapisu § 6 ust. 15 projektu umowy, zgodnie z którym: „Po podpisaniu protokołu końcowego odbioru przedmiotu zamówienia ewentualne roszczenia Wykonawcy nie będą uwzględniane,
- 11) usunięcia lit. a) z § 6 ust. 9 Wzoru Umowy.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał, że w pkt 3.20 SIWZ, Zamawiający w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i lakoniczny oraz ogólnikowo opisał przedmiot zamówienia: *„Dobre w Programach Funkcjonalno-Użytkowych materiały i urządzenia konkretnych producentów Zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy, jako określenie parametrów przedmiotu Zamówienia za pomocą podania standardu. Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania (zapropionowania w ofercie) rozwiązań równoważnych, pod warunkiem, że zaproponowane rozwiązania równoważne będą posiadały wszystkie parametry nie gorsze niż te, które są dobrane przez projektanta i zagwarantują uzyskanie takich samych lub lepszych parametrów technicznych i eksploatacyjnych materiałów i urządzeń zaprojektowanych oraz posiadać niezbędne atesty i dopuszczenia do stosowania określone w przedmiotowych dokumentach. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego w w/w dokumentach jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały, urządzenia techniczne i elementy wyposażenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Dla wszelkich odniesień w dokumentacji do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający informuje, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym”*

Odwołujący stwierdził, że przy takim niejednoznacznym i nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia, żaden z wykonawców nie będzie w stanie w rzeczywistości wykazać zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, przy powołaniu się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Sposób udowodnienia równoważności przez wykonawcę winien być zgodny z przepisami i wymaganiami SIWZ, w

innym przypadku oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający musi pamiętać o istotnym aspekcie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie, nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsprzeczny zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych.

Następnie Odwołujący przywołał m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 229/12 - 247/12 oraz wyrok KIO z 19.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 189/09 i stwierdził, że samo użycie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zwrotu „lub równoważne” nie jest wystarczające dla zachowania obiektywności i przejrzystości opisu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający winien przy każdym wskazanym w Programach Funkcjonalno-Użytkowych materiale i urządzeniu, wskazać 1, 2, lub czasem więcej ale konkretnych parametrów, które będzie brał pod uwagę badając zgodność oferty z treścią SIWZ, i czy wykonawca wykazał że zaproponowane materiały lub urządzenia są faktycznie równoważne. Aby więc dostosować opis przedmiotu zamówienia do zgodności z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp konieczne jest dokonanie modyfikacji treści SIWZ w zakresie faktycznego dopuszczenia możliwości składania oferty równoważnej wszędzie tam gdzie Zamawiający w sposób pośredni wskazał materiał lub urządzenie w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe zdaniem Odwołującego potwierdza słuszność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, i że doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jaki umożliwia złożenie oferty de facto tylko na materiałach już wskazanych przez Zamawiającego. Powyższe może powodować prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i tym samym mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania o zamówienie. Odwołujący stwierdził, że w tym stanie sprawy koniecznym jest wprowadzenie do SIWZ następującego postanowienia: *„Pod pojęciem równoważności należy rozumieć, iż zagwarantują one realizację zamówienia zgodnie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w w/w dokumentacji. Założone urządzenia winny spełniać funkcję, jakiej mają służyć, być kompatybilne z*

pozostałymi urządzeniami tak aby zespół urządzeń dawał zamierzony (zaprojektowany) efekt oraz nie mogą wpływać na zmianę rodzaju i zakresu robót budowlanych. Wykonawca dobierając inne materiały lub urządzenia oraz rozwiązania równoważne do zaproponowanych w dokumentacji projektowej, jest odpowiedzialny za jakość zastosowanych materiałów, urządzeń, instalacji itp., za montaż i uruchomienie, za prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę oraz ich zgodność z dokumentacją projektową oraz wymaganiami specyfikacji technicznej."

Uzasadniając drugi zarzut Odwołujący wskazał m.in., że naruszone zostały przepisy: art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 41 pkt 5 ustawy Pzp i art. 83 ustawy Pzp i stwierdził, że w jego ocenie muszą one być uwzględnione w SIWZ, np. w następujący sposób:

*„Rozdział 3 - Opis przedmiotu zamówienia*

*„4. W przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty wariantowej (o której mowa w Rozdz. 3a Zamawiający wymaga, aby Wykonawca opracował oraz przedłożył wraz ze składaną ofertą koncepcję programowo - przestrzenną, obejmującą budowę wszystkich obiektów i realizację innych robót budowlanych (opisanych szczegółowo w rozwiązaniu WARIANT II, Załącznika nr .... do specyfikacji) wraz z zestawieniem kosztów - koszty inwestorskie - które stanowiąc będą podstawę do zawarcia umowy na realizację zadania.*

*Koncepcja programowo - przestrzenna winna obejmować przyjęte rozwiązania techniczno-materiałowe w zakresie niezbędnym do realizacji zadania w ramach oferty wariantowej. Dołączona do oferty koncepcja, powinna zawierać:*

1) CZĘŚĆ RYSUNKOWA:

a) detal rozwiązania techniczno-materiałowego ściany osłonowej w skali 1:25

b) koncepcję rozwiązania elewacji - jako całości

- rzuty poszczególnych elewacji ze wskazaniem podziałów ślusarki okiennej - skala 1:100

- wizualizacje - minimum 2 widoki kompleksu szpitala charakterystyczne dla proponowanych rozwiązań techniczno-materiałowych

2) CZĘŚĆ OPISOWA:

a) opis wykonania elewacji, w tym założenia dla rozwiązań konstrukcyjno - budowlanych, wyposażenia budynku w instalacje, charakterystyczne parametry techniczno - użytkowe oraz szczegółowe wytyczne dla sporządzenia projektu budowlanego,

*Rozdział 3a - Informacje o możliwości złożenia oferty wariantowej.*



1. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy.

2. Każdy Wykonawca w ramach niniejszego postępowania może złożyć:

(a) ofertę podstawową ALBO

(b) ofertę podstawową i ofertę wariantową ALBO

(c) ofertę wariantową.

3. Spośród „oferty podstawowej” i „oferty wariantowej” złożonych przez jednego Wykonawcę może zostać wybrana co najwyżej jedna oferta, tj. w ujęciu praktycznym, obejmująca:

a) WARIANT I (oferta podstawowa) - realizacja zadania inwestycyjnego, zgodnie z posiadaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową, zatwierdzoną ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę oraz innymi rozstrzygnięciami o charakterze administracyjnym (szczegółowo opisany w Załączniku nr ... do specyfikacji) albo b) WARIANT II (oferta wariantowa) - oferta, która przewiduje odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia z dopuszczonymi przez Zamawiającego zmianami rozwiązań funkcjonalnych oraz techniczno-materiałowych, które szczegółowo zostały opisane w Załączniku nr .... do specyfikacji z konsekwencją zmiany posiadanych pozwoleń na budowę, przy jednoczesnym zachowaniu zakresu ujętego we wniosku o dofinansowanie.

Warunkiem koniecznym do udziału w postępowaniu przetargowym w WARIANCIE II jest opracowanie i przedłożenie (wraz ze składaną ofertą) koncepcji programowo - przestrzennej, obejmującej budowę wszystkich obiektów i realizację innych robót budowlanych (opisanych szczegółowo w Załączniku nr ... do specyfikacji, wraz z zestawieniem kosztów - koszty inwestorskie - które stanowiąc będą podstawę do zawarcia umowy na realizację zadania).

*Rozdział 3a - Informacje o możliwości złożenia oferty wariantowej.*

1. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy.

2. Każdy Wykonawca w ramach niniejszego postępowania może złożyć: (a) ofertę podstawową ALBO (b) ofertę podstawową i ofertę wariantową ALBO (c) ofertę wariantową.

Spośród „oferty podstawowej” i „oferty wariantowej” złożonych przez jednego Wykonawcę może zostać wybrana co najwyżej jedna oferta, tj. w ujęciu praktycznym, obejmująca:

a) WARIANT I (oferta podstawowa) - realizacja zadania inwestycyjnego zgodnie z posiadaną przez Zamawiającego koncepcją architektoniczną, PFU, dokumentacją projektową, zatwierdzoną ostatecznymi decyzjami o pozwoleniu na budowę oraz innymi rozstrzygnięciami

o charakterze administracyjnym (szczegółowo opisany w pkt 5 str. 6-9, Załącznika nr 1 do specyfikacji) albo

b) *WARIANT II (oferta wariantowa) - oferta, która przewiduje odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia z dopuszczonymi przez Zamawiającego zmianami rozwiązań funkcjonalnych oraz*

*techniczno-materiałowych, które szczegółowo zostały opisane w pkt ... str*

*Załącznika nr ....do specyfikacji z konsekwencją zmiany posiadanych pozwoleń na budowę, przy jednoczesnym zachowaniu zakresu ujętego we wniosku o dofinansowanie. Warunkiem koniecznym do udziału w postępowaniu przetargowym w WARIANCIE II jest opracowanie i przedłożenie (wraz ze składaną ofertą) koncepcji programowo - przestrzennej, obejmującej budowę wszystkich obiektów i realizację innych robót budowlanych (opisanych szczegółowo w punkcie 5, strony 9-14 opisu zawartego w Załączniku nr 1 do specyfikacji, wraz z zestawieniem kosztów - koszty inwestorskie - które stanowiąc będą podstawę do zawarcia umowy na realizację zadania).*

*Rozdział XII - Opis sposobu przygotowywania ofert*

*I. Informacje ogólne*

*1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę podstawową, wariantową lub ofertę podstawową i wariantową za pośrednictwem Platformy, sam lub jako członek (partner) wykonawców składających ofertę wspólną. Platforma szyfruje oferty w taki sposób, aby nie można było zapoznać się z ich treścią do terminu otwarcia ofert.*

*Rozdział XIV - Opis sposobu obliczenia ceny*

*1, Cena ofertowa ma charakter ryczałtowy.*

*2. Cena obejmuje wszystkie obowiązki Wykonawcy, niezbędne do zrealizowania robót ujętych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do specyfikacji - w zależności od realizowanego wariantu) oraz dokumentacji wskazanej w Rozdz. III pkt IV specyfikacji. Cena ta powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, jak również nie ujęte w dokumentacji projektowej i dokumentacji projektowej zmienionej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarach robót, a niezbędne do wykonania zadania tj. robociznę wraz z kosztami towarzyszącymi, pracę sprzętu, zakup wszelkich wyrobów; materiałów, urządzeń, koszty wszelkich dostaw i usług, wyposażenia, załadunek, rozładunek, przewóz, wywóz, likwidacja, utylizacja, magazynowanie, składowanie, wszystkie obowiązujące w Polsce podatki oraz opłaty celne i inne opłaty związane z wykonywaniem robót, koszty pośrednie, koszty BHP, zysk i ryzyko, uzyskanie pozwoleń na wejście lub zajęcie terenu, jeśli zaistnieje taka konieczność,*

ewentualne koszty zajęcia chodnika lub pasa drogowego, koordynacja pracy podwykonawców, koszty obsługi geodezyjnej i geologicznej, podatek VAT, ubezpieczenia, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy (naprawa, woda, energia elektryczna, telefon, dozоровanie budowy itp.), koszty niezbędnych badań opinii wymaganych podczas odbioru końcowego robót, koszty doprowadzenia miejsca i terenu robót budowlano- montażowych do stanu sprzed rozpoczęcia robót, koszty ewentualnego wykonania niezbędnych rusztowań, koszty rozruchu jeżeli takie wystąpią, koszty wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty instrukcji, instruktażu i szkolenia, przeprowadzenie wszelkich wymaganych przez obowiązujące przepisy i normy, prób testów, badań, odbiorów technicznych, uzyskanie pozwoleń, uzgodnień, opinii, certyfikatów, aprobat technicznych, ekspertyz, koszty usunięcia ewentualnych usterek w przypadku uszkodzenia jakiegokolwiek sieci lub linii, przewodów, koszty zabezpieczenia wykonywanych robót w okresie niekorzystnych warunków atmosferycznych, koszty obsługi gwarancyjnej w okresie rękojmi i gwarancji, koszty związane z prowadzeniem robót w okresie funkcjonowania obiektu oraz wszystkie inne, nie wymienione z nazwy koszty i wydatki związane z realizacją niniejszej Umowy niezbędne do jej należytego wykonania., itp.

*Rozdział XVI - Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*

3. *W przypadku wyboru oferty wariantowej, Wykonawca którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą najpóźniej w dniu podpisania umowy przedstawi do akceptacji Zamawiającego:*

*a) właściwe decyzje o nadaniu uprawnień + aktualne zaświadczenia o członkostwie we właściwej izbie samorządu zawodowego [zgodnie z art. 6 ustawy z dn. 15.12.2000 r. o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa (t.j. Dz. U. z 2001 Nr 5 poz. 42 z późn. zm.) dotyczące osób przewidzianych do pełnienia funkcji projektanta w specjalnościach: architektonicznej; konstrukcyjno-budowlanej; instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;*

*16.12. Zamawiający dopuszcza składania ofert wariantowych, a tym samym określił minimalne warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe. Kryteria oceny ofert są wspólne dla wszystkich wariantów przedstawionych w ofertach”*

W uzasadnieniu trzeciego zarzutu Odwołujący, stwierdzając istnienie niejasnych i nieprecyzyjnych zapisów SIWZ wniósł o:

- dopuszczenie zmiany sposobu i technologii wykonania prac w § 16 projektu umowy, w sytuacji w której dopuszcza on zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia w

*przypadku wejścia w życie nowych przepisów, Polskich Norm po upływie terminu składania ofert, w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia, gdy ich wprowadzenie będzie powodować wzrost pracochłonności wykonania danych opracowań lub projektów o więcej niż 5%,*

- *ujednolicenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pkt 15/1 SIWZ oraz w § 12 ust. 1 Projektu Umowy,*
- *zmodyfikowanie pkt 1 § 16 ust. III Projektu umowy w sposób gwarantujący Wykonawcą stałą wysokość wynagrodzenia netto.*

Odnośnie czwartego zarzutu Odwołujący wskazał, iż pkt 3/26 SIWZ stanowi: *Zamawiający dopuszcza możliwość częściowego fakturowania robót pod warunkiem, że stan zaawansowania wykonanych robót będzie większy od fakturowanych robót*, co stanowi rażące naruszenie przepisów podatkowych, w świetle których dokumenty fiskalne w tym przypadku faktury powinny być wystawiane w oparciu o rzeczywiście wykonany zakres usług robót itd. oraz bezpośrednio po wykonaniu tych prac. Inne zachowanie może zostać potraktowane z jednej strony jako wykonanie części usługi poza łączący strony stosunek obligacyjny z drugiej zaś jako wystawianie fikcyjnej faktury za nierealizowane zobowiązanie, a także stanowi nienależyte określenie warunków przedmiotu zamówienia oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o zmianę zapisu pkt 3/26 SIWZ na następujący: *„Zamawiający dopuszcza możliwość częściowego fakturowania robót”*

Uzasadniając piąty zarzut, dotyczący braku dopuszczenia ofert wariantowych, Odwołujący ponownie przywołał przepisy art. 36 ust. 2 pkt 4, 41 pkt 5 i art. 83 ustawy Pzp, a także definicję oferty wariantowej i stwierdził, że w jego ocenie w niniejszym postępowaniu, w szczególności ze względu na jego specyfikę Zamawiający winien z umożliwić wykonawcom składanie ofert wariantowych, co mogłoby mieć wymierne przełożenia na oszczędności środków publicznych a także optymalizację zastosowanych rozwiązań. Za powyższym przemawia również fakt, iż celem postępowania jest osiągnięcie określonych parametrów energetycznych modernizowanego budynku. Możliwość składania ofert wariantowych byłaby zatem pożądana z perspektywy Zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zmianę przez Zamawiającego postanowień SIWZ przewidujących możliwość złożenia ofert wariantowych.

W uzasadnieniu zarzutów nr 6 i 7 Odwołujący wskazał, że naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach postępowania, godzą w interesy Odwołującego, w szczególności zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy i dowolny kształtują stosunek zobowiązaniowy, kształtując ciężar ryzyka, który obarcza w tym wypadku Wykonawcę w taki

sposób i w takim rozmiarze, że Zamawiający przekracza ustawowe upoważnienie do swobody umów, czyniąc tym samym niemożliwym ustalenie wszelkich okoliczności i ryzyk, umożliwiających sporządzenie rzetelnej i spełniającej wymagania Zamawiającego oferty. Odwołanie jest zatem konieczne, aby nie doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy i na skutek naruszenia zasad proporcjonalności, równości i uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia są ogólnie przyjęte dobre obyczaje, które zdaniem Odwołującego zostały pominięte lub zlekceważone. Co prawda, dobre obyczaje kupieckie są odbiciem swoistego zbioru norm pozaprawnych i stanowią jedynie zbiór zachowań społecznie pożądaných i praktykowanych, ale podnieść należy, że zgodnie z orzecznictwem sądów „dobre obyczaje to ogólne reguły uczciwości kupieckiej, pojawiające się w związku z prowadzeniem działalności handlowej przez przedsiębiorców. Obowiązują one wszystkich uczestników obrotu handlowego” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 roku, sygn. akt IIICSK100/08). Ponadto „sprzeczność uchwały z dobrymi obyczajami występuje wówczas, gdy w obrocie handlowym może być ona uznana za nieetyczną. Chodzi przy tym jednak raczej nie o ocenę z punktu widzenia etyki przeciętnego, uczciwego człowieka, lecz o oceny nastawione na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania spółki pod względem ekonomicznym” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2005 roku, sygn. akt IV CK 607/04). Sprzeczne z przepisami wskazanymi w odwołaniu oraz z dobrymi obyczajami kupieckimi sformułowania zawarte w SIWZ godzą w interesy Odwołującego. Mogą one spowodować, że ubiegający się o zamówienie: nie zdecydują się na złożenie oferty: gdyż ryzyko związane z umową jest bardzo duże i niedookreślone, a koszty wręcz niemożliwe do oszacowania, albo złożą ofertę na bardzo niekorzystnych warunkach: może zdarzyć się, że Wykonawca nie wyceni tych zakresów, które są nieprecyzyjnie określone w SIWZ, skutkiem czego przychody z umowy nie pokryją kosztów z nią związanych, albo złożą ofertę niekonkurencyjną cenowo: uwzględnić wysoki stopień ryzyka w cenie, Wykonawca nie będzie w stanie zaproponować konkurencyjnej ceny i w konsekwencji pozbawiony zostanie możliwości uzyskania zamówienia. Należy się spodziewać, że część Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, z uwagi na wady SIWZ, nie złożą oferty, zaś pozostali Wykonawcy, którzy zdecydują się na złożenie oferty złożą oferty nieporównywalne, gdyż każdy z nich - z uwagi na brak precyzyjnych i kompletnych informacji - odmiennie określi (a co za tym - również i wyceni) przedmiot zamówienia.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że jego odwołanie nie jest typowym odwołaniem, składanym na treść SIWZ przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Celem tego odwołania jest przywrócenie przez Krajową Izbę Odwoławczą poszanowania prawa, z korzyścią dla całej branży. Krajowa Izba Odwoławcza powinna zatem zweryfikować, czy w postępowaniu zostało stworzone środowisko do uczciwego

konkurowania, i dochowane zostały standardy i zasady opisane w ustawie Pzp i wskazane poniżej. Zdaniem Odwołującego standardy te powinny być co najmniej zgodne z przepisami prawa. Odwołujący ma pełną świadomość, że niewielkie dysproporcje w zasadzie o równowadze stron z uwagi na samą treść ustawy Pzp - są legalne. Jednakże, rażąco dysproporcje nie znajdują poparcia w przepisach prawa i nie zasługują na ochronę Izby. Dlatego też, niniejszym odwołaniem Odwołujący pragnie doprowadzić Postępowanie do zgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz doprowadzić do przywrócenia zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Następnie Odwołujący wskazał na niezgodne z prawem postanowienia wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 19.2 SIWZ podając m.in., iż zgodnie z § 6 ust. 9 lit a) Wzoru Umowy: 9. *„Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a. jeżeli wady nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad;”* i stwierdził, że jakkolwiek z literalnego brzmienia art. 647 k.c. wynika obowiązek inwestora co do odebrania obiektu, to jednak zarówno w orzecznictwie jak i w literaturze przedmiotu nie ma sporu, iż inwestor ma wiele możliwości postępowania w związku z odbiorem robót, w zależności od okoliczności. Może mianowicie odmówić odbioru, może przyjąć przedmiot umowy z zastrzeżeniem usunięcia wad, usterek, może wreszcie przyjąć przedmiot umowy z zastrzeżeniem obniżenia świadczenia wzajemnego (wynagrodzenia), ze względu na wady w obiekcie czy niezgodność z projektem. Odwołujący przywołał m.in. wyroki: Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.02.2000 r., I ACa 1027/99 i z dnia 30.06.2006 r., I ACa 1900/05, Sądu Najwyższego z dnia 26.02.1998 r., I CKN 520/97, z dnia 07.03. 2013 r., II CSK 476/12, z dnia 22.06.2007 r., sygn. akt V CSK 99/07, z dnia 07.04.1998 r., sygn. akt II CKN 673/97, Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27.10.2017 r., I ACa 321/17, Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 03.11.2017 r., I ACa 292/16). Jeżeli chodzi natomiast o granice swobody stron przy regulowaniu w umowie przebiegu i warunków odbioru robót Odwołujący podniósł, że jakkolwiek w orzecznictwie przyjmuje się, że można postawić dodatkowe umowne warunki odbioru, to jednak nie mogą być one sprzeczne z tym, co wynika z art. 647 k.c., a zwłaszcza nie mogą uzależniać dokonania odbioru od braku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach. Odwołujący wskazał m.in. na wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22.06.2007 r., V CSK 99/07 oraz z dnia 21 kwietnia 2017 r. o sygn. i CSK 333/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 03.08.2017 r., I ACa 689/16 oraz stwierdził, że regulując przebieg i warunki odbioru robót strony, przede wszystkim inwestor, musi zachować ostrożność, aby w swoich wymaganiach nie pójść za daleko, a zwłaszcza wykluczyć możliwość wystąpienia jakichkolwiek wad na etapie odbioru robót. Takie postanowienie umowne niemal na pewno zostałyby bowiem uznane za nieważne. Formułując postanowienia umowy dotyczące odbioru robót inwestor musi też pamiętać o kilku innych kwestiach: Po pierwsze, w świetle

orzecznictwa już samo zgłoszenie robót do odbioru aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym (tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 22.09.2016 r., V ACa 1009/15). Oczywiście samo przystąpienie do odbioru nie oznacza jeszcze, że inwestor musi dokonać odbioru, jak bowiem wskazano powyżej w pewnych sytuacjach ma możliwość odmówić jego dokonania. Po drugie, gdy inwestor z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia i roszczenie wykonawcy staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13.04.2011 r., VI ACa 1200/10). Po trzecie, Kodeks Cywilny nie przesądza formy odbioru i jakkolwiek w praktyce ma to miejsce w formie pisemnej, nie jest wykluczony odbiór nawet w drodze czynności faktycznych. Skuteczne może być nawet dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z 09.09.2011 r., I CSK 696/10). W sytuacji faktycznego przyjęcia robót przez zamawiającego nie może on zwalczać żądania zapłaty wynagrodzenia z tej tylko przyczyny, że nie został sporządzony - nawet przewidziany w umowie - formalny protokół ich odbioru. Wykonawca może wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22.09.2016 r., V ACa 1009/15). Po czwarte, zamawiający nie jest uprawniony do odmowy odbioru poszczególnych robót, w sytuacji w której wykryte wady są nieistotne. W przedmiotowej umowie Zamawiający nie wskazał jednak, że możliwość odmowy odbioru robót konsumuje się jedynie w przypadku wad istotnych, co de facto skutkuje tym iż może odmówić odbioru prac nawet w sytuacji wad nieistotnych, co stanowi naruszenie przepisów dotyczących istoty stosunku wynikającego z umowy o roboty budowlane.

W podsumowaniu tego zarzutu Odwołujący stwierdził, że odbiór robót, choćby z zastrzeżeniem usunięcia wad, usterek czy obniżenia wynagrodzenia, dokonany czy to na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, czy też na podstawie postanowień umownych, powinien być zasadą, natomiast odmowa dokonania odbioru - wyjątkiem, którego faktyczne wystąpienie inwestor powinien być w stanie udowodnić. Cytowana wykładnia art. 647 kc, którego naruszenie niniejszym zarzuca się Zamawiającemu, oznacza, że treść wzoru umowy, w brzmieniu wskazanym przez Zamawiającego, narusza również art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 647 kc w związku z art. 353<sup>1</sup> kc, a co za tym idzie, pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego. Dlatego też, zaskarżane postanowienie powinno być

uznane za nieważne, na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w związku z art. 5 kc i w związku z art. 14 ustawy Pzp, stanowiąc w istocie nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania wzoru umowy w sposób zgodny z jego potrzebami. Dlatego też, zasadnym jest żądanie Odwołującego, aby Zamawiający usunął z postanowień umowy lit. a) ust. 9 § 6. Tym samym bowiem, spełniony zostanie obowiązek Zamawiającego do dokonania odbioru wykonanych robót i wypłaty wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia podczas odbioru jedynie nieistotnych wad, które mogą być w krótkim terminie usunięte. W ocenie Odwołującego naruszono w tym postępowaniu art. 647 i 654 k.c. oraz art. 642 § 1 k.c. poprzez skonstruowanie projektu umowy w taki sposób że drobna usterka staje się dla Zamawiającego pretekstem do uchylenia się od odbioru i zapłaty wynagrodzenia i jednocześnie pretekstem do naliczenia wykonawcy kar umownych.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na, jego zdaniem, niezgodne z prawem postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 19.2 do SIWZ i przytoczył § 6 ust. 15 wzoru umowy, który stanowi: „Po podpisaniu protokołu końcowego odbioru przedmiotu zamówienia ewentualne dalsze roszczenia Wykonawcy nie będą uwzględnione.” oraz § 8 wzoru umowy: „*Strony postanawiają, że obowiązującą je formą odszkodowania będą kary umowne, stosowane w następujących przypadkach i wielkościach:*

*1. Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne:*

- a) za nieterminową realizację przedmiotu zamówienia, w tym również elementów przedmiotu zamówienia w terminach wskazanych w harmonogramie, w wysokości 0,1% wartości kontraktu za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;*
- b) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji w wysokości 0,1% wartości kontraktu za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, od dnia wyznaczonego na usunięcie tych wad;*
- c) za spowodowanie przerwy w realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 0,1% wartości kontraktu, za każdy rozpoczęty dzień przerwy;*
- d) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, w wysokości 20% wartości kontraktu;”*

Mając na uwadze powyższe postanowienia umowne, przy jednoczesnym zapisie § 6 ust. 9 lit. a) Odwołujący stwierdził, że istnieją uzasadnione wątpliwości po stronie Wykonawcy w zakresie określenia ryzyk przystąpienia do realizacji inwestycji. Zgodnie z obecnym brzmieniem § 6 ust.9 lit. a) umowy Zamawiający może odmówić odbioru robót nawet w przypadku wykrycia nieistotnej wady wykonanych przez Wykonawcę prac, co z kolei umożliwia Zamawiającemu naliczenie kar umownych na podstawie § 8 ust. 1 lit a) - d). Powyższe zapisy



stanowią poważne zagrożenia dla Wykonawcy, który naraża się na obciążenie go karami umownymi nawet w przypadku prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, który obarczony jest jedynie nieistotnymi wadami. Zatem nieproporcjonalność rozkładu ryzyk w umowie, zagraża trwałości stosunku zobowiązaniowego i osiągnięciu celu umowy. Odwołujący ponownie przytoczył zapis § 6 ust. 15 projektu umowy i stwierdził, że jego zdaniem również ten zapis narusza prawa i interesy Wykonawcy, zważywszy, w szczególności na jego bardzo ogólny i generalny zapis. Tak sformułowane postanowienie przez Zamawiającego jest nieadekwatne i przede wszystkim zbyt szerokie, czym naraża Wykonawcę na kolejne ryzyko w tym przypadku de facto zrzeczenia się przyszłych ewentualnych i uzasadnionych roszczeń przysługujących Wykonawcy. Powyższy zapis także narusza zasadę równouprawnienia stron stosunku cywilnoprawnego. Ponadto Wykonawca powinien mieć zagwarantowane jasne warunki wypłaty wynagrodzenia, nie zaś uzależnione od subiektywnego i nieuzasadnionego przekonania Zamawiającego, czy innych niedookreślonych, czy nieweryfikowalnych okoliczności. Zasadą powinno być aby wynagrodzenie było adekwatne względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów Wykonawcy. Analiza wskazanych postanowień projektu umowy, wskazuje na rażący brak ekwiwalentności świadczenia. Przy obecnych zapisach projektu umowy Wykonawca jest wręcz skazany na dochodzenie wynagrodzenia w sądzie. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować, lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznaną odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń. Choć w orzecznictwie podkreśla się, że brak równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych nie może być utożsamiany z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż Zamawiający zamawia osiągnięcie określonego rezultatu, a nie jedynie ciąg czynności, a wykonawca jako profesjonalista powinien potrafić odkodować istniejące ryzyka i skalkulować ich wartość w ofercie w celu zapewnienia sobie zysku. Jednakże intencją Zamawiającego nie powinno być otrzymanie oferty, w której zostaną zawyżone koszty o ryzyka, którymi w sposób bezpodstawny został obciążony Wykonawca. To wprost prowadzi do marnotrawienia środków publicznych, a z drugiej strony może prowadzić do nieporównywalności ofert. Jednocześnie zdaniem Odwołującego, jeżeli tylko jest to możliwe zamawiający winien uczynić wszystko, aby oferty były porównywalne ze sobą i rzetelnie skalkulowane.

Odwołujący zaznaczając, iż przedstawia zbiorcze uzasadnienie uzupełniające dotyczące granicy swobody umów, stwierdził m.in., że w orzecznictwie tak Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, ale także w doktrynie, nie budzi wątpliwości fakt, że zasada swobody umów doznaje w prawie zamówień publicznych ograniczeń (przykładowo: wyrok KIO

z 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10) i wskazuje się na swobodę Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych z uwagi na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zaspokajanych w interesie publicznym (wyrok KIO z 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1570/12, wyrok KIO z 23.08.2010r., sygn. akt KIO 1698/10), Zamawiający stoi bowiem na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i zapewnienia należytego wykonania umowy, a także przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia założonego celu, czego skutkiem byłoby niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społeczeństwa rozumianego jako zbiorowość. W konsekwencji podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok KIO: z 28.11.2016r., sygn. akt: KIO 2171/16, z 05.03.2014r., sygn. akt: KIO 283/14, z 16.06.2009 r., sygn. akt: KIO 694/09, z 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09). Jednakże w orzecznictwie dostrzega się, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. W wyroku KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c. (tak też: wyrok KIO z 09.11.2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym wyroku podkreślono, że o naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16. Badaniu podlegają tu inne, niż długi i wierzytelności, obowiązki i uprawnienia stron, a warunkiem koniecznym jest ustalenie, czy strony są równomiernie obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi o przysługiwanie uprawnień lub obowiązków różnej postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień, jak i proporcjonalności uprawnień, czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Izba podkreśliła także, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań. Odwołujący oświadczył, że jest świadomy, że na gruncie ustawy Pzp nie ma równowagi stron, oraz że Zamawiający, jako podmiot wydatkujący środki publiczne, uprawniony jest do stawiania siebie w uprzywilejowanej pozycji. Jednakże, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, również i uprzywilejowana pozycja Zamawiającego nie powinna przekraczać granic określonych dyspozycją normy zawartej w art. 5 kodeksu cywilnego. Dlatego też, w wyroku z dnia 23 czerwca 2017r., sygn. akt KIO 1117/17, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła: „Izba uwzględniła zarzut dotyczący punktu 42. Zamawiający wprowadził

postanowienie, w którym przewidział możliwość zapłaty przez Wykonawcę kary umownej: „Pkt 42 - za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - w wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek.” Kara umowna nie przysługuje z ustawy tylko z mocy stron, które zapis ten wprowadzają. Dlatego też umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach taka kara się należy. Dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez drugą stronę zapłaty kary umownej. W ocenie Izby określenie, że jakiegokolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia nie spełnia tego wymogu. Co więcej, określenie kary umownej w wysokości 50 000 złotych należnej za każde naruszenie postanowień umowy może doprowadzić do sytuacji, w której kara umowna powinna zostać uznana za rażąco wygórowaną. Zapisy wzoru umowy nie wykluczają bowiem możliwości żądania kary umownej w tej wysokości, nawet w przypadku drobnych formalnych naruszeń postanowień umowy, niemających żadnego wpływu na wykonanie podstawowego świadczenia wykonawcy określonego w umowie”. Powyższe także w kontekście ekwiwalentności świadczenia, jak i biorąc pod uwagę, że Wykonawcy nie mogą być de facto karani za coś, co nie wynika z ich winy. W ocenie Izby, taka zmiana jest konieczna z uwagi na nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk w umowie wynikający z sytuacji, gdy zaplanowane wyłączenia nie mają miejsca nie z winy Wykonawcy, co generuje po stronie Wykonawcy znaczne koszty, a ich konsekwencją jest znaczne przedłużenie kontraktu.

W ocenie Odwołującego zapisy § 8 ust. 1 lit a)-d) w zw. z § 6 ust.9 lit a), a także § 6 ust. 15 wzoru umowy w sposób nieuzasadniony stanowią poważne zagrożenia dla Wykonawcy, który naraża się na obciążenie go karami umownymi nawet w przypadku prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, który obarczony jest jedynie nieistotnymi wadami, bowiem Zamawiający może odmówić odbioru robót z powodu każdej wykrytej wady co z kolei prowadzi do naliczenia kar umowny obciążających Wykonawcę. Zatem nieproporcjonalność rozkładu ryzyk w umowie, po pierwsze zagraża trwałości stosunku zobowiązaniowego i osiągnięciu celu umowy, ale przede wszystkim niesie niebezpieczeństwo po stronie Wykonawcy do poniesienia ujemnych konsekwencji finansowych związanych z arbitralną decyzją Zamawiającego. Stwierdzając, że postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, Odwołujący wniósł o szeroką kontrolę wskazanych powyżej regulacji umownych.

Następnie Odwołujący przedstawił zbiorcze uzasadnienie uzupełniające dotyczące dobrych obyczajów i zasady współzycia społecznego, wskazując, że, jego zdaniem, Zamawiający także je naruszył przy kształtowaniu kwestionowanych postanowień SIWZ i projektu umowy. Dlatego też zasadne jest także zwrócenie uwagi na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2011 r. (II CSK 528/10), gdzie został wyrażony pogląd, że w ramach wyrażonej

w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, która może się wyrażać nieekwiwalentnością ich wzajemnej sytuacji prawnej. Nieekwiwalentność ta stanowiąc wyraz woli stron nie wymaga, co do zasady, wystąpienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały. Jednakże obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługuje będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący doszło wskutek świadomego lub tylko spowodowanego niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji. Z uwagi na powyższe, Odwołujący stwierdził, że należy odwołać się do zadania Prezesa UZP w zakresie dbania o prawidłowe wzorów umów i propagowanie dobrych praktyk oraz iż należy zadbać o zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez określenie zasad kształtowania umów, czy wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych, a także zauważył, iż zgodnie z motywem pierwszym dyrektywy klasycznej udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne jest kształtowanie praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Każda umowa zawarta w kraju cywilizacji zachodniej powinna przewidywać proporcjonalne podejście do praw i obowiązków stron, a więc nie powinno być akceptowane kształtowanie umów w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie wspominając o generowaniu dodatkowych ryzyk dla wykonawcy, jak to ma miejsce w tym przypadku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ukształtował treści umowy, w sposób który rażąco narusza interesy wykonawców, w sposób nieuzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie kształtuje postanowienia umowy rażąco naruszające interesy wykonawców. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, w celu zachowania ekwiwalentności świadczenia oraz dla zachowania proporcjonalności postanowień, w ten sposób, aby Zamawiający doprecyzował w ramach wzoru umowy kwestie sporne.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r., które w formie elektronicznej zostało złożone w dniu 19 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc m.in. o oddalenie

odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający przytoczył punkt 3.20 SIWZ dotyczący określenia przedmiotu zamówienia oraz treść wnioskowanego przez Odwołującego do wprowadzenia do SIWZ zapisu i stwierdził, że go przyjmuje oraz, że w dniu 11 sierpnia 2020 r. opublikował zmianę SIWZ w następującym brzmieniu:

*„Dobrane w Programach Funkcjonalno-Użytkowych materiały i urządzenia konkretnych producentów Zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy, jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu. Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania (zaproponowania w ofercie) rozwiązań równoważnych, pod warunkiem, że zaproponowane rozwiązania równoważne będą posiadały wszystkie parametry nie gorsze niż te, które są dobrane przez projektanta i zagwarantują uzyskanie takich samych lub lepszych parametrów technicznych i eksploatacyjnych materiałów i urządzeń zaprojektowanych oraz posiadać będą niezbędne atesty i dopuszczenia do stosowania określone w przedmiotowych dokumentach. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego w ww. dokumentach jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały, urządzenia techniczne i elementy wyposażenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Dla wszelkich odniesień w dokumentacji do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający informuje, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.*

*Pod pojęciem równoważności należy rozumieć sytuację, w której zaproponowane rozwiązania zagwarantują realizację zamówienia zgodnie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentacji. Założone urządzenia winny spełniać funkcję, jakiej mają służyć, być kompatybilne z pozostałymi urządzeniami tak, aby zespół urządzeń dawał zamierzony (zaprojektowany) efekt oraz nie mogą wpływać na zmianę rodzaju i zakresu robót budowlanych. Wykonawca dobierając inne materiały lub urządzenia oraz rozwiązania równoważne do zaproponowanych w dokumentacji projektowej, jest odpowiedzialny za jakość zastosowanych materiałów, urządzeń, instalacji itp., za montaż i uruchomienie, za prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę oraz ich zgodność z dokumentacją projektową oraz wymaganiami specyfikacji technicznej.”*

Zamawiający stwierdził, że zarzut pośredniego wskazania konkretnego materiału i urządzenia Zamawiający dostatecznie wyjaśnił w punkcie powyżej (Ad. I). Ponadto w PFU Zamawiający wyraźnie wskazał, że podane w nim urządzenia są urządzeniami przykładowymi.

PFU obejmuje tylko opis zadania budowlanego, w którym podano przeznaczenie ukończonych-robot oraz stawiane im wymogi techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Dopiero projekt budowlany będzie przewidywał konkretne rozwiązania. Zamawiający zaznaczył, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a co za tym idzie projekt budowlany powstanie dopiero w fazie wykonania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu braku możliwości złożenia oferty wariantowej, Zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, umieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego w sekcji II pod pozycją 2.10) pt.: „Informacje o ofertach wariantowych” w polu: „Dopuszcza się składanie ofert wariantowych:”, Zamawiający wskazał: „nie”. Oznacza to, iż Zamawiający nie dopuścił do składania ofert wariantowych, co w pełni podtrzymuje. Powyższe jest zgodne z treścią art. 41 pkt 5 ustawy Pzp. Z art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że wyłącznie, gdy Zamawiający dopuszcza składanie ofert wariantowych, SIWZ zawiera opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe wraz z wybranymi kryteriami oceny. A contrario, jeżeli nie dopuszcza się składania ofert wariantowych, SIWZ nie zawiera ww. elementów. Zamawiający dodał, że zmienił treść SIWZ w ten sposób, że po punkcie 16.10 dodał punkt 16.11 o treści: *„Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert wariantowych”*.

Mając na względzie powyższe, pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące dopuszczenia ofert wariantowych, Zamawiający uznał za bezprzedmiotowe.

Zamawiający podał, że na stronach 29-30 SIWZ (załącznik 19,2 - WZÓR UMOWY), w § 16 rozdz. I pkt 5) zawarł następujący zapis: *„wejścia w życie nowych przepisów, Polskich Norm po upływie terminu składania ofert, w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia, gdy ich wprowadzenie będzie powodować wzrost prędkości wykonania danych opracowań lub projektów o więcej niż 5%”*; natomiast uznając zarzut Odwołującego, zmodyfikował 11 sierpnia 2020 r. treść tego zapisu SIWZ na następującą: *„wejścia w życie nowych przepisów, Polskich Norm po upływie terminu składania ofert, w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia, gdy ich wprowadzenie będzie powodować wzrost prędkości wykonania danych opracowań lub projektów o więcej niż 5%; w powyższym przypadku zamawiający dopuszcza zmianę sposobu i technologii wykonania prac”*.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści pkt 15.1 SIWZ z § 12 ust. 1 Wzoru umowy, Zamawiający stwierdził, że koryguje oczywistą omyłkę pisarską, w ten sposób, że ujednolicił wysokość należytego zabezpieczenia wykonania umowy na 3%, co skutkuje odpowiednią zmianą treści SIWZ w zakresie dotyczącym § 12 ust. 1 Wzoru umowy.

Następnie Zamawiający wskazał, że na stronie 30 SIWZ (załącznik 19.2 - WZÓR UMOWY), w § 16 rozdz. III pkt 1) zawarł następujący zapis: „*zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku obniżenia stawki podatku VAT spowodowanego nowelizacją ustawy o podatku od towarów i usług, o kwotę wynikającą z tej zmiany;*” a uznając zarzut odwołania za zasady, Zamawiający dokonał 11 sierpnia 2020 r. modyfikacji tego zapisu, który otrzymał brzmienie: „*obniżeniem lub podwyższeniem stawki podatku VAT spowodowanego nowelizacją ustawy o podatku od towarów i usług, o kwotę wynikającą z tej zmiany w zakresie podatku VAT należnego Wykonawcy w chwili wystawiania faktury VAT;*”.

Zamawiający przytoczył pkt. 3.26 SIWZ oraz wskazał, że jego treść została powielona w § 3 ust. 7 Wzoru umowy, oraz stwierdził, że przychylając się do stanowiska Odwołującego, w dniu 11 sierpnia 2020 r. wykreślił drugą część tego zdania zarówno treści pkt. 3.26 SIWZ, jak i § 3 ust. 7 Wzoru umowy, który otrzymał brzmienie: „*Zamawiający dopuszcza możliwość częściowego fakturowania robót*”

Odnosnie zarzutu braku możliwości złożenia oferty wariantowej, Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone powyżej (Ad. II), oświadczając, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

Zamawiający wskazał, iż w związku z zarzutami opisanymi w pkt VI - VII odwołania zasadniczo przychylając się do nich, Zamawiając dokonał 11 sierpnia 2020 r. modyfikacji odpowiednich zapisów treści SIWZ. I tak, jeżeli chodzi o zapis § 6 ust. 9 lit. a w brzmieniu dotychczasowym: „*Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a. jeżeli wady nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad;*” zastąpiono: „*Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a. jeżeli wady nadają się do usunięcia, Zamawiający wyznaczy termin do usunięcia tych wad*”. Poza tym, brzmienie § 6 ust. 15 o treści: „*Po podpisaniu protokołu końcowego odbioru przedmiotu zamówienia ewentualne dalsze roszczenia Wykonawcy nie będą uwzględnione*”, zastąpiono nowym zapisem: „*Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wady, o którym to terminie mowa w ust. 12, Zamawiający może odmówić przyjęcia naprawy i zlecić usunięcie wady przez osobę trzecią na koszt i ryzyko Wykonawcy.*”

Zamawiający stwierdził, że z praktycznego punktu widzenia, odwołanie doprowadziło do znacznej modyfikacji treści SIWZ. Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów Odwołującego w zakresie naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp, Zamawiający podkreślił, że obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp nie oznacza, że Zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby

uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Zamawiający przywołał wyroki Izby z dnia 28 marca 2014 r., sygn. akt KIO 486/14, z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt 391/09, z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt 412/15, z dnia 18 kwietnia 2018 r., KIO 617/18, KIO 621/18, sygn. akt KIO 56/15 (bez daty).

W dalszej kolejności Zamawiający zauważył, że wykonanie umowy, co do zasady opiera się głównie na zasadach i przepisach kodeksu cywilnego. Wykonawca powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu. Z normy zawartej w art. 354 k.c. można wyprowadzić wniosek, iż zarówno Zamawiający jak i wykonawca są obowiązani do takiego działania, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany jak najlepiej, z poszanowaniem interesów obu stron. Zarówno wykonawca jak i Zamawiający, powinien informować drugą stronę o potencjalnych problemach i przeszkodach w realizacji zamówienia. Specyfika zamówień publicznych wymaga rozciągnięcia tej zasady także na etap postępowania w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku zaistnienia nieprecyzyjności, braków czy błędów w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawca ma obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego z zapytaniem w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Bardzo często przy ocenie sposobu działania jednostek zamawiających umyka fakt, iż najczęściej jednostka ta nie jest profesjonalistą w dziedzinie związanej z przedmiotem zamówienia. Na styku zamawiający - wykonawca, to ten ostatni jest profesjonalistą działającym w branży, z którą związany jest przedmiot danego zamówienia. W związku z tym na nim, zgodnie z art. 355 § 2 k.c. spoczywa ciężar szczególnej staranności. Na etapie postępowania przetargowego staranność tę należałoby rozumieć, jako obowiązek wyjaśnienia, ustalenia wszelkich istotnych dla prawidłowej wyceny i realizacji zamówienia, informacji. O ile w toku wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego zarówno art. 354 k.c., jak i art. 355 k.c. mogą być stosowane wprost, o tyle podczas postępowania będzie można się do nich odwołać dzięki art. 14 ustawy Pzp. Powyższa analiza prowadzi zatem do wniosku, iż nie tylko na zamawiającym spoczywa obowiązek wyjątkowej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r. sygn. IV CSK 626/2013 i stwierdził, że Odpowiednikiem obowiązku należytego opisanie przedmiotu zamówienia, leżącego po stronie zamawiającego jest obowiązek wykonawcy zadbania o doprecyzowanie i wyjaśnienie wszelkich aspektów zamówienia istotnych dla jego prawidłowego wykonania. Odwołujący nie zwrócił się o wyjaśnienie treści SIWZ, natomiast Zamawiający, jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie oraz załączonej do niej SIWZ, w znaczącej mierze uwzględnił zaproponowane przez Odwołującego zmiany do SIWZ.



Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody wskazane w ww. piśmie Zamawiającego, oraz złożony na rozprawie przez Odwołującego dowód w postaci karty materiałowej firmy CodigoFire.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż jest zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp i w warunkach uczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, wyrażający się w dążeniu do zmiany SIWZ w obszarze opisu przedmiotu zamówienia i co do treści umowy, w tym wysokości kar umownych i zasad ich naliczania już na obecnym etapie postępowania. Pozostawienie skarżonych klauzul umownych w niezmienionym kształcie, stanowi realną przeszkodę dla obrony interesów wykonawcy realizującego kontrakt. Zgoda na zawarcie umowy na warunkach ustalonych w SIWZ ma bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia dochodzenia roszczeń przed sądem w sytuacji powstania sporu dotyczącego zawartej umowy. Poprzez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadzi do sytuacji, w której Odwołujący zainteresowany niniejszym zamówieniem utraci szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, a tym samym ukształtowaniem postanowień SIWZ w sposób pozwalający na zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zadania pn. „Optymalizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Lesznie”. Główny przedmiot zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) obejmuje:

45000000-7 Roboty budowlane, 71320000-7 Usługi inżynierskie w zakresie projektowania 45321000-3 Izolacja cieplna 45442110-1 Malowanie budynków 45442100-8 Roboty malarskie, 45450000-6 Roboty budowlane wykończeniowe, pozostałe 45443000-4 Roboty elewacyjne, 45330000-9 Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne 45310000-3 Roboty instalacyjne elektryczne. Wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia nastąpi w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, niezbędne informacje do zaprojektowania i wykonania robót oraz wymagania w stosunku do wykonania przedmiotu zamówienia zawiera: dla części I - Program Funkcjonalno-Użytkowy - część I - Załącznik 19.3.1 do SIWZ dla części II - Program Funkcjonalno-Użytkowy - część II- Załącznik 19.3.2 do SIWZ (dalej: „PFU”).

Na posiedzeniu Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, oświadczył, iż podtrzymuje odwołanie w całości, przy czym przyznał, że co do niektórych uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów stało się ono bezprzedmiotowe z uwagi na to, że cel odwołania został osiągnięty. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający w swoim piśmie zawierającym odpowiedź na odwołanie nie zawarł oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w określonym zakresie, a jedynie, że zmiany w SIWZ zostały przez niego dokonane, oraz, że nie cofa odwołania, także w zakresie zarzutów, co do których Zamawiający dokonał zmiany SIWZ. I tak Odwołujący:

- 1) podtrzymał pierwszy zarzut w całości, stwierdzając, że Zamawiający dokonał pozornej zmiany SIWZ, ponieważ uzupełnił postanowienie SIWZ o postulowany w odwołaniu zapis, zamiast zastąpić dotychczasowy zapis, zapisem zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu;
- 2) podtrzymał w całości drugi zarzut, którego Zamawiający nie uwzględnił;
- 3) odnośnie wszystkich trzech elementów trzeciego zarzutu, zawartych w tiret od 1-3, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że cel odwołania został osiągnięty, a zatem zarzut stał się bezprzedmiotowy;
- 4) stwierdził, że czwarty zarzut stał się bezprzedmiotowy z uwagi na to, iż Zamawiający go uwzględnił, a zatem cel odwołania został osiągnięty;
- 5) podtrzymał piąty zarzut w całości z uwagi na brak uwzględnienia tego zarzutu przez Zamawiającego;
- 6) podtrzymał zarzuty szósty i siódmy w całości, stwierdzając, że dokonana przez Zamawiającego zmiana postanowień SIWZ jest pozorna.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu. Okoliczności analizowanej sprawy wskazują, że postawione przez Odwołującego zarzuty, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7

ustawy Pzp, Izba orzeka, nie zostały wykazane lub pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp *odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania*. Zarzuty odwołania wnoszonego wobec postanowień SIWZ są rozpatrywane wraz z żądaniem ich zmiany przedstawionym w odwołaniu.

Stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W okolicznościach analizowanej sprawy uwzględnieniu przez Izbę podlega zatem to, iż Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2020 r., a więc po wniesieniu odwołania, a przed terminem posiedzenia i rozprawy, dokonał zmian SIWZ z uwzględnieniem zasadniczej części żądań przedstawionych w odwołaniu. Przywołane w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie brzmienie SIWZ sprzed i po jej zmianie dokonanej w dniu 11 sierpnia 2020 r. jest zgodnie ze stanem faktycznym i bezsporne pomiędzy stronami.

Zarzuty nr 3 i 4 zostały uwzględnione przez Zamawiającego poprzez wprowadzenie żądanych w odwołaniu zmian SIWZ, które Odwołujący uznał za satysfakcjonujące, oświadczając, że iż cel odwołania w tym zakresie został osiągnięty, a zarzuty są obecnie bezprzedmiotowe, oświadczając jednocześnie, że nie cofa tych zarzutów. Na rozprawie Odwołujący nie zajął stanowiska co do tych zarzutów. W związku z tym Izba uznała, że na moment orzekania stwierdzone w odwołaniu naruszenia pozostają bez wpływu na wynik postępowania. Na rozprawie zostały podtrzymane przez Odwołującego zarzuty nr 1 i 6-7 pomimo wprowadzenia przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2020 r. zmian SIWZ, a także zarzuty nr 2 i 5, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego i w tym zakresie nie zostały dokonane zmiany w SIWZ.

Ad. zarzut nr 1

Jak wynika z treści przywołanych powyżej: odwołania i odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, Zamawiający dokonał zmiany SIWZ poprzez dodanie wnioskowanej przez Odwołującego treści w pkt 3.20 SIWZ.

Nie ma sporu pomiędzy Stronami co do tego, że takie postanowienie zostało wprowadzone do SIWZ. Przedmiotem sporu, jest natomiast to, czy ww. postulowany przez Odwołującego zapis SIWZ powinien zgodnie z treścią zarzutów odwołania zastąpić dotychczasową treść pkt 3.20 SIWZ, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący, czy dla uznania spełnienia żądania

zawartego w odwołaniu, Zamawiający winien go wprowadzić do SIWZ, bez wykreślenia dotychczasowej treści pkt 3.20.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego, zaprezentowanego na rozprawie, że chodziło o zastąpienie dotychczasowej treści pkt 3.20 SIWZ treścią przez niego wskazaną w odwołaniu, a nie dodanie tej treści do już istniejącej.

W odwołaniu nie zostało postawione żądanie wprowadzenia postulowanego postanowienia w miejsce dotychczasowego. Żądanie odwołania jest następujące: *„W tym stanie sprawy koniecznym jest wprowadzenie do SIWZ następującego postanowienia: Pod pojęciem równoważności należy rozumieć sytuację, w której zaproponowane rozwiązania zagwarantują realizację zamówienia zgodnie z wydanym pozwoleniem na budowę i opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w ww. dokumentacji. Założone urządzenia winny spełniać funkcję, jakiej mają służyć, być kompatybilne z pozostałymi urządzeniami tak, aby zespół urządzeń dawał zamierzony (zaprojektowany) efekt oraz nie mogą wpływać na zmianę rodzaju i zakresu robót budowlanych. Wykonawca dobierając inne materiały lub urządzenia oraz rozwiązania równoważne do zaproponowanych w dokumentacji projektowej, jest odpowiedzialny za jakość zastosowanych materiałów, urządzeń, instalacji itp., za montaż i uruchomienie, za prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz warunkach zawartych w pozwoleniu na budowę oraz ich zgodność z dokumentacją projektową oraz wymaganiami specyfikacji technicznej.”* Zamawiający wprowadził ww. teść do pkt 3.20 SIWZ.

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że jego intencją było zastąpienie dotychczasowej treści pkt 3.20 zaproponowaną przez niego treścią. Odwołujący jednak nie przedstawił tej intencji formułując swoje żądanie w tym zakresie. Nawet zatem, jeżeli intencja Odwołującego co do konstrukcji zarzutu odnośnie zmiany SIWZ była inna, niż literalnie wyrażona w odwołaniu, to obecnie zarzut nie może być zmieniany czy rozszerzany. W odwołaniu Odwołujący wyraźnie określił jaka treść wprowadzona do SIWZ spełni jego oczekiwania w związku z jego zastrzeżeniami do treści SIWZ w tym zakresie. Zamawiający wprowadził w dniu 11 sierpnia 2020 r. żadaną przez Odwołującego treść SIWZ. W związku z tym nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego przedstawionym na rozprawie, że dokonana zmiana SIWZ jest pozorna.

Niezależnie od powyższej oceny, uwagi wymaga, iż w sprawie nie zostało wykazane, aby opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający nie uwzględnił swoich uzasadnionych potrzeb. Uwagi wymaga, iż Zamawiający nie ma obowiązku zamawiania każdego rodzaju podobnych usług czy robót budowlanych, które są dostępne na rynku, także takich,

które nie są jakościowo i funkcjonalnie odpowiadające jego oczekiwaniom. Zamawiający może wskazać na takie, w tym na minimalny poziom ich jakości, które odpowiadają jego potrzebom. Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać odpowiednich standardów jakości. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być bowiem rozumiana, jako nieograniczony nakaz dopuszczania przez zamawiających do zamówienia wszystkich występujących na rynku wykonawców w danej branży i godzenia się na uzyskiwanie efektów udzielanych zamówień nieodpowiadających ich uzasadnionym potrzebom. Nie zostało wykazane, aby określenie przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia nastąpiło w sposób, który nie pozwala wykonawcom zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje, bądź nie jest możliwe złożenie oferty.

Na rozprawie Zamawiający wskazał, że żądanie przez niego wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem materiałów i urządzeń o parametrach nie gorszych niż wskazane PFU, jest uzasadnione jego potrzebami, jako placówki medycznej, pracującej 24 godziny na dobę, przez 365 dni w roku. Remont takiej placówki stanowi utrudnienie pracy i zagrożenie dla pacjentów. W związku z tym oczekuje, aby efekt przyjętych rozwiązań istniał przez okres co najmniej 40 lat, a nie np. 10 lat, co miałyby miejsce w przypadku zastosowania najtańszych materiałów czy urządzeń, które przy braku wskazania w PFU oczekiwań w tym zakresie, w zamówieniu realizowanym w systemie zaprojektuj i wybuduj, miałyby miejsce. Zamawiający chciał zapobiec takiemu rozwiązaniu i wskazał przykładowo na materiały czy urządzenia, które nie są najtańsze, ale też nie są najdroższe, a nadto są ogólnodostępne oraz dopuścił równoważne, o nie gorszych parametrach.

Odwołujący nie wykazał, że wskazane przez Zamawiającego materiały są o najwyższych możliwych do osiągnięcia parametrach i że wskazują na jedyne możliwe wykonawcę, który może wziąć udział w postępowaniu, bądź, w nieuzasadniony sposób ograniczają konkurencję. Nie wskazał, w odniesieniu do których wymogów zawartych w PFU, przy dopuszczeniu równoważnych np. materiałów, konieczne jest określenie ich parametrów na niższym poziomie niż wskazane w SIWZ, bądź które z parametrów nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie równoważności, jako nieistotne.

Dowód złożony na rozprawie w postaci karty materiałowej firmy CodigoFire, przy braku wykazania, że jest to jedyny produkt, który może być zaoferowany w postępowaniu i przez jedyne wykonawcę, nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. W sytuacji gdy nie jest sporne, że Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne o parametrach nie gorszych, niż te które są dobrane przez projektanta, i które zagwarantują uzyskanie takich samych lub lepszych parametrów technicznych i eksploatacyjnych materiałów i urządzeń, a zatem dopuścił np. inne materiały pod warunkiem, że ich parametry nie będą gorsze od wskazanych, to należy uznać, że nie potwierdza to

zarzutów odwołania, co do braku możliwości złożenia oferty równoważnej. Odwołujący nie wykazał, że nie istnieją na rynku materiały o takich samych lub lepszych parametrach niż firmy CodigoFire. W związku z tym dowód ten nie jest przydatny dla rozpoznania sprawy.

W ocenie Izby ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego wynika, że zależy mu na tym, aby złożyć ofertę zgodną z SIWZ lub równoważną, lecz na tym, aby Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert wariantowych. Wskazuje na to m.in. ogólnikowa i niespójna argumentacja dotycząca równoważności ofert, a przede wszystkim próba wykazania potrzeby dopuszczenia zastosowania w postępowaniu wariantowych, zamiast równoważnych rozwiązań.

Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie nastąpiło ograniczenie konkurencji, ponieważ Odwołujący nie chce zaoferować rozwiązania z płyty włókno-cementowej, lecz np. konstrukcję z płyty warstwowej przy zachowaniu celów energetycznych. Zamawiający podał natomiast, że chce, aby elewacja była wykonana z płyty HPL, która nie jest płytą włókno-cementową, płyta włókno-cementowa jest jedną z warstw całej ściany. Jego oczekiwania wynikają z tego, że obecnie Szpital posiada elewację ze szkła hartowanego, która wtopiła się w pejzaż Miasta, Zamawiający chciał zachować wygląd i w związku z tym przewidział takie rozwiązanie. Odnosząc się natomiast do przedstawionej dopiero na rozprawie przez Odwołującego argumentacji dotyczącej świetlika, Zamawiający mimo, iż jest to nowy zarzut nieprzedstawiony w odwołaniu, podał, iż jego wymogi są determinowane tym, iż znajduje się on nad kotłami w kuchni, gdzie jest przygotowywana żywność dla pacjentów, stąd takie rozwiązanie. Nadto dodał, że rozwiązania dotyczące ww. płyt jak i świetlika są ogólnodostępne, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Na rozprawie Zamawiający stwierdził ponadto, że przedmiot zamówienia odnosi się do istniejącej bryły z lat 70-tych, 80-tych, jest to modernizacja, a nie budowa nowej bryły. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że jest uprawniony do wyboru technologii według swoich potrzeb, nie musi godzić się na każde rozwiązanie, które nie odpowiada jego potrzebom, przy zachowaniu jednakże zasad wynikających z ustawy Pzp.

Wyjaśniając rozumienie stawianego zarzutu braku równoważności Odwołujący wskazał także, że Zamawiający uniemożliwił zastosowanie rozwiązań równoważnych, bo wymaga takich samych, lub wyższych parametrów. Według Odwołującego natomiast, albo chodzi o funkcjonalność, albo wszystkie takie same parametry, a na skutek dodania wnioskowanego w odwołaniu zapisu powstała niejasność interpretacyjna. W jego ocenie, w zasadzie pozostało po staremu tj. Zamawiający może odrzucić ofertę powołując się na dotychczasowy zapis. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że nie wie jak skalkulować ofertę, ponieważ w dokumentacji są przedstawione różne rozwiązania, które nie są porównywalne, chociaż są

równoważne. Powyższe, w ocenie Izby, potwierdza, że celem Odwołującego jest przede wszystkim dopuszczenie ofert wariantowych.

W tym miejscu ponownego zaznaczenia wymaga, iż wiążąca jest treść postawionych w odwołaniu zarzutów. Skoro Odwołujący w odwołaniu żądał wprowadzenia określonej treści SIWZ, a to nastąpiło, to nie może obecnie skutecznie wprowadzać nowego zarzutu polegającego na zastąpieniu dotychczasowej treści pkt 3.20 proponowanym przez siebie zapisem, skoro w odwołaniu nie żądał jej skreślenia. Jak wyżej zaznaczono, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Bez rozpatrzenia, pozostały zatem także nowe twierdzenia Odwołującego przedstawione na rozprawie, które stanowiły próbę skonstruowania nowych zarzutów, niepodniesionych w odwołaniu, np. odnoszący się do tego, że przewidziane w SIWZ rozwiązanie „niekoniecznie jest sprawdzone pod względem ppoż. (...)”

#### Ad. zarzut nr 2

Zarzut ten według treści pkt 2 petitum odwołania dotyczy naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i łączy się w części dotyczącej kwestii równoważności z zarzutem nr 1, który, jak wyżej wskazano, nie potwierdził się, oraz zarzutem nr 5, dotyczących braku dopuszczenia ofert wariantowych. Uzasadnienie tego zarzutu dotyczy natomiast jedynie pośredniego wskazania konkretnego materiału i urządzenia oraz braku możliwości złożenia oferty wariantowej, i zawiera jedynie argumenty w odniesieniu do zaniechania dopuszczenia złożenia oferty wariantowej. Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż *w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera m.in. opis sposobu przygotowania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe wraz z wybranymi kryteriami oceny, jeżeli zamawiający wymaga lub opuszcza ich składanie*, art. 41 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym *ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. informację o możliwości lub wymogu złożenia oferty wariantowej*, oraz art. 83 ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej (...)* oraz przedstawia żądanie wprowadzenia podanych w odwołaniu ww. postanowień w zakresie oferty wariantowej.

Na rozprawie Zamawiający wskazał na ww. uzasadnienie dla wykonania zamówienia zgodnie z przewidzianą w SIWZ technologią, jak również podniósł, że zamówienie jest realizowane ze środków Unii Europejskiej i dofinansowanie uzyskał w oparciu o dokumenty załączone do wniosku, które nie przewidują składania ofert wariantowych.

W związku z zastosowaną przez Odwołującego konstrukcją zarzutów nr 1, 2 i 5, wskazania wymaga, iż ofertę równoważną należy odróżnić od oferty wariantowej.

Zastosowanie rozwiązań równoważnych oznacza wykonanie zamówienia w sposób, jaki został przewidziany w SIWZ, z tym, że z użyciem np. materiałów lub rozwiązań równoważnych do wymaganych przez zamawiającego. Oferta wariantowa natomiast to zmiana sposobu wykonania zamówienia, np. co do technologii. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 2 pkt 7 ustawy Pzp ofertą wariantową jest oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Nadto zgodnie z ustawą Pzp, w przypadku wskazanym np. art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany dopuścić rozwiązania równoważne, natomiast możliwość (lub wymóg) złożenia oferty wariantowej zależy od woli zamawiającego i nie jest w żaden sposób narzucona przez ustawodawcę. Dopiero zatem w sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje o dopuszczeniu lub będzie wymagał złożenia oferty wariantowej, jest obowiązany zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówieni opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe wraz z wybranymi kryteriami oceny, o którym mowa w art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co wynika wprost z treści tego przepisu, a także dopiero wtedy w ogłoszeniu o zamówieniu jest zobowiązany przedstawić informację o możliwości lub wymogu złożenia oferty wariantowej, co wynika z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie użyty jest wyraz „może”. W związku z tym z braku dopuszczenia możliwości składania ofert wariantowych nie można skutecznie czynić Zamawiającemu zarzutu.

Nie jest sporne, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wyraźnie podał, że nie dopuszcza składania ofert wariantowych. W związku z tym Zamawiający nie miał obowiązku wprowadzenia do SIWZ i ogłoszenia informacji, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 41 pkt 5 ustawy Pzp. Nie doszło zatem do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp dotyczących ofert wariantowych, a jak wyżej m.in. wskazano odnośnie kwestii równoważności ofert (zarzut nr 1), Zamawiający zastosował się do żądania przedstawionego w uzasadnieniu tego zarzutu i wprowadził żadaną w odwołaniu treść do SIWZ.

Ad. zarzut nr 5

Zarzut ten wskazuje na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 2 pkt 4, art. 41 pkt 5, art. 83 ustawy Pzp poprzez *błędne nie zastosowanie tych przepisów, w rezultacie nie dopuszczenie ofert wariantowych, w sytuacji opisanego przedmiotu zamówienia, który z jednej strony wskazuje na producenta i materiał, a z drugiej strony w taki sposób aby faktycznie uniemożliwić złożenie ofert wariantowych, co w konsekwencji może powodować*



*prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

Zamawiający nie skorzystał z ustawowej możliwości dopuszczenia ofert wariantowych, do czego, jak wskazano powyżej odnośnie zarzutu nr 2, miał prawo.

W związku z tym również ten zarzut nie potwierdził się. W okolicznościach sprawy nie sposób bowiem w tym, że Zamawiający nie dopuszczenia składania ofert wariantowych, doszukiwać się sugerowanej przez Odwołującego możliwości prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ad. zarzuty nr 6 i 7

Jak wyżej zaznaczono, zarzuty dotyczące treści SIWZ powinny obejmować nie tylko wskazanie na postanowienia, które budzą zastrzeżenia Odwołującego, ale też treść wnioskowanych zmian w SIWZ, które w ocenie Odwołującego doprowadzą do zgodności SIWZ z ustawą. Nadto Odwołujący powinien przedstawić uzasadnienie dla stawianych zarzutów, przy czym tezy z orzeczeń wydanych w innych sprawach nie są uznawane za argumenty merytoryczne mające uzasadniać i udowadniać zasadność przedstawionych zarzutów, Tym bardziej tezy te nie mogą być uznane za uzupełnienie konstrukcji zarzutów.

Odwołujący bardzo ogólnikowo stwierdził w odwołaniu, że nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego podanych przez niego przepisów, np. poprzez zastosowanie rażąco wygórowanych kar umownych, przywołując m.in. tezy z licznych orzeczeń, jednakże nie sprecyzował zarzutów. Odwołujący przytoczył § 8 wzoru umowy, określający kwestie kar umownych, jednak nie przedstawił które z przewidzianych w tym przepisie kar są w jego ocenie wygórowane i jak, jego zdaniem, powinny być zmienione.

Odwołujący przytoczył § 6 ust. 9 lit. a), który stanowił: *„Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a. jeżeli wady nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad,”* oraz § 6 ust. 15 wzoru umowy, który stanowił: *„Po podpisaniu protokołu końcowego odbioru przedmiotu zamówienia ewentualne dalsze roszczenia Wykonawcy nie będą uwzględnione.”* i zażądał ich wykreślenia.

Jak zostało powyżej ustalone Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2020 r. dokonał zmiany tych postanowień, w ten sposób, że obecnie mają one brzmienie: § 6 ust. 9 lit. a) *„Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a. jeżeli wady nadają się do usunięcia, Zamawiający wyznaczy termin do usunięcia tych wad,”* zaś § 6 ust. 15: *„Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wady, o którym to terminie mowa w ust. 12, Zamawiający może odmówić przyjęcia naprawy i zlecić usunięcie wady przez osobę trzecią na koszt i ryzyko Wykonawcy.”*

Powyższe wskazuje, że Zamawiający wprowadził nie uwzględnił wprost żądania odwołania i nie skreślił zakwestionowanych postanowień, lecz dokonał ich zmiany, która w ocenie Izby, powoduje, że zarzuty w tym zakresie pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Nadto uwzględniając postanowienia § 6, obowiązujące w dacie orzekania Izby, należy uznać, iż zgłoszone przez Odwołującego zastrzeżenia nie znajdują potwierdzenia. Zauważenia bowiem wymaga, iż § 6 zawiera poza ww. także m.in. postanowienia:

1. Strony postanawiają, że przedmiot zamówienia będzie odbierany w częściach.
2. Podstawa dokonania odbioru będzie protokół częściowy wykazujący szczegółowo zakres i wartość prac, zgodnie z elementami wskazanymi w formularzu ofertowym.
3. Odbiór końcowy przedmiotu umowy dokonany zostanie na podstawie protokołów końcowych, osobno dla poszczególnych elementów wskazanych w formularzu ofertowym.
4. Wykonawca (kierownik budowy) zgłosi Zamawiającemu, gotowość do odbioru częściowego/końcowego na piśmie o zakończeniu robót wraz z wpisem do dziennika budowy.
5. Potwierdzenie wpisu, o który mowa w ust. 4 lub brak ustosunkowania się przez inspektora nadzoru w terminie 7 dni, od daty dokonania wpisu, oznaczać będzie osiągnięcie gotowości do odbioru w dacie wpisu do dziennika budowy,
6. Zamawiający wyznaczy termin i rozpocznie odbiór zamówienia, w ciągu 14 dni, licząc od daty otrzymania zawiadomienia od Wykonawcy o zakończeniu robót.

(...)

10. Strony postanawiają, że każdorazowo z czynności odbioru, będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też ewentualne terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych przy odbiorze wad.

11. Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego (inspektora nadzoru) o usunięciu wad.

12. *Zamawiający wyznaczy Wykonawcy, maksymalnie 14 dniowy termin na odbiór zakwestionowanych uprzednio robót, uznanych za wadliwe.*

(...)

Powyższe wskazuje, że podnoszone w odwołaniu wątpliwości po stronie Wykonawcy w zakresie określenia ryzyk przystąpienia do realizacji inwestycji z uwagi na obawę, że Zamawiający może odmówić odbioru robót nawet w przypadku wykrycia nieistotnej wady wykonanych przez Wykonawcę prac i naliczyć kary umowne na podstawie § 8 ust. 1 lit a) - d), nie znajdują potwierdzenia w ww. postanowieniach wzoru umowy. Nie występuje zatem w tym

aspekcie nieproporcjonalność rozkładu ryzyk w umowie, która zagrażałaby trwałości stosunku zobowiązaniowego i osiągnięciu celu umowy.

Ponadto zauważenia wymaga, że nie istnieje obawa wykonania zamówienia bez wynagrodzenia. Umowa przewiduje możliwość częściowego fakturowania robót, a zatem otrzymywania części wynagrodzenia przed odbiorem końcowym. Zgodnie natomiast z § 3 ust. 11 wzoru umowy: *Faktury częściowe za roboty budowlane (osobno dla każdej części) będą wystawiane nie częściej niż 1 raz na dwa miesiące przez okres realizacji robót budowlanych licząc od miesiąca, w którym rozpoczną się roboty budowlane, każdorazowo po podpisaniu dokumentów, o których mowa powyżej. W wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych szczególnymi potrzebami Zamawiającego, Zamawiający może dopuścić dodatkowe fakturowanie w przeciągu dwumiesięcznego okresu wymienionego powyżej.* Powyższe wskazuje, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż zakwestionowane przez niego postanowienia wzoru umowy, wskazują na rażący brak ekwiwalentności świadczenia, oraz, że Wykonawca jest wręcz skazany na dochodzenie wynagrodzenia w sądzie.

Nadto, jak stwierdził na rozprawie Zamawiający doprowadził on do zmiany umowy zgodnie z wnioskami płynącymi z odwołania, w tym dokonał zmian w § 1 ust. 10, § 3 ust. 9, 12, 13, 14, 18 celem dostosowania do przepisów Kodeksu cywilnego. W żadnym miejscu umowy nie ma informacji, że drobne usterki uniemożliwiają podpisanie protokołu końcowego. Taki protokół przy stwierdzeniu drobnych usterek będzie podpisany.

W ocenie Izby w sprawie nie zostało wykazane, aby wystąpiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika żądanego dla dwóch pełnomocników zgodnie ze złożonymi fakturami w wysokości po 3 600 zł 00 gr każda, do wysokości zgodnej z ww. rozporządzeniem tj. do kwoty 3 600 zł 00 gr oraz wniosek o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 655, 26 zł tytułem zwrotu kosztów dojazdu.

**Przewodniczący:** .....