

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu **10 kwietnia 2014 r.** przez: **Mostostal Zabrze S.A., ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie wykonawcy: Mostostal Zabrze S.A., ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze,**
 - 1.1. **nakazuje zamawiającemu Województwu Śląskiemu, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice unieważnienie wszystkich czynności w postępowaniu.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice,**
 - 2.1. **zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Mostostal Zabrze S.A., ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze, z tytułu wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od zamawiającego: Województwa Śląskiego, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice na rzecz odwołującego: Mostostal Zabrze S.A., ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego z tytułu zwrotu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Badanie lin, podniesienie konstrukcji zadaszania widowni i wykonanie monitoringu konstrukcji wraz z pracami towarzyszącymi w ramach zadania - Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie” (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich z dnia 29 marca 2014 r., Nr 2014/S 063-106491), w dniu 10 kwietnia 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 31 marca 2014 r. – przez wykonawcę Mostostal Zabrze S.A., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołaniem zostały objęte czynności zamawiającego - Województwa Śląskiego, polegające na:

- 1) ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez sformułowanie postanowień projektu umowy w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez stworzenie dla wykonawców zbyt wielu daleko idących ryzyk kontraktowych;
- 2) zaniechanie zamawiającego, polegające na nie unieważnieniu postępowania, mimo zaistnienia podstaw do jego unieważnienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, a także art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, poprzez opisanie przez zamawiającego w pkt III. 1.2.3 i pkt III. 1.2.4 SIWZ, a także w §1 pkt 14 projektu umowy przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. poprzez połączenie w jednym postępowaniu prac polegających na badaniu lin i robót polegających na montażu konstrukcji zadaszania widowni z pominięciem, że zakres robót niezbędnych do wykonania w Etapie II zależy od wyników badań, które mają być przeprowadzone w Etapie I, tj. z pominięciem, iż wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów wykonania Etapu II bez znajomości wyników badań wykonanych w Etapie I, a w

konsekwencji zaniechanie unieważnienia postępowania, (co powoduje niemożliwość rzetelnego skalkulowania porównywalnych przedmiotowo ofert);

2) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust, 2 Pzp, poprzez opisanie w pkt 2.2 i pkt 2.6 Załącznika nr 4 do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. zaniechanie dookreślenia sposobu przeprowadzenia badań w Etapie I i pozostawienie decyzji wykonawcy to, czy materiał (liny, końcówki lin, ich mocowania i połączenia), który ma zostać poddany badaniu w Etapie I może być zbadany na miejscu, w którym się obecnie znajduje, czy też powinien być zdemontowany, przetransportowany do miejsca wykonania badań, a następnie powrotnie na miejsce prowadzenia inwestycji, gdzie ma być ponownie zainstalowany, (co powoduje niemożliwość rzetelnego skalkulowania porównywalnych przedmiotowo ofert);

3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez opisanie w pkt 2.3 Załącznika nr 4 do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślenie zakresu obowiązku oznakowania lin i pozostawienie tego swobodnemu uznaniu wykonawcy, (co powoduje niemożliwość rzetelnego skalkulowania porównywalnych przedmiotowo ofert);

4) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, poprzez opisanie w pkt 2.4 Załącznika nr 4 do SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślenie zakresu robót dotyczących badania łączników (wieszaków) lin radialnych i pozostawienie tego swobodnemu uznaniu wykonawcy (co powoduje niemożliwość rzetelnego skalkulowania porównywalnych przedmiotowo ofert);

5) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez opisanie w pkt III. 1.2 i pkt III. 1.4 SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślenie zakresu obowiązków wykonawcy odnośnie wykonania dokumentacji z badań przeprowadzonych w Etapie I (co powoduje niemożliwość rzetelnego skalkulowania porównywalnych przedmiotowo ofert);

6) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez takie sformułowanie w pkt XII SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, który jest niemożliwe do realizacji, gdyż wykonawca nie jest w stanie wiążąco przyporządkować - na etapie szacowania oferty - konkretnych wartości procentowych ceny (10%, 80% i 10%) do

poszczególnych etapów zamówienia (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

7) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt III.2.9 SIWZ i w §13 projektu umowy wymagania, by wykonawca udzielił gwarancji również na elementy konstrukcji dachu, które zostały dostarczone w ramach odrębnego zamówienia, są elementami „używanymi” (na które gwarancja producenta prawdopodobnie już wygasła) i są już częściowo zamontowane lub zgromadzone na placu budowy (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

8) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez przewidzenie dla siebie w pkt III.1.3 zd. 3 SIWZ i w §1 pkt 6 projektu umowy niczym nieograniczonego prawa do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy i połączenie go z prawem do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości kontraktu (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

9) naruszenie art. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 353¹. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie przez zamawiającego w §1 pkt 10 projektu umowy - niczym nieograniczonego - prawa do żądania od wykonawcy wprowadzenia zmian i poprawek w przedstawionej dokumentacji, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

10) naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt XII SIWZ wymagania, by cena ryczałtowa zawierała niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a także poprzez obciążenie wykonawcy skutkami finansowymi nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

11) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie w § 3 pkt 2 ppkt 2 projektu umowy wymagania, by wykonawca przedstawił w terminie 14 dni kalendarzowych od zawarcia umowy szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowego robót budowlanych, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

12) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie w § 3 pkt 1 ppkt 1 projektu umowy związania zamawiającego terminem przekazania placu budowy, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

13) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez obciążenie wykonawcy w § 5 pkt 4 i w § 5 pkt 5 projektu umowy oraz w pkt X. 13 SIWZ ryzykiem wzrostu cen w okresie 3 lat od dnia zawarcia umowy, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

14) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez narzucenie na wykonawcę w § 13 pkt 2 ppkt a), b), d), f), g), h), i) projektu umowy obowiązku zapłaty kar umownych za opóźnienie w niewykonaniu poszczególnych obowiązków wskazanych w umowie (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

15) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez narzucenie na wykonawcę w § 13 projektu umowy obowiązku zapłaty kar umownych, bez górnego limitu ich naliczania, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

16) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zastosowanie w §13 pkt 2 ppkt a) projektu umowy postanowień, które przewidują multiplikację kar umownych, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

17) naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie przyznania wykonawcy w §13 pkt 4 projektu umowy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego, (co stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej i narusza uczciwą konkurencję);

18) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez sformułowanie w V. 1.2.2 SIWZ opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku, o którym stanowi art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp (wiedza i doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny (nieadekwatny) do przedmiotu zamówienia, poprzez nieuzasadnione wprowadzenie w pkt V. 1.2.2 SIWZ wymagania, by wykonawca wykazał się doświadczeniem w zakresie wykonania minimum 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto każda, polegających na montażu konstrukcji wykonanej w technologii linowo-ciężnowej o następujących parametrach: sprężona konstrukcja linowa, zewnętrzna eksponowana z zastosowaniem lin galwanizowanych, całkowicie zamkniętych (liny zamknięte z drutów) o R_r co najmniej 1579 MPa, podczas, gdy z dokumentacji technicznej wynika, że wykonawca ma zastosować liny o R_r 1570 MPa;

19) naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, poprzez nieprecyzyjne opisanie w pkt III.2.2 SIWZ przedmiotu zamówienia, polegające na nie doprecyzowaniu na czym ma polegać koordynacja projektów, do której zamawiający

zamierza zobowiązać wykonawców (co spowodowało niemożliwość rzetelnego skalkulowania porównywalnych przedmiotowo ofert).

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący Mostostal Zabrze S.A. wnosił o:

- I. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania; ewentualnie (na wypadek, gdyby KIO uznała, iż brak przesłanek do unieważnienia postępowania);
- II. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- III. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz Mostostalu Zabrze S.A. zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie wynikającej z faktury, która będzie przedstawiona na rozprawie.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że dotrzymał terminu do wniesienia odwołania, gdyż SIWZ została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 31 marca 2014 roku, co stanowiło okoliczność bezsporną. Termin na wniesienie odwołania mijał, więc w dniu 10 kwietnia 2014 roku, czyli w dniu, w którym odwołujący złożył odwołanie.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż treść SIWZ narusza szereg norm ustawy Pzp, które to naruszenia prowadzą *de facto* do ograniczenia uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, zmniejszając szansę odwołującego na wygranie przetargu i osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji zamówienia.

Odwołujący powoływał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że interes wykonawcy - na etapie „skarżenia” treści SIWZ - wywodzi się z potencjalnej szkody, którą wykonawca może ponieść wskutek sformułowania postanowień SIWZ w sposób sprzeczny z przepisami prawa.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył wyrok z dnia 23.08.2012r., KIO 1691/12, LEX nr 1216231z dnia 23 sierpnia 2012 roku, gdzie KIO wskazała, że: „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest, zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

W tym stanie rzeczy - wobec sformułowania przez zamawiającego treści SIWZ w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności w sposób naruszający uczciwą konkurencję – odwołujący uznał, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

Ogólnie odnosząc się do kwestionowanych postanowień SIWZ, odwołujący podnosił, że SIWZ jest obarczona wieloma wadami, które powodują, iż nie może się - w obecnym kształcie - ostać, gdyż prowadziłyby to do rażącego ograniczenia uczciwej konkurencji oraz do rażącego zachwiania równowagi kontraktowej. W ocenie odwołującego zamawiający stworzył wykonawcom wiele barier w dostępie do zamówienia, gdyż - poprzez błędne sformułowanie treści SIWZ - uniemożliwił (z wielu przyczyn) wykonawcom dokonanie rzetelnej kalkulacji ewentualnych ofert. Zamawiający opisał, bowiem przedmiot zamówienia poprzez szereg zdarzeń przyszłych, tj. nieznanym wykonawcom na etapie kalkulacji ofert. W szczególności ze względu na to, że:

- zakres prac w Etapie II uzależniono od wyników badań, które będą dopiero przeprowadzone w Etapie I, a więc nie są obecnie znane;
- nie sprecyzowano, czy wykonawca ma obowiązek demontażu konstrukcji linowej;
- nie określono też zakresu obowiązku badania w Etapie I.
- wybór celowości dokonania poszczególnych czynności przyznano wykonawcom;
- zamawiający pominął, iż dając im taki wybór pozwala - w konsekwencji - wykonawcom na dowolną kalkulację ofert (kalkulację, która abstrahuje od przedmiotu zamówienia).

W ten sposób zamawiający naraża się na otrzymanie nieporównywalnych przedmiotowo ofert, gdyż każdy z wykonawców może inaczej ocenić celowość dokonania poszczególnych czynności, co z pewnością wpłynie na wartość wyceny.

Tymczasem, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem KIO, za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania, jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji. W wyroku z dnia 6.03.2013 r. sygn. akt KIO 411/13 wskazała, że zakres robót - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

Zdaniem odwołującego, zamawiający ukształtował SIWZ w sposób, który rażąco narusza równowagę kontraktową. Wprowadził bowiem wiele postanowień, które powodują dysproporcję praw i obowiązków stron przyszłej umowy. Zamawiający działa zatem w sposób antykonkurencyjny, gdyż wszelkie nieuzasadnione ryzyka (przerzucone na

wykonawcę), otwarte kompetencje po stronie zamawiającego, niespójne, czy niedookreślone postanowienia zniechęcają wykonawców do wzięcia udziału w przetargu, ograniczając konkurencję.

W powołanym już wyżej wyroku z dnia 6.03.2013r., sygn. akt KIO 411/13, (LEX nr 1298001) KIO stanęła na stanowisku, iż nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert.

Odwołujący podał, że zgadza się w ww. poglądami wskazując, iż w ich świetle winny być ocenione zarzuty niniejszego odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2014 r. do postępowania odwoławczego w terminie ustalonym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz wzór wiążącej strony umowy zawierają następujące postanowienia.

Wzór umowy.

§1. 1. Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usług badawczych, inżynierskich w zakresie projektowania oraz robót budowlano-montażowo dla zadania pn. „Badanie lin, podniesienie konstrukcji zadaszenia widowni i wykonanie monitoringu konstrukcji wraz z pracami towarzyszącymi w ramach zadania Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”.

2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia określonego w ust. 1 zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (wraz z załącznikami), złożoną ofertą i obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej przepisami prawa oraz zasadami aktualnej wiedzy technicznej przy wykorzystaniu będących w dyspozycji Wykonawcy maszyn, sprzętu i urządzeń.

3. Zakres rzeczowy przedmiotu umowy określają w kolejności zgodnie z tytułem ich ważności:

- a) SIWZ wraz z załącznikami, stanowiąca Załącznik nr 1 do umowy,
- b) Oferta Wykonawcy, stanowiąca Załącznik nr 2 do umowy,
- c) Harmonogram rzeczowo-finansowy stanowiący Załącznik nr 3 do umowy,

4. Przedmiot zamówienia obejmuje:

- a) Etap I - Badanie lin,
- b) Etap II - Montaż konstrukcji zadaszenia widowni,
- c) Etap III - Monitoring konstrukcji.

5. Po wykonaniu badań wszystkich elementów wg zakresu opracowania określonego w SIWZ dla Etapu I przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu wstępnej dokumentacji - opracowanie wyników badań w terminie do 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy zawierającej między innymi wykaz elementów wymagających wymiany bądź naprawy. Zamawiający dokona weryfikacji przekazanej dokumentacji w terminie kolejnych 20 dni kalendarzowych od daty jej otrzymania.

6. Zamawiający w przypadku negatywnego zweryfikowania dostarczonej dokumentacji co do zasadności dostawy nowych elementów zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy z wszelkimi konsekwencjami.

7. Wykonanie, naprawa elementów nie może przekroczyć terminu 180 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.

8. W przypadku konieczności wykonania dodatkowych opracowań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, czynności związane z ich wykonaniem należą do Wykonawcy w ramach wynagrodzenia umownego.

9. (...)

Zamawiający wyjaśnił, iż wymaga opracowania dokumentacji przez wykonawcę dla Etapu I badania lin, gdzie do obowiązków wykonawcy należy określenie metody tego badania i w zależności od przyjętej metody wykonania badania lin, może wynikać dalsza konieczność wykonania innych dodatkowych opracowań.

Zdaniem zamawiającego załącznik 4 do SIWZ określa, które elementy podlegają przebadaniu, a które mogą zostać zamontowane w stanie, jakim istnieją. W gruncie rzeczy cała konstrukcja linowa wraz z elementami mocującymi i łącznikami powinna zostać przebadana pod kątem możliwości dalszego zastosowania. Zamawiający potwierdził, iż w

STWiORB określił wymogi materiałowe dla tej inwestycji i przedstawienia atestów na potwierdzenie wymagań technicznych odnośnie wyrobów.

Zamawiający stwierdził również, iż z uwagi na zlecenie dodatkowych badań tych materiałów określił w załączniku 4 dodatkowe wymagania, gdzie nie zamknął katalogu dokumentów, które mają być przedłożone na potwierdzenie, iż elementy dotychczas użyte do wykonania konstrukcji zadaszania nadają się do ponownego zastosowania.

Zamawiający potwierdził, iż wymaga na przebadany materiał używany wystawienia certyfikatów przez uprawnioną jednostkę badawczą oraz wyników tych badań na udzielenie certyfikatów, według odnośnych norm.

Nie budziła kontrowersji sprawa opracowania dokumentacji na Etap III monitoring konstrukcji, natomiast jeśli chodzi o Etap II to zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia mu tzw. dokumentacji warsztatowej, czyli sposobu wykonania elementu i sposobu montażu tego elementu w całości konstrukcji. Wynikać to będzie z przyjętej technologii przez wykonawcę wykonania montażu i wykonania montażu poszczególnych elementów. Zamawiający podał, iż „dokumentacja warsztatowa” montażu wykonania elementów i konstrukcji będzie podlegała zatwierdzeniu przez projektanta, ale ma ją wykonać wykonawca i ponosić za nią odpowiedzialność.

Zamówienie nie jest realizowane w systemie zaprojektuj i zbuduj w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy, ale jest realizowane w najważniejszym Etapie II w oparciu o dokumentację udostępnioną wykonawcom przez zamawiającego i opracowaną na jego zlecenie, w trybie art. 31 ust. 1 Pzp.

Dalej wzór umowy dalej podaje.

10. Zamawiającemu przysługuje prawo żądania zmian i poprawek oraz złożenia wyjaśnień w przedstawionej przez Wykonawcę dokumentacji wynikającej z poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia jej przekazania. Zamawiający może przyjąć dokumentację w całości lub wyznaczyć Wykonawcy dodatkowy termin na dokonanie zmian i poprawek oraz złożenia wyjaśnień.

11. Opracowana dokumentacja musi spełniać wymagania określone aktualnymi przepisami prawa i wiedzy technicznej.

12. Wykonawca zobowiązuje się do rzetelnego i terminowego wykonania montażu konstrukcji zadaszania widowni będącej przedmiotem zamówienia w oparciu o obowiązujące przepisy prawne w zakresie prowadzonych prac, w tym wykonania niezbędnych dostaw i usług, w szczególności:

1) Wzmocnienia połączeń lin promieniowych (0130 mm) z pierścieniem ściskany -

wytworzenia, dostawy, montażu i zabezpieczenia antykorozyjnego,

2) Wytworzenia, dostawy, montażu i zabezpieczenia antykorozyjnego konstrukcji stalowych uzupełniających, których wykonanie okaże się niezbędne w trakcie opracowywania projektów warsztatowych,

3) Wytworzenia, dostawy i zabezpieczenia antykorozyjnego nowych łączników lin pierścienia rozciąganego zgodnie z dokumentacją techniczną - 40 szt,

4) Dostawy i wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego dodatkowych lin pierścienia rozciąganego - szt. 2 (1 kpl.) o parametrach technicznych i geometrii (zgodnej z projektem zamiennym konstrukcji zadaszania widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie, stanowiącej część Załącznika nr 3 do SIWZ,

5) Wytworzenia, dostawy i zabezpieczenia antykorozyjnego zacisków zabezpieczających wieszaka - 160 szt. zgodnych z projektem zamiennym konstrukcji zadaszania widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie - wytyczne do instrukcji odśnieżania zadaszania stanowiącą część Załącznika nr 3 do SIWZ,

6) Dostawy i wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego dodatkowych lin i pozostałych elementów konstrukcji linowej zadaszania widowni wynikającej z dostarczonej dokumentacji I Etapu - odrębne zamówienie,

7) (...)

8) Wznoszenia i montażu konstrukcji podstawowej dachu, zgodnie z dokumentacją i STWiOR stanowiącymi Załącznik nr 3 do SIWZ, wraz z wykonaniem wszelkich niezbędnych obliczeń statycznych dotyczących zakresów montażu i wznoszenia konstrukcji, rysunków oraz instrukcji technologicznych,

9) Montaż konstrukcji drugorzędnej zgodnie z dokumentacją oraz STWiOR stanowiącymi Załącznik nr 3 do SIWZ,

10) Montaż systemu powłok poliwęglanowych zgodnie z dokumentacją oraz STWiOR stanowiącymi Załącznik nr 3 do SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, iż przez dostawy inwestorskie rozumie materiały wymienione w załączniku 6 do SIWZ i są to materiały, które przejął od poprzedniego wykonawcy i te właśnie materiały podlegają badaniu na ich przydatność do dalszego zastosowania, natomiast wszystkie inne materiał konieczne dla wykonania tej inwestycji określone są w przedmiarze, a zamawiający w warunkach zamówienia ustalił, iż o ile przeprowadzone badania potwierdzą nieprzydatność oznaczonych materiałów do dalszego użytku, **co** zamawiający zweryfikuje, to zakup materiałów w tym zakresie będzie odrębnie sfinansowany przez zamawiającego. O tym, jakie materiały dodatkowo sfinansuje zamawiający wykonawca poweźmie wiadomość w wyniku zaakceptowanych rezultatów badań z I Etapu. Pokrycie

kosztów przez zamawiającego dotyczy samych materiałów. Zamawiającego obciążają również koszty utylizacji nieprzydatnych materiałów.

Dalej wzór umowy podaje.

11) Wykonanie systemu lin bezpieczeństwa zgodnie z dokumentacją oraz STWiOR stanowiącymi Załącznik nr 3 do SIWZ,

12) Zapewnienie pełnej obsługi geodezyjnej niezbędnej do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy oraz procedur odbiorowych wraz z weryfikacją geodezyjną stanu istniejącej konstrukcji stalowej,

13) Demontaż i utylizacja wszystkich konstrukcji pomocniczych oraz elementów konstrukcji nie nadających się do ponownego zabudowania (z wyłączeniem starych łączników lin pierścienia rozciąganego),

14) Złożenia w magazynach na placu budowy starych łączników lin pierścienia rozciąganego,

15) Protokolarne przejęcie od zamawiającego elementów konstrukcyjnych i materiałów zakupionych i zgromadzonych przez zamawiającego przeznaczonych do realizacji zamówienia, tzw. „dostaw inwestorskich” wraz z wykonaniem inwentaryzacji oraz oceny przydatności przy udziale przedstawicieli zamawiającego przejmowanych dostaw i przedstawieniem raportu ws. stwierdzonych braków i uszkodzeń,

16) Wykonania wszelkich innych prac, usług czy dostaw niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia wynikających z załączników do SIWZ,

17) Wykonania transportu operacyjnego dostaw inwestorskich w ramach placu budowy i jego otoczenia.

13. Roboty budowlano-montażowe Etapu II, o którym mowa ust. 4 lit. b, zostaną wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, polskimi normami i zasadami wiedzy technicznej oraz z należytą starannością ich wykonania, bezpieczeństwem, dobrą jakością i właściwą organizacją w terminie 420 dni kalendarzowych, zgodnie z zatwierdzonym przez zamawiającego harmonogramem rzeczowo-finansowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do umowy. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania dokumentacji dla realizacji tego etapu w terminie do 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Dokumentacja ta podlega ocenie zgodnie z ust. 10 (dokumentacja warsztatowa, dokumentacja montażu).

14. Wykonawca wykona montaż konstrukcji zadaszania z materiałów własnych, elementów konstrukcyjnych i materiałów zgromadzonych przez zamawiającego (dostawy inwestorskie) na placu budowy, których wykaz stanowi Załącznik nr 4 do umowy, a także nowych, dodatkowych dostarczonych przez siebie elementów konstrukcyjnych i materiałów wynikających zarówno z dokumentacji konstrukcji zadaszania widowni Stadionu Śląskiego

w Chorzowie, jak również wyników badań Etapu I niniejszej umowy oraz stwierdzonych braków lub uszkodzeń w dostawach inwestorskich.

§ 3. Zamawiający jest w szczególności zobowiązany do:

- 1) przekazania placu budowy,
- 2) zapewnienia nadzoru inwestorskiego,
- 3) odbioru prac,
- 4) zapłaty wynagrodzenia na podstawie wystawionej przez Wykonawcę faktur częściowych i faktury końcowej,
- 5) protokolarnego przekazania zakupionych i zgromadzonych materiałów i elementów konstrukcji przed rozpoczęciem realizacji Etapu II.

Zamawiający wyjaśniał, iż badaniu w I Etapie podlegają konstrukcje linowe wraz z elementami łączącymi, a inne materiały (dostawy inwestorskie) będą przekazane wykonawcy przed rozpoczęciem Etapu II, gdyż nie wymagają sprawdzenia. Potwierdził, iż nie wyznaczył dla siebie terminu przekazania materiałów, będzie się to odbywało sukcesywnie ze względu na dużą ilość elementów, zgodnie z harmonogramem przedstawionym przez wykonawcę.

Dalej wzór umowy podaje.

- 6) Przekazania Wykonawcy w terminie 14 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy kompletnej dokumentacji powykonawczej zmontowanej konstrukcji stalowej.

Wykonawca jest w szczególności zobowiązany do:

- 7) (...)
- 2) przedstawienia w terminie do 14 dni kalendarzowych od zawarcia umowy szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego robót budowlanych, który podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego - Zamawiający w dokonanej modyfikacji wydłużył termin do dni 30.
- 3) przedstawienia w terminie do 14 dni kalendarzowych od dnia przekazania placu budowy projektu organizacji ruchu i montażu uwzględniający sposób zabezpieczenia rejonu prowadzonych prac, w tym dróg dojazdu do terenu budowy, uzgodniony z właściwymi jednostkami (tymczasowe rozwiązania funkcjonalno-komunikacyjne) uwzględniający wszystkie etapy, o których mowa w § 1 ust. 4,
- 4) przedstawienia Zamawiającemu planu BIOZ w terminie do 14 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy,
- 5) przedstawienia Zamawiającemu do zatwierdzenia Planu Zapewnienia Jakości, Planu Kontroli i Badań oraz wszelkich projektów montażu wymaganych w specyfikacjach technicznych w terminie do 30 dni kalendarzowych przed rozpoczęciem robót określonych w § 1 ust. 4 lit. b (zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem robót),

6) wykonywania przedmiotu zamówienia terminowo i poprzez odpowiednio wykwalifikowaną załogę,

7) koordynacja projektów zapewniająca ich zgodność z dotychczasowymi elementami składowymi całego zadania „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”.

8) współpracy w zakresie organizacji ruchu i montażu w związku z równoległym prowadzeniem robót przez innych Wykonawców,

Pod wskazaniem ppkt.7 8 zamawiający rozumie współdziałanie różnych podmiotów w zakresie wykonania niezbędnej infrastruktury technicznej stadionu - umożliwienie przez wykonawcę tego zamówienia dostępu dla innych wykonawców w celu równoległego prowadzenia zleconych prac w zakresie, jakim będzie to możliwe. Chodzi o udostępnienie infrastruktury dla wykonawstwa branżowe np. w zakresie nagłośnienia.

Zamawiający wyjaśniał, iż funkcję Inżyniera Kontaktu pełni Biuro ds. Modernizacji Stadionu Śląskiego i Inżynier Kontraktu ma przypisaną koordynację robót prowadzonych przez różnych wykonawców na obiekcie.

Zamawiający wyjaśniał, iż słupy konstrukcji nośnej wraz z zewnętrznymi pierścieniami – górnym i dolnym stanowią stałe elementy tej konstrukcji, zostały pozytywnie zweryfikowane i pozostają w kształcie obecnym.

Dalej wzór umowy podaje.

9) stosowania materiałów i wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie, a także stosowania materiałów oraz wyrobów i urządzeń nowych oraz posiadających odpowiednie atesty (nie dotyczy tzw. dostaw inwestorskich). Dokumenty wymagane w tym zakresie przepisami prawa, będą przechowywane na terenie budowy i udostępniane Zamawiającemu na każde żądanie, a po zrealizowaniu przedmiotu umowy, oddane w komplecie Zamawiającemu.

Zamawiający wyjaśnił, iż powyższy punkt dotyczy nowych dostaw.

Dalej wzór umowy podaje.

10) wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną,

11) zorganizowania własnym kosztem i staraniem zaplecza budowy w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym,

12) poniesienia kosztów przyłączy oraz mediów,

13) obowiązkowego uczestniczenia w organizowanych przez Zamawiającego naradach i spotkaniach osób niezbędnych do realizacji niniejszej umowy,

14) (...)

15) dostarczenia Zamawiającemu - w przypadku upływu ważności polisy OC oraz polisy ryzyk budowlanych, o których mowa w § 2 ust. 4 niniejszej umowy -nie później jednak niż na 14 dni przed dniem wygaśnięcia polisy, kontynuacji ubezpieczenia Wykonawcy z tytułu odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę nie mniejszą niż 30.000.000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych) wraz z potwierdzeniem zapłaty składki ubezpieczeniowej.

16) w przypadku zmian dokumentacji projektowej; zapewnienia aktualności i dostępności dokumentacji wszędzie tam, gdzie jest to niezbędne oraz wycofania lub zabezpieczenia przed wykorzystaniem nieaktualnych wersji dokumentacji,

17) zapewnienia zgodnej oraz rzetelnej współpracy z autorami dokumentacji projektowej, w sposób zapewniający prawidłowy i sprawny przebieg prac w powyższym zakresie,

Zamawiający wyjaśnił, iż nie przewiduje w trakcie realizacji Etapu II zmian przekazanej wykonawcom dokumentacji projektowej - z własnej inicjatywy.

Dalej wzór umowy podaje.

18) w przypadku zmian w obowiązujących przepisach i normach dostosowanie dokumentacji do aktualnie obowiązujących przepisów i norm.

§ 4 Strony ustalają następujące terminy realizacji przedmiotu umowy:

1) Termin rozpoczęcia - w dniu zawarcia umowy.

2) Termin zakończenia - 420 dni od dnia zawarcia umowy z uwzględnieniem poniższych terminów;

ETAP I - Badanie lin

1. Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w terminie maksymalnie do 180 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, przy czym:

a) Przekazanie wstępnej dokumentacji, o której mowa w § 1 ust. 5 z badania konstrukcji linowej wszystkich elementów w terminie do 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy

b) Weryfikacja przekazanej dokumentacji przez Zamawiającego w terminie maksymalnie do 20 dni kalendarzowych od przekazania dokumentacji o której mowa w lit. a),

c) Wykonanie, naprawa elementów nie może przekroczyć terminu 180 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy,

ETAP II - Montaż konstrukcji zadaszona widowni

2. Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę i zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramem w terminie nie dłuższym niż 420 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.

a) Przekazanie dokumentacji wykonawczej w terminie do 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy,

Uwaga; termin dostaw inwestorskich niezbędnych do realizacji etapu II, o których mowa w pkt III SIWZ, do dnia zakończenia etapu I.

§ 5. Za wykonanie przedmiotu umowy Strony ustalają ryczałtowe wynagrodzenie na łączną cenę brutto zł (słownie: ..., netto zł i podatek VAT %, w tym za:

- a) Etap I - 10% wynagrodzenia brutto, tj. brutto...zł,
- b) Etap II - 80% wynagrodzenia brutto, tj. brutto...zł,
- c) Etap III - 10% wynagrodzenia brutto, tj. brutto...zł.

W § 5 wykonawca ma wpisać kwoty za poszczególne etapy i kwoty mają być zgodne z parytetem procentowym wyznaczonym przez zamawiającego.

Dołączone do oferty kosztorysy stanowią podstawę wyliczenia ceny ryczałtowej za realizację kompleksowo całego przedmiotu zamówienia (wszystkie trzy etapy) i mają charakter jedynie poglądowy.

Zamawiający potwierdził, iż dla Etapu I i III nie ma przedmiaru, wykonawca ma wykonać w tym zakresie własne kosztorysy. Kosztorys na Etap II ma być oparty na przedmiarze zamawiającego.

Jednostkowe ceny zawarte w kosztorysach stanowiąc będą podstawę do zlecenia odrębnych ewentualnych zamówień uzupełniających, czy zamiennych, dodatkowych wynikłych w trakcie realizacji poszczególnych etapów, których konieczność wykonania nie była możliwa do przewidzenia przez zamawiającego na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania.

Składniki cenotwórcze dołączonych do oferty kosztorysów będą obowiązywały w przypadku zamówień, o których mowa w ust. 4 i nie będą ulegały waloryzacji w trakcie obowiązywania umowy, a dla robót uzupełniających do 3 lat od udzielenia zamówienia, tj. od daty zawarcia niniejszej umowy- koszty materiałowe, a także pracy sprzętu, nie znajdujące odniesienia w dołączonych do oferty kosztorysach przyjmowane będą zgodnie ze stawkami średnimi SEKOCENBUD za kwartał poprzedzający złożoną ofertę/wniosek, zaś materiałów nietypowych na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę trzech ofert podlegających weryfikacji i zatwierdzeniu przez zamawiającego.

W przypadku braku wyceny którejkolwiek pozycji w dołączonych do oferty kosztorysach, Zamawiający w celu udzielenia zamówień, o których mowa w ust. 5 udzielał będzie jej jak w przypadku pozycji z ceną zerową.

Zamawiający nie dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w powyższym zakresie.

Dalej wzór umowy podaje.

§ 9. 3. zapłata wynagrodzenia przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy nastąpi w miesięcznych okresach rozliczeniowych, po wykonaniu których Wykonawca będzie uprawniony do wystawienia faktury VAT:

- a) za Etap I - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust 1 umowy; w miesięcznych okresach rozliczeniowych wg procentowego stopnia zaawansowania prac,
- b) za Etap II - w wysokości 80% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust 1 umowy; zgodnie z harmonogramem w miesięcznych okresach rozliczeniowych,
- c) za etap III - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust 1 umowy po odbiorze końcowym.

§11. Wykonawca będzie zobowiązany względem Zamawiającego do wykonywania roszczeń wynikających z rękojmi za wykonany przedmiot umowy, o którym mowa w § 1 niniejszej umowy (na wykonane roboty budowlane, montażowo-budowlane oraz wbudowane wyroby budowlane i urządzenia). Okres rękojmi wynosimiesiące licząc od daty końcowego odbioru przedmiotu umowy.

W okresie rękojmi Wykonawca zobowiązany do bezpłatnego usunięcia wad i usterek w terminie 14 dni, licząc od daty pisemnego (listem lub faksem) powiadomienia o wadach i usterek przez Zamawiającego.

Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji, że przedmiot umowy został wykonany bez wad i usterek. Gwarancja nie obejmuje wad lub usterek wynikłych na skutek działania osób trzecich powodujących uszkodzenia, po wykonaniu przedmiotu umowy w całości i jego wydaniu Zamawiającemu przez Wykonawcę,

Gwarancje ustala się na okres....miesiące, licząc od daty protokolarnego, końcowego odbioru przedmiotu umowy w całości,

Gwarancje na zabezpieczenie antykorozyjne całej konstrukcji linowej ustala się na okres ..miesiące, licząc od daty protokolarnego, końcowego odbioru przedmiotu umowy w całości.

Wady lub usterki, które wystąpią w okresach gwarancyjnych, będą usuwane przez Wykonawcę w terminie 14 dni licząc od daty pisemnego (listem lub faksem) powiadomienia o wadach i usterek przez Zamawiającego Wykonawcy, chyba że Zamawiający i Wykonawca

- z ważnych przyczyn - zgodnie ustalą inny termin ich usunięcia Zamawiający może wykonywać uprawnienia wynikające z gwarancji niezależnie od uprawnień wynikających z tytułu rękojmi.

§ 12 (...).

Zamawiający oświadczył, iż w załączniku 4 do umowy zapowiedział przekazanie na rzecz wykonawcy zamówienia dokumentacji dotyczącej materiałów (dostaw inwestorskich) pochodzących od poprzedniego wykonawcy i od producenta tych materiałów.

3. Na dzień rozpoczęcia czynności odbioru Wykonawca skompletuje i przekaze Zamawiającemu wszelkie dokumenty potrzebne do odbioru końcowego umożliwiające ocenę prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w tym protokoły badań, sprawdzeń i odbiorów, dokumentację powykonawczą,

4. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia;

a) jeżeli nie uniemożliwiają one lub znacznie nie utrudniają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, strony dokonają odbioru, a Wykonawca usunie wady w terminie określonym przez Zamawiającego;

b) jeżeli uniemożliwiają one lub znacznie utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem odbiór nie zostanie dokonany,

c) ponowne wykonanie umowy lub odstąpienie od umowy z winy Wykonawcy.

10. Odbiór ostateczny przedmiotu umowy dokonany zostanie po upływie okresu rękojmi i potwierdzał będzie protokolarnie usunięcie wszelkich wad i usterek przedmiotu umowy.

§ 13. Strony ponoszą odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań na niżej opisanych zasadach, przy czym podstawą do naliczania kar umownych jest wynagrodzenie brutto, określone w § 5 ust. 1 niniejszej umowy (czyli za całość zamówienia). Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

a) za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów umowy lub któregośkolwiek z terminów, o których mowa w § 1 niniejszej umowy, w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia, od każdego z etapów odrębnie,

b) za opóźnienie realizacji obowiązków, o których mowa w § 3 ust. 2 niniejszej umowy, w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia,

c) za prowadzenie robót mimo zgłoszenia gotowości do końcowego odbioru przedmiotu umowy w całości - w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego,

d) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie rękojmi i gwarancji - w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego, za każdy dzień opóźnienia od dnia wyznaczonego przez Zamawiającego na usunięcie wad,

- e) za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego,
- f) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia,
- g) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia,
- h) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia, i) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia,
- j) nienależyte funkcjonowanie serwisu technicznego systemu monitoringu zadaszania widowni, w szczególności za brak terminowej reakcji lub usunięcia nieprawidłowości, zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 20 umowy, w wysokości 3.000,00 zł za każde zdarzenie.

§ 13. 3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z zawinionych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, z wyłączeniem przypadku, o którym mowa w § 14 ust. 4 (art. 145 ust. 1 Pzp).

W razie, gdy zastrzeżone kary umowne nie pokryją szkody poniesionej przez Zamawiającego - będzie on uprawniony do dochodzenia odszkodowania przewyższającego te kary na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym. Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kary umownej z dowolnej należności Wykonawcy.

§ 14. Oprócz wypadków wymienionych w przepisach Kodeksu cywilnego stronom przysługuje prawo odstąpienia od umowy w sytuacjach opisanych w niniejszym paragrafie. W przypadku gdy:

- a) Wykonawca nie rozpoczął wykonywania przedmiotu umowy bez uzasadnionych przyczyn lub nie kontynuuje jego realizacji pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego i wyznaczeniu Wykonawcy w tym celu dodatkowego 7 dniowego terminu,
- b) po bezskutecznym upływie dodatkowego 14 dniowego terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do zmiany sposobu wykonania prac objętych przedmiotem umowy, Wykonawca realizuje te prace w sposób wadliwy lub sprzeczny z postanowieniami niniejszej umowy,
- c) Wykonawca zawarł umowę z podwykonawcą bez pisemnej zgody Zamawiającego, z zastrzeżeniem umów o podwykonawstwo o wartości określonej § 8 ust. 8 i ust. 12,
- d) Wykonawca nie wykona w terminie obowiązku, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 15,

e) Wykonawca naruszy którykolwiek z terminów poszczególnych etapów określonych w § 4 niniejszej umowy. (...)

3. Zamawiającemu - niezależnie od uprawnienia wskazanego w ust. 2 niniejszego paragrafu przysługuje prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jeśli Wykonawca nie wykona całego przedmiotu umowy w terminie wskazanym w § 4 niniejszej umowy.

4. Zamawiający z mocy art. 145 § 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U, z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), może w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

W takim przypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy,

5. W przypadkach określonych w ust. 2 i ust. 3 niniejszego paragrafu umowy Zamawiającemu przysługuje alternatywnie prawo zastępczego powierzenia wykonania przedmiotu umowy osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy, a także naliczenia kar umownych, zgodnie z postanowieniami § 13 niniejszej umowy i dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

6. W razie odstąpienia od umowy Zamawiający będzie uprawniony, z wyłączeniem przypadku, o którym mowa w ust 4 niniejszego paragrafu umowy, do naliczenia kar umownych, zgodnie z § 13 ust 2 lit. c umowy oraz do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

7. Odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego oświadczenia i powinno zawierać uzasadnienie.

§ 17. 1. Zmiana postanowień niniejszej umowy wymaga formy pisemnej w postaci aneksu, pod rygorem nieważności.

2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp. jest niedopuszczalna.

3. W przypadku przedłużenia uzgodnień projektu lub w przypadku przedłużenia wydania decyzji lub uzgodnień innych organów administracji, termin realizacji przedmiotu umowy może ulec przedłużeniu o czas niezbędny, uzgodniony przez Strony w formie pisemnej.

4. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, określając następujące warunki takiej zmiany:

- 1) zmiana przepisów powodująca konieczność aktualizacji dokumentacji projektowej,
- 2) uzyskanie dodatkowych opinii lub uzgodnień,
- 3) zmiana technologii robót związana z postępowaniem technicznym,

- 4) wycofanie z produkcji zaprojektowanych maszyn, urządzeń lub materiałów,
- 5) nieprzewidziane utrudnienia realizacji robót w istniejącym obiekcie,
- 6) wystąpienie szkód górniczych,
- 7) zmiana personelu Wykonawcy lub Zamawiającego,
- 8) wystąpienie siły wyższej,
- 9) zmiana przepisów dotyczących podatku od towarów i usług,
- 10) wykopaliska uniemożliwiające wykonanie robót w ustalonym terminie,
- 11) konieczność wykonania niemożliwych do przewidzenia robót dodatkowych,
- 12) rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które Wykonawca poniósł w związku z planowaną realizacją tej części przedmiotu umowy,
- 13) jeżeli strony dopuściły zmianę terminu realizacji przedmiotu umowy nastąpi także zmiana postanowień umowy obejmująca wydłużenie terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 15. (...)

5. Niezależnie od powyższego, Strony dopuszczają możliwość zmian redakcyjnych Umowy oraz zmian będących następstwem zmian danych Stron ujawnionych w rejestrach publicznych, a także zmian korzystnych z punktu widzenia realizacji przedmiotu umowy, w szczególności przyspieszających realizację, obniżających koszt ponoszony przez Zamawiającego na wykonanie, utrzymanie lub użytkowanie przedmiotu umowy bądź zwiększających użyteczność przedmiotu umowy. W takiej sytuacji, Strony wprowadzą do umowy stosowne zmiany weryfikujące redakcyjne dotychczasowe brzmienie umowy bądź wskazujące nowe dane wynikające ze zmian w rejestrach publicznych, albo też kierując się poszanowaniem wzajemnych interesów, zasadą równości Stron oraz ekwiwalentności świadczeń i przede wszystkim zgodnym zamiarem wykonania przedmiotu umowy, określą zmiany korzystne z punktu widzenia realizacji przedmiotu umowy.

6. Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp na następujący zakres robót: badania i zabezpieczenia konstrukcji.

W zakresie zarzutów odwołania SIWZ podaje.

W pkt III. 1.2 ppkt.3 SIWZ wskazano, że w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę w trakcie wykonywanych podczas Etapu I badań braku możliwości ponownego zamontowania któregośkolwiek z badanych elementów konstrukcji zadaszenia koszt zakupu nowych i utylizacji starych nie nadających się do montażu elementów pokrywa Zamawiający z wyjątkiem lin i elementów wskazanych w przedmiarze załączonym do SIWZ.

W pkt III. 1.2 SIWZ Zamawiający wskazał m.in., że Wykonawca zobowiązuje się do opracowania i dostarczenia pełnej dokumentacji, która m. in. powinna składać się z:

a) świadectwa/certyfikatu lub innego równoważnego dokumentu dopuszczającego badany element do ponownego zastosowania w zaprojektowanej zmodyfikowanej dokumentacji konstrukcji zadaszona widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie - dla każdego elementu oddzielnie;

b) pisemnej gwarancji określającej wykonanie zabezpieczenia poszczególnych elementów oraz serwisem gwarancyjnym w tym zakresie wliczonym w cenę usługi w okresie obowiązywania ogólnej gwarancji na przedmiot zamówienia;

c) opisu badanego elementu wraz z określeniem jego stanu technicznego oraz wykazem ewentualnych wad/usterek, a także sposobem ich usunięcia.

W pkt III. 1.4 SIWZ wskazano, że dostarczona dokumentacja winna zawierać wymagane przepisami niezbędne opracowania. W przypadku wykonania dodatkowych opracowań niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, czynności związane z ich wykonaniem należą do Wykonawcy w ramach niniejszego zamówienia, a koszty z nim związane powinny być ujęte w cenie ofertowej.

W pkt XII SIWZ wskazano, że cena zamówienia brutto stanowi:

- a) za Etap I - 10% ceny brutto;
- b) za Etap II - 80% ceny brutto;
- c) za Etap III - 10% ceny brutto.

W pkt III.2.9 SIWZ przyjęto, że Wykonawca udzieli zamawiającemu minimum 60 miesięcznej gwarancji jakości oraz rękojmi na wszystkie badane elementy i wykonane przez siebie usługi oraz roboty budowlane i montażowe, a także minimum 180 miesięcznej gwarancji jakości na zabezpieczenie antykorozyjne całej konstrukcji linowej licząc od daty odbioru końcowego „bez zastrzeżeń” całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający potwierdził, iż gwarancja 60 miesięczna dotyczy całości konstrukcji – tj. podwieszana konstrukcja zadaszona, a nie elementów stałych, które już zostały odebrane.

W pkt III. 1.3 zd. 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że zastrzega sobie prawo do weryfikacji zasadności zakupu nowych elementów przez projektanta i inną niezależną jednostką badawczą. Brak porozumienia pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w tym zakresie stanowić może podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy z winy Wykonawcy.

Zamawiający przyznał, iż wymiana elementów linowych wraz z elementami związanymi generują podstawowe koszty realizacji tego zamówienia i wazą na cenie oferty. W zakresie

w jakim Zamawiający uzna stanowisko wykonawcy, iż dany element olinowania nie nadaje się zastosowania, koszty ponosi zamawiający, jeśli jednak Zamawiający uzna mimo stanowiska Wykonawcy, iż ten element może być ponownie zastosowany to Wykonawca będzie się musiał podporządkować pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy wykonawcy. W ocenie Zamawiającego Wykonawca może mieć interes, żeby wykonać zlecony element konstrukcji zadania z materiałów nowych pomimo braku takiej konieczności.

W pkt XII SIWZ Zamawiający wskazał, że zaproponowana przez Wykonawcę cena zamówienia brutto - cena ryczałtowa musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a które będą niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (wszystkie 3 Etapy).

W pkt XII SIWZ Zamawiający wskazał, że cena ryczałtowa za realizację zamówienia musi zawierać wszystkie elementy kosztów wykonania zamówienia, a skutki finansowe błędnego obliczenia ceny, wynikające z nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę, obciążają Wykonawcę.

W pkt V. 1.2.2 SIWZ zawarto wymagania, by Wykonawca wykazał się doświadczeniem w zakresie wykonania minimum 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto każda, polegających na montażu konstrukcji wykonanej w technologii linowo-ciężnowej o następujących parametrach: sprężona konstrukcja linowa, zewnętrzna eksponowana z zastosowaniem lin galwanizowanych, całkowicie zamkniętych (liny zamknięte z drutów) o Rr co najmniej 1579 MPa.

Strony zgodnie oświadczyły, iż Rr powinno prawidłowo być oznaczone w wielkościach 1570 MPa, a nie jak podano w wielkości 1579 MPa.

W pkt III.2.2 SIWZ wskazano, że ze względu na charakter obiektu budowlanego będącego przedmiotem zamówienia (obiekt sportowy o szczególnym znaczeniu dla regionu Górnego Śląska) oraz z uwagi na rodzaj samej konstrukcji zadania widowni wykonawca zobowiązuje się do koordynacji projektów zapewniającej ich zgodność z dotychczasowymi elementami składowymi całego zadania „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”).

Załącznik nr 3 do SIWZ obejmuje:

Dokumentacja Projektowa

1. Projekt Budowlany zmodyfikowanej konstrukcji zadania – październik 2013 r.
2. Projekt Wykonawczy zmodyfikowanej konstrukcji zadania – październik 2013 r. wraz z przedmiarem robót i specyfikacją techniczną dachu Stadionu Śląskiego (...) –21.04.2009 r.

3. Raport z audytu dokumentacji: Stadion Śląski w Chorzowie, Projekt budowlany – zmodyfikowanej konstrukcji zadaszenia. Politechnika Gdańska – listopad 2013 r.

Uwaga: Zgodnie z wnioskami wynikającymi z audytu, nowe łączniki należy wykonać w klasie EXC4.

4. Zaktualizowana dokumentacja projektowa (Projekt Wykonawczy) dla kompletnej konstrukcji zadaszenia.

5. Obliczenia statyczne dla kompletnej konstrukcji zadaszenia.

6. Wyniki badań w tunelu aerodynamicznym.

7. Wytyczne do instrukcji odśnieżania zadaszenia wraz z przedmiarem koniecznych do wykonania elementów zabezpieczających.

8. Projekt Wykonawczy architektoniczny T – 07 – Poziom dachu stadionu

9. Projekt Budowlany dla zadania „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie” – grudzień 2008r.

10. Decyzja nr 1S/09 Wojewody Śląskiego z dnia 5 lutego 2009r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę dla zadania „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”.

11. Decyzja nr 2S/09 Wojewody Śląskiego z maja 2009r. o zmianie pozwolenia na budowę w zakresie zmian funkcjonalno – przestrzennych.

12. Decyzja nr 42/12/K Wojewody Śląskiego z dnia 3 sierpnia 2012 o zmianie pozwolenia na budowę w zakresie zmian w projekcie zagospodarowania terenu oraz zmian funkcjonalno – przestrzennych.

13. Decyzja nr 8 Prezydenta Miasta Chorzów z dnia 26 lutego 2014 zmieniająca poprzednie decyzje pozwolenia na budowę Wojewody Śląskiego dla zadania „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”.

14. Projekt konstrukcji wsporczej telebimu (...)

Załącznik nr 4 do SIWZ. Etap I – Badanie lin (stanowiący opis przedmiotu zamówienia dla Etapu I)

1. Zakres opracowania.

1.1. Przedmiotem opracowania w ramach Etapu I jest sprawdzenie, przetestowanie oraz zweryfikowanie istniejącej na budowie, częściowo już zamontowanej konstrukcji linowej dachu wraz ze sprawdzeniem końcówek lin, ich mocowania (gniazd) i połączeń.

1.2. W wyniku przeprowadzonego badania Wykonawca musi jednoznacznie określić, które z elementów systemu linowego dachu mogą i powinny być ponownie wykorzystane w ramach konstrukcji, która będzie wykonana zgodnie ze zmodyfikowanym projektem.

1.3. Badanie elementów układu linowego powinno obejmować:

a) wszystkie liny z istniejącego układu;

- b) wszystkie końcówki, gniazda i mocowania lin;
- c) wszystkie połączenia pomiędzy linami i gniazdami;
- d) wszystkie istniejące połączenia śrubowe i sworznie do mocowania lin;
- e) określenie stanu wieszaków lin radialnych.
- f) zabezpieczenie antykorozyjne (sprawdzenie i ewentualne uzupełnienie) przewidzianych do ponownego wykorzystania lin połączeń i gniazd.

1.4. W wyniku badania elementów układu linowego Wykonawca musi przedłożyć Zamawiającemu raporty z przeprowadzonych badań, świadectwo (certyfikat) potwierdzające możliwość ponownego zastosowania wskazanych elementów zgodnie ze zmodyfikowanym projektem konstrukcji dachu. Dokumenty te będą stanowiły podstawę do wydania, przez Wykonawcę, gwarancji dla całej konstrukcji dachowej.

Uwaga: Gwarancja powinna obowiązywać przez okres 5 (pięciu) lat w zakresie nośności konstrukcji linowej dachu i 15 (piętnastu) lat w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego.

Uwaga: Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji zasadności zakupu nowych elementów przez projektanta i inną, niezależną jednostkę badawczą.

2. Przewidywany zakres prac

2.1. Istniejąca konstrukcja obejmuje następujące liny:

Położenie; Średnica [mm]; Liczba [szt]; Średnia długość [m]; ilość oznaczeń [szt]

Dolne promieniowe	60	8	65	8
	70	12	65	8
	85	20	66	8
Górne promieniowe	100	8	75	8
	115	12	75	8
	130	20	75	8

Pierścień rozciągany 120 18 155 13/14

Ponadto na budowie złożone jest 320 (trzysta dwadzieścia) sztuk łączników (wieszaków), których zadaniem jest połączenie radialnych lin nośnych z linami napinającymi.

2.2. Wykonawca ma obowiązek dokonać przeglądu, w istniejących warunkach, aktualnego stanu lin i łączników. W wyniku tego przeglądu Wykonawca podejmie decyzję czy badanie konstrukcji linowej dachu Stadionu Śląskiego wykonane zostanie na budowie, czy też liny zostaną (na koszt Wykonawcy) zwinięte i przetransportowane do warsztatu, celem wykonania badań i oznaczeń. Zamawiający oczekuje, że w wyniku przeprowadzonych badań udzielona zostanie gwarancja na badane elementy konstrukcji linowej.

2.3. Na podstawie oceny stanu faktycznego istniejącej na budowie konstrukcji, pierwotnej dokumentacji projektowej oraz zmodyfikowanej dokumentacji projektowej Wykonawca winien ocenić, czy istniejące oznakowanie lin pozostanie bez zmian, czy też liny wymagają ponownego oznakowania. Jeśli konieczne będzie ponowne oznakowanie lin to wykonane ono

zostanie w ramach oferty na koszt Wykonawcy. Zgodnie z wymogami zmodyfikowanego projektu wszystkie liny pierścienia rozciąganego, które zostaną powtórnie wykorzystane muszą być ponownie oznakowane.

2.4. Na podstawie dokonanego przeglądu Wykonawca podejmie decyzję czy wymagane jest badanie łączników (wieszaków) lin radialnych. Zamawiający oczekuje również gwarancji na te elementy.

2.5. W wyniku przeprowadzonego przeglądu, po dokonaniu oceny stanu faktycznego istniejącej na budowie konstrukcji i podjęciu decyzji o sposobie przeprowadzenia badań, przed przystąpieniem do ich wykonywania, Wykonawca opracuje plan badań, który przedłoży Zamawiającemu i Projektantowi do akceptacji.

2.6. W przypadku stwierdzenia konieczności całkowitego demontażu istniejącej konstrukcji linowej i jej badaniu w należącym do Wykonawcy (lub podwykonawcy) warsztacie/laboratorium koszty demontażu konstrukcji, zwinięcia i transportu lin, ich ponownego rozwinięcia oraz ich okresowego magazynowania, pokrywa Wykonawca.

2.7. W przypadku stwierdzenia konieczności całkowitego demontażu istniejącej konstrukcji linowej, do oferty należy również wliczyć koszt wymiany wszystkich istniejących już na budowie połączeń śrubowych.

Uwaga: Zamawiający dysponuje dokumentacją jakościowo-odbiorową, lin znajdujących się na stadionie, opracowaną przez firmę BRIDON. Wykonawca otrzyma kopie tych dokumentów po rozstrzygnięciu przetargu i podpisaniu Umowy.

Zamawiający wyjaśnił, iż są to aktualne certyfikaty na liny razem z końcówkami. Według opinii ekspertów można dokonać badania lin na budowie bez ich demontażu, dokonuje się badania systemem magnetycznym. Zamawiający spotkał się z opinią, iż jak wymagana jest długotrwała gwarancja – to konieczne jest wywiezienie lin i przebadanie ich w sposób laboratoryjny.

Załącznik nr 6 do SIWZ obejmuje wykaz materiałów zakupionych i zgromadzonych przez zamawiającego (dostawy inwestorskie), w tym wchodzące w zmontowaną konstrukcję, która uległa awarii.

Dostawy Inwestorskie obejmują:

1. Płyty poliwęglanowe – 3715 szt., tj. 148 paczek transportowych składowanych w dwóch namiotach.
 2. Anodowane i owiercone profile aluminiowe – 6431 szt. profili
- Uwaga: Profile aluminiowe zamontowane na szczelinach – 246 szt.
3. Wkręty do łączenia profili aluminiowych w liczbie: (...)
 4. Uszczelki EPDM w ilości:
 - a. Uszczelka S-1302 – 4 500 mb

- b. Uszczelka SD-127-0 – 5 400 mb
- c. Uszczelka G1 M/A – 42 600 mb
- 5. Płatwie, szczeliny, Catwalk-i „duże” oraz „małe”
Płatwie Szczeliny, Catwalk "duży" Catwalk "mały 509" Catwalk "mały 538"
Razem 320, 4168,280,40,80
Ilość wg projektu 320, 4168, 280,40,80
- 6. Kratki pomostowe do wszystkich Catwalków „dużych” i „małych 509” w ilości 320 kompletów.
- 7. Obudowy połączenia dolnej części słupów z elementami pierścienia dolnego – 40 szt. „dużych” oraz 40 szt. „małych”.
- 8. Blachy zamykające otwory w górnym pierścieniu po usunięciu siłowników po operacji podnoszenia – $40 \cdot 4 = 160$ szt.
- 9. Pokrywy włazów rewizyjnych na pierścieniu górnym - 53 szt. „duże” oraz 2 szt. „małe”. Pozostałe pokrywy znajdują się na podestach pierścienia górnego.
- 10. Uszczelki do włazów – elementy pokrywające $\frac{1}{2}$ obwodu włazu – 304 szt. „dużych” oraz 16 szt. „małych”.
- 11. Osłony zakotwień stężeń wiatrowych – 120 szt.
- 12. Sworznie do łączenia lin z łącznikami pierścienia rozciąganego:
 - a. $\varnothing 235$ – 20 szt.
 - b. $\varnothing 210$ – 12 szt.
 - c. $\varnothing 185$ – 8 szt.
 - d. $\varnothing 155$ – 20 szt.
 - e. $\varnothing 130$ – 12 szt.
 - f. $\varnothing 110$ – 8 szt.
- Razem 80 szt., tj. po 2 szt. na łącznik.
- 13. Łożyska do płatwi – 314 szt.
- 14. Podkładki Callenberga – 309 szt.
- 15. Blachy maskujące o różnych wymiarach zabezpieczonych antykorozyjnie w kolorze białym – do wykorzystania, jako elementy maskujące po zdjęciu podestów.
- 16. Śruby wg poniższej tabeli: (...)

Uwaga: Część śrub została zamontowana do płatwi i szczelin z uwagi na planowany montaż.

Ogólnie dostępne informacje podają, że Stadion Śląski stanowi największą zadaszoną powierzchnią w Europie - 43 tys. m². Obiekt przewidziany na 54 tys. widzów.

Poprzednim wykonawcą było konsorcjum firm: Hochtief Polska, Hochtief Solutions, Mostostal Zabrze (odwołujący), Thermoserr.

Prace przy przebudowie Stadionu Śląskiego przerwano w 2011 r. Podczas podnoszenia linowej konstrukcji dachu pękły dwa z 40 zastosowanych uchwytów łączących liny promieniowe dachu z jego wewnętrznym pierścieniem rozciągającym.

W 2013 r. od umowy na realizację inwestycji odstąpił dotychczasowy wykonawca.

Zamawiający wyjaśnił, iż pomiędzy nim a konsorcjum toczą się spory sądowe na tle rozliczeń.

Modernizacja obiektu prowadzona była według projektu niemieckiej firmy GMP Architekten. Konieczne było wstrzymanie budowy zadaszania trybun i opracowanie zamiennej dokumentacji projektowej.

W projekcie budowlanym zamiennym zmodyfikowanej konstrukcji zadaszania wzmocniono konstrukcję zadaszania poprzez:

- dodanie do dotychczasowej konstrukcji pierścienia rozciąganego dwóch nowych kabli (łącznie 8),
- zaprojektowano nowe łączniki kabli radialnych i obwodowych w pierścieniu rozciągającym ze stali walcowanej (podtrzymującej łącznie 8 kabli,
- zaprojektowano wzmocnienia uszu kabli nośnych 130 mm z pierścieniem ściskającym.

Zdaniem organu administracji techniczno - budowlanej udzielającego pozwolenia na budowę zastosowano w rozwiązaniu projektowym prototypowy charakter łączników, co powoduje trudną do realizacji weryfikację prototypów.

Opinię dotyczącą projektu wydał zespół autorów z Politechniki Gdańskiej. Z opinii wynika, że projektanci w znowelizowanym projekcie zapewnili wymagania niezawodności klasy RC3, odpowiadającej klasie konsekwencji zniszczenia CC3 wg PN-EN 1990.

Ekspertyza Politechniki Gdańskiej z listopada 2013 r. podaje. Projekt zamienny zmodyfikowanej konstrukcji zadaszania (część A) został opracowany przez generalnego projektanta PL-PROJEKT Planungsburo GmbH Ottweiler.

Dokumentacja jakościowa z wytwarzania konstrukcji stalowej pierścieni i słupów została udostępniona na potrzeby opracowania opinii przez Mostostal Zabrze S.A. (siedem segregatorów zawierających atesty, protokoły, świadectwa, karty pomiarowe itd.

Raport 3/2 wpływ deformacji powstałych w trakcie awarii na elementy zewnętrznego pierścienia dolnego i górnego - elementy stałe, nie należące do olinowania. Zostały przebadane i deformacje zostały określone.

Raport 3/4 ocena możliwości wymiany lin konstrukcji nośnej zadaszania.

Punkt 4/2 zastosowane liny:

Wieszaki zaprojektowano jako otwarte liny spiralne o średnicy 25 mm i wytrzymałości charakterystycznej na rozerwanie $f_{uk} = 1670 \text{ N/mm}^2$.

Dla lin nośnych, napinających i pierścieniowych zastosowano całkowicie zamknięte liny spiralne z drutów pokrytych warstwą galwaniczną o wytrzymałości charakterystycznej na rozerwanie $f_{uk} = 1579 \text{ N/mm}^2$. (Strony potwierdzają omyłkę pisarską - powinno być 1570 N/mm^2)

Zaprojektowano nowe łączniki kabli radialnych i obwodowych w pierścieniu rozciągany w wersji spawanej blachownicowej (mniej podatnych na wady wykonania), zaprojektowano wzmocnienia uszu kabli nośnych 130 mm na górnym pierścieniu ściskanym.

Zalecono atestację weryfikującą jakość istniejących lin nośnych w celu ich ponownego wykorzystania na elementy zadaszania.

Ze względu na prototypowy charakter łączników (krokodyli) - stąd trudną do realizacji weryfikację doświadczalną prototypów oraz zmęczenie niskocyklowe stali, z której zostaną one wykonane - zaleca się podniesienie klasy wykonania tych elementów z EXC3 do EXC4 według obostrzonych procedur wykonawczych dla nowych łączników PN-EN 1090-2.

Zaleca się opracowanie procedury badawczej (laboratoryjnej) potwierdzającej założenia teoretyczne przyjęte w projekcie, z objęciem następujących zagadnień:

- nośność typowego połączenia części stalowej i stalowej;
- badania efektów tarcia liny obwodowej o zacisk w połączeniu

Powyższe zalecenia można wykonać w ramach dokumentacji technologicznej dotyczącej wykonania łączników.

Według Zamawiającego opracowanie procedury badawczej ma wykonać wykonawca w ramach dokumentacji warsztatowej dla Etapu II.

Zamawiający przyznał, iż nie powierza nowemu wykonawcy kontynuacji robót w oparciu o inwentaryzację robót w toku i sporządzony wykaz usterek do usunięcia. Istniejącą konstrukcję traktuje jako „dostawy inwestorskie”. Zastosował Opis przedmiotu zamówienia i podział etapów, jak przedstawiony powyżej, według postanowień SIWZ i wzoru umowy.

Zamawiający potwierdził, iż podmiotem, który może wziąć odpowiedzialność za zadaszanie jest jego wykonawca. Wykonawca powinien zdiagnozować stan aktualny, stąd właśnie wywodził - zlecenie mu części badawczej. Podał, iż jest to praktykowane, o czym świadczy zgłoszony dowód z SIWZ na oznaczoną inwestycję drogową prowadzoną przez GDDKiA.

Opinia Instytutu Techniki Budowlanej wykonana przez Laboratorium Głównego Instytutu Górnictwa z 14.11.2011r. dotyczy badań magnetycznych lin po niekontrolowanym ich

przemieszczeniu się w związku z pęknięciem 2 uchwytów łączników lin obwodowych i ich przydatności do dalszej eksploatacji. Opinia omawia magnetyczne i wizualne metody badań. Badanie lin przeprowadzono metodą magnetyczną i wizualnie. Opinia wymienia liny do naprawy lub wymiany, które utraciły właściwości wytrzymałościowe w stopniu uniemożliwiającym ich dalsze stosowanie w związku z niekontrolowanym przemieszczeniem się lin i przenoszeniem nadmiernych obciążeń spowodowanych awarią łączników. Dla potwierdzenia wniosków i rekomendacji pozostałych lin, Instytut proponował przeprowadzenie badań wytrzymałościowych uszkodzonego zdemontowanego odcinka lin.

Termin składania ofert wyznaczono do dnia 15 maja 2014 r.

Szczegółowe zarzuty odwołania, stanowiska stron oraz Izby przedstawiają się następująco:

Zarzut nr 1.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, a także art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. poprzez połączenie w jednym postępowaniu prac polegających na badaniu lin (Etap 1) i robót polegających na montażu konstrukcji zadaszenia widowni (Etap II) z pominięciem, że zakres robót niezbędnych do wykonania w Etapie II zależy od wyników badań, które mają być przeprowadzone w Etapie I tj. z pominięciem, iż wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów wykonania Etapu II bez znajomości wyników badań wykonanych w Etapie I, a - w konsekwencji - zaniechanie unieważnienia postępowania.

W §1 pkt 14 projektu umowy wskazano, że wykonawca wykona montaż konstrukcji zadaszenia z materiałów własnych, elementów konstrukcyjnych i materiałów zgromadzonych przez zamawiającego (dostawy inwestorskie) na placu budowy, których wykaz stanowi Załącznik nr 4 do umowy, a także nowych, dodatkowych dostarczonych przez siebie elementów konstrukcyjnych i materiałów wynikających zarówno z dokumentacji konstrukcji zadaszenia widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie, jak również wyników badań Etapu I niniejszej umowy oraz stwierdzonych braków lub uszkodzeń w dostawach inwestorskich.

Taki sam sens oddano w pkt III. 1.2.3 SIWZ i w pkt III. 1.2.4 SIWZ. Tak więc, z tych postanowień wynika, że dopiero w sytuacji, gdy będą znane wyniki badań przeprowadzonych w Etapie I, będzie wiadomo, jaki jest zakres zamówienia w Etapie II. To bowiem od tego, ile elementów z badanej konstrukcji będzie się „nadawało” do dalszego wykorzystania będzie zależał zakres zamówienia w Etapie II. Może się więc okazać, że żadnej z lin nie można wykorzystać, w związku z czym wykonawca będzie musiał ponieść tego koszty. W pkt III. 1.2 ppkt. 3 SIWZ wyraźnie wskazano, że w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę w trakcie

wykonywanych podczas Etapu I badań braku możliwości ponownego zamontowania któregokolwiek z badanych elementów konstrukcji zadaszenia koszt zakupu nowych i utylizacji starych nie nadających się do montażu elementów pokrywa Zamawiający z wyjątkiem lin i elementów wskazanych w przedmiarze załączonym do SIWZ.

To oznacza, że zakres prac w Etapie II zależy od wyników badań, które mają być przeprowadzone w Etapie I. W konsekwencji odwołujący uznał, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób błędny, gdyż poprzez połączenie Etapu I i Etapu II w jednym postępowaniu uniemożliwił *de facto* wykonawcom rzetelne skalkulowanie porównywalnych ofert. Każda z ofert będzie bowiem uwzględniać inny zakres przedmiotowy dla II Etapu. Bardziej zapobiegliwi wykonawcy uznają bowiem *a priori*, że większość lin będzie się nadawała do wymiany i uwzględnią tego koszty, a inni będą liczyć na to, że dotychczas zamontowane liny da się wykorzystać. W konsekwencji, wykonawcy, którzy są bardziej przezorni i odpowiedzialni za to, co robią, będą na z góry osłabionej pozycji, gdyż - wskutek doliczenia „rezerwy” - nie będą w stanie zaoferować konkurencyjnej ceny.

W ocenie odwołującego, poprzez obciążenie wykonawców szacowaniem ilości prac w II Etapie, zamawiający przerzuca na wykonawców ryzyka związane z niedoszacowaniem. W ten sposób zniechęca wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu, gdyż im większe ryzyka zamawiający powoduje, tym mniej będzie ofert złożonych w postępowaniu. Tego typu działania prowadzą więc do ograniczenia uczciwej konkurencji, przez co są niekorzystne dla samego zamawiającego, gdyż im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa. Co więcej, może się również okazać, że zamawiający otrzyma taką ilość ofert, która nie spowoduje obowiązku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w związku z czym będzie on związany cenami z ofert, i nie będzie mógł liczyć na ich obniżenie.

Odwołujący zaznaczał, że wykonawcy nie tylko nie są w stanie oszacować ceny, ale nie znając dokładnego zakresu przedmiotowego Etapu II nie są w stanie stwierdzić, jak długo winno zająć wykonawstwo. Brak jest zatem również możliwości rzetelnej kalkulacji ryzyk związanych z czasem wykonania inwestycji.

W oparciu o powyższe, odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył - poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które nie pozwala na rzetelne skalkulowanie porównywalnych ofert oraz oszacowanie czasu realizacji inwestycji - postanowienia art. 29 ust. 1 Pzp, a - w konsekwencji - art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 Pzp.

Mostostal podnosił, iż konsekwencją tego rodzaju naruszenia winna być nieważność postępowania, gdyż nie da się go usunąć (gdyby ograniczyć niniejsze postępowanie wyłącznie do Etapu I, to zmieniłby się zupełnie przedmiot zamówienia, co pociągałoby za sobą konieczność stosowania innych przepisów Pzp). Nie jest bowiem - zdaniem

odwołującego - możliwe łączne przeprowadzenie postępowania, którego przedmiotem będą oba etapy tj. Etap I (polegający na badaniu istniejącej konstrukcji linowej dachu) i Etap II (polegający na montażu konstrukcji zadaszania widowni). Odwołujący podnosił, iż zamawiający winien najpierw przeprowadzić badania i na podstawie ich wyników uzupełnić informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania przetargowego na prace przewidziane w Etapie II. Tylko bowiem w takim przypadku wykonawcy będą posiadać niezbędne informacje, które pozwolą im rzetelnie skalkulować ceny, a zamawiający uzyska porównywalne przedmiotowo oferty. Unieważnienie winno więc nastąpić na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Żądanie. Odwołujący wnosił, aby KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania w całości.

Na wypadek, gdyby KIO przyjęła, że nie ma podstaw do unieważnienia postępowania w całości tj. da się usunąć jeszcze wady postępowania (czemu odwołujący, co do zasady przeczył) Mostostal wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania w zakresie Etapu II i Etapu III, - ewentualnie - o nakazanie dokonania zmian SIWZ poprzez usunięcie wszystkich postanowień dotyczących Etapu II i Etapu III.

Jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby KIO uznała, iż brak postaw do unieważnienia postępowania w całości (czemu odwołujący, co do zasady przeczył), Mostostal zarzucał, iż zamawiający sformułował pkt III. 1.2.3 SIWZ i w pkt III. 1.2.4 SIWZ i §1 pkt 14 w sposób niejednoznaczny, czym naruszył art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 Pzp.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający potwierdził, że zakres robót niezbędnych do wykonania w Etapie II zależy również od wyników badań, które mają być przeprowadzone w Etapie I. Wobec powyższego w SIWZ w punkcie III. 1.2 ppkt.3 zapisano: „W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę w trakcie wykonywanych podczas Etapu I braku możliwości ponownego zamontowania któregośkolwiek z badanych elementów konstrukcji zadaszania koszt zakupu nowych i utylizacji starych nie nadających się do montażu elementów pokrywa Zamawiający z wyjątkiem lin i elementów wskazanych w przedmiarze załączonym do SIWZ" (tj. z wyjątkiem 3 lin, które według SIWZ muszą być z założenia wymienione).

Ponadto w punkcie III. 1.2 ppkt. 2 zapisano: „W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę i zatwierdzeniu przez Zamawiającego w trakcie realizacji dostaw inwestorskich ewidentnych braków lub uszkodzeń w elementach konstrukcyjnych i materiałach Zamawiający zleci

Wykonawcy zakup nowych elementów konstrukcyjnych lub materiałów odrębnym zamówieniem".

Zatem to zamawiający, a nie wykonawca, ponosi wszelkie ryzyko finansowe, które może wynikać ze zwiększonego zakresu wymiany elementów zadaszania ponad ten, który został ujęty w załączonym do SIWZ przedmiarze robót. Każda z ofert winna uwzględniać ten sam zakres przedmiotowy, zgodny z ww. przedmiarem, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie ofert.

W opinii zamawiającego nie ma również nadmiernego ryzyka złego oszacowania czasu realizacji inwestycji. Czas konieczny na wykonanie ewentualnych dodatkowych elementów konstrukcji linowej dachu, w tym zakupu lin ujętych w załączonym do SIWZ przedmiarze, nie powinien być dłuższy od czasu potrzebnego do wykonania wszelkich niezbędnych robót przygotowawczych na budowie, prac związanych ze wzmocnieniem złączy płytowych lin fi 130 mm, wykonaniem i zatwierdzeniem dokumentacji warsztatowej nowych łączników oraz ich produkcji.

Wyjaśnił, iż wykonawcy mają możliwość dokonania oględzin miejsca prowadzenia prac (patrz pkt VII.8 SIWZ), a także wykonanych wcześniej lin, co powinno ułatwić im sporządzenie właściwej oferty.

Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie musi posiadać wiedzę i doświadczenie, a także dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 uPzp). Z tego względu ofertę musi składać podmiot profesjonalny, który powinien dysponować w szczególności doświadczeniem niezbędnym dla przygotowania właściwej oferty.

Sugestię, aby to zamawiający najpierw przeprowadził badania i na ich podstawie przeprowadził postępowanie przetargowe na zakres robót ujęty w Etapie II, w ocenie zamawiającego prowadziłyby do pełnego rozmycia odpowiedzialności za wykonaną konstrukcję zadaszania. W opinii zamawiającego oraz projektanta jedynie wykonawca konstrukcji dachowej może prawidłowo ocenić przydatność wszystkich jej elementów w taki sposób, który umożliwi udzielenie, wymaganej warunkami przetargu, gwarancji.

Na marginesie dodał, iż połączenie w jednym zamówieniu zadań z zakresu przeprowadzenia określonych badań, a następnie prowadzenie robót budowlanych, jest praktyką stosowaną przy udzielaniu zamówień publicznych. Przykładowo złożył SIWZ sporządzoną dla postępowania na dokończenie budowy autostrady płatnej A1 (odcinek na Śląsku obejmujący most w Mszanie) obejmującej zarówno przeprowadzenie badań

sprawdzających poszczególnych asortymentów robót, a następnie roboty drogowe, naprawcze i mostowe.

Stanowisko Izby:

Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Nie jest to zamówienie realizowane w systemie zaprojektuj i zbuduj, gdzie podstawą prowadzenia robót byłby program funkcjonalno-użytkowy. Etap II ma być wykonywany na podstawie dokumentacji opracowanej na zlecenie zamawiającego. Wykonawca ma przedstawić tzw. „dokumentację warsztatową” odnoszącą się do kolejności montażu elementów zadaszenia widowni.

Zamawiający połączył też w jednym postępowaniu usługi z zakresu badania i oceny materiałów budowlanych (elementów konstrukcji) i wykonawstwo konstrukcji zadaszenia trybun, która jest zasadniczym celem tego przedsięwzięcia.

Zamawiający zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129), udostępnił wykonawcom w ramach SIWZ dokumentację projektową, gdyż przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji określonej w § 4 tego rozporządzenia, tj.:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, między innymi powinny określać sposób wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz sposób oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

Katalog ten zawiera tym samym opis dokumentacji wymaganej przez ustawodawcę dla prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonania robót budowlanych.

W analizowanym przypadku, nie można było pominąć, iż nie jest to zadanie inwestycyjne realizowane od podstaw na podstawie dokumentacji technicznej przekazanej

przez zamawiającego, ale jakby kontynuacja robót przerwanych i wykonywanych do 2011 r. przez innego wykonawcę – co wynika z materiału dowodowego sprawy.

W przypadku zmiany wykonawcy w trakcie realizacji inwestycji zasadniczo sporządzony jest protokół robót w toku, wraz z wykazem usterek do usunięcia, a nowe zamówienie obejmuje dokończenie zadania inwestycyjnego.

W pkt III. 1.2.3 SIWZ i w pkt III. 1.2.4 SIWZ oraz W §1 pkt 14 projektu umowy wskazano, że wykonawca wykona montaż konstrukcji zadaszenia z materiałów własnych, elementów konstrukcyjnych i materiałów zgromadzonych przez zamawiającego (dostawy inwestorskie) na placu budowy, których wykaz stanowi Załącznik nr 4 do umowy, a także nowych, dodatkowych dostarczonych przez siebie elementów konstrukcyjnych i materiałów wynikających zarówno z dokumentacji konstrukcji zadaszenia widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie, jak również wyników badań Etapu I niniejszej umowy oraz stwierdzonych braków lub uszkodzeń w dostawach inwestorskich.

Zamawiający w tym postępowaniu zastosował zupełnie nietypowe procedury, odstępując od przekazania wykonawcom protokolarnie dotychczasowych zrealizowanych robót do wykonania. Nie określił dokładnego zakresu robót, które wykonawca będzie zobowiązany zrealizować w ramach przedmiotowego zamówienia. Uzależnił to od oceny samego wykonawcy, na ile będzie on miał możliwość wykorzystania istniejących elementów konstrukcji zadaszenia widowni – bez ich demontażu.

Istniejącą zmontowaną konstrukcję olinowania zadaszenia widowni, wraz z innymi materiałami zamawiający nie potraktował jako inwestycji w toku, a wyłącznie „jako zbiór materiałów – które nazwał „dostawami inwestorskimi”, które to materiały mogą zostać zastosowane po ich przebadaniu przez uprawnioną jednostkę i zakwalifikowaniu, jako zdalnych do dalszego użycia.

Zaświadcza to zdaniem Izby, iż w zasadzie zamawiający poprzez takie fakty, potwierdził, iż konieczny jest demontaż i ponowny montaż tego zadaszenia, chociaż nie zapisał tego wprost w warunkach przetargu. Nawet, gdy zamawiający przyjął na siebie obowiązek pokrycia kosztów nowych materiałów, także poza wskazanymi wprost w przedmiarze, jeżeli stare okazałyby się nieprzydatne, to zostało to obwarowane niedoprecyzowanymi warunkami i ostatecznie uzależnione od zgody zamawiającego.

Zamawiający potraktował istniejącą konstrukcję zadaszenia jako dostawy inwestorskie według Załącznika nr 6 do SIWZ obejmującego wykaz materiałów zakupionych i zgromadzonych przez zamawiającego.

Z zaleceń opracowanych ekspertyz wynika, że po awaryjnym odstępieniu od montażu konstrukcji zawieszenia w 2011 r. konieczne jest sprawdzenie wykonanych elementów i

użytych materiałów, a także wzmocnienie konstrukcji poprzez wypełnienie wymagań zamiennej dokumentacji technicznej.

Z powyższych względów zamawiający przedmiotem niniejszego zamówienia objął według Załącznika nr 4 do SIWZ. Etap I – Badanie lin, którego wynikiem ma być opracowanie dotyczące sprawdzenia, przetestowania oraz zweryfikowanie istniejącej na budowie, częściowo już zamontowanej konstrukcji linowej dachu wraz ze sprawdzeniem końcówek lin, ich mocowania (gniazd) i połączeń. W wyniku przeprowadzonego badania Wykonawca musi jednoznacznie określić, które z elementów systemu linowego dachu mogą i powinny być ponownie wykorzystane w ramach konstrukcji, która będzie wykonana zgodnie ze zmodyfikowanym projektem.

Badanie elementów układu linowego powinno obejmować:

- a) wszystkie liny z istniejącego układu;
- b) wszystkie końcówki, gniazda i mocowania lin;
- c) wszystkie połączenia pomiędzy linami i gniazdami;
- d) wszystkie istniejące połączenia śrubowe i sworznie do mocowania lin;
- e) określenie stanu wieszaków lin radialnych.
- f) zabezpieczenie antykorozyjne (sprawdzenie i ewentualne uzupełnienie) przewidzianych do ponownego wykorzystania lin połączeń i gniazd.

W wyniku badania elementów układu linowego wykonawca musi przedłożyć Zamawiającemu raporty z przeprowadzonych badań, świadectwo (certyfikat) potwierdzające możliwość ponownego zastosowania wskazanych elementów zgodnie ze zmodyfikowanym projektem konstrukcji dachu.

W ocenie Izby, zamawiający nie dokonał koniecznego uszczegółowienia opisu przedmiotu robót budowlanych, uwzględniając specyfikę planowanych do powierzenia wykonawcy robót polegających na dokończeniu przerwanej inwestycji.

Zamawiający, niezależnie od pozwolenia na budowę oraz dokumentacji projektowej, w sposób jednoznaczny nie oznaczył pozostałych do wykonania robót nanosząc je na rysunki oraz części tabelaryczne i zastawienia w dokumentacji tej zawarte. Niezależnie, zamawiający nie dokonał też szczegółowej inwentaryzacji (spisu z natury) ilościowo - jakościowej wykonanych robót budowlanych oraz zamontowanych elementów zadaszania.

Tym samym, zakres specyfikacji sporządzonej przez zamawiającego nie wyczerpuje niezbędnych danych określonych w przepisach prawa.

Wyrażone przez zamawiającego oczekiwanie sporządzenia, sprawdzenia, przetestowania oraz zweryfikowanie istniejącej na budowie, częściowo już zamontowanej konstrukcji linowej dachu wraz ze sprawdzeniem końcówek lin, ich mocowania (gniazd) i

połączeń, aby umożliwić podjęcie decyzji wykonawcy (weryfikowanej przez zamawiającego), które z elementów systemu linowego dachu mogą i powinny być ponownie wykorzystane w ramach konstrukcji, dobitnie świadczy o tym, że opis przedmiotu zamówienia na Etap II - Montaż konstrukcji zadaszenia widowni, nie został opisane zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Dopiero po wykonaniu badań wszystkich elementów wg zakresu opracowania określonego w SIWZ dla Etapu I przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia zamawiającemu wstępnej dokumentacji - opracowanie wyników badań w terminie do 90 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, zawierającej między innymi wykaz elementów wymagających wymiany bądź naprawy. Zamawiający zastrzegł sobie prawo dokonania weryfikacji przekazanej dokumentacji w terminie kolejnych 20 dni kalendarzowych od daty jej otrzymania.

Zamawiający w przypadku negatywnego zweryfikowania dostarczonej dokumentacji przez wykonawcę - co do zasadności dostawy nowych elementów, które wykonawca uznałby za niezbędne do prawidłowego wykonania konstrukcji zadaszenia - zastrzegł sobie dodatkowo prawo do odstąpienia od umowy z tego tytułu z winy wykonawcy.

Do tego został wyznaczony nieprzekraczalny czas wykonania naprawy elementów 180 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.

W przypadku konieczności wykonania dodatkowych opracowań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, czynności związane z ich wykonaniem należą do wykonawcy w ramach wynagrodzenia umownego. Zamawiającemu przysługuje zaś prawo żądania zmian i poprawek oraz złożenia wyjaśnień w przedstawionej przez wykonawcę dokumentacji wynikającej z poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia jej przekazania. Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz otwarte kompetencje przyjęcia dokumentację w całości lub wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu na dokonanie zmian i poprawek oraz złożenia wyjaśnień. Ogólnie podał, że opracowana dokumentacja musi spełniać wymagania określone aktualnymi przepisami prawa i wiedzy technicznej.

Skoro zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji na podstawie, której będzie możliwe prowadzenie robót w etapie II (nie licząc dokumentacji określonej jako warsztatowa i powykonawcza dla Etapu II) zaświadcza to o brakach w należyтым opisie przedmiotu zamówienia dla wykonania konstrukcji zadaszenia widowni.

W ocenie Izby nie było dopuszczalne połączenie prac z Etapu I z pracami Etapu II i III w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prace opisane dla Etapu I stanowią konieczny zakres przygotowania dokumentacji dla sporządzenia

prawidłowego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia dla Etapu II mającego wpływ na sporządzenie oferty - jak nakazuje art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba w pełni podzieliła argumentację odwołującego, że skoro zakres prac w Etapie II zależy od wyników badań, które mają być przeprowadzone w Etapie I – to w konsekwencji należało uznać, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niewłaściwy, z punktu widzenia postanowień art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż poprzez połączenie Etapu I i Etapu II w jednym postępowaniu uniemożliwił wykonawcom rzetelne skalkulowanie porównywalnych ofert.

Na skutek wadliwego opisu przedmiotu zamówienia zachodzi znaczne prawdopodobieństwo, że każda z ofert będzie uwzględniać inny zakres przedmiotowy dla II Etapu, w tym także w zakresie oceny przydatności istniejących materiałów. Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty przy jej złożeniu, natomiast niezbędny zakres danych uzyska po wynikach prac Etapu I. Część wykonawców założy, że większość lin będzie się nadawała do wymiany z uwzględnieniem tego w kosztach, a inni wykonawcy mogą wyliczyć cenę opartą na niezweryfikowanych założeniach, że dotychczas zamontowane liny da się wykorzystać, nie bacząc przy tym na bezpieczeństwo konstrukcji.

Nawet, gdy zamawiający zobowiązał się do pokrycia kosztów nowych lin, których zastosowanie okaże się konieczne, to nie dotyczy to niewiadomych kosztów zakresu demontażu i montażu istniejącego systemu linowego, które są znaczące dla wyliczenia ceny oferty, czy kosztów związanych z dostawami, które będą się różniły w zależności od tego czy dotyczą materiałów nowych, czy też zgromadzonych na miejscu.

W ocenie Izby, poprzez obciążenie wykonawców nadmiernym szacowaniem ilości prac w II Etapie, mimo przekazania przedmiaru, zamawiający przerzuca na wykonawców zbyt duże ryzyko związane z realnym ustaleniem ceny oferty. Każda budowa wiąże się z pewnym zakresem ryzyka po stronie wykonawcy, ale nie mogą one przekraczać - jak w tym przypadku racjonalnych granic.

Wykonawcy nie tylko nie są w stanie oszacować ceny, ale nie znając dokładnego zakresu przedmiotowego Etapu II nie są też w stanie stwierdzić, jak długo winno zająć wykonawstwo i rozplanować plac w wiążącym harmonogramie rzeczowo-finansowym. Brak jest zatem również możliwości rzetelnej kalkulacji ryzyka związanych z czasem wykonania inwestycji.

Nadmierne ryzyko co do zakresu prac, które przyjdzie wykonawcy realizować w wyznaczonym czasie, niewiadomy zakres materiałów, które będzie mu wolno wykorzystać zniechęca wykonawców do wzięcia udziału w tym postępowaniu, gdzie zakres rzeczowy nie został w sposób przewidywalny i jednoznacznie ustalony. Tego typu działania prowadzą

więc wbrew wytycznym art. 29 ust. 2 Pzp do ograniczenia uczciwej konkurencji, przez co są niekorzystne dla realizacji celów publicznych, gdyż im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa.

W oparciu o powyższe, Izba uznała, że zamawiający naruszył - poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które nie pozwala na rzetelne skalkulowanie porównywalnych ofert oraz oszacowanie czasu realizacji inwestycji ze względu na jej niewiadomy zakres, który powinie znaleźć się w harmonogramie prac - postanowienia art. 29 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 Pzp.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę z ceną całkowitą za trzy Etapy, do tego z podziałem na parytety procentowe. Nie posiada jednak wystarczających danych, które umożliwiłyby mu racjonalne przyjęcie założeń do oszacowania ceny na moment złożenia oferty, gdyż:

- 1) nie sprecyzowano, czy wykonawca ma obowiązek demontażu konstrukcji linowej; uzależniono to od wyników badań i decyzji samego wykonawcy,
- 2) nie określono też zakresu jednoznacznego obowiązku badania elementów materiałowych w Etapie I, w tym nie podano, zakresu badań: poprzez oględziny, metodami magnetycznymi, laboratoryjnymi; ekspertyza ITB zaleca przeprowadzenie badań wytrzymałościowych w warunkach naprężeń do przenoszenia - odcinków lin wykazujących uszkodzenia, których to badań nie da się przeprowadzić na miejscu; badanie niektórych elementów pozostawiono do decyzji wykonawcy (np. w odniesieniu do wieszaków, czy w znacznej części do oznakowania, badania stanu łączników),
- 3) zaakceptowanie wyboru metody badawczej nastąpi po wyborze oferty, wykonawca może założyć i skalkulować zakres badań i metody, które zamawiający nakaże zmienić w trakcie realizacji umowy, wykonawca ma złożyć i wycenić ofertę, a nie wie czy zaproponowane metody zostaną zaakceptowane,
- 4) zamawiający może dowolnie podważać przedstawione mu wyniki badań odnośnie nieprzydatności używanych lin do dalszego zastosowania oraz żądać dodatkowych opracowań i dokumentów,
- 5) wybór celowości dokonania szeregu czynności przyznano wykonawcom, co wbrew mniemaniu zamawiającego nie jest zaletą tego postępowania, ale jego wadą, świadcząca o niedoprecyzowaniu przedmiotu zamówienia. Zresztą wybór ten jest iluzoryczny, bo zamawiający zastrzegł sobie możliwość weryfikacji działań wykonawców, które założyli oni obliczając cenę oferty. Zamawiający pominął, iż dając wykonawcom taki wybór pozwala - w konsekwencji na dowolną kalkulację ofert (kalkulację, która abstrahuje od przedmiotu zamówienia, który w rzeczywistości przyszłoby im realizować).

W ten sposób istnieje wysokie prawdopodobieństwo otrzymania nieporównywalnych przedmiotowo ofert, gdyż każdy z wykonawców może inaczej ocenić celowość dokonania poszczególnych czynności, co rzutowałoby na wartość wyceny.

Stwierdzone naruszenia mają charakter nieusuwalny. Wykonanie usług zaplanowanych jako I Etap postępowania jest konieczne dla przygotowania prawidłowego i pełnego opisu przedmiotu zamówienia dla Etapu II tegoż postępowania, gwarantującego przy tym efekt prac montażu konstrukcji zadaszenia widowni z zachowaniem wyznaczonych zasad bezpieczeństwa użytkowania obiektu. W żaden więc sposób nie jest możliwe wyeliminowanie stwierdzonych naruszeń, jak tylko poprzez nakazanie unieważnienia wszystkich podjętych przez zamawiającego czynności w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, jako że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zaistnienie takich okoliczności obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby dokonana przez zamawiającego czynność opisu przedmiotu zamówienia rażąco narusza wskazania art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przy tak dalece niesprecyzowanym przedmiocie zamówienia, zarówno w wymiarze rzeczowym, jak i przez to w czasowym, zamawiający stworzył faktyczną barierę dostępu do zamówienia dla wielu wykonawców, którzy mieliby potencjalną zdolność do jego wykonania, ale z uwagi na zbyt duże ryzyko i niemożliwość realnego oszacowania kosztów, nie zdecydowali się na złożenie oferty – co przekłada się na wynik postępowania, który zawsze jest pochodną ilości złożonych ofert. Konsekwencją tego rodzaju naruszenia winna być nieważność postępowania, gdyż nie da się go wyeliminować np. przez ograniczenie niniejszego postępowania wyłącznie do Etapu I, gdyż w efekcie zmieniłby się zupełnie przedmiot zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że nie jest - możliwe łączne przeprowadzenie postępowania, którego przedmiotem będą oba etapy tj. Etap I (polegający na badaniu istniejącej konstrukcji linowej dachu i materiałów postawionych do dyspozycji i ewentualnego wykorzystania przez wykonawców) i Etapu II (polegającego na montażu konstrukcji zadaszenia widowni). Warunki zamówienia nie zostały dostatecznie sprecyzowane, a w ramach ceny złożonej oferty, zamawiający pozostawił sobie kompetencje do stawiania jeszcze innych szerokich wymagań.

Zakres badania elementów zadaszenia – systemu linowego, który uległ awarii nie jest marginalny. Stan tzw. dostaw inwestorskich, które pozostają zgromadzone na placu budowy

od kilku lat mógł ulec dalszemu pogorszeniu. Stąd w sposób oczywisty nasuwają się wnioski, że zamawiający winien najpierw przeprowadzić postępowanie badania istniejącej konstrukcji i materiałów i na podstawie ich wyników uzupełnić informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania przetargowego na prace budowlane przewidziane w Etapie II. Tylko bowiem w takim przypadku wykonawcy będą posiadać niezbędne informacje, które pozwolą im realnie skalkulować ceny, a zamawiający uzyska porównywalne przedmiotowo oferty na najkosztowniejszy Etap prac podniesienia konstrukcji zadania Stadionu. Unieważnienie winno więc nastąpić na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zarzut nr 2

Odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. zaniechał dookreślenia sposobu przeprowadzenia badań w Etapie I, pozostawiając decyzji wykonawcy to, czy materiał (liny, końcówki lin, ich mocowania i połączenia), który ma zostać poddany badaniu w Etapie I może być zbadany na miejscu, w którym się obecnie znajduje, czy też powinien być zdemontowany, przetransportowany do miejsca wykonania badań, a następnie powrotnie na miejsce prowadzenia inwestycji, gdzie ma być ponownie zainstalowany.

W pkt 2.2 załącznika nr 4 do SIWZ zamawiający wskazał, że - w ramach Etapu I - wykonawca ma obowiązek dokonać przeglądu, w istniejących warunkach, aktualnego stanu lin i łączników. W wyniku tego przeglądu wykonawca podejmie decyzję, czy badanie konstrukcji linowej dachu Stadionu Śląskiego wykonane zostanie na budowie, czy też liny zostaną (na koszt wykonawcy) zwinięte i przetransportowane do warsztatu, celem wykonania badań i oznaczeń

Nadto, w pkt 2.6 Załącznika nr 4 do SIWZ wskazano, że w przypadku stwierdzenia konieczności całkowitego demontażu istniejącej konstrukcji linowej i jej badaniu w należącym do wykonawcy (lub podwykonawcy) warsztacie (laboratorium) koszty demontażu konstrukcji, zwinięcia i transportu lin, ich ponownego rozwinięcia oraz ich okresowego magazynowania pokrywa wykonawca.

Odwołujący wskazywał, że w ten sposób zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w wyborze sposobu przeprowadzenia badań, który to wybór musi być dokonany na etapie kalkulacji ofert. W konsekwencji naraził się on na otrzymanie nieporównywalnych ofert, gdyż ocena poszczególnych wykonawców, co do konieczności demontażu istniejącej konstrukcji może być - na etapie kalkulacji oferty - zupełnie odmienna. Niektórzy z wykonawców mogą bowiem założyć (przy kalkulacji ceny), że nie będzie potrzeby dokonywania demontażu, w związku z czym nie wliczą tego kosztu do oferty. Inni zaś mogą

uznać przeciwnie tj. mogą stwierdzić, że demontaż jest konieczny, w związku z czym uwzględnią wszelkie koszty z tym związane w złożonej zamawiającemu ofercie. Tak więc - w rezultacie - oferty, które zamawiający otrzyma mogą okazać się nieporównywalne, gdyż mogą obejmować *de facto* inny zakres robót.

Zdaniem odwołującego - zamawiający obciąża w ten sposób wykonawców ryzykiem dokonania nieprawidłowego wyboru. Jak już wyżej wspominał, wykonawcy muszą dokonać wyboru na etapie kalkulacji ofert. Tymczasem, dopiero na etapie po rozpoczęciu prac (kiedy to wykonawca będzie miał pełen dostęp do przedmiotu badań i będzie mógł wykonać przegląd, o którym mowa w pkt 2.2 Załącznika nr 4 do SIWZ) - będzie mógł podjąć decyzję, co do zasadności demontażu. Tak więc, ocena dokonana na etapie po zawarciu umowy może się różnić od oceny dokonanej przy kalkulowaniu oferty, a ryzyko tej odmiennej oceny zostało przerzucone na wykonawcę, gdyż wykonawca będzie związany ceną wskazaną w ofercie i nie będzie się mógł domagać wynagrodzenia dodatkowego za usługi, których nie skalkulował na etapie składania oferty. Narzucenie tego typu reguł, w przekonaniu odwołującego ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż niektórzy z wykonawców mogą uznać, iż nie są w stanie ponieść tak istotnego ryzyka i - w konsekwencji - mogą zaniechać złożenia oferty. Może to więc doprowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców, którzy będą konkurować o uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący postulował, aby zamawiający stanowczo wskazał - w oparciu o wiedzę, którą tylko on na obecnym etapie dysponuje - czy wykonawca ma obowiązek dokonać demontażu konstrukcji linowej oraz powinien przeprowadzić badania w miejscu do tego przeznaczonym, czy też nie, gdyż tylko przy takim wskazaniu otrzyma porównywalne oferty i nie ograniczy kręgu wykonawców, którzy będą w stanie złożyć oferty. Tylko bowiem w takim przypadku każdy wykonawca, który zgłosi swój udział w postępowaniu będzie w takiej samej sytuacji tj. będzie musiał wycenić ten sam przedmiot zamówienia, a więc tylko wtedy wszystkie oferty będą porównywalne.

Żądanie alternatywne. Mostostal zgłaszał wątpliwość, co do tego, czy badanie „objęte” Etapem I może być przeprowadzone na miejscu prowadzenia inwestycji (zwłaszcza w kontekście wymogu, by wykonawca - po przeprowadzonych badaniach - udzielił gwarancji na pozytywnie zweryfikowane elementy), w związku z czym wnosił o to, by KIO nakazała zamawiającemu, by ten zmienił treść Załącznika nr 4 do SIWZ (a w konsekwencji zasadniczą treść SIWZ i wzór umowy) poprzez wprowadzenie obowiązku zwinięcia (demontażu) elementów, które mają być poddane badaniom, przetransportowaniu ich do warsztatu, celem wykonania badań oraz powrotnego do miejsca wykonania inwestycji.

Stanowisko zamawiającego:

W wyniku prowadzonego postępowania przetargowego wykonawca zobowiązany jest do wykonania m.in. kompleksowego montażu konstrukcji zadaszona Stadionu Śląskiego oraz zgodnie z punktem III.2.9. SIWZ, udzielenia zamawiającemu minimum 60 miesięcznej gwarancji jakości oraz rękojmi na wszystkie badane elementy i wykonane przez siebie usługi oraz roboty budowlane i montażowe, a także minimum 180 miesięcznej gwarancji jakości na zabezpieczenie antykorozyjne całej konstrukcji linowej licząc od daty odbioru końcowego „bez zastrzeżeń” całego przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem doświadczonego, kompetentnego wykonawcy, jest także dobranie koniecznych metod badawczych, aby przedstawione powyżej warunki zostały spełnione. Podkreślił, iż brak jest przepisów powszechnie obowiązujących, narzucających określony sposób wykonania badań objętych przedmiotem zamówienia. Także z tego powodu zamawiający nie widział potrzeby ingerowania z sposób przeprowadzenia badań przez wykonawców.

Zgodnie z posiadaną wiedzą zamawiający określił, w załączonym do SIWZ przedmiarze, zakres prac dotyczących badania elementów konstrukcji linowej, który powinien być wykonany. Ostateczna decyzja, co do koniecznego sposobu badań musi zostać podjęta przez wykonawcę, który w efekcie udzieli wymaganej gwarancji.

W celu umożliwienia, biorącym udział w postępowaniu wykonawcom, pełniejszego zapoznania się z aktualnym stanem konstrukcji linowej zadaszona, zgodnie z punktem VII.8 SIWZ: „Dopuszcza się, aby każdy z Wykonawców dokonał oględzin miejsca robót w celu zapoznania się ze stanem faktycznym panującym na obiekcie. Zamawiający nie będzie udzielał odpowiedzi w ramach przeprowadzonych oględzin. Wykonawcy będą mogli zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z pkt VII ppkt 7 SIWZ”.

Dodatkowo, aby zapewnić wykonawcom pełniejszą informację dotyczącą stanu zamontowanej konstrukcji zadaszona zamawiający uzupełnił dokumentację przetargową o załącznik nr 7 do SIWZ - Sprawozdanie z badań konstrukcji linowej, opracowane przez Zespół laboratoriów badawczych i wzorcujących Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach wykonane w ramach Ekspertyzy Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie w roku 2011.

Stanowisko Izby:

Izba uznała również zarzut 2 za zasadny. Opis przedmiotu zamówienia dla Etapu I podany w do Załączniku nr 4 do SIWZ. Etap I Badanie lin - sprowadza się do zlecenia opracowania przez wykonawcę metody badań i przebadania materiałów, którego przedmiotem jest wynik sprawdzenia, przetestowania oraz zweryfikowanie istniejącej na

budowie, częściowo już zamontowanej konstrukcji linowej dachu wraz ze sprawdzeniem końcówek lin, ich mocowania (gniazd) i połączeń i naprawy elementów.

Zamawiający wymaga jednoznacznego określenia przez wykonawcę, które z elementów systemu linowego dachu mogą i powinny być ponownie wykorzystane w ramach konstrukcji, która będzie wykonana zgodnie ze zmodyfikowanym projektem. Przedłożenia raportów z przeprowadzonych badań, świadectw (certyfikatów) potwierdzających możliwość ponownego zastosowania wskazanych elementów zgodnie ze zmodyfikowanym projektem konstrukcji dachu. Dokumenty te będą stanowiły podstawę do wydania, przez Wykonawcę, gwarancji dla całej konstrukcji dachowej. Gwarancja powinna obowiązywać przez okres 5 (pięciu) lat w zakresie nośności konstrukcji linowej dachu i 15 (piętnastu) lat w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego.

Zamawiający zastrzegł sobie prawo do weryfikacji wyników tego opracowania w tym zasadności zakupu nowych elementów w oparciu o opinię projektanta lub inną, niezależną jednostkę badawczą.

Wykonawca ma obowiązek dokonać przeglądu, w istniejących warunkach, aktualnego stanu lin i łączników. W wyniku tego przeglądu wykonawca podejmie decyzję czy badanie konstrukcji linowej dachu Stadionu Śląskiego wykonane zostanie na budowie, czy też liny zostaną (na koszt wykonawcy) zwinięte i przetransportowane do warsztatu, celem wykonania badań i oznaczeń. Zamawiający oczekuje, że w wyniku przeprowadzonych badań udzielona zostanie gwarancja na badane elementy konstrukcji linowej.

Na podstawie oceny stanu faktycznego istniejącej na budowie konstrukcji, pierwotnej dokumentacji projektowej oraz zmodyfikowanej dokumentacji projektowej wykonawca winien ocenić, czy istniejące oznakowanie lin pozostanie bez zmian, czy też liny wymagają ponownego oznaczenia. Jeśli konieczne będzie ponowne oznakowanie lin to wykonane ono zostanie w ramach oferty na koszt wykonawcy. Zgodnie z wymogami zmodyfikowanego projektu wszystkie liny pierścienia rozciąganego, które zostaną powtórnie wykorzystane muszą być ponownie oznakowane.

Na podstawie dokonanego przeglądu wykonawca podejmie decyzję czy wymagane jest badanie łączników (wieszaków) lin radialnych. Zamawiający oczekuje również gwarancji na te elementy.

W wyniku przeprowadzonego przeglądu, po dokonaniu oceny stanu faktycznego istniejącej na budowie konstrukcji i podjęciu decyzji o sposobie przeprowadzenia badań, przed przystąpieniem do ich wykonywania, Wykonawca opracuje plan badań, który przedłoży Zamawiającemu i Projektantowi do akceptacji.

W przypadku stwierdzenia konieczności całkowitego demontażu istniejącej konstrukcji linowej i jej badaniu w należącym do wykonawcy (lub podwykonawcy) warsztacie/laboratorium koszty demontażu konstrukcji, zwinięcia i transportu lin, ich ponownego rozwinięcia oraz ich okresowego magazynowania, pokrywa wykonawca.

W przypadku stwierdzenia konieczności całkowitego demontażu istniejącej konstrukcji linowej, do oferty należy również wliczyć koszt wymiany wszystkich istniejących już na budowie połączeń śrubowych.

Przytoczony opis prac w Etapie I, świadczy, że w znacznej części ma on charakter warunkowy, uzależniony od decyzji i osądu samego wykonawcy. Ponadto zależny od zaakceptowania propozycji wykonawcy (planu badań) - przez zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia na wykonanie prac Etapu I również narusza wskazania art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby charakter opisu przedmiotu zamówienia powinien być stanowczy - wyznaczać jednoznacznie, co wykonawca ma zrealizować i w jaki sposób - przez to jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy, którego się podejmuje składając wiążącą ofertę.

Konieczność demontażu zainstalowanej konstrukcji celem przeprowadzenia badań użytych materiałów może wiązać się ze znacznymi kosztami. Zamawiający w oparciu o uzyskane ekspertyzy, Raportu 3/2 wpływ deformacji powstałych w trakcie awarii na elementy zewnętrznego pierścienia dolnego i górnego, Raport 3/4 z oceną możliwości wymiany lin konstrukcji nośnej zadaszania, ekspertyzy ITB zalecającej przeprowadzenie badań wytrzymałościowych w warunkach naprężeń do przenoszenia - odcinków lin wykazujących uszkodzenia, powinien jednoznacznie określić czy istniejącą konstrukcję wykonawca ma zdemontować, celem weryfikacji przydatności użytych materiałów do dalszego zastosowania. Powinien też wyznaczyć zakres badań tych materiałów i przedstawienie przez wykonawcę stosownych dokumentów (atestów, certyfikatów itp.), które uzna za wystarczające potwierdzenie wymaganych dokumentacją właściwości wyrobów i ich oznakowanie, umożliwiające dalsze zastosowanie.

Zlecenie dokonania badań, w szczególności laboratoryjnych, wszystkich elementów dostaw inwestorskich, które rzutują na trwałość budowli, wiązałoby się z koniecznością wstrzymania realizacji robót na niezbędny okres oraz poniesienia przez wykonawcę kosztów z tym związanych.

Niezależnie od tego, że zamówienie w Etapie I dotyczy weryfikacji przydatności posiadanych przez zamawiającego materiałów do ich użycia przy ponownym montażu i podniesieniu konstrukcji zadaszania, to skoro zamawiający uznaje udostępniane wykonawcy materiały za dostawy inwestorskie, winien posiadać dla nich protokoły z prób i badań,

zatwierdzeń materiałowych oraz aprobat, atestów i deklaracji zgodności, które to dokumenty niezbędne są do przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane i przepisami ustawy z dnia 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2011 r. Nr 102, poz. 586 ze zm.).

Załączona opinia ITB potwierdza, że oznaczone odcinki olinowania wymagają napraw lub wymiany, ze względu na uszkodzenia lub korozję, a ich stan od 2011 r. z pewnością uległ dalszemu pogorszeniu. Zalecane natomiast przeprowadzenie badań wytrzymałościowych nie jest możliwe do wykonania bez demontażu konstrukcji, czego zamawiający ma zapewne świadomość i może żądać takich badań poprzez zastrzeżoną na swoją rzecz akceptację przedstawionego planu badań już na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający utrzymywał, że pozostawia wykonawcy swobodę oceny i wybór metod badawczych, gdyż głównie interesuje go udzielenie przez wykonawcę gwarancji na wyznaczony czas na wykonane roboty, jednakże pozostawił sobie na etap po wyborze oferty wszelkie kompetencje, co do akceptacji zakresu badań, przyjętych metod i weryfikacji przedstawionych przez wykonawcę wyników.

Kwestionowane postanowienia SIWZ naruszyły art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, powodując dodatkowe, trudne do określenia na etapie składania ofert koszty oraz przedłużenie czasu związane z wykonaniem dokumentacji i zaakceptowaniem dokumentacji oraz zakresem koniecznych badań i napraw. Opis musi się bowiem odnosić do przedmiotu zamówienia, zatem nie do budowy od podstaw, ale do robót, które zostały rozpoczęte, gdzie oprócz zasadniczego zestawu dokumentów dokumentacji projektowej, wymagane są inne dokumenty przejęcia inwestycji w toku, czy też odnoszące się do dostaw inwestorskich, podlegających tak gruntownej weryfikacji.

Załącznik nr 4 do SIWZ zawiera niejednoznaczny, niewyczerpujący i warunkowy opis przedmiotu zamówienia na Etap I. Przemawiało to dodatkowo za koniecznością unieważnienia postępowania.

Zarzut nr 3

Mostostal zarzucał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślił zakresu obowiązku oznakowania lin i pozostawił to swobodnemu uznaniu wykonawcy.

W pkt 2.3 Załącznika nr 4 do SIWZ zamawiający wskazał bowiem, że na podstawie oceny stanu faktycznego istniejącej na budowie konstrukcji, pierwotnej dokumentacji

projektowej oraz zmodyfikowanej dokumentacji projektowej wykonawca winien ocenić, czy istniejące oznakowanie lin pozostanie bez zmian, czy też liny wymagają ponownego oznakowania. Jeśli konieczne będzie ponowne oznakowanie lin, to wykonane zostanie ono w ramach oferty na koszt wykonawcy.

Z powyższego odwołujący wnioskował, że wykonawcy mają swobodę w podjęciu decyzji, co do konieczności oznakowania lin, co powoduje identyczne skutki, jakie zostały wskazane w uzasadnieniu zarzutu nr 2 tj. zamawiający otrzyma nieporównywalne oferty, gdyż niektórzy wykonawcy – dążąc do obniżenia ceny – uznają, że nie będzie potrzeby ponownego oznakowania. Nadto, ryzyko podjęcia decyzji przerzucono na wykonawców, którzy mogą stwierdzić, że nie są oni w stanie stanowczo ustalić na etapie sporządzenia oferty, czy ponowne oznakowanie będzie konieczne, w związku z czym – unikając ryzyka niedoszacowania oferty – zdecydują zaniechać udziału w przetargu. Tego typu wymóg narusza więc zarówno art. 29 ust. 1 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. Z art. 29 ust. 2 Pzp.

Żądanie. Odwołujący wnosił, by KIO nakazała zamawiającemu zmianę treść Załącznika nr 4 do SIWZ (a w konsekwencji - do zasadniczej treści SIWZ i wzoru umowy), poprzez wprowadzenie obowiązku ponownego oznakowania wszystkich lin. Tylko bowiem w takim przypadku każdy wykonawca będzie musiał wliczyć koszty tego oznakowania do oferty. Tak więc, oferty będą porównywalne i uczciwa konkurencja będzie zachowana.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający stwierdził, iż precyzyjnie określił, które liny muszą być konieczne oznakowane (załącznik nr 4 do SIWZ oraz projekt budowlany i wykonawczy). Jest oczywiste, że należy uwzględnić znakowanie dwóch dodatkowych lin, które zostaną zamontowane w pierścieniu rozciągającym oraz tych, które należy ponownie wykonać zgodnie z przedmiarem załączonym do SIWZ.

Ponadto w SIWZ w punkcie III. 1.2 ppkt.3 zapisano: „W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę w trakcie wykonywanych podczas Etapu I badań braku możliwości ponownego zamontowania, któregośkolwiek z badanych elementów konstrukcji zadaszona koszt zakupu nowych i utylizacji starych nie nadających się do montażu elementów pokrywa Zamawiający z wyjątkiem lin i elementów wskazanych w przedmiarze załączonym do SIWZ”. W kosztach zakupu nowej liny należy oczywiście uwzględnić jej znakowanie.

W pkt 2.3 załącznika nr 4 oraz w opisie technicznym zarówno do Projektu Budowlanego jak i Wykonawczego zmodyfikowanej konstrukcji zadaszona (załącznik nr 3 do SIWZ) w rozdziale B) Opis techniczny zmodyfikowanej konstrukcji zadaszona -założenia projektowe zapisano, że istniejące sześć lin pierścienia rozciągającego, które są już na budowie należy ponownie oznakować.

Według wstępnej oceny zamawiającego, wynikającej z przeprowadzonych konsultacji z projektantem, zamontowane już liny radialne, które nie muszą zostać wymienione, nie wymagają ponownego znakowania. Ostateczna decyzja w tej sprawie musi jednak zostać podjęta przez wykonawcę (zgodnie z poziomem swojego doświadczeniem wiedzy technicznej oraz przeprowadzonej w terenie wizji), który zobowiązany jest do udzielenia zamawiającemu minimum 60 miesięcznej gwarancji jakości oraz rękojmi na wszystkie badane elementy i wykonane przez siebie usługi oraz roboty budowlane i montażowe.

Stanowisko Izby:

Izba uznała zarzut za zasadny. Załącznik nr 4 do SIWZ wymaga, aby wykonawca na podstawie oceny stanu faktycznego istniejącej na budowie konstrukcji, pierwotnej dokumentacji projektowej oraz zmodyfikowanej dokumentacji projektowej ocenił, czy istniejące oznakowanie lin pozostanie bez zmian, czy też liny wymagają ponownego oznakowania. Jeśli konieczne będzie ponowne oznakowanie lin to wykonane ono zostanie w ramach oferty na koszt wykonawcy. Zgodnie z wymogami zmodyfikowanego projektu wszystkie liny pierścienia rozciąganego, które zostaną powtórnie wykorzystane muszą być ponownie oznakowane, jak też liny nowe.

Sporne oznakowanie dotyczy lin radialnych. Opis pozostaje warunkowy, gdyż zamawiający uznawał, że o ile liny radialne pozostaną zamontowane, to nie będzie wymagał ich ponownego oznakowania - miejsca umocowania wieszaków lin nośnych z napinającymi. Jeżeli wykonawca zdemontuje liny, wówczas musi je oznakować pod nowy montaż.

Z zaleceń ekspertyzy Politechniki Gdańskiej z listopada 2013 r. wynika, że:

- wieszaki zaprojektowano jako otwarte liny spiralne o średnicy 25 mm i wytrzymałości charakterystycznej na rozerwanie $f_{uk} = 1670 \text{ N/mm}^2$.
- dla lin nośnych, napinających i pierścieniowych zastosowano całkowicie zamknięte liny spiralne z drutów pokrytych warstwą galwaniczną o wytrzymałości charakterystycznej na rozerwanie $f_{uk} = 1570 \text{ N/mm}^2$.
- zaprojektowano nowe łączniki kabli radialnych i obwodowych w pierścieniu rozciągany w wersji spawanej blachownicowej (mniej podatnych na wady wykonania), zaprojektowano wzmocnienia uszu kabli nośnych 130 mm na górnym pierścieniu ściskany.
- zalecono atestację weryfikującą jakość istniejących lin nośnych w celu ich ponownego wykorzystania na elementy zadaszenia.

Ze względu na prototypowy charakter łączników (krokodyli),- stąd trudną do realizacji weryfikację doświadczalną prototypów oraz zmęczenie niskocyklowe stali, z której zostaną

one wykonane – zalecono podniesienie klasy wykonania tych elementów z EXC3 do EXC4 według obostrzonych procedur wykonawczych dla nowych łączników PN-EN 1090-2.

- zalecono opracowanie procedury badawczej (laboratoryjnej) potwierdzającej założenia teoretyczne przyjęte w projekcie, z objęciem następujących zagadnień:
- nośność typowego połączenia części stalowej i stalowej;
- badania efektów tarcia liny obwodowej o zacisk w połączeniu.

Raport 3/2 podaje wpływ deformacji powstałych w trakcie awarii na elementy zewnętrznego pierścienia dolnego i górnego.

Ze względów bezpieczeństwa konstrukcji, zamawiający powinien podporządkować się wyżej wymienionym zaleceniom i wyznaczyć wykonawcom, którzy będą się ubiegali o zamówienie – konieczny i jednoznaczny zakres oznakowania zastosowanych lin, gwarantującego poprawność montażu łączonych elementów układu zadaszenia, stosownie do wymagań zmodyfikowanej dokumentacji. W ocenie Izby, ekspertyza ITB potwierdza, że wskutek niekontrolowanego przemieszczenia się lin w trakcie awarii, mogło dojść do ich deformacji rzutujących na przesunięcia pierwotnie oznaczonych punktów montażu.

Kwestionowany wymóg narusza więc zarówno art. 29 ust. 1 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp. Przemawiało to dodatkowo za koniecznością unieważnienia postępowania.

Zarzut nr 4

Mostostal zarzucał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślając zakresu robót dotyczących badania łączników (wieszaków) lin radialnych i pozostawienie tego swobodnemu uznaniu wykonawcy.

W pkt 2.4 Załącznika nr 4 do SIWZ zamawiający wskazał, że na podstawie dokonanego przeglądu wykonawca podejmie decyzję, czy wymagane jest badanie łączników (wieszaków) lin radialnych. W ten sposób zamawiający po raz kolejny przerzucił na wykonawcę ryzyko związane z nieodpowiednią kalkulacją oferty, narażając się na otrzymanie nieporównywalnych (co do zakresu przedmiotowego robót) ofert i naruszając uczciwą konkurencję.

Żądanie. Wobec tego odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia do treści Załącznika nr 4 do SIWZ (a w konsekwencji - do zasadniczej treści SIWZ i wzoru umowy) obowiązku przeprowadzenia badań łączników (wieszaków) lin radialnych. Tylko bowiem w takim przypadku, każdy z wykonawców będzie musiał ten element zamówienia

wycenić (uwzględnić jego koszt w ofercie), w związku z czym zamawiający będzie mógł dokonać wyboru spośród porównywalnych przedmiotowo ofert. Nadto, tylko w ten sposób może zostać usunięte ryzyko niedoszacowania ofert, którego istnienie prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji.

Stanowisko zamawiającego:

W wyniku prowadzonego postępowania przetargowego wykonawca zobowiązany jest do wykonania m.in. kompleksowego montażu konstrukcji zadania Stadionu Śląskiego oraz zgodnie z punktem III.2.9. SIWZ, udzielenia zamawiającemu minimum 60 miesięcznej gwarancji jakości oraz rękojmi na wszystkie badane elementy i wykonane przez siebie usługi oraz roboty budowlane i montażowe, a także minimum 180 miesięcznej gwarancji jakości na zabezpieczenie antykorozyjne całej konstrukcji linowej licząc od daty odbioru końcowego „bez zastrzeżeń” całego przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem doświadczonego, kompetentnego wykonawcy jest takie dobranie koniecznych metod badawczych, aby przedstawione powyżej warunki zostały spełnione. Według wstępnej oceny zamawiającego, wynikającej z przeprowadzonych konsultacji z projektantem oraz badań przeprowadzonych przez Główny Instytut Górnictwa w Katowicach w roku 2011, zamontowane już łączniki (wieszaki) nie wymagają wymiany. Ostateczna decyzja w tej sprawie musi jednak zostać podjęta przez wykonawcę, który zobowiązany jest do udzielenia zamawiającemu stosownej gwarancji.

W świetle zapisów SIWZ jest natomiast oczywiste, że wieszaki, tak jak i pozostałe elementy systemu linowego dachu muszą zostać zbadane pod kątem ich dalszej przydatności. Jedynie wybór metody badawczej pozostaje w gestii wykonawcy.

Stanowisko Izby:

Izba uznała zarzut za zasadny. Po raz kolejny zamawiający złamał nakaz jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, przerzucając na wykonawcę decyzję, czy wymagane jest badanie łączników (wieszaków) lin radialnych. Opis przedmiotu zamówienia powinien wyznaczać w sposób stanowczy zakres prac do wykonania, a nie pozostawiać to uznaniu wykonawcy, szczególnie takiej inwestycji, gdzie z uwagi na prototypowy charakter rozwiązania technicznego niektórych elementów konstrukcji zadania rozsuwanego, każdy z użytych elementów wpływających na stabilność tej konstrukcji, powinien być przebadany - dla zapewnienia bezawaryjnego działania i możliwości udzielenia wymaganej gwarancji jakości.

Kwestionowany wymóg narusza więc zarówno art. 29 ust. 1 Pzp, jak i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp. Przemawiało to dodatkowo za koniecznością unieważnienia postępowania z przyczyn podanych w odniesieniu do zarzutu nr 1 i 2.

Zarzut nr 5

Mostostal zarzucił, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślając zakresu obowiązków wykonawcy odnośnie wykonania dokumentacji z badań przeprowadzonych w Etapie I.

W pkt III. 1.2 SIWZ zamawiający wskazał m.in., że wykonawca zobowiązuje się do opracowania i dostarczenia pełnej dokumentacji, która m. in. powinna składać się z:

- a) świadectwa/certyfikatu lub innego równoważnego dokumentu dopuszczającego badany element do ponownego zastosowania w zaprojektowanej zmodyfikowanej dokumentacji konstrukcji zadania widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie - dla każdego elementu oddzielnie;
- b) pisemnej gwarancji określającej wykonanie zabezpieczenia poszczególnych elementów oraz serwisem gwarancyjnym w tym zakresie wliczonym w cenę usługi w okresie obowiązywania ogólnej gwarancji na przedmiot zamówienia;
- c) opisu badanego elementu wraz z określeniem jego stanu technicznego oraz wykazem ewentualnych wad/usterek, a także sposobem ich usunięcia.

Nadto, w pkt III. 1.4 SIWZ wskazano, że dostarczona dokumentacja winna zawierać wymagane przepisami niezbędne opracowania. W przypadku wykonania dodatkowych opracowań niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, czynności związane z ich wykonaniem należą do wykonawcy w ramach niniejszego zamówienia, a koszty z nim związane powinny być ujęte w cenie ofertowej.

Odnośnie postanowienia przewidziano w §1 pkt 8 projektu umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ), w którym wskazano, że w przypadku konieczności wykonania dodatkowych opracowań, niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, czynności związane z ich wykonaniem należą do wykonawcy w ramach wynagrodzenia umownego.

Mając na względzie wyznaczone reguły, odwołujący podnosił, że zamawiający nie doprecyzował w sposób dostateczny zakresu obowiązków wykonawcy odnośnie dokumentacji, która ma być wykonana po badaniach przeprowadzonych w Etapie I.

Zamawiający - poprzez wykorzystanie sformułowania „m. in.” nie zamknął katalogu dokumentów, których może wymagać od wykonawcy, pozostawiając zobowiązanie wykonawcy nieprecyzyjnym. Nadto, zamawiający nie doprecyzował, o jakie dodatkowe opracowania chodzi w pkt III. 1.4 SIWZ.

Odwołujący podnosił, iż zakres świadczenia wykonawcy powinien być precyzyjnie określony, tak by wykonawca mógł w należyty sposób skalkulować cenę, która będzie

wskazana w ofercie. W przeciwnym przypadku bowiem, nie jest on w stanie uwzględnić w cenie kosztów wykonania nieokreślonych opracowań, gdyż nie wiedząc, o jakie opracowania chodzi, nie jest w stanie stwierdzić, czy powstanie konieczność ich wykonania.

Tak więc, według odwołującego - zamawiający po raz kolejny - poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia naraża się na otrzymanie nieporównywalnych ofert, a także narusza uczciwą konkurencję, gdyż niektórzy z potencjalnych wykonawców mogą uznać, że - w związku z niedookreśleniem przedmiotu świadczenia wykonawcy - istnieje zbyt duże ryzyko związane z realizacją inwestycji, w związku z czym krąg potencjalnych wykonawców może ulec ograniczeniu.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany pkt III. 1.2 SIWZ, poprzez wykreślenie z tego postanowienia słowa „m. in.” oraz wykreślenie pkt III. 1.4 zd. 2 SIWZ, a także wykreślenie §1 pkt 8 projektu umowy (Załącznika nr 2 do SIWZ).

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, zgodnie z treścią SIWZ dał wykonawcom możliwość wyboru metody wykonania badań w Etapie I z jedynym zastrzeżeniem dotyczącym warunku udzielenia gwarancji. Zatem zawarte w treści SIWZ zapisy związane z dodatkowymi opracowaniami dot. badania elementów określonych w Etapie nr I, są powiązane z wybranym przez wykonawcę na etapie składania ofert sposobem realizacji (metodą badań) zamówienia. Wiedzę na temat ilości oraz rodzaju opracowań w zależności od wybranego sposobu realizacji (metody badawczej) posiada wykonawca, a zamawiający zapisami SIWZ jedynie przypomina o konieczności ich wykonania.

Stanowisko Izby:

Zarzut znalazł potwierdzenie. W wyniku prac Etapu I zamawiający oczekuje wykonania wymaganych przepisami niezbędnych opracowań. Zamawiający pozostawił otwarty katalog tych opracowań, co może powodować podstawy do nieograniczonego żądania od wykonawców jeszcze dalszych dokumentów, niż wymienione wprost w SIWZ. Niezależnie od metody badawczej, zamawiający winien określić zakres dokumentów, które uzna za potwierdzające przedstawione wyniki badań. Zamawiający naruszył zatem art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust 1 i ust. 2 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. nie dookreślając zakresu obowiązków wykonawcy odnośnie wykonania dokumentacji z badań przeprowadzonych w Etapie I.

Wobec nakazu unieważnienia czynności zamawiającego w postępowaniu, nakazywanie doprecyzowania obowiązków wykonawcy w tym zakresie byłoby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 6

Mostostal zarzucał naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez takie sformułowanie opisu sposobu obliczenia ceny, który jest niemożliwy do realizacji, gdyż wykonawca nie jest w stanie wiążąco przyporządkować - na etapie szacowania oferty - konkretnych wartości procentowych ceny (10%, 80% i 10%) do poszczególnych etapów zamówienia.

W pkt XII SIWZ wskazano, że cena zamówienia brutto stanowi:

- a) za etap I - 10% ceny brutto;
- b) za etap II - 80% ceny brutto;
- c) za etap III - 10% ceny brutto.

Identyczne postanowienie zawarto w projekcie umowy (por. § 5 pkt 1 projektu umowy, gdzie zamawiający dokonał podziału ceny na poszczególne etapy zamówienia).

W § 9 pkt 3 projektu umowy wskazano natomiast, że płatność za dany etap będzie wynosiła odpowiednio 10%, 80% i 10%, uzależniając ją od procentowego stopnia zaawansowania prac w danym etapie, odnoszonego do tych 10%, 80% i 10%. Według odwołującego, zamawiający pominął jednak, iż wykonawcy nie będą w stanie dokonać takiego podziału swojego wynagrodzenia (na dokładne 10%, 80% i 10%), gdyż nie są w stanie obecnie precyzyjnie przewidzieć zakresu prac koniecznych do wykonania w danym etapie. Jak wyżej wskazano, nie jest np. obecnie wiadomo, w jaki sposób należy dokonać prac w Etapie I, tj. czy wykonawca będzie musiał zdemontować konstrukcję linową i przeprowadzić badania poza terenem budowy, czy można będzie dokonać badań na miejscu (bez demontażu konstrukcji). Tak więc, wykonawca nie jest w stanie przewidzieć kosztów, które poniesie w Etapie I. Zwłaszcza, iż koszt prac, które nie są pewne - waha się w granicach kilku milionów złotych.

W konsekwencji, w trakcie prac może się okazać, że zapłata należna wykonawcy za wykonanie np. 50% badań nie pokrywa wykonawcy faktycznych kosztów, gdyż wykonano więcej prac, niż przewidziano w pierwotnej ofercie. Tak więc, może dojść do sytuacji, w której wykonawca będzie kredytował zamawiającego, gdyż ten nie ma obowiązku płacenia za faktycznie wykonaną ilość prac, lecz za procentowy stopień ich zaawansowania, który jest odnoszony do kwoty stanowiącej np. 10% (Etap I) wynagrodzenia ofertowego. Oznacza to, iż jeśli wykonawca wykona 50% robót, lecz poniesie znacznie większe koszty, niż zakładał na etapie sporządzenia oferty, to nie dostanie za te prace zapłaty, gdyż zamawiający zapłaci mu

tylko 50% z kwoty należnej za Etap I. Tymczasem, może się okazać, że wartość tych 50% robót w Etapie I w całości przekracza kwotę, którą wykonawca zamierzał pierwotnie (nie znając pełnego zakresu prac w Etapie I) ponieść na realizację tej części zamówienia.

Tego typu mechanizm nie może zostać zaakceptowany, gdyż narusza uczciwą konkurencję. Nie wszyscy wykonawcy będą bowiem w stanie ponieść ryzyko związane z brakiem możliwości precyzyjnego oszacowania wartości prac w danym etapie (a więc ryzyka czasowego kredytowania zamawiającego), w związku z czym odstąpią od złożenia oferty.

Żądanie. Odwołujący wnosił, aby KIO nakazała zamawiającego usunięcie kwestionowanych wyżej postanowień z pkt XII SIWZ i z § 5 pkt 1 projektu umowy, a także z § 9 pkt 3 projektu umowy.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający powoływał się na okoliczność, iż cena za realizację zamówienia jest ceną ryczałtową, a postępowanie nie jest postępowaniem udzielanym w częściach. Zamawiający nie przewidział składania ofert częściowych. Wykonawca składa ofertę na realizację całego zamówienia - wszystkie trzy etapy. Zamawiający w żaden sposób nie ingeruje we wzajemne rozliczenia pomiędzy wykonawcą, podwykonawcami, ani dalszymi podwykonawcami.

Podział procentowy wynika z wartości szacunkowej, a z uwagi na to, że postępowanie nie jest udzielane w częściach, taki właśnie sposób jest najprostszym dla zamawiającego zabezpieczeniem przed „przeplaceniem”, szczególnie za Etap I. Swoboda kształtowania ceny na etapie postępowania dawałaby wykonawcom możliwość przerzucenia kosztów na realizację etapu I i mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawca za jego wykonanie otrzymałby nawet 99% swej ceny ofertowej, a realizacją pozostałego zakresu nie byłby zainteresowany. Zamawiający, wprowadzając podział procentowy płatności, chciał zapobiec tego typu praktykom.

Zamawiający dodatkowo żądał, aby wykonawca, którego oferta zostanie wybrana za najkorzystniejszą w postępowaniu posiadał zdolność kredytową lub środki w wysokości 30 mln zł, co stanowi ok 78% wartości szacunkowej zamówienia, dlatego rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy, a wartością, jaką zamawiający w trakcie realizacji zamówienia zamierza zapłacić za ukończenie Etapu I na poziomie maksymalnie kilku procent, jest nieporównywalnie mniejsza od środków, którymi musi dysponować wykonawca. Dodatkowo zamawiający określił, że dalsze płatności za pozostałe etapy będą realizowane sukcesywnie w miesięcznych okresach rozliczeniowych wg stopnia zaawansowania prac. Zamawiający podając w treści SIWZ oprócz określenia % przyporządkowania cen za poszczególne etapy

realizacji w żaden sposób nie ograniczył uczciwej konkurencji a także równowagi kontraktowej. Ponadto w uzasadnieniu zarzutu odwołujący nie uzasadnił ograniczenia uczciwej konkurencji jako fundamentalnej zasady obowiązującej w zamówieniach publicznych. Odwołujący skupił się jedynie na tym, że jego ceny cząstkowe nie odpowiadają procentowym podziałom zastosowanym przez zamawiającego na podstawie określonej w postępowaniu wartości szacunkowej, co w żaden sposób w świetle przedstawionych wyjaśnień nie odnosi się do zasady uczciwej konkurencji. Potwierdzeniem zasadnego działania zamawiającego jest utrwalona linia orzecznictwa KIO w zakresie cen cząstkowych, gdzie wykonawcy w kosztorysach ofertowych niejednokrotnie zaniżają poszczególne pozycje celem obniżenia końcowej ceny ofertowej, szczególnie tam gdzie ich koszty rzeczywiste są niższe niż wynika to z katalogów nakładów norm rzeczowych, co nie powoduje w konsekwencji pomniejszenia zysku końcowego. Opis przedmiotu zamówienia Etapu nr I według zamawiającego stworzony został w sposób dający wykonawcom swobodę jego realizacji oraz możliwość przeprowadzenia badań na kilka sposobów, które pozwolą wykonawcy osiągnąć pożądany dla niego wynik na podstawie, którego będzie mógł udzielić zamawiającemu gwarancji na całość konstrukcji zadaszania widowni. Z uwagi na to, że na dzień dzisiejszy na obecnym poziomie wiedzy technicznej znanych jest kilka sposobów realizacji (metod badań) przedmiotu zamówienia w zakresie Etapu I, zamawiający mając tego pełną świadomość umożliwił wykonawcom sporządzenie swych ofert właśnie w ten sposób. Dodatkowo zamawiający w pkt VII.8. SIWZ zaproponował wykonawcom udostępnienie placu budowy dla przeprowadzenia wizji w terenie, na podstawie której łatwiej będzie dokonać ocenę sytuacji i złożyć ofertę w odpowiednim, wybranym przez wykonawcę sposobem realizacji, a tym samym zaoferowania korzystnej w postępowaniu ceny. Budowa tymczasowych stanowisk pomiarowych na placu budowy, czy transport badanych elementów do miejsca, w którym będą badane, a na terenie Śląska jest ich kilka, jest w tym momencie zależna całkowicie od wykonawcy. Zamawiający uważa jedynie, że elementy pierścienia rozciąganego z uwagi na swój gabaryt (L=400m) powinny być zwinięte, badane oraz oznakowane poza terenem placu budowy. Ostateczna decyzja w tej sprawie musi jednak zostać podjęta przez wykonawcę.

Stanowisko Izby:

Co do zasady Izba nie kwestionuje uprawnień zamawiającego do ustalania parytetu wartościowego poszczególnych etapów realizacji zamówienia w cenie całkowitej oferty. Głównym elementem tego zamówienia jest wykonanie konstrukcji zadaszania. Jak podnosił sam odwołujący prace Etapu I mają charakter pomocniczy, służący do prawidłowego ustalenia zakresu wykonania robót budowlanych. Wyznaczenie parytetu może zabezpieczać

zamawiającego przed określonymi roszczeniami wykonawcy np. w przypadku odstąpienia od umowy po wykonaniu Etapu I.

Uzasadnienie dla przedstawionego zarzutu w istocie odnosi się do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Etapu I i II i przerzucaniu na wykonawcę decyzji co do zakresu oraz sposobu badania materiałów oraz możliwości ich użycia do realizacji konstrukcji systemu linowego zadaszenia widowni, przy pozostawieniu w kompetencji zamawiającego, zarówno akceptacji obranej przez wykonawcę metody badawczej, jak i ostatecznej decyzji co do możliwości zakupu nowych odcinków lin, poza tymi, które wprost zostały podane w przedmiarze robót dla Etapu II. W ślad za wyznaczeniem obowiązków wykonawcy, idą związane w tym koszty, konieczne do poniesienia przy realizacji prac.

Wobec nakazanej czynności unieważnienia postępowania ze względu na podstawy do rozdzielenia prac Etapu I i Etapu II, i rażące nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, co do jego niedostatecznego sprecyzowania, niepozwalającego na złożenie porównywalnych przedmiotowo ofert, stanowisko powyższe nie ma znaczenia praktycznego.

Zarzut nr 7

Mostostal zarzucał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie wymagania, by wykonawca udzielił gwarancji również za elementy konstrukcji dachu, które zostały dostarczone w ramach odrębnego zamówienia, są elementami „używanymi” (na które gwarancja producenta już prawdopodobnie wygasła) i są już częściowo zamontowane lub zgromadzone na placu budowy.

W pkt III.2.9 SIWZ przyjęto, że wykonawca udzieli zamawiającemu minimum 60 miesięcznej gwarancji jakości oraz rękojmi na wszystkie badane elementy i wykonane przez siebie usługi oraz roboty budowlane i montażowe, a także minimum 180 miesięcznej gwarancji jakości na zabezpieczenie antykorozyjne całej konstrukcji linowej licząc od daty odbioru końcowego „bez zastrzeżeń” całego przedmiotu zamówienia.

Nadto, w §13 projektu umowy przyjęto, że wykonawca udziela zamawiającemu gwarancji że przedmiot umowy został wykonany bez wad i usterek.

Odwołujący podnosił, iż wymóg, by wykonawca objął gwarancją nawet te elementy konstrukcji, których zostały dostarczone w ramach odrębnego zamówienia jest zbyt rygorystyczny, gdyż żaden z wykonawców nie będzie w stanie zagwarantować (przez okres 5 lat), że elementy „używane” pozostaną bezawaryjne przez taki sam okres jak elementy nowe (zwłaszcza, iż gwarancja producenta na te elementy dawno już wygasła). Zamawiający

- wymagając udzielenia takiej samej gwarancji na elementy „używane”, jak na elementy nowe (i to aż 5 letniej) - wywołuje ryzyko ograniczenia konkurencji w przetargu, gdyż warunek udzielenia gwarancji na elementy używane może zniechęcać wykonawców do wzięcia udziału w przetargu, ograniczając automatycznie krąg potencjalnych wykonawców i narażając zamawiającego na wybór znacznie droższej oferty.

Żądanie. Odwołujący wnosił, aby KIO nakazała zamawiającemu, by ten przewidział w pkt III.2.9 SIWZ i w §11 projektu umowy obowiązek udzielenia gwarancji i rękami wyłącznie na elementy nowe, które będą dostarczone przez wykonawcę oraz na usługi wykonane przez wykonawcę.

Stanowisko zamawiającego:

Na wstępie zamawiający przypomniał, że elementy, które miałyby być objęte gwarancją podlegają również badaniom przez wykonawcę na etapie realizacji. Dodatkowo ma być wykonane na nich nowe zabezpieczenie antykorozyjne, czy też wykonanie nowych powłok malarskich. Odwołujący określa elementy dotychczasowo zgromadzone przez zamawiającego jako „używane”, jak gdyby przedmiotem zamówienia była naprawa starego samochodu a nie stalowe elementy konstrukcji cięgnowo linowej zadaszenia widowni Stadionu Śląskiego w Chorzowie. „Używane” nie oznacza zużyte. Zdaniem zamawiającego określenie którym posługuje się odwołujący jest niewłaściwe, elementy są jedynie częściowo zmontowane.

Zamawiający nadmienił, że przedmiotem zamówienia jest również naprawa elementów, a twierdzenie odwołującego, że nie możliwym będzie udzielenie pięcioletniej gwarancji na konstrukcję stalową, wywołało zdziwienie zamawiającego. Oznaczałoby to, że chociażby wszystkie wybudowane w Polsce supermarkety, czy hale przemysłowe po tak krótkim okresie dla bezpieczeństwa przebywających tam ludzi powinny mieć wykonany remont główny, tzn. wymiana części lub całości konstrukcji. Konstrukcje cięgnowo-linowe takie jak ta, która została zaprojektowana na zadaszeniu widowni Stadionu Śląskiego projektowane są na okres eksploatacji co najmniej 50 lat. Idąc tokiem rozumowania odwołującego setki tysięcy organizowanych w Polsce i na świecie postępowań na remonty dachów o konstrukcji drewnianej z częściową wymianą konstrukcji i wymianą pokrycia dachowego ograniczają uczciwą konkurencję i nigdy nie kończą się udzieleniem zamawiającemu gwarancji? Ponadto w punkcie III. 1.2 ppkt. 2 zapisano: „W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę i zatwierdzeniu przez Zamawiającego w trakcie realizacji dostaw inwestorskich ewidentnych braków lub uszkodzeń w elementach konstrukcyjnych i materiałach Zamawiający zleci Wykonawcy zakup nowych elementów konstrukcyjnych lub materiałów odrębnym zamówieniem ”.

Stanowisko Izby:

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy udzielenia gwarancji na obiekt budowlany na oznaczony w SIWZ czas. W wyniku badania elementów układu linowego, zastosowane mogą być jedynie materiały o właściwej jakości w oparciu o przeprowadzoną atestację i certyfikację weryfikującą jakość istniejących lin i innych elementów tego układu ciągnowo-linowego, w celu ich ponownego wykorzystania na elementy zadania.

W tym celu wykonawca Etapu I, (nawet gdy będzie to odrębne zamówienie) musi przedłożyć zamawiającemu raporty z przeprowadzonych badań, świadectwo (certyfikat) potwierdzające możliwość ponownego zastosowania wskazanych elementów zgodnie ze zmodyfikowanym projektem konstrukcji zadania widowni. Dokumenty te będą stanowiły podstawę do wydania przez wykonawcę zamówienia na realizację robót budowlanych, gwarancji dla całej konstrukcji dachowej. Gwarancja zgodnie z terminem wyznaczonym w SIWZ powinna obowiązywać przez okres 5 (pięciu) lat w zakresie nośności konstrukcji linowej dachu i 15 (piętnastu) lat w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego.

W ocenie Izby, bez znaczenia pozostaje, że wygasła gwarancja producenta materiałów budowlanych. Najważniejsze jest, że zastosowane zostaną materiały nadające się do użytku, zweryfikowane, naprawione lub częściowo nowe, posiadające stosowne dokumenty dopuszczające do zabudowania. Wykonawca zadania winien uwzględnić kalkulując cenę, fakt że w odniesieniu do niektórych używanych materiałów nie będą służyły uprawnienia gwarancyjne wobec producenta. Materiały używane mogą nie zapewniać takiej samej trwałości w czasie jak nowe. Jednak można objąć badaniami czas ich niezawodności i dopuścić do zastosowania takie, które pozwalają na udzielenie 5 letniej gwarancji w zakresie nośności konstrukcji linowej dachu.

Zarzut nr 8

Mostostal zarzucił, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, gdyż przewidział dla siebie niczym nieograniczone prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, łącząc je z prawem do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości kontraktu.

W pkt III. 1.3 zd. 3 SIWZ zamawiający wskazał, że zastrzega sobie prawo do weryfikacji zasadności zakupu nowych elementów przez projektanta i inną niezależną jednostką badawczą. Brak porozumienia pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w tym zakresie stanowić może podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy z winy wykonawcy.

Nadto, w §1 pkt 6 projektu umowy wskazano, że zamawiający w przypadku negatywnego zweryfikowania dostarczonej dokumentacji, co do zasadności dostawy nowych elementów zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy z wszelkimi konsekwencjami.

W §13 pkt 2 e) projektu umowy przyjęto natomiast, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego.

W ten sposób zamawiający przyznał sobie - zdaniem Mostostalu - niczym nieograniczone (tj. zależne wyłącznie od woli zamawiającego) prawo do odstąpienia od umowy i „naliczenia” kary umownej, gdyż z ww. postanowień wynika, że już brak porozumienia zamawiającego z wykonawcą w zakresie zasadności zakupu nowych elementów powoduje powstanie po stronie zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej. Ten „brak porozumienia” nie musi być natomiast niczym uzasadniony. Kwestionowane postanowienia dają podstawę do przyjęcia, że zamawiający może z dowolnej przyczyny stwierdzić, że nie zgadza się z poglądem wykonawcy, co do zasadności zakupu danego elementu i sam ten fakt daje zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy.

Mostostal podnosił, iż tego typu mechanizm jest niedopuszczalny, gdyż narusza uczciwą konkurencję. W sytuacji bowiem, kiedy zamawiający może w każdym czasie odstąpić od umowy (bez podania przyczyn) i obciążyć wykonawcę karą umowną w wysokości 10% wartości kontraktu wzmacnia w sposób istotny ryzyko kontraktowe, zniechęcając potencjalnych wykonawców do wzięcia udziału w przetargu. W rezultacie krąg potencjalnych wykonawców może zostać ograniczony, co przeczy zasadzie uczciwej konkurencji.

Nadto, ww. postanowienia są - w ocenie Mostostalu - obarczone sankcją bezwzględnej nieważności, gdyż przeczą naturze (właściwości) zobowiązania, a zgodnie z art. 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Skutkiem ww. niezgodności jest natomiast nieważność czynności prawnej, jak stanowi art. 58 K.c.

W przekonaniu odwołującego ww. ustalone w SIWZ reguły przeczą naturze zobowiązania, gdyż dają zamawiającemu niczym nieograniczone prawo do jednostronnego kształtowania treści wzajemnych zobowiązań stron, prowadząc do podważenia istoty zobowiązania, która polega na tym, że wierzyciel może domagać się od dłużnika spełnienia świadczenia, a dłużnik powinien to świadczenie spełnić (por. art. 353 K.c.). Oznacza to

bowiem, że strony muszą ukształtować relację obligacyjną w taki sposób, by móc od siebie wymagać spełnienia wzajemnych świadczeń. Kwestionowane postanowienia nie dają natomiast wykonawcy gwarancji tego, że będzie on mógł wykonać pełen zakres zamówienia i - w związku z tym:

- domagać się pełnego wynagrodzenia, gdyż zamawiający może - bez uzasadnionej przyczyny - negatywnie zweryfikować zasadność zakupu poszczególnych elementów i odstąpić od umowy.

Odwołujący zaznaczał, że nie ma natomiast w orzecznictwie wątpliwości, że sprzeczne z istotą zobowiązania jest danie jednej ze stron umowy prawa dowolnego kształtowania sytuacji prawnej swojej i jego kontrahenta. W uchwale z dnia 22 maja 1991 roku Sąd Najwyższy wskazał (w składzie 7 sędziów), że za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany, w dowolnym czasie, takich warunków narusza zasady słuszności kontraktowej. Pogląd ten znajduje również odzwierciedlenie w literaturze. P. M..... wskazuje bowiem, że cechy stosunku zobowiązaniowego, składające się na jego naturę to: nie może on unicestwiać, ani nadmiernie ograniczać wolności strony, powinien dać stronom pewność, co do przysługujących im praw i ciężących na nich obowiązków (nie stwarzać sytuacji, w której jeden podmiot jest uzależniony od innego), musi cechować go minimum racjonalności i użyteczności oraz musi on mieć względny charakter. Tak więc, z powyższych przyczyn, ww. postanowienia odwołujący kwalifikował, jako nieważne.

Żądanie: Odwołujący wnosił, aby KIO nakazała zamawiającemu wykreślenie pkt III. 1.2,3 zd. 3 i zd. 4 SIWZ oraz §1 pkt 6 projektu umowy.

Jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby KIO uznała, że brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 353¹ K.c. w powyższym kształcie (czemu odwołujący, co do zasady przeczył) Mostostal zarzucał, że postanowienia wskazane w pkt III. 1.2.3 zd. 3 i zd. 4 SIWZ oraz §1 pkt 6 projektu umowy są na tyle niejednoznaczne, iż ograniczają uczciwą konkurencję. Tak więc, zamawiający - poprzez wprowadzenie do SIWZ i projektu umowy - niejednoznacznych postanowień uniemożliwia potencjalnym wykonawcom rzetelną ocenę ryzyk związanych z realizacją inwestycji, czym zniechęca ich do udziału w przetargu tj. ogranicza w ten sposób uczciwą konkurencję.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający podał, że w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści umowy wprowadzając limit kar umownych na poziomie nie wyższym niż 20%.

Ponadto zamawiający zaznaczył, że w treści SIWZ opisał całą procedurę postępowania krok po kroku, w jakim przypadku odstąpi od realizacji umowy z wybranym wykonawcą. W pierwszej kolejności zamawiający dokona weryfikacji za pośrednictwem projektanta, a w przypadku wątpliwości co do typowania przez wykonawcę elementów do wymiany i zakupu nowych zleci weryfikację niezależnej jednostce badawczej. W przypadku dalszego braku porozumienia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą celem uniknięcia niewłaściwego i nieracjonalnego niczym nie uzasadnionego wydatkowania środków publicznych zamawiający będzie niejako zmuszony w ostateczności do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Celem nadrzędnym zamawiającego jest dokończenie budowy, a nie utrudnianie działania kolejnych wykonawców. Zastrzeżenie o odstąpieniu w tym przypadku przez zamawiającego ma tylko i wyłącznie stanowić zabezpieczenie przed nieuczciwym wykonawcą, który próbowałby bezpodstawnie wyłudzić niczym nie uzasadnioną wymianę stuprocentowo sprawnych i nadających się do ponownego montażu elementów. Ponadto „może nie oznacza musi.”

Drugim, jednakowo ważnym czynnikiem, którym zamawiający kierował się przy formułowaniu zapisów o odstąpieniu w omawianym przypadku jest fakt, że poddana zarówno przez zamawiającego, projektanta a także niezależną jednostkę badawczą rzetelność wykonanych przez wykonawcę badań sprowadza się do tego, że nie będą one mogły służyć jako podstawa do ewentualnego przeprowadzenia przez zamawiającego kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przypadku odrębnie na samo podniesienie konstrukcji zadaszenia, co wielokrotnie odwołujący podnosił jako jedyne rozwiązanie w przedmiotowym postępowaniu.

Pkt III ppkt 1.1.2.3 SIWZ: „W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę w trakcie wykonywanych podczas Etapu I badań braku możliwości ponownego zamontowania któregośkolwiek z badanych elementów konstrukcji zadaszenia koszt zakupu nowych i utylizacji starych nie nadających się do montażu elementów pokrywa Zamawiający z wyjątkiem lin i elementów wskazanych w przedmiarze załączonym do SIWZ. Termin realizacji zakupu nowych elementów konstrukcji nie może powodować przekroczenia terminu określonego w pkt IV SIWZ dla etapu II. Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji zasadności zakupu nowych elementów przez projektanta i inną, niezależną jednostkę badawczą. Brak porozumienia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w tym zakresie stanowić może podstawę do odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji umowy z winy Wykonawcy.”

Stanowisko Izby:

Przedmiotem zarzutu odwołujący uczynił zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy według pkt III. 1.3 zd. 3 SIWZ, gdzie zamawiający wskazał, że zastrzega sobie prawo do weryfikacji zasadności zakupu nowych elementów przez projektanta i inną niezależną jednostką badawczą. Brak porozumienia pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w tym zakresie stanowić może podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy z winy wykonawcy.

Nadto, w §1 pkt 6 projektu umowy wskazano, że zamawiający w przypadku negatywnego zweryfikowania dostarczonej dokumentacji, co do zasadności dostawy nowych elementów zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy z wszelkimi konsekwencjami.

Zdaniem Izby, wykonawca ponosi odpowiedzialność za zastosowane materiały ich trwałość i bezpieczeństwo konstrukcji. Zamawiający nie miałby prawa narzucić wykonawcy zastosowania materiałów używanych, które np. mogłyby być dotknięte nienaprawialnymi wadami na skutek deformacji po zaistniałej na tej budowie awarii. Zgodnie z art. 634 K.c., jeżeli materiał dostarczony przez zamawiającego nie nadaje się do prawidłowego wykonania dzieła przyjmujący zamówienie powinien niezwłocznie zawiadomić o tym zamawiającego.

Stawiany zarzut Izba uznała za zasadny, a nadto za istotny argument przemawiający za unieważnieniem postępowania i rozdzielenia do odrębnych postępowań prac Etapu I i prac Etapu II oraz III.

Zamawiający mimo, że teoretycznie pozostawił wykonawcom możliwość wyboru metody badania systemu linowego, to zastrzegł do swojej kompetencji zatwierdzenie przedstawionej mu w tym zakresie przez wykonawcę dokumentacji. Zastrzegł sobie prawo kwestionowania wyników zleconych przez wykonawcę badań elementów systemu olinowania konstrukcji zadaszania, wykonanych przez uprawnioną jednostkę. Podstawą zakwestionowania wyników, co do niemożliwości ponownego zastosowania oznaczonych materiałów miałyby być ocena projektanta oraz obranej przez zamawiającego innej jednostki certyfikującej wyroby budowlane.

Izba nie widzi podstaw, do kwestionowania wyników badań przedstawionych przez wykonawcę, przeprowadzonych na zgodność materiału z odnośnymi normami według metodologii zaakceptowanej przez zamawiającego i odpowiedniej do takich badań. Priorytetem powinno być bezpieczeństwo użytkowania konstrukcji zadaszania Stadionu. Kwestionowane postanowienie jest wadliwe z punktu widzenia wskazań art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający pozostawił na swoją rzecz szereg otwartych kompetencji, włącznie z uznaniowym prawem do odstąpienia od umowy,

jeżeli wykonawca opierając się na przedstawionych wynikach badań nie zgodzi się na zastosowanie materiału, w jego ocenie wadliwego.

Postanowienia te są konfliktogenne. Nie rokują pozytywnie trwałości umowy. Ponadto prowadzą do zmuszania wykonawcy pod groźbą odstąpienia od umowy z jego winy z zagrożeniem kary umownej 10% wartości kontraktu - do ewentualnego użycia nieodpowiednich materiałów budowlanych, co dodatkowo prowadzi do rozmycia odpowiedzialności za możliwe tego skutki, to jest potencjalnie - zaistnienia ponownej awarii w czasie montażu, czy też użytkowania.

Postanowienia te są wadliwe i mogą zaważyć na decyzji wykonawców co zaniechania uczestnictwa w przedmiotowym przetargu, prowadząc do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy zdolni byłiby należycie wykonać zamówienie, a więc naruszają art. 29 ust 2. Pzp, zakazujący opisu przedmiotu zamówienia w sposób nawet potencjalnie utrudniający uczciwą konkurencję. Wynik i zachowanie konkurencyjności postępowania – zawsze stanowi pochodną ilości złożonych ofert.

Zdaniem Izby, postanowienia SIWZ powinny być tak ukształtowane, aby jednoznaczna i pełna odpowiedzialność za efekt prac obciążała wykonawcę. Mechanizmy kontrolne zapewnia zamawiającemu prawidłowy system sprawowania nadzoru autorskiego i inwestorskiego poprzez projektanta i inżyniera kontraktu, wynikający z przepisów odrębnych, które powinny być właściwie wypełniane. Zamawiający zgodnie z art. 429 K.c. w swoich działaniach ma posługiwać się podmiotami, które w zakresie swojej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem odnośnych czynności.

Powyższa argumentacja dodatkowo potwierdza podstawy do nakazania unieważnienia czynności zamawiającego w tym postępowaniu.

W nowym postępowaniu, zamawiający dla wyeliminowania sporów, będzie mógł wyznaczyć wykaz laboratoriów, których wyniki badań będzie honorował, jeżeli obawia się że wykonawca wybrany poprzez współpracującą z nim jednostkę badawczą, będzie bezpodstawnie dyskwalifikował dobre materiały.

Nakazywanie zmian kwestionowanych postanowień, których treść narusza wskazane przez odwołującego przepisy było bezprzedmiotowe, wobec nakazu unieważnienia czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Zarzut nr 9

Mostostal zarzucał naruszenia art. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp i art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie przez zamawiającego – niczym

nieograniczonego prawa do żądania od wykonawcy wprowadzenia zmian i poprawek w przedstawionej dokumentacji.

W §1 pkt 10 projektu umowy wskazano, że zamawiającemu przysługuje prawo żądania zmian i poprawek oraz złożenia wyjaśnień w przedstawionej przez wykonawcę dokumentacji wynikającej z poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia jej przekazania.

Postanowienie to według odwołującego stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej, gdyż zamawiający zmusza w ten sposób - z jakiegokolwiek powodu (tj. również bez powodu) - do dokonywania zmian lub poprawek w dokumentacji wykonanej przez wykonawcę. W rezultacie może powstać absurdalna sytuacja, w której wykonawca stwierdzi, że dany element konstrukcji linowej nie nadaje się do dalszego wykorzystania, a zamawiający uzna - powołując się na § 1 pkt 10 projektu umowy - że jego zdaniem można go wykorzystać i nakaze dokonanie zmiany. Z tą zmianą będzie się natomiast wiązał obowiązek wykorzystania danego elementu i udzielenia na niego 5 letniej gwarancji.

W przekonaniu odwołującego w ten sposób zamawiający wprowadza kolejny element ryzyka do projektu umowy, zniechęcając wykonawców do wzięcia udziału w przetargu a więc ograniczając uczciwą konkurencję.

Żądanie: Nakazanie zamawiającemu usunięcie z §1 pkt 10 projektu umowy prawa do żądania zmian i poprawek w przedłożonej zamawiającemu dokumentacji.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający utrzymywał, że twierdzenie odwołującego, iż prawo zamawiającego do wprowadzania w dokumentacji zmian i poprawek jest niczym ograniczonej mija się z prawdą. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w treści SIWZ kryterium, którym będzie się kierował przy weryfikacji dokumentacji etapu I:

Pkt III ppkt 1.1.2.3 SIWZ: „W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę w trakcie wykonywanych podczas etapu I badań braku możliwości ponownego zamontowania któregośkolwiek z badanych elementów konstrukcji zadaszenia koszt zakupu nowych i utylizacji starych nie nadających się do montażu elementów pokrywa Zamawiający z wyjątkiem lin i elementów wskazanych w przedmiarze załączonym do SIWZ. Termin realizacji zakupu nowych elementów konstrukcji nie może powodować przekroczenia terminu określonego w pkt IV SIWZ dla etapu II. Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji zasadności zakupu nowych elementów przez projektanta i inną, niezależną jednostkę badawczą. Brak porozumienia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w tym zakresie

stanowić może podstawę do odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji umowy z winy Wykonawcy."

Zamawiający w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ i zastrzegł sobie prawo do wprowadzania zmian i poprawek w dokumentacji w zakresie błędów, w tym pisarskich, a także stwierdzonych braków w dokumentacji w zakresie wszystkich etapów. Zatem zarzut w zakresie rzekomego ograniczenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równowagi kontraktowej uznał za całkowicie bezzasadny.

Stanowisko Izby:

Postępowanie dowodowe wykazało, że dla każdego z wyznaczonych etapów postępowania postępowania zamawiający żądał opracowania oznaczonych dokumentacji, tj.:

- dla Etapu I - metod badawczych systemu olinowania;
- dla Etapu II - dokumentacji „warsztatowej” metody wykonanie montażu konstrukcji zadaszenia;
- dla Etapu III dokumentacji monitoringu.

Na Etap II zamawiający przekazał wykonawcom dokumentację projektową, według której ma zostać zrealizowana konstrukcja zadaszenia.

Przedmiotem zarzutu nie było, że dokumentacja zamawiającego jest niepełna ponieważ STWiORB nie podaje metody wykonanie montażu konstrukcji zadaszenia. Bez względu na to, czy kolejność tego montażu należy z zasady do kompetencji własnych profesjonalnej firmy budowlanej.

Odwołujący kwestionował jedynie nieograniczone prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy wprowadzenia zmian i poprawek w przedstawionej dokumentacji.

Zamawiający, w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ i zastrzegł sobie prawo do wprowadzania zmian i poprawek w dokumentacji w zakresie błędów, w tym pisarskich, a także stwierdzonych braków w dokumentacji w zakresie wszystkich etapów.

W dalszym ciągu wymagałoby jednak sprecyzowania – co zamawiający będzie uznawał za braki w dokumentacji. Szczególnie jeżeli się zważy, że zakres tych opracowań został wyznaczony w sposób ogólnikowy.

Wobec nakazanej czynności unieważnienia postępowania ze względu na podstawy do rozdzielenia prac Etapu I i Etapu II oraz III i inne stwierdzone niemożliwe do usunięcia wady postępowania, nakazywanie uzupełnień kwestionowanych postanowień było bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 10

Mostostal zarzucał naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie wymagania, by cena ryczałtowa zawierała niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a także poprzez obciążenie wykonawcy skutkami finansowymi nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę.

W pkt XII SIWZ zamawiający wskazał, że zaproponowana przez wykonawcę cena zamówienia brutto - cena ryczałtowa musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a które będą niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (wszystkie 3 etapy).

Następnie, w pkt XII SIWZ zamawiający wskazał, że cena ryczałtowa za realizację zamówienia musi zawierać wszystkie elementy kosztów wykonania zamówienia, a skutki finansowe błędnego obliczenia ceny, wynikające z nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę, obciążają wykonawcę.

Mostostal podkreślał, iż zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wystarczający do rzetelnego skalkulowania oferty (istnieje wiele elementów przedmiotu zamówienia, których zakres wykonania nie jest znany wykonawcy na etapie kalkulacji oferty). Tak więc, wykonawca nie jest w stanie rzetelnie wyliczyć, jaką cenę jest w stanie zaproponować, gdyż nie wiadomo na obecnym etapie, jakie prace będzie musiał wykonać, a w związku z tym, jakie koszty będzie musiał ponieść. Tytułem przykładu, wykonawca nie jest w stanie na obecnym etapie ustalić, czy będzie musiał ponieść koszty demontażu istniejącej konstrukcji linowej, koszty transportu tej konstrukcji do miejsca wykonania badań, koszty powrotnego transportu, koszty magazynowania elementów tej konstrukcji, czy wreszcie koszty ponownego jej montażu. Nadto, wykonawca nie jest w stanie obecnie ustalić, które elementy konstrukcji linowej nadają się obecnie do wykorzystania, w związku z czym nie jest jasne, jaki będzie zakres robót w drugiej części zadania (w Etapie II).

Tak więc, zamawiający, poprzez uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego skalkulowania oferty, a - następnie - obciążenie wykonawcy ryzykiem błędnego obliczenia ceny (pkt XII SIWZ) ogranicza konkurencję w postępowaniu, gdyż wzmaga istotnie ryzyka związane z realizacją kontraktu. W ten sposób zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które będą brały udział w przetargu, gdyż część potencjalnych wykonawców może uznać, iż ryzyko realizacji kontraktu (w warunkach zaproponowanych przez zamawiającego) jest zbyt duże, w związku z czym nie złoży oferty.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu usunięcie ww. postanowień zawartych w pkt XII SIWZ.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający informował, że w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ wykreślając z pkt XII akapit: „Zaproponowana przez Wykonawcę cena zamówienia brutto - cena ryczałtowa musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których Wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a które będą niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (wszystkie 3 etapy).”

Zamawiający stwierdził, że nie będzie przypominał doświadczonym wykonawcom, w jaki sposób mają skonstruować cenę ofertową, a dalszą treścią pkt XII jedynie określił, że cena ofertowa ma zawierać wszystkie elementy kosztów wykonania całego przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Izby:

Zamawiający ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia, którego cechą zgodnie z art. 632 § 1 K.c. jest stałość, bowiem jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów ani kosztów prac.

Regułą przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego są takie postanowienia SIWZ, które wskazują, że cena ryczałtowa za realizację zamówienia musi zawierać wszystkie elementy kosztów wykonania zamówienia. Ryczałt odnosi się do zaś do zakresu prac ściśle opisanych w SIWZ i w umowie, a nie do prac, których SIWZ nie obejmuje, a zatem których umowa nie przewidywała.

Zarzut odwołującego w istocie dotyczył nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia Etapu I i Etapu II, niepozwalającego na zidentyfikowanie kosztów i ryzyk do oszacowania w cenie ofertowej, który to zarzut został uwzględniony przez Izbę. Z tych też powodów Izba uwzględniła żądanie odwołującego nakazania unieważnienia ogółu czynności w niniejszym postępowaniu. W żadnym wypadku zamawiający nie wymagał w kosztorysie ofertowym podania osobnej pozycji – kosztów nieprzewidzianych.

Zarzut nr 11

Mostostal zarzucał naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie wymagania, by wykonawca przedstawił w terminie 14 dni kalendarzowych od zawarcia umowy szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowego robót budowlanych.

W § 3 pkt 2 ppkt 2 projektu umowy zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w terminie 14 dni kalendarzowych od zawarcia umowy szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego robót budowlanych, który podlega zatwierdzeniu przez zamawiającego.

Mostostal podnosił, iż termin 14 dni, liczony od dnia zawarcia umowy nie jest możliwy do dotrzymania, gdyż jest zbyt krótki. Nadto, wykonawca nie jest w stanie - w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy - przedstawić szczegółowego harmonogramu wykonania prac w Etapie II, gdyż dopiero po wykonaniu badań (tj. po zakończeniu Etapu I) będzie wiedział, jaki jest zakres prac do wykonania w Etapie II. Tak więc, dopiero wtedy będzie miał możliwość „rozłożenia” wykonania tych prac w czasie.

Zamawiający przewidując konieczność zatwierdzenia harmonogramu, o którym mowa w § 3 pkt 2 ppkt 2 projektu umowy nie wprowadził przesłanek odmowy zatwierdzenia tego harmonogramu. W ten sposób wprowadził kolejny element ryzyka, który może spowodować ograniczenie konkurencji w organizowanym przez zamawiającego postępowaniu.

Odwołujący zaznaczał, że zgodnie z §13 pkt 2 b) projektu umowy, zamawiający może żądać od wykonawcy kary umownej za niedochowanie terminu, o którym mowa w § 3 pkt 2 ppkt 2 projektu umowy, tak więc poprzez nierealne ukształtowanie tego terminu i niewskazanie przesłanek odmowy zatwierdzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego zamawiający zwiększa istotnie ryzyka kontraktowe, zniechęcając w ten sposób wykonawców do wzięcia udziału w przetargu. W ten sposób, zamawiający - po raz kolejny - narusza uczciwą konkurencję (co czyni zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp uzasadnionym).

Odwołujący wskazywał, iż w wyroku z dnia 6 marca 2013 roku KIO stanęła na stanowisku, iż wyznaczanie wykonawcy 14 dniowego terminu (liczonego od daty przekazania placu budowy) na opracowanie i przekazanie szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego prac budowlanych, biorąc pod uwagę zakres nałożonych na wykonawcę obowiązków... jest zbyt krótki i nie pozwala wykonawcy na pełną orientację rozplanowania robót w zakładanym czasie (...). Narzucenie mało realnego terminu przekazania zamawiającemu wiążącego harmonogramu robót może skłonić część wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie do powstrzymania się od złożenia oferty, bowiem nie daje wystarczającego czasu wykonawcy na opracowanie tego harmonogramu - w przemyślany sposób, z którego niedotrzymaniem wiązą się poważne konsekwencje.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu zmianę § 3 pkt 2 pkt 2 projektu umowy, poprzez przyjęcie, że harmonogram rzeczowo-finansowy będzie przekazany w terminie 1 miesiąca

od dnia zakończenia prac w I Etapie. Nadto, odwołujący wnosił, aby nakazać zamawiającemu wykreślenie z § 3 pkt 2 ppkt 2 projektu umowy prawa do odmowy zatwierdzenia harmonogramu.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę w § 3 pkt 2 ppkt 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ terminu 14 dni na 30 dni.

Stanowisko Izby:

Izba uznała, że poprzez dokonaną modyfikację SIWZ zamawiający przyznał trafność zarzutu odwołania. Wobec stwierdzenia odwołującego, że modyfikacja SIWZ w całości wyczerpuje zgłoszony zarzut i żądania, dalsze ustalenia Izby w tym zakresie byłby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 12

Mostostal zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie związania zamawiającego terminem przekazania placu budowy.

W § 3 pkt 1 ppkt 1 projektu umowy wskazano, że zamawiający jest w szczególności zobowiązany do przekazania placu budowy. Nie określono jednak żadnego terminu, w którym zamawiający powinien wykonać ten obowiązek, ani też sankcji za jego niewykonanie, co zwiększa istotnie ryzyka kontraktowe, ograniczając jednocześnie uczciwą konkurencję.

Mostostal zaznaczał, iż brak terminu, w którym zamawiający ma obowiązek przekazać wykonawcy plac budowy może spowodować naruszenie terminów przez wykonawcę, gdyż terminy te bieżą od dnia zawarcia umowy. Co więcej, w przypadku, gdy wykonawca nie wykona swych zobowiązań w terminie, zamawiający może się domagać zapłaty kar umownych (§13 pkt 2 ppkt a) projektu umowy).

Nadto, brak sankcji sprawia, że ciężko będzie wykonawcy wymóc na zamawiającym wykonanie obowiązku przekazania mu placu budowy. Tak więc, mechanizm zastosowany przez zamawiającego powoduje, iż wzrasta ryzyko niewykonania przez wykonawcę zobowiązań w terminie (i obciążenia go karami umownymi), a - w konsekwencji - może ograniczyć krąg wykonawców, którzy zechcą się ubiegać o uzyskanie zamówienia (co uzasadnia zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 Pzp). Por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 6.03.2013r., KIO 411/13, LEX nr 1298001.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu, by wprowadził on do projektu umowy obowiązek przekazania placu budowy w terminie 2 dni od dnia zawarcia umowy oraz wprowadził karę

umowną za zwłokę w wykonaniu tego obowiązku w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę treści §3 pkt 1 ppkt 1 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ i nadał mu następujące brzmienie: 1) Przekazania w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy placu budowy .

Stanowisko Izby:

Izba uznała, że poprzez dokonaną modyfikację SIWZ zamawiający przyznał trafność zarzutu odwołania. Wobec stwierdzenia odwołującego, że modyfikacja SIWZ w całości wyczerpuje zgłoszony zarzut i żądanie, dalsze ustalenia Izby w tym zakresie byłyby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 13

Mostostal zarzucał naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez obciążenie wykonawcy ryzykiem wzrostu cen w okresie 3 lat od dnia zawarcia umowy.

W § 5 pkt 4 projektu umowy wskazano, iż jednostkowe ceny zawarte w kosztorysach stanowić będą podstawę do zlecenia odrębnych zamówień uzupełniających, ewentualnych dodatkowych, czy nawet zamiennych wynikłych w trakcie realizacji poszczególnych etapów, których konieczność wykonania nie była możliwa do przewidzenia przez zamawiającego na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania. Nadto, w § 5 pkt 5 projektu umowy przyjęto, że składniki cenotwórcze dołączonych do ofert kosztorysów będą obowiązywały w przypadku zamówień, o których mowa w ust. 4 i nie będą ulegały waloryzacji w trakcie obowiązywania umowy, a dla robót uzupełniających do trzech lat od udzielenia zamówienia tj. od daty zawarcia niniejszej umowy. Identyczne postanowienie zawarto w pkt X. 13 SIWZ.

Zdaniem odwołującego, w ten sposób zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze wzrostem cen i to nie tylko w okresie wykonywania umowy, lecz również w okresie wykraczającym poza 420 dni od dnia zawarcia umowy. Tego typu konstrukcja narusza równowagę kontraktową, eliminując jednocześnie z postępowania podmioty, które nie mogą sobie pozwolić na poniesienie tak dużego ryzyka.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu zmianę § 5 pkt 5 projektu umowy i pkt X. 13 SIWZ, poprzez ograniczenie związania cenami wyłącznie do okresu 420 dni od dnia zawarcia umowy.

Stanowisko zamawiającego:

Wykonawca udziela zamawiającemu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia. Każdy wykonawca składający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę jest związany terminem obowiązywania jej treści w każdym elemencie. W tym celu wykonawcy niejednokrotnie zawierają wstępne umowy wiążące przyszłe strony i określające zobowiązania co do przyszłej realizacji określonych świadczeń. Zatem zamrożenie cen na roboty dodatkowe (zarówno w górę jak i w dół) spośród pozycji objętych przedmiotem zamówienia na etapie realizacji postępowania jest obustronnym ryzykiem. Takim samym ryzykiem dla obydwu stron jest również cena ryczałtowa. Poza tym odwołujący wyraża zgodę na zamrożenie cen w okresie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zniesienie zamrożenia cen musiało by wiązać się z jednoczesnym zobowiązaniem wykonawcy, że w przypadku braku porozumienia co do ceny za jaką ma wykonać roboty uzupełniające (bo tylko te wykraczają ustawowo poza okres realizacji zamówienia przy postępowaniu, którego termin realizacji jest krótszy niż trzy lata) wykonawca podtrzyma warunki gwarancji na wykonane przez siebie prace, gdy zamawiający zleciłby w wyniku przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego realizację innemu wykonawcy.

Dla przypomnienia, skoro odwołujący proponuje ograniczenie zamrożenia cen na roboty uzupełniające do końca realizacji przedmiotu zamówienia, bo ewentualne roboty dodatkowe co do zasady i tak muszą być wykonane przed upływem tego terminu, to spośród ewentualnych robót uzupełniających tak naprawdę w grę wchodzi tylko rozbudowa o kolejne punkty pomiarowe systemu monitoringu konstrukcji, czy montaż pojedynczych płyt poliwęglanowych. Ewentualne główne roboty uzupełniające prowadzone będą w trakcie realizacji zamówienia, a więc w okresie, w którym odwołujący zgodził się na zamrożenie cen.

Stanowisko Izby:

Zarzut częściowo zasadny. Roboty zamiennie mogą być prowadzone w okresie umowy przewidzianym dla wykonania zamówienia, w oparciu o czynniki cenotwórcze dla danego zamówienia.

Inna sytuacja zachodzi w odniesieniu do robót dodatkowych i uzupełniających, które mimo, że związane z daną inwestycją prowadzone są na podstawie odrębnej umowy z wolnej ręki, zlecanej w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Brak zatem podstaw formalnych do narzucania wykonawcy cen na roboty budowlane w ramach zamówienia uzupełniającego, bądź dodatkowego w bieżącej umowie, która nie może być traktowana w tym zakresie, jako umowa przedwstępna na roboty dodatkowe lub uzupełniające. Warunki takie mogą stanowić przedmiot obustronnych uzgodnień. Wobec nakazanego unieważnienia czynności w postępowaniu, wprowadzanie postulowanych zmian w SIWZ byłby jednak bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 14

Naruszenia art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez narzucenie na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych za opóźnienie w niewykonaniu poszczególnych obowiązków wskazanych w umowie.

W §13 pkt 2 projektu umowy przewidziano szereg kar umownych, „obciążających” wykonawcę, z których większość stanowią kary za „opóźnienie” w realizacji zobowiązań wykonawcy (por. §13 pkt 2 ppkt a), b), d), f), g), h), i) projektu umowy). Tak więc, zamawiający uniezależnił odpowiedzialność wykonawcy od tego, czy niewykonanie przez niego jakiegoś obowiązku, czy też jego nienależyte wykonanie było zależne od winy wykonawcy. W ten sposób zamawiający istotnie zaostriął odpowiedzialność kontraktową wykonawcy, która zasadniczo jest zależna od winy wykonawcy.

Odwołujący zaznaczał, że zaostrenie odpowiedzialności dotyczy wszystkich najważniejszych obowiązków wykonawcy tj. zachowania terminów wykonania poszczególnych etapów prac, zachowania terminów na przedstawienie dokumentów określonych w § 3 pkt 2 projektu umowy (w tym szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego), czy też usunięcia wad lub usterek zgłoszonych w ramach gwarancji.

Tego typu mechanizm stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej, gdyż z żadnego postanowienia umowy nie wynika, by odpowiedzialność kontraktowa zamawiającego była uniezależniona od jego winy. Tak więc, wykonawca odpowiada za okoliczności, którym nie jest winny, a zamawiający może uwolnić się od odpowiedzialności wykazując brak winy. Konsekwencją jest to, że zwiększa się ryzyko kontraktowe wykonawcy, ograniczając uczciwą konkurencję, gdyż istnieje prawdopodobieństwo, iż wielu wykonawców nie będzie w stanie ponieść ryzyka odpowiedzialności uniezależnionej od swojej winy, w związku z czym zaniecha uczestnictwa w przetargu.

Na marginesie odwołujący wskazywał, iż w wyroku z dnia 6 marca 2013 roku KIO uznała, że zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie narusza uczciwą konkurencję, w związku z czym uwzględniła odwołanie i nakazała zastąpić je karami za zwłokę.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu zmianę treści §13 pkt 2 projektu umowy zastępując kary umowne za opóźnienie karami umownymi za zwłokę.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści umowy zastępując słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”.

Stanowisko Izby:

Izba uznała, że poprzez dokonaną modyfikację SIWZ zamawiający przyznał trafność zarzutu odwołania. Wobec stwierdzenia odwołującego, że modyfikacja SIWZ w całości wyczerpuje zgłoszony zarzut i żądania, dalsze ustalenia Izby w tym zakresie byłyby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 15.

Mostostal zarzucał naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez narzucenie na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych, bez górnego limitu ich naliczania.

Mostostal podnosił, że nie dość, iż praktycznie wszystkie kary umowne, które grożą wykonawcy są karami za opóźnienie, to zamawiający nie przewidział w §13 górnego limitu ich naliczania. W ten sposób zamawiający prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji, gdyż brak górnych limitów kar umownych zniechęca wykonawców do uczestnictwa w przetargu, wywołując zbyt duże ryzyko kontraktowe.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu zmiany §13 projektu umowy i wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym: kary umowne naliczone przez zamawiającego nie mogą przekraczać 10% wynagrodzenia umownego. Jest to standardowe postanowienie przewidywane w podobnych przypadkach i uwzględniając fakt, że zamawiający ma również prawo do odszkodowania uzupełniającego (§13 pkt 4 projektu umowy), należyście zabezpiecza jego interesy. Por. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 6.03.2013 r. sygn. KIO 411/13, LEX nr 1298001.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści umowy wprowadzając limit kar umownych na poziomie nie wyższym niż 20%.

Stanowisko Izby:

Zadaniem Izby jest weryfikowanie czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod względem spełniania wzorca ustawowego wyznaczonego przepisami ustawy Pzp. Postanowienia SIWZ nie muszą nakładać na strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego w pełni ekwiwalentnych i symetrycznych obowiązków. Wykonawca może przyjąć w sposób umowny obowiązek zapłaty wymienionych w SIWZ kar z tytułu nienależytej realizacji umowy.

Ingerencja Izby w ustalone warunki SIWZ może zachodzić, gdy zamawiający łamie ogólne reguły postępowania wyznaczone w art. 29 ustawy Pzp, lub zasady wyznaczone w art. 7 ust. 1 tej ustawy. W szczególności, jeżeli kwestionowane postanowienia miałyby

rzutu na wynik postępowania - wydzźwięk antykonkurencyjny. Determinowałby udział wykonawców w danym postępowaniu i wpływałby znacząco na ich decyzję w tym zakresie.

Zdaniem Izby, ze względu na podtrzymany przez odwołującego zarzut, że górny limit kar umownych powinien być określony na 10% wartości umowy, a nie na 20% jak ustalił zamawiający - sytuacja jak wyżej opisana - nie zachodzi.

Zarzut nr 16

Mostostal zarzucał naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zastosowanie postanowień, które przewidują multiplikację kar umownych.

W §13 pkt 2 ppkt a) projektu umowy wskazano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów umowy lub któregośkolwiek z terminów, o których mowa w §1 umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia, od każdego z etapów odrębnie.

Mostostal podnosił, iż możliwość kumulowania kar umownych (które - dodatkowo - są karami za opóźnienie i karami Nielimitowanymi) powoduje zbyt duże ryzyko kontraktowe, eliminując niektórych wykonawców od udziału w przetargu organizowanym przez zamawiającego, a więc prowadząc do ograniczenia uczciwej konkurencji.

Żądanie. Nakazanie zamawiającemu uzupełnienia §13 projektu umowy, poprzez przyjęcie, że kara umowna należy się naruszenie terminu wykonania umowy lub poprzez wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym suma kar umownych określonych w §13 pkt 2 ppkt a) nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego. Odwołujący podnosił, iż tego typu postanowienie - uwzględniając fakt, iż zamawiający może żądać również odszkodowania uzupełniającego (§13 pkt 4 projektu umowy) - należy zabezpiecza jego interesy.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, w dniu 22 kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści umowy wprowadzając limit zastrzeżonych na jego rzecz kar umownych na poziomie nie wyższym niż 20%.

Stanowisko Izby: pozostaje takie samo jak w odniesieniu do zarzutu nr 15.

Zarzut nr 17

Mostostal zarzucał naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, a także art. 353¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez zaniechanie przyznania wykonawcy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego.

W §13 pkt 3 projektu umowy wskazano, że zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, z wyłączeniem przypadku, o którym mowa w § 14 ust 4. Jednakże, zamawiający nie przewidział dla wykonawcy możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego. Taką możliwość przewidział natomiast dla siebie, gdyż w §13 pkt 4 projektu umowy wskazano, że w razie, gdy zastrzeżone kary umowne nie pokryją szkody poniesionej przez zamawiającego będzie on uprawniony do dochodzenia odszkodowania przewyższającego te kary na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym. Tego typu postanowienie stanowi - zdaniem odwołującego - kolejny przykład rażącego naruszenia równowagi kontraktowej, prowadzący do ograniczenia uczciwej konkurencji. W ten bowiem sposób zamawiający ogranicza swoją odpowiedzialność odszkodowawczą, deprecjonując jednocześnie wagę prawa wykonawcy do odstąpienia od umowy. Nawet bowiem, gdy powstanie podstawa do odstąpienia, wykonawca nie odstąpi, gdyż ograniczyłby w ten sposób zakres roszczeń względem zamawiającego (do 10% wynagrodzenia umownego, gdy wartość szkody może być dużo wyższa). Tak więc, skutki nie przyznania wykonawcy prawa do odszkodowania uzupełniającego sprawiają, iż część wykonawców nie będzie w stanie ponieść ryzyka związanego z realizacją kontraktu. Oznacza to, iż krąg wykonawców może okazać się - wskutek zastosowania przez zamawiającego – ww. postanowienia ograniczony, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i uzasadnia zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Żądanie. Przyznanie wykonawcy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego.

Stanowisko zamawiającego:

W odpowiedzi na stawiany zarzut zamawiający zmodyfikował §17 ust. 4 umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ i nadał mu brzmienie:

„4. W razie gdy zastrzeżone kary umowne nie pokryją szkody poniesionej przez Zamawiającego lub Wykonawcę - będą oni uprawnieni do dochodzenia odszkodowania przewyższającego te kary na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym.”

Stanowisko Izby.

Izba uznała, że poprzez dokonaną modyfikację SIWZ zamawiający przyznał trafność zarzutu odwołania. Wobec stwierdzenia odwołującego, że modyfikacja SIWZ w całości wyczerpuje zgłoszony zarzut i żądania, dalsze ustalenia Izby w tym zakresie byłby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 18

Mostostal zarzucał naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku, o którym

mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp (wiedza i doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny (nieadekwatny) do przedmiotu zamówienia, poprzez nieuzasadnione wprowadzenie w pkt V. 1.2.2 SIWZ wymagania, by wykonawca wykazał się doświadczeniem w zakresie wykonania minimum 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto każda, polegających na montażu konstrukcji wykonanej w technologii linowo-ciężnowej o następujących parametrach: sprężona konstrukcja linowa, zewnętrzna eksponowana z zastosowaniem lin galwanizowanych, całkowicie zamkniętych (liny zamknięte z drutów) o Rr co najmniej 1579 MPa.

Mostostal podnosił, iż warunek postanowiony przez zamawiającego jest nieuzasadniony, gdyż inwestycja, która jest przedmiotem zamówienia ma być - co wynika z dokumentacji technicznej - wykonywana z zastosowaniem lin o Rr, co najmniej 1570 MPa, a nie - jak wskazano w treści pkt V.1.2.2 SIWZ - z zastosowaniem lin o Rr co najmniej 1579 MPa. Jeśli więc zamawiający wymaga zastosowania lin o Rr 1570 MPa, to brak uzasadnienia, by żądać od wykonawców, aby - móc ubiegać się o realizację zamówienia - wykazywali się doświadczeniem przy realizacji inwestycji, w których stosowano liny o Rr 1579 MPa. Odwołujący podkreślał, że liny o Rr 1570 MPa są standardem przy realizacji podobnych zamówień (co potwierdza sam zamawiający żądając w dokumentacji technicznej, by przedmiot zamówienia został wykonany z zastosowaniem lin o Rr 1570 MPa, a nie lin o Rr 1579 MPa), tak więc warunek, o którym mowa w pkt V. 1.2.2 SIWZ nie znajduje żadnego uzasadnienia. Prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji, gdyż odwołujący przypuszcza, że żaden z polskich wykonawców nie jest w stanie wylegitymować się takim doświadczeniem. Z tych przyczyn zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i 22 ust. 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp uznawał za zasadny.

Żądanie. Wprowadzenie w pkt V. 1.2.2 SIWZ wymagania, by wykonawca wykazał się doświadczeniem w zakresie wykonania minimum 2 robót budowlanych o wartości co najmniej 10 000 000,00 PLN brutto każda, polegających na montażu konstrukcji wykonanej w technologii linowo- ciężnowej o następujących parametrach: sprężona konstrukcja linowa, zewnętrzna eksponowana z zastosowaniem lin galwanizowanych, całkowicie zamkniętych (liny zamknięte z drutów) o Rr co najmniej 1570 MPa.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający, w dniu kwietnia 2014 roku dokonał modyfikacji treści SIWZ w pkt V ppkt 1.1.2. tir. 2 zmieniając „Rr co najmniej 1579 MPa” na „Rr co najmniej 1570 MPa” – gdyż zaistniała oczywista omyłka pisarska w pierwotnym tekście.

Stanowisko Izby:

Poprzez wyeliminowanie omyłki pisarskiej, zamawiający doprowadził kwestionowany warunek SIWZ do brzmienia, o które postulował odwołujący.

Zarzut nr 19.

Mostostał zarzucał naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, polegające na nie doprecyzowaniu na czym ma polegać koordynacja projektów, do której zamawiający zamierza zobowiązać wykonawców.

W pkt III.2.2 SIWZ wskazano, że ze względu na charakter obiektu budowlanego będącego przedmiotem zamówienia (obiekt sportowy o szczególnym znaczeniu dla regionu Górnego Śląska) oraz z uwagi na rodzaj samej konstrukcji zadania widowni wykonawca zobowiązuje się do koordynacji projektów zapewniającej ich zgodność z dotychczasowymi elementami składowymi całego zadania „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie”).

W § 3 ust. 2 pkt 8 projektu umowy wskazano natomiast, że wykonawca jest w szczególności zobowiązany do współpracy w zakresie organizacji ruchu i montażu w związku z równoległym prowadzeniem robót przez innych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie doprecyzował na czym będzie polegał obowiązek koordynacji projektów. Treść pkt 11.2.2 SIWZ i § 3 ust. 2 pkt 8 projektu umowy sugeruje natomiast, iż zamawiający ma zamiar nałożyć na wykonawcę obowiązek koordynacji prac wykonawców, którzy w tym samym czasie, co wykonawca będą realizować inwestycje dla zamawiającego.

Odwołujący podnosił, iż brak precyzji zamawiającego narusza art. 29 ust. 1 Pzp i uczciwą konkurencję, gdyż wykonawca ma prawo wiedzieć do czego się zobowiązuje przystępując do przetargu. Nadto, zamawiający nie może obciążać wykonawcy obowiązkiem koordynacji wszystkich prac, które będą prowadzone na placu budowy, gdyż obowiązek ten winien spoczywać na inwestorze (przekracza zakres robót budowlanych, które są przedmiotem przetargu).

Żądanie. Zobowiązanie zamawiającego do doprecyzowania pkt III.2.2 SIWZ i §3 ust. 2 pkt 8 projektu umowy, poprzez wyraźnie wskazanie, iż wykonawca nie ma obowiązku koordynowania wszelkich robót, które będą prowadzone przez zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający podnosił, że precyzyjne określenie na czym ma polegać koordynacja projektów zostało zawarte w załączonych do SIWZ (załącznik nr 3) Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

W specyfikacji Rev. 01 z 21 kwietnia 2009 w punkcie 5.3 Odpowiedzialność Wykonawcy-procedury administracyjne, zapisano m.in., że do obowiązków Wykonawcy należy planowanie i koordynacja wszelkich związanych prac i części, a ponadto nadzór (analiza kolizji) nad elementami i pracami innych branż lub wykonawców zaangażowanych w prace i o ile to konieczne, dopasowanie zgodnie z ideą generalnego projektu.

W punkcie 5.4 Poświadczenia - wymagania minimalne zapisano: do projektu elementów łączących elementy (konstrukcja żelbetowa, wyposażenie techniczne, roboty metalowe, ślusarka, okładziny), Wykonawca przedłoży pisemne uzgodnienia wszystkich zaangażowanych branż.

Ponadto w specyfikacji technicznej z 24 października 2014 w punkcie 1.4.4.1 - Procedury administracyjne zapisano m.in., że do obowiązków Wykonawcy należy planowanie i koordynacja prac wszystkich zaangażowanych stron oraz inspekcja (analiza konfliktów) wkładu innych stron zaangażowanych w przedsięwzięcie i o ile to konieczne, korekta obejmująca całe przedsięwzięcie.

Zamawiający podał, że zapewnia nadzór autorski ze strony biura projektów, niemniej jednak oczekuje również na współpracę wykonawcy zgodnie z cytowanymi powyżej zapisami specyfikacji technicznej.

Równolegle z pracami polegającymi na montażu konstrukcji dachowej zamawiający przewiduje prowadzenie robót w innych branżach w oparciu o odrębne postępowania przetargowe. Harmonogramy tamtych działań zostaną wstępnie uzgodnione przez zamawiającego z przebiegiem prac przy montażu konstrukcji dachowej. Konieczna jednak będzie bieżąca synchronizacja działań poszczególnych wykonawców, którą zapewni zamawiający. Wykonawca nie będzie pełnił roli Generalnego Wykonawcy oraz związanych z tym obowiązków. Natomiast zgodnie z zapisami umowy zamawiający oczekuje współpracy wykonawcy w powyższym zakresie.

Stanowisko Izby:

Zarzut częściowo zasadny. Zamawiający przyznał, że zaangażował Inżyniera Kontraktu. Wykonawca nie pełni roli koordynatora, chociaż winien współdziałać z innymi wykonawcami wprowadzonymi przez zamawiającego na teren budowy, celem umożliwienia wykonania innych równoległych robót. Rolą Inżyniera Kontraktu, działającego z ramienia inwestora jest natomiast rozwiązywanie sytuacji kolizyjnych w tym zakresie. Nie można utożsamiać pojęć „koordynacja prac” ze „współdziałaniem” ze strony wykonawcy. Kwestionowany zapis SIWZ wymaga doprecyzowania. Z uwagi na nakazane unieważnienie czynności w postępowaniu, zobowiązanie zamawiającego do dokonania zmian w tym zakresie, byłoby bezprzedmiotowe.

Przechodząc do ogólnego uzasadnienia podjętego jak wyżej rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów odwołania, Izba uznała, że odwołujący wykazał przesłanki do wniesienia odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje wykonawcy legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, jeżeli poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Przy czym należało zgodzić się z odwołującym, że na etapie weryfikacji postanowień SIWZ, wystarczające jest hipotetyczna możliwość poniesienia szkody, skutkiem stwierdzenia faktycznych i niezasadnych ograniczeń w dostępie do zamówienia.

Każdy z przedstawianych zarzutów odwołującego wskazywał i dowodził, jaki przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony, w jaki sposób i jakim działaniem lub zaniechaniem zamawiającego.

Należało uwzględnić odnośne postanowienia art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, które stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przy tym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Krajowa Izba Odwoławcza ocenia czynności i zaniechania zamawiającego z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustanowionych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Odwołanie zaś w sprawie nieuwzględnionych zarzutów przez zamawiającego, dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, nie może być traktowane, jako rodzaj niedozwolonego (przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353¹ K.c.) pozwu o ukształtowanie warunków umowy. Izba nie jest też organem mediacyjnym, którego zadaniem byłoby doprowadzenie do pełnej ekwiwalentności świadczeń, czy też całkowitej symetrii wzajemnych obowiązków i uprawnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, bowiem weryfikuje jedynie czynności zamawiającego pod względem przestrzegania procedur ustanowionych w ustawie Pzp. Odpowiednią regulację w odniesieniu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera art. 139 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353¹ K.c. Przy czym zawarcie umowy na oznaczonych warunkach pozostawione jest decyzji stron.

Zdaniem Izby, należało również zważyć, iż postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy i zrealizowanie zamówienia w całości. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania

warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice rzeczowe i czasowe przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się znacząco nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także pozwalać na oszacowanie ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Inne elementy zamówienia, jak usługi badania lin, zamawiający winien bardzo dokładnie opisać i postawić wykonawcom jednoznaczne wymagania, a nie pozostawiać doprecyzowania zakresu zamówienia samym wykonawcom.

Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji, gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony. Bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ.

Taki niedookreślony i warunkowy opis przedmiotu zamówienia, jaki zastosował zamawiający - może zniechęcić wykonawców do składania ofert w tym postępowaniu, zawężając tym samym w sposób nieuprawniony konkurencję. Stwarzając obawy wykonawców, że wybrany w przetargu wykonawca już ze względu na sam opis przedmiotu zamówienia, nie będzie miał możliwości wywiązania się z kontraktu, gdyż nie był w stanie przewidzieć przy złożeniu oferty, jaki faktycznie zakres prac przyjdzie mu zrealizować za zaproponowaną cenę, a więc dokonać jej realnego oszacowania.

Nie można było też pominąć, iż jak zaświadczą ekspertyzy - inwestycja w jej oznaczonych elementach jest prototypowa (łącznie – „krokodyle”) i przez to zastosowane rozwiązania projektowe empirycznie nie poddają się weryfikacji.

Zachowanie wymogów zapewnienia bezpieczeństwa użytkowania obiektu Stadionu Śląskiego jest najwyższym nakazem, ażeby nie powtórzyła się sytuacja awaryjna zaistniała w 2011 r. Stąd również z tego względu za zasadne Izba uznała oddzielenie Etapu I, w trakcie którego ma nastąpić dokładne zweryfikowanie przydatności materiałów budowlanych użytych do budowy elementów zadania i zgromadzonych przez zamawiającego, od etapu realizacji robót budowlanych podniesienia zadania, aby materiały te mogły być zastosowane bez nadmiernego ryzyka i nie pod groźbą odstąpienia przez zamawiającego od umowy z wykonawcą.

Odnosząc poczynione wyżej uwagi ogólne do skarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zarzuty odwołania znalazły częściowe potwierdzenie, ale w najważniejszych kwestiach rzutujących na ocenę, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, o czym stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zachodziłyby podstawy do unieważnienia umowy w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż kwestionowane czynności, zostały przedsięwzięte przez zamawiającego z naruszeniem ustawy Pzp i mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Postępowanie dowodowe wykazało w znacznej części zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ K.c., w zw. z art. 14, art., a w następstwie doszło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i reguł uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zastosowany opis przedmiotu zamówienia, umożliwił złożenie nieporównywalnych przedmiotowo ofert, z pośród których wybrana miała być oferta z najniższą ceną.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania jakiejkolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi budowlanej równego dostępu do zamówienia. Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie

oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych rentowności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Trafnie odwołujący zdiagnozował, iż wskazywane postanowienia SIWZ w tym wzoru umowy w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem błędny opis i niedookreślone wymagania zamawiającego mogłyby znacząco ograniczyć ilość wykonawców, którzy odważyliby się na złożenie oferty z wiążącą ceną - w tym przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniając odwołanie może nakazać unieważnienie czynności naruszających przepisy ustawy. Przy czym nakazanie unieważnienia wszystkich czynności w postępowaniu, jest równoznaczne z nakazem jego unieważnienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b i § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....