

**Sygn. akt: KIO 1790/13**  
**KIO 1816/13**  
**KIO 1820/13**

**WYROK**  
**z dnia 9 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A. w dniu 23 lipca 2013 r. przez wykonawcę: **Skanska S.A. w Warszawie (01-518), ul. gen. Józefa Zajączka 9 (sygn. akt KIO 1790/13),**
- B. w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę: **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie (08-500), ul. Parzniewska 10 (sygn. akt KIO 1816/13),**
- C. w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę: **Torpol S.A. w Poznaniu (61-052), ul. Mogileńska 10g (sygn. akt KIO 1820/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: **Gminę Miasto Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk oraz Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną sp. z o.o. w Gdańsku (80-122), ul. Kartuska 11**

przy udziale:

- wykonawcy: **NDI S.A. w Sopocie (81-718), ul. Powstańców Warszawy 19** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1790/13** po stronie odwołującego,
- wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie (01-518), ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1816/13** oraz **KIO 1820/13** po stronie odwołującego,
- wykonawcy **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie (08-500), ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1820/13** po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **oddala każde z trzech rozpoznawanych odwołań,**
2. kosztami postępowania obciąża:
  - A. wykonawcę: **Skanska S.A. w Warszawie (01-518), ul. gen. Józefa Zajączka 9 (sygn. akt KIO 1790/13),**
  - B. wykonawcę: **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie (08-500), ul. Parzniewska 10 (sygn. akt KIO 1816/13),**
  - C. wykonawcę: **Torpol S.A. w Poznaniu (61-052), ul. Mogileńska 10g (sygn. akt KIO 1820/13)**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:
  - A. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Skanska S.A. w Warszawie (01-518), ul. gen. Józefa Zajączka 9 (sygn. akt KIO 1790/13),** tytułem wpisu od odwołania,
  - B. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie (08-500), ul. Parzniewska 10 (sygn. akt KIO 1816/13)** tytułem wpisu od odwołania,
  - C. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Torpol S.A. w Poznaniu (61-052), ul. Mogileńska 10g (sygn. akt KIO 1820/13)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza:
  - A. od wykonawcy: **Skanska S.A. w Warszawie (01-518), ul. gen. Józefa Zajączka 9** na rzecz zamawiających: **Gminy Miasta Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk oraz Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej sp. z o.o. w Gdańsku (80-122), ul. Kartuska 11** kwotę **4 539 zł 84 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści dziewięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie Izby (**sygn. akt KIO 1790/13**),
  - B. od wykonawcy: **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie (08-500), ul. Parzniewska 10** na rzecz zamawiających: **Gminy Miasta Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk oraz Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej sp. z o.o. w Gdańsku (80-122), ul. Kartuska 11** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (**sygn. akt KIO 1816/13**),

C. od wykonawcy: **Torpol S.A. w Poznaniu (61-052), ul. Mogileńska 10g**  
na rzecz zamawiających: **Gminy Miasta Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803**  
**Gdańsk oraz Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej sp. z o.o.**  
**w Gdańsku (80-122), ul. Kartuska 11** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące  
sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego  
poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (**sygn. akt KIO 1820/13**).

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1790/13**  
**KIO 1816/13**  
**KIO 1820/13**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „1. Budowa linii tramwajowej Siedlce - Pomorska Kolej Metropolitalna. Zadanie 1.1. Odcinek od pętli Siedlce do przystanku PKM, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap III B. 2. Budowa drogi rowerowej wzdłuż ul. Nowolipie - Rakocznego na odcinku od ul. Kartuskiej do ul. Potokowej w Gdańsku w ramach projektu pn. <<Rozwój Komunikacji Rowerowej Aglomeracji Trójmiejskiej w latach 2007-2013>>. 3. Przebudowa sieci wodociągowych i kanalizacyjnych w ulicach Kartuska, Schuberta, Nowolipie, Rakocznego, oraz likwidacja przepompowni wody Nowolipie, finansowana przez Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o. o.” zostało wszczęte przez Gminę Miasto Gdańsk oraz Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną sp. z o.o. w Gdańsku, zwane dalej łącznie Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 136-235238) w dniu 16 lipca 2013 r. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Odwołanie wobec postanowień SIWZ wnieśli:

- w dniu 23 lipca 2013 r. wykonawca: Skanska S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 1790/13), zwany dalej również Odwołującym w sprawie KIO 1790/13,
- w dniu 26 lipca 2013 r. wykonawca: Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie (sygn. akt KIO 1816/13), zwany dalej również Odwołującym w sprawie KIO 1816/13
- w dniu 26 lipca 2013 r. wykonawca: Torpol S.A. w Poznaniu (sygn. akt KIO 1820/13), zwany dalej również Odwołującym w sprawie KIO 1820/13.

Każdy z trzech Odwołujących kwestionował prawidłowość wskazanych przez siebie postanowień SIWZ, twierdząc przy tym, iż Zamawiający poprzez takie właśnie ich sformułowanie, naruszył określone w odwołaniu przepisy prawa.

Uwzględniając podniesione zarzuty, każdy z Odwołujących wnosił o dokonanie odpowiedniej, określonej przez siebie, zmiany treści SIWZ.

Na mocy zarządzeń Prezesa Izby z dnia 31 lipca i 1 sierpnia 2013 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostały doręczone prezesowi Izby przez wykonawcę: NDI S.A. w Sopocie w sprawie KIO 1790/13, wykonawcę: Skanska S.A. w Warszawie w sprawie KIO 1816/13 oraz KIO 1820/13, a także wykonawcę: Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie w sprawie KIO 1820/13. Wykonawcy ci uzyskali status uczestnika postępowania odwoławczego.

W dniu 26 lipca 2013 r. Prezesowi Izby zostało doręczone zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1790/13 wniesione w imieniu wykonawcy: Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. Nie został do niego załączony żaden dokument potwierdzający umocowanie osób, które złożyły pod nim podpis, do działania w imieniu powołanego wykonawcy. W wyznaczonym terminie posiedzenia Izby z udziałem stron, pomimo prawidłowego zawiadomienia o nim, nie stawił się żaden pełnomocnik tejże firmy. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby zgłoszenie wniesione w imieniu wykonawcy: Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. zostało wniesione w sposób skuteczny – aby dokonały go osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu tegoż wykonawcy. Dlatego też Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników każdego z postępowań odwoławczych, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu w każdej ze spraw, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Każde z trzech odwołań, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

## KIO 1790/13

Zamawiający w pkt III.3.4) SIWZ postanowił, że „wykonawca zobowiązany jest zweryfikować przed złożeniem ofert prawidłowość i kompletność dokumentacji projektowej. W przypadku stwierdzenia w tych dokumentach jakichkolwiek braków lub błędów czy niejasności, Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie powiadomić o tym Zamawiającego. W szczególności z powyższego tytułu nie będą Wykonawcy przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia o zmianę terminu wykonania zamówienia lub dodatkowe wynagrodzenie”.

W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 1790/13 Zamawiający niezgodnie z prawem zobowiązał wykonawców do zweryfikowania prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej, a także poczynił zastrzeżenie o braku jakichkolwiek roszczeń wykonawcy o zmianę terminu i dodatkowe wynagrodzenie z tytułu braków, błędów czy niejasności w dokumentach. Stanowiło to, w jego ocenie, naruszenie art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i art. 651 kc, art. 353<sup>1</sup> i art. 473 § 1 kc w zw. z art. 58 oraz art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż prowadziło do bezprawnego przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności przypisanej zamawiającemu i projektantowi, przenosząc na wykonawcę obowiązek dysponowania wiedzą wykraczającą poza kompetencje wymagane od wykonawcy w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia, a także z uwagi na fakt, iż narusza obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego.

Uzasadniając tak sformułowane zarzuty, Odwołujący w sprawie KIO 1790/13, twierdził, iż to na projektancie spoczywa odpowiedzialność za prawidłowe sporządzenie dokumentacji projektowej i to on za występowanie w niej błędów i braków odpowiada wobec zamawiającego, który ponosić będzie skutki takich błędów lub braków prowadząc postępowanie w formule „wybuduj”. Dlatego też kwestionowany zapis SIWZ naruszał art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i art. 651 kc. Odwołujący wywodził również, iż w świetle art. 647 kc to podstawowych obowiązków zamawiającego należy dostarczenie wykonawcy projektu, a jakiegokolwiek rozszerzenie obowiązków wykonawcy, w tym odpowiedzialności za sprawdzenie prawidłowości dokumentacji projektowej i ponoszenie konsekwencji zaistnienia w niej błędów, stanowi naruszenie art. 647 kc i jako takie jest sprzeczne z ustawą Pzp. Ponadto twierdził on, iż w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego mu projektu w celu wykrycia jego wad, nie musi on mieć specjalistycznej wiedzy w zakresie projektowania,

a jedynie umieć odczytać projekt i zgodnie z nim zrealizować inwestycję. Wywodził również, że nałożenie na niego obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji i wyłączenie wszelkich roszczeń wobec zamawiającego jest sprzeczne z istotą stosunku prawnego i jako takie nieważne zgodnie z art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 58 kc. W jego ocenie SIWZ, w pkt III.3.4), prowadziła do przejęcia w całości odpowiedzialności, którą ponosić powinien zamawiający (to on jest zobowiązany opisać przedmiot w sposób jednoznaczny i precyzyjny za pomocą dokumentacji projektowej), co stanowiło naruszenie art. 473 § 1 kc. Wywodził on również, odwołując się do przepisów ustawy Prawo budowlane, iż to projektant, który opracowuje projekt i jest zobowiązany zapewnić jego sprawdzenie, odpowiada przez zamawiającym za wszelkie błędy w projekcie. Stąd też to od niego Zamawiający powinien egzekwować odpowiedzialność za zaistnienie takich błędów. Wykonawca zaś nie ma żadnych instrumentów umożliwiających mu wyegzekwowanie od projektanta usunięcia zaistniałych w projekcie wad i pokrycia kosztów w związku z tym zaistniałych. Kierując się tym przekonaniem, Odwołujący twierdził, iż kwestionowany przez niego zapis prowadzi do rażącej nierównowagi stron umowy.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt III.3.4) SIWZ poprzez wykreślenie słowa „*prawidłowość*” oraz zdania „*W szczególności z powyższego tytułu nie będą Wykonawcy przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia o zmianę terminu wykonania zamówienia lub dodatkowe wynagrodzenie*”.

W ocenie Izby formułowane przez Odwołującego twierdzenia nie zasługiwały na uznanie.

Zasadnie Odwołujący podnosił, iż Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Słusznie wskazywał, iż 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. W ramach swych twierdzeń nie wykazał jednak nieprawidłowości, czy braku kompletności opisu przedmiotu zamówienia dostarczonego przez Zamawiającego wraz z SIWZ. Jak to już zostało wskazane, Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę o wszystkich wymaganiach i okolicznościach mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę. Pamiętać przy tym należy o art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Odwołujący nie wykazał, aby przekazana mu przez Zamawiającego SIWZ (a w szczególności zawarty w niej opis przedmiotu zamówienia), nie uwzględniała w swej treści jakichkolwiek wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czy też aby nie zawierała w swej treści wskazań na jakiegokolwiek elementy opisu przedmiotu zamówienia, których to przywołanie powinno znaleźć w świetle obowiązujących przepisów w niej miejsce. Z kwestionowanego zapisu SIWZ nie sposób też wywieść, że Zamawiający oczekuje od wykonawcy, aby realizowane przez niego świadczenie miało zakres szerszy aniżeli to, które wywieść można z treści dokumentacji projektowej. Kwestionowany zapis SIWZ nie nakłada na wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których wykonania byłoby on zobowiązany zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zapisy te określają jedynie rozkład przez Zamawiającego ryzyk związanych z realizacją umowy przypisanych poszczególnym stronom. Tak opisane ryzyka wykonawca konstruując swoją ofertę powinien należycie wycenić i uwzględnić w cenie ryczałtowej zaoferowanej Zamawiającemu. Nie było przy tym sporne między stronami, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ wynagrodzenie należne wykonawcy miało charakter ryczałtu. Postępując w ten sposób zabezpiecza własne interesy – wycenia bowiem przewidywany dodatkowy koszt przypisanej mu odpowiedzialności (podobnie SO w Gdańsku w sprawie XII Ga 314/11, czy też Izba w sprawach: KIO 225/09, KIO/505/11 lub KIO 509/11, KIO 515/11, KIO 519/11). Należy przy tym zauważyć, iż nie zostało wykazane, aby nałożone na wykonawcę obowiązki wykraczały poza zakres obowiązków wytyczonych przez 651 kc. Nie udowodniono zatem, aby Zamawiający przez zapis pkt III.3.4) SIWZ doprowadził do modyfikacji obowiązków wykonawcy wpływających z powołanego przepisu, a szczególności, by doprowadził do zmiany punktu odniesienia – określenia zakresu wiedzy wykonawcy – z jakiego oceniać będzie należało należyte wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązku sprawdzenia dokumentacji. W powołanym zapisie SIWZ brak bowiem jakichkolwiek odwołań do weryfikowania dokumentacji z wykorzystaniem specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania, stąd też nie sposób przyjąć, iż na wykonawcę zostały nałożone obowiązki dalej idące, niż wynikające wprost z przepisów powszechnie obowiązujących – art. 651 kc (podobnie SN: II CSK 101/08, III CKN 629/08). Izba nie doszukała się również w skązonym postanowieniu SIWZ, aby Zamawiający w jego treści obciążał wykonawcę robót odpowiedzialnością za prawidłowe skonstruowanie dokumentacji projektowej spoczywającej na projektancie, jako na jej wyłącznym autorze. Uwzględnienie w cenie ryzyka zaistnienia określonych okoliczności nie mogło bowiem zostać uznane za przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za poprawienie stwierdzonych w dokumentacji projektowej błędów czy braków. Z pkt III.3.4) SIWZ nie wynika, aby Zamawiający choćby miał zamiar obciążać wykonawcę robót obowiązkiem poprawiania, czy uzupełniania dokumentacji.



Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Kolejnym kwestionowanym przez Odwołującego w sprawie KIO 1790/13 zapisem SIWZ był pkt III.3.58). Stanowił on, iż *„Wykonawca robót zobowiązany jest do oszacowania na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowych, STWiORB, Dokumentacji geotechnicznej oraz własnego doświadczenia, całościowych kosztów odwodnienia gruntu i wykopów oraz uwzględnienia ich w przedstawionej Zamawiającemu ofercie przetargowej. Wykonawca w ofercie uwzględni ryzyko zmiany poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i Dokumentacje Projektowe nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych i wycenić koszt odwodnienia wykopu uwzględniając to ryzyko. Wyceniając, należy także uwzględnić ryzyko wahań poziomu wody gruntowej w zależności od pory roku i intensywności opadów.”*

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i art. 651 kc oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 58 kc, a także art. 7 ustawy pzp poprzez przerwienie na wykonawcę odpowiedzialności przypisanej Zamawiającemu, którego odpowiedzialność za jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia *de facto* została wyłączona. Podnosił on, iż niezgodne z przepisami jest przerwienie na wykonawcę odpowiedzialności za oszacowanie ryzyka i kosztu związanego z wystąpieniem wody gruntowej w miejscach, w których zgodnie z dokumentacją projektową nie powinno jej być i ryzyka zmiany poziomu wody w stosunku do określonego w dokumentacji. Odwołujący wywodził, iż wykonawca został zobowiązany do wycenienia wszelkiego hipotetycznie możliwego ryzyka, niezależnie od zapisów SIWZ opisujących przedmiot zamówienia.

Odwołujący wnosił o wykreślenie całego pkt III.3.58), ewentualnie jego zdania drugiego i trzeciego.

W ocenie Izby formułowane przez Odwołującego twierdzenia nie zasługiwały na uznanie.

Podobnie, jak w poprzednim przypadku, Odwołujący nie wykazał nieprawidłowości, czy braku kompletności opisu przedmiotu zamówienia dostarczonego przez Zamawiającego wraz z SIWZ. Jak to już zostało wskazane, Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę o wszystkich wymaganiach i okolicznościach mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób

umożliwiający rzetelną jego wycenę. Pamiętać przy tym należy o art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Także tu Odwołujący nie wykazał, aby przekazana mu przez Zamawiającego SIWZ (a w szczególności zawarty w niej opis przedmiotu zamówienia), nie uwzględniała w swej treści jakichkolwiek wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czy też aby nie zawierała w swej treści wskazań na jakiegokolwiek elementy opisu przedmiotu zamówienia, których to przywołanie powinno znaleźć w świetle obowiązujących przepisów w niej miejsce. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, iż przekazywane wraz z SIWZ badania geotechniczne są nierzetelne. Tymczasem w opinii geotechnicznej, na str. 4, w pkt 2.2 zawarto adnotację: *„Podany w opinii poziom wody gruntowej odnosi się do okresu wierceń i może ulegać wahaniom w zależności od pory roku, intensywności opadów atmosferycznych, pracy systemu melioracyjnego.”* Prawidłowości tegoż zapisu Odwołujący nie kwestionował, co jest szczególnie istotne, ponieważ koresponduje z nim w sposób bezpośredni zdanie drugie i trzecie pkt III.3.58) SIWZ. Wiedzą powszechną jest, że poziom wód gruntowych zależy od intensywności opadów, czy też od pory roku, stąd też uzasadnionym wydaje się oczekiwanie przez Zamawiającego, że wykonawca wyceni ryzyko z tym związane. Z kwestionowanego zapisu SIWZ nie sposób wywieść, że Zamawiający oczekuje od wykonawcy, aby realizowane przez niego świadczenie miało zakres szerszy aniżeli to, które wywieść można z treści dokumentacji projektowej. Kwestionowany zapis SIWZ nie nakłada na wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których wykonania byłoby on zobowiązany zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zapisy te określają jedynie rozkład przez Zamawiającego ryzyk związanych z realizacją umowy przypisanych poszczególnym stronom. Tak opisane ryzyka wykonawca konstruując swoją ofertę powinien należycie wycenić i uwzględnić w cenie ryczałtowej zaoferowanej Zamawiającemu. Nie było przy tym sporne między stronami, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ wynagrodzenie należne wykonawcy miało charakter ryczałtu. Postępując w ten sposób zabezpiecza własne interesy – wycenia bowiem przewidywany dodatkowy koszt przypisanej mu odpowiedzialności.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż także ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

## KIO 1816/13

Pierwszy z podnoszonych przez Odwołującego w sprawie 1816/13 zarzutów odnosił się do postanowień pkt III.3.4) SIWZ. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 647 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na wykonawcę obowiązku weryfikowania poprawności i kompletności dokumentacji projektowej oraz nieuprawnione obciążenie wyłącznie wykonawcy negatywnymi skutkami w przypadku wystąpienia wad w projektach mu przekazanych.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z pkt III.3.4) SIWZ słów: „*prawidłowość i kompletność*”, a także zdania drugiego.

Izba nie uwzględniła tak sformułowanego zarzutu kierując się motywami omówionymi w sprawie KIO 1790/13 w zakresie odnoszącym się do zarzutu ponoszonego wobec postanowień pkt III.3.4) SIWZ.

Drugi z zarzutów Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 sformułował wobec postanowień pkt III.3.34) SIWZ. Stanowił on, iż *„Wykonawca naprawi i pokryje Zamawiającemu lub osobom trzecim wszystkie koszty związane z naprawą uszkodzonego uzbrojenia niezainwentaryzowanego i zinwentaryzowanego oraz związane z uszkodzeniem innego mienia Zamawiającego lub osób trzecich. Odpowiedzialność Wykonawcy w tym zakresie oparta jest na zasadzie ryzyka.”*

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1, art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 647 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie opisał on przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewystarczający, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie określił za jakie konkretnie uszkodzenia odpowiadał będzie wykonawca, co uniemożliwia mu wycenę tak określonego ryzyka.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt III.3.34) SIWZ poprzez wykreślenie zwrotu: *„nieinwentaryzowanego”* oraz *„związane z uszkodzeniem innego mienia Zamawiającego lub osób trzecich”*.

W ocenie Izby nie zostało dowiedzione, iż Zamawiający poprzez redakcję pkt III.3.34) SIWZ w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie naruszył przywołane w odwołaniu przepisy. Zapis ten – zdanie pierwsze przywołanego punktu SIWZ, do którego odnosił się Odwołujący – jest odzwierciedleniem obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego obowiązku naprawienia wyrządzonej swym postępowaniem szkody. Niezrozumiałym jest twierdzenie odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nie określił w powołanym punkcie jaki jest faktyczny zakres zobowiązania. Na obecnym etapie nie sposób bowiem przewidzieć, jakiego rodzaju szkody i w jakim majątku zostaną dokonane w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Z uwagi na fakt, iż to wykonawca będzie realizował roboty budowlane, to w głównej mierze od jego postępowania zależna będzie skala szkód, jakich dokona on przy wykonywaniu swoich obowiązków w majątku Zamawiającego i osób trzecich. Skarżona regulacja, w kwestionowanym zakresie, jest naturalnym powtórzeniem przepisów kodeksu (art. 415 kc i n.), stąd skład orzekający nie dostrzegł, aby mogła ona zostać uznana za naruszenie powołanych przez Odwołującego przepisów.

W zarzucie trzecim Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 kwestionował zdanie pierwsze pkt III.3.35) SIWZ, zgodnie z którym: *„O ile dla wykonania Przedmiotu Zamówienia, będzie konieczne wykonanie innych robót lub czynności, w tym konieczność wykonania projektów zamiennych, warsztatowych, technologicznych lub montażowych i uzyskania w związku z tym wymaganych prawem zezwoleń, lub też dla używania wykonanych części Zamówienia będzie konieczne uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, to Wykonawca wykona te czynności i roboty oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem”*.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1, art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 351<sup>1</sup> kc, art. 647 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie opisał on przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewystarczający, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący wywodził, iż Zamawiający powołując się na kwestionowany zapis może żądać od wykonawcy wykonania wszelkich robót i czynności, które uzna za konieczne.

Odwołujący wnosił o wykreślenie z powołanego punktu SIWZ słowa „kosztem”, ewentualnie konkretne wskazanie przez Zamawiającego, jakie roboty, czy czynności będzie zobowiązany wykonać Wykonawca.

Izba uznała, iż tak sformułowany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do zrealizowania konkretnej inwestycji budowlanej – wykonania wszystkich robót i czynności niezbędnych do osiągnięcia celu umowy, jakim jest wybudowanie obiektów opisanych w SIWZ. Na obecnym etapie postępowania nie sposób przesądzić, czy Zamawiający powołując się na kwestionowany zapis dopuścił się naruszenia przepisów prawa. Jak to już zostało omówione powyżej, granice zobowiązania zaciąganego przez wykonawcę wyznaczają przepisy prawa, postanowienia SIWZ, a także treść złożonej przez niego oferty - zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, zaś w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia umowa podlega unieważnieniu (art. 140 ustawy Pzp). Mając na uwadze tę regulację, a także zestawiając kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ z treścią § 13 wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ), a także z treścią § 13 załącznika nr 4 do umowy, nie sposób przyjąć, iż intencją Zamawiającego było powierzenie wykonawcy na podstawie samej tylko umowy podstawowej (bez żadnej jej zmiany), jakichkolwiek prac, które można byłoby uznać za roboty zamienne, dodatkowe lub uzupełniające. W powołanych postanowieniach wzoru umowy i załącznika nr 4 do niego zostały bowiem wprost opisane procedury postępowania przewidziane na wypadek zaistnienia konieczności wykonania takich robót – przewidziana została tam konieczność zawarcia aneksu do umowy lub też odrębnej umowy. Zgodnie z treścią pkt III.3.71) SIWZ, dodanego pismem z dnia 1 sierpnia 2013 r., to umowie Zamawiający przyznał prymat nad pozostałymi dokumentami, które stanowią do niej załączniki, tj. nad SIWZ, dokumentacją projektową oraz ofertą wykonawcy. Zmiana ta dodatkowo wzmacnia zatem poczynioną przez Izbę wykładnię przywołanych tu postanowień SIWZ. Uwzględniając te zapisy, Izba uznała, iż zgłaszane przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, a kwestionowaną przez niego treść pkt III.3.35) traktować należy jedynie jako zobowiązanie do podjęcia negocjacji w sprawie zawarcia aneksu do umowy, czy też odrębnej umowy, której przedmiotem będzie realizacja innych robót lub czynności, których obowiązkowi wykonania nie sposób wywieść z treści SIWZ, a w szczególności z postanowień umowy.

W zarzucie czwartym Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 kwestionował pkt III.3.41) SIWZ, zgodnie z którym: *„Wykonawca zobowiązany jest do odpowiedniej ochrony mienia Zamawiającego na terenie budowy w czasie budowy”*.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1, art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 647 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie opisał on przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewystarczający, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie określił jakie mienie i jakich rozmiarów ma zostać objęte ochroną na koszty wykonawcy.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt III.3.41) SIWZ, ewentualnie dokonania zmiany poprzez konkretne wskazanie, jakie mienie Zamawiającego zobowiązany będzie ochraniać wykonawca.

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ jest wiernym odzwierciedleniem normy prawnej zawartej w art. 652 kc, zgodnie z którym wykonawca, od chwili protokolarnego przejęcia od inwestora terenu budowy, ponosi aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Jak wskazuje Tomasz Sokołowski w „*Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna*”, aut. Kidyba Andrzej (red.), Gawlik Zdzisław, Janiak Andrzej, Kopaczyńska-Pieczniak Katarzyna, Koziół Grzegorz, Niezbecka Elżbieta, Sokołowski Tomasz, LEX, 2010: *„odpowiedzialność wykonawcy określona w art. 652 k.c. w aspekcie podmiotowym obejmuje zarówno odpowiedzialność wobec osób trzecich, jak i odpowiedzialność wobec stron uczestniczących w procesie budowlanym. W aspekcie przedmiotowym odpowiedzialność wykonawcy dotyczy zarówno szkód na osobie, jak i szkód na mieniu, zarówno deliktową, jak i kontraktową*”. Mając to na uwadze Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby naruszone zostały przez Zamawiającego przepisy przytoczone w odwołaniu. Nie można bowiem czynić zarzutu braku precyzji w opisanu przedmiotu zamówienia w przypadku, gdy Zamawiający określając zakres odpowiedzialności wykonawcy powieliła w SIWZ przepisy powszechnie obowiązujące, dążąc przy tym do należytego zabezpieczenia własnych interesów.

W zarzucie piątym Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 kwestionował pkt III.3.58) SIWZ.

W jego ocenie Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 647 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1, art. 140 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ustawy Pzp – niedopuszczalne było przerzucenie na Wykonawcę ryzyka

wadliwego wykonania projektu, co oznaczało, zdaniem Odwołującego, brak wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie zdania drugiego i trzeciego pkt III.3.58) SIWZ.

Izba nie uwzględniła tak sformułowanego zarzutu kierując się motywami omówionymi w sprawie KIO 1790/13 w zakresie odnoszącym się do zarzutu ponoszonego wobec postanowień pkt III.3.58) SIWZ.

W zarzucie szóstym Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 kwestionował pkt III.3.65) SIWZ, zgodnie z którym *„Wykonawca jest zobowiązany do uzgodnienia i koordynacji Harmonogramu dla robót wykonywanych w obrębie stacji PKM „Brętowo” z Budimex S.A. – wykonawcą robót Pomorskiej Kolei Metropolitalnej oraz robót wskazanych w ppkt poprzedzających”*.

W jego ocenie Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 353 kc, art. 353<sup>1</sup> kc oraz 647 kc w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego powołane przepisy naruszone zostały przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uzgodnienia i koordynacji harmonogramu z innym wykonawcą robót, tj. Budimex S.A., pomimo że wykonawca nie ma żadnego wpływu na dokonanie uzgodnienia i wolę jego przeprowadzenia przez podmiot trzeci (Budimex S.A), który nie jest stroną umowy dla wykonawcy, a ponadto bez wskazania w SIWZ jaki wpływ mają na prace budowlane objęte niniejszym postępowaniem roboty wykonywane przez Budimex S.A.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści pkt III.3.65) SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *„Wykonawca podejmie starania uzgodnienia i koordynacji Harmonogramu dla robót wykonywanych w obrębie stacji PKM „Brętowo” z Budimex S.A. - wykonawcą robót Pomorskiej Kolei Metropolitalnej oraz robót wskazanych w ppkt poprzedzających”*.

Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uznanie. Nie sposób bowiem uznać, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienie SIWZ uznane może zostać za sprzeczne z zasadą swobody umów, czy też naturą umowy o roboty budowlane, a przepisy regulujące właśnie te zagadnienia powołał Odwołujący. Co istotne w odwołaniu nie zostało zawarte odniesienie się do przepisów ustawy Pzp regulujących sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, tj. ustanawiających obowiązek konstruowania go w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Orzekając w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, iż powołane przez Odwołującego przepisy nie wyłączają powierzenia wykonawcy obowiązku dokonania odpowiednich uzgodnień odnoszących się do harmonogramu zleconych mu do zrealizowania prac. W ocenie składu orzekającego obowiązek nałożony na wykonawcę, mimo jego kategorycznego sformułowania, uznany powinien zostać za zobowiązanie starannego działania – istotne zatem, aby wykonawca przy działaniach podejmowanych w celu jego zrealizowania dołożył należytej staranności – nie będzie ponosił odpowiedzialności, w sytuacji gdy podmiot trzeci będzie się bezzasadnie uchylał od dokonania z nim niezbędnych dla realizacji roboty ustaleń. Rozstrzygając o zasadności tak sformułowanego zarzutu, Izba uwzględniła pogląd wyrażony w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2744/13, zgodnie z którym *„w ramach środków ochrony prawnej odnoszących się do postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ należy, w kontekście oceny zasadności zarzutów, brać pod uwagę również żądania formułowane przez odwołujących się wykonawców. Źródłem powyższego jest okoliczność, iż to żądania wskazują na intencje wykonawcy, który wnosząc odwołanie zmierza do nadania postanowieniom ogłoszenia oraz SIWZ odpowiedniej treści.”* Mając to na uwadze, uznać należało, że postulowana przez Odwołującego zmiana treści pkt III.3.65) SIWZ nie wpłynęłaby na możliwość przyspieszenia dokonania odpowiednich uzgodnień z podmiotem trzecim, a prowadziłyby jedynie do zmniejszenia zakresu odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie pożądanego dla realizacji roboty budowlanej celu, tj. porozumienia z Budmiex S.A. co do uzgodnienia i koordynacji Harmonogramu dla robót wykonywanych w obrębie stacji PKM „Brętowo”.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie uwzględniła rozpoznawanego zarzutu.

W zarzucie siódmym Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 kwestionował pierwszy akapit pkt III.3.66) SIWZ, zgodnie z którym: *„W związku z koniecznością zastosowania w torze za przystankiem tramwajowym „Skrajna” rozjazdu nakładkowego na czas przebudowy pętli „Siedlce”, Wykonawca spełni następujące warunki: -) zastosować w porozumieniu z Zamawiającym najkorzystniejszą lokalizację na ułożenie rozjazdu nakładkowego pod względem technicznym i eksploatacyjnym (...)”*.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1, art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oraz art. 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie opisał on przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i



niewystarczający, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także z uwagi na fakt, iż naruszył zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący twierdził, iż Zamawiający nie określił co rozumie przez pod pojęciem „*najkorzystniejszej lokalizacji*”.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pkt III.3.66) SIWZ, poprzez dodanie definicji zwrotu „*najkorzystniejsza lokalizacja*” albo dokonanie jednoznacznego wyjaśnienia tegoż zwrotu.

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uznanie. Odwołujący nie wykazał, aby element luzu decyzyjnego jaki pozostawił sobie Zamawiający w zakresie wskazania konkretnego umiejscowienia rozjazdu nakładkowego, naruszały powołane w odwołaniu przepisy. Odwołujący ograniczył się jedynie do prostego stwierdzenia, iż kwestionowany przez niego zapis narusza określone w odwołaniu przepisy ustawy. Nie podjął próby wykazania, iż dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne nie określają warunków technicznych i eksploatacyjnych w stopniu wystarczającym dla sporządzenia rzetelnej oferty. Nie poparł też żadnymi dowodami twierdzeń o wpływie kwestionowanych przez siebie postanowień SIWZ na utrudnienie wykonawcom uczciwej konkurencji.

W ostatnim, ósmym, zarzucie Odwołujący w sprawie KIO 1816/13 kwestionował zdanie pierwsze § 5 ust. 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy (załącznika 6 do SIWZ), zgodnie z którym „*w przypadku jeśli Zamawiający byłby, z uwagi na zasadę odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego, zobowiązany dokonać zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy, Wykonawca dokona zwrotu Zamawiającemu tej kwoty w pełnej wysokości powiększonej o karę umowną w wysokości 10% zapłaconej kwoty*”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez taką jego redakcję dopuścił się naruszenia art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 483 § 1 kc i 484 § 1 kc w zw. z art. 58 § 3 kodeksu cywilnego zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, z uwagi na fakt nałożenia na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych, podczas gdy brak jest podstawy prawnej do ich wprowadzenia do umowy, a kary te fatycznie zostały zastrzeżone za zobowiązania pieniężne.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zdania pierwszego § 5 ust. 10 załącznika nr 4 do wzoru umowy (załącznika 6 do SIWZ).

Izba nie uznała tak sformułowanego zarzutu. Skład orzekający nie podzielił przekonania Odwołującego, że kara umowna została nałożona na wykonawcę bez podstaw prawnych, bowiem sam fakt dokonania zapłaty przez Zamawiającego na rzecz podwykonawcy w ramach solidarnej odpowiedzialności nie przesądza o nienależytym wykonaniu lub niewykonaniu zobowiązania przez Wykonawcę. W ocenie Izby obowiązek terminowego rozliczania się przez wykonawcę ze swoimi podwykonawcami wypływa pośrednio z wielu zapisów załącznika nr 4 do wzoru umowy, takich jak § 5 ust. 5 (obowiązek rozliczenia się z dotychczasowym podwykonawcą), § 5 ust. 6 (zakaz wyznaczania terminu płatności na rzecz podwykonawców na termin późniejszy, niż data odbioru końcowego, czy też uzależniania wypłaty wynagrodzenia od dokonania odbiorów lub płatności przez Zamawiającego), § 5 ust. 7 (solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum za dokonanie zapłaty przez Zamawiającego na rzecz podwykonawcy któregośkolwiek z konsorcjantów), § 5 ust. 9 (prawo Zamawiającego do weryfikowania braku zaległości płatniczych wykonawcy wobec podwykonawców) czy § 7 (uczynienie braku zaległości wykonawcy wobec podwykonawców za jedną z przesłanek wypłacenia należnego mu wynagrodzenia). Co istotne obowiązkowi tego nie można uznać za świadczenie pieniężne – jego przedmiotem nie jest bowiem zapłata określonej sumy pieniężnej, ale określone działanie wykonawcy – wywiązywanie się ze zobowiązań zaciągniętych wobec swoich podwykonawców, którego nienależyte wykonanie rodzić będzie dla Zamawiającego określone skutki materialne – powstanie po jego stronie obowiązku uregulowania zobowiązań pieniężnych wykonawcy wobec podwykonawców. Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający nie był uprawniony do ustalenia kwestionowanej przez Odwołującego kary umownej, dlatego też nie uwzględniła rozpoznawanego zarzutu.

### **KIO 1820/13**

Pierwszy z podnoszonych przez Odwołującego w sprawie 1820/13 zarzutów odnosił się do postanowień pkt III.3.4) SIWZ. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 31 ustawy Pzp poprzez przerwienie na wykonawcę odpowiedzialności za ewentualne braki w opisie przedmiotu zamówienia lub błędy projektowe, które nie są ujawnione na etapie składania oferty.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt III.3.4) SIWZ.

Izba nie uwzględniła tak sformułowanego zarzutu kierując się motywami omówionymi w sprawie KIO 1790/13 w zakresie odnoszącym się do zarzutu ponoszonego wobec postanowień pkt III.3.4) SIWZ.

W zarzucie drugim Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował zdanie pierwsze pkt III.3.35) SIWZ. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 31 ustawy Pzp poprzez obciążanie wykonawcy ryzykiem, iż przekazana wraz z SIWZ dokumentacja projektowa nie pozwoli na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści zdania pierwszego pkt III.3.35) SIWZ, poprzez nadanie mu następującej treści: *„O ile dla wykonania Przedmiotu Zamówienia, będzie konieczne wykonanie innych robót lub czynności, w tym konieczność wykonania projektów zamiennych, warsztatowych, technologicznych lub montażowych i uzyskania w związku z tym wymaganych prawem zezwoleń, lub też dla używania wykonanych części Zamówienia będzie konieczne uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a wynikać to będzie z wad dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych lub takiej woli Zamawiającego to Wykonawca wykona te czynności i roboty oraz uzyska niezbędne zezwolenia po udzieleniu mu zamówienia w trybie przewidzianym w art. 66 i 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych.”* Alternatywnie Odwołujący wnosił o wykreślenie kwestionowanego przez niego zapisu SIWZ.

Izba nie uwzględniła tak sformułowanego zarzutu kierując się motywami omówionymi w sprawie KIO 1816/13 w zakresie odnoszącym się do zarzutu ponoszonego wobec postanowień pkt III.3.35) SIWZ.

W zarzucie trzecim (A) Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował pkt III.3.60) SIWZ, zgodnie z którym: *„w cenie ofertowej Wykonawca uwzględni także, na czas prowadzenia robót zakresie przebudowy oświetlenia ulicznego, zapewnienie oświetlenia zastępczego ulic w porozumieniu z użytkownikami: Energa Oświetlenie Sp. z o.o. w Sopocie i Zarządem Dróg i Zieleni w Gdańsku”*. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 31 ustawy Pzp poprzez brak skonkretyzowania i opisanie z prawem przedmiotu zamówienia.

W zarzucie trzecim (B i C) Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował pkt III.3.61) tiret pierwsze i drugie SIWZ, zgodnie z którym: *„W cenie ofertowej Wykonawca uwzględni także: - ) przeniesienie istniejącego automatu biletowego oraz likwidację tablicy Systemu Informacji*

*Pasażerskiej na pętli Siedlce. Zlikwidowaną tablicę należy przekazać do ZTM w Gdańsku. Do automatu biletowego należy wykonać podłączenie zasilania, -) przeniesienie istniejącego automatu biletowego na przystanku autobusowym „Piekarnicza” (kierunek Dworzec Główny) oraz tablicy Systemu Informacji Pasażerskiej. Do przestawionej tablicy SIP należy doprowadzić łącze światłowodowe oraz uwzględnić zasilanie Tablicy SIP i automatu biletowego”. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i art. 31 ustawy Pzp poprzez brak skonkretyzowania i opisanie z prawem przedmiotu zamówienia.*

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt III.3.60) i 61) SIWZ lub nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła tak sformułowanych zarzutów.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego literą A, Izba uznała, iż nie został on w sposób wystarczający dookreślony – Odwołujący nie wykazał w odwołaniu jakich elementów opisu Zamawiający nie ujął w SIWZ. Innymi słowy nie udowodnił zaistnienia uchybienia przez Zamawiającego w sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Twierdzenie Odwołującego ograniczone zostało do prostego zakwestionowania kompletności opisu i nie zostało choćby uprawdopodobnione.

Zarzuty oznaczone literami B i C Odwołujący wzbogacił, w porównaniu do poprzedniego, o stwierdzenie, iż do SIWZ nie zostały załączone żadne rysunki, plany lub dokumenty opisujące prace opisane w pkt III.3.61) tiret pierwsze i drugie SIWZ. Fakt ten nie mógł przesądzić o uwzględnieniu tak zakreślonego zarzutu. Szczególnie wobec wskazania przez Zamawiającego dwóch planów sytuacyjnych (0.1 i 0.3) stanowiących element Projektu wykonawczego, branża: elektroenergetyka - projekt budowy i przebudowy sygnalizacji świetlnej oraz budowy elementów systemu TRISTAR i SIP dla przedsięwzięcia: „*Gdański Projekt Komunikacji Miejskiej – etap III B Budowa linii tramwajowej Siedlce – Pomorska Kolej Metropolitalna (PKM) Zadanie: Zadanie 1.1. Odcinek od pętli Siedlce do przystanku PKM*”, na których to planach (a także w samym projekcie wykonawczym) poczyniono adnotację o zakładanej lokalizacji tablic Systemu Informacji Pasażerskiej i automatach biletowych.

W zarzucie czwartym Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował pkt XI.4 SIWZ, zgodnie z którym: „*Wraz z ofertą należy złożyć wypełnione Tabele Elementów Scalonych*

sporządzone wg wzoru załącznika nr 8 do SIWZ". Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 31 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku dokonania własnych obliczeń przedmiarowych.

W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący oświadczył, iż wycofuje ten zarzut, stąd nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

W zarzucie piątym Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował § 3 ust. 3 i 4 wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ), zgodnie z którymi: „3. Wynagrodzenie Wykonawcy zostanie odpowiednio zmniejszone w przypadku niewykonania przedmiotu umowy w jakiegokolwiek części – niezależnie od przyczyny. 4. Zmiana wynagrodzenia, w przypadkach opisanych w ust 3. powyżej, nastąpi na podstawie wyceny niewykonanych robót w oparciu o normatywy określone w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR) przy użyciu średnich, dla rejonu Pomorskiego cen materiałów, urządzeń, pracy sprzętu budowlanego, stawek robocizny kosztorysowej oraz innych wskaźników cenotwórczych, określonych w aktualnych informacjach - „SEKOCENBUD”, wydawanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o. W przypadku braku tych cen w informacjach - „SEKOCENBUD”, będą kolejno stosowane średnie ceny zawarte w aktualnych informacjach – „INTERCENBUD”, ORGBUD.” Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2, art. 140, art. 144 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez próbę jednostronnego kreowania i zmiany ceny ofertowej wykonawcy w przypadku rozliczenia przedmiotu zamówienia w okolicznościach odstąpienia od realizacji części zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z § 3 ust. 4 wzoru umowy odniesienia do normatywów i cen przedstawianych przez osoby trzecie, i wpisanie odniesienia do cen jednostkowych obowiązujących strony przyszłej umowy, a wynikających z wycenionego przedmiaru/przedmiarów robót.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przywołanych przez siebie przepisów. Zamawiający w kwestionowanych postanowieniach SIWZ zawarł odniesienie do zobiektywizowanych wycen najpopularniejszych na rynku wydawnictw zawierających wycenę poszczególnych nakładów niezbędnych do wykonania robót budowlanych. Odniesienie to zostało poczynione na potrzeby obliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia w przypadku niewykonania objętych opisem przedmiotu zamówienia części robót. Takie działanie Zamawiającego znajdowało uzasadnienie w ryczałtowym charakterze ceny, która ze swej natury jedną kwotą obejmowała pełen zakres robót. Wykonawca,

zgodnie z pkt XI.4 SIWZ, był zobowiązany wraz z ofertą złożyć wypełnione Tabele Elementów Scalonych sporządzone wg wzoru załącznika nr 8 do SIWZ. Informacje te jednak, ze swej ogólnej natury również nie mogły posłużyć do dokonania wyceny poszczególnych nakładów niezbędnych do wykonania robót budowlanych. Wykonawcy nie zostali zobowiązani do złożenia wraz z ofertą wycenionych przedmiarów – kosztorysów ofertowych, stąd też niemożliwym było odniesienie się przez Zamawiającego do nieistniejących dokumentów. Dlatego też Zamawiający w celu zabezpieczenia własnych interesów odwołał się do uznanych na rynku wydawnictw kosztorysowych. Co istotne, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób takie działanie Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców, czy też przepisy art. 140 lub art. 144 ustawy Pzp.

W zarzucie szóstym Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował § 11 ust. 4 wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ), zgodnie z którym: *„4. W zakresie gwarancji jakości nasadzeń i zieleni wykonanej w ramach zamówienia Wykonawca w okresie pierwszych 12 miesięcy okresu gwarancji jakości odpowiedzialny będzie za pielęgnację i utrzymanie żywotności roślin na własny koszt i własnym staraniem”*. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie obowiązku jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż wycofuje ten zarzut, stąd nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

W zarzucie siódmym Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował § 13 ust. 3-5 załącznika nr 4 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ), zgodnie z którymi: *„3. Zlecenie zamówień uzupełniających i/lub robót zamiennych będzie możliwe tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w Ustawie Prawo zamówień publicznych lub wymienionych w § 13 Umowy. 4. Wynagrodzenie za zamówienia uzupełniające i roboty zamienne ustalone będzie w drodze negocjacji na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego z uwzględnieniem następujących czynników cenotwórczych: a) cen jednostkowych przedstawionych w kosztorysie ofertowym, b) stawek roboczogodziny, cen materiałów i najmu sprzętu na poziomie nie przekraczającym poziomu średnich cen krajowych w okresie realizacji robót wg cenników Sekocenbudu za poprzedni kwartał, c) faktur zakupu lub ofert na materiały i najem sprzętu. 5. Szczegółowe kosztorysy zamówień uzupełniających i/lub robót zamiennych sporządzone przez Wykonawcę na własny koszt podlegają sprawdzeniu i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. W przypadku wyceny*

*przygotowywanej w oparciu o oferty lub faktury zakupu Zamawiający zastrzega sobie możliwość ich sprawdzenia i uzyskania niezależnych ofert na materiały lub usługi.”* Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 66 – 68 oraz art. 144 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem ustalanie przez Zamawiającego w treści SIWZ zasad udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających oraz dokonywania zmian umowy. Jak twierdził Odwołujący, Zamawiający nie może w umowie o udzielenie zamówienia kreować za wykonawcę cen w jego ofercie składanej w odrębnym postępowaniu. Podkreślał też, że wykonanie robót zamiennych musi być poprzedzone zmianą umowy podstawowej.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych przez siebie postanowień.

Zarzut ten nie znalazł uznania Izby. W ocenie składu orzekającego nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów. Zaznaczenia przy tym wymaga, iż przepisy art. 66 – 68 ustawy Pzp odnoszą się do innego trybu udzielania zamówień publicznych (zamówienie z wolnej ręki) i nie znajdują one bezpośredniego zastosowania przy prowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, tj. tego trybu, w którym prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Odwołujący zdaje się nie zauważać treści § 13 ust. 1 i 2 bezpośrednio poprzedzających kwestionowane przez niego zapisy. Zapisy te wprost podważają słuszność zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Zgodnie z nimi: „1. *Zamówienia uzupełniające będą wykonywane na podstawie protokołów konieczności i negocjacji podpisanych przez Wykonawcę i Zamawiającego oraz po udzieleniu zamówienia z wolnej ręki i podpisaniu na piśmie pod rygorem nieważności dodatkowej umowy. 2. Roboty zamienne będą wykonywane na podstawie protokołów konieczności i negocjacji podpisanych przez Wykonawcę i Zamawiającego oraz po podpisaniu pisemnego aneksu do Umowy*”. W zapisach tych wyraźnie jest mowa o prowadzeniu z wykonawcą negocjacji w celu zawarcia odpowiednio odrębnej umowy lub aneksu do umowy podstawowej. Kwestionowane przez Odwołującego zapisy, w ocenie Izby, mają jedynie ułatwić ustalenie stronom pozycji wyjściowej w negocjacjach. Mając powyższe na uwadze, Izba odmówiła uznania omawianego tu zarzutu.

W zarzucie ósmym Odwołujący w sprawie KIO 1820/13 kwestionował prawidłowość przedstawionych wykonawcom przedmiarów – twierdził, iż nie zawierają one obliczenia ilości jednostek miary dla pozycji przedmiarowych, co stanowiło naruszenie § 10 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego

zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.)

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż wycofuje ten zarzut, stąd nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w każdej ze spraw oraz kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w sprawie KIO 1790/13.

**Przewodniczący:** .....