

**WYROK**  
z dnia 10 września 2014 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 8 września 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2014 roku przez wykonawcę Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zmawiającego Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach Plac Piastowski 27a, 89-600 Chojnice

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach:
  - przedłużenie terminu składania ofert i wyznaczenie go nie wcześniej niż na 22 września 2014 roku,
  - zmianę postanowienia § 23 ust. 3 Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10) i zastąpienie dotychczasowej treści następującą treścią: *Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi złożyć oświadczenie potwierdzające, że wykonał wszystkie roboty zgodnie z dokumentacją projektową.*W pozostałej części nie uwzględnia zarzutów odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża Zmawiającego Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach Plac Piastowski 27a, 89-600 Chojnice i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zmawiającego Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach Plac Piastowski 27a, 89-600 Chojnice, na rzecz wykonawcy Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1753/14**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Miejskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Przebudowa i rozbudowa miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych*, o którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2014 roku pod numerem 2014/S 155-277751.

25 sierpnia 2014 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 179 uts. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie ofert, tj. wskazanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), część I - Instrukcja dla Wykonawców, zmienionej oświadczeniem Zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2014 r., terminu składania ofert na dzień 8 września 2013 r. o godz. 10:00;
- 2) zamieszczeniu w SIWZ, część II - Wzór umowy następujących postanowień:
  - § 10 ust. 1 - zgodnie z którym „Wykonawca zapewnia i zobowiązuje się wobec Zamawiającego, że zapoznał się oraz akceptuje wszystkie warunki techniczne, w tym gruntowe i wodne, oraz inne ryzyka związane z wykonawstwem robót budowlanych i nie będzie z tego tytułu podnosił żadnych roszczeń wobec Zamawiającego”,
  - § 10 ust. 3 - zgodnie z którym „Wykonawca ma obowiązek powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie umowy w terminie, w którym przy zachowaniu miary najwyższej staranności nieprawidłowość tę winien wykryć, nie później jednak niż w terminie 14 dni przed rozpoczęciem realizacji

element robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji. W przypadku wykrycia tych nieprawidłowości w dokumentacji, Wykonawca niezwłocznie (najpóźniej dnia następnego od ich ujawnienia, jednak nie później jak 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji) powiadomi pisemnie Zamawiającego o występujących w dokumentacji nieprawidłowościach. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę nieprawidłowości (wad, błędów, braków i pominięć) w dokumentacji Zamawiającego, Zamawiający opracuje uzupełnienie projektów wykonawczych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Dostarczenie Wykonawcy uzupełnionych projektów pozwalających na realizację przedmiotu umowy w terminie 14 dni od daty prawidłowo dokonanego zgłoszenia nieprawidłowości nie będzie stanowiło dla Wykonawcy podstawy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń”,

- § 23 ust. 3 - zgodnie z którym: „Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi potwierdzić, że zostały osiągnięte wszystkie parametry techniczne i technologiczne i ekologiczne, jak wymagał tego Zamawiający, a gwarantował Wykonawca składając ofertę i podpisując umowę na Roboty,
  - § 32 ust. 1 pkt k) - zgodnie z którym: „Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za nie wykonanie obowiązku powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji w terminie, o którym mowa w § 10 ust. 3 - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień po upływie 14-dniowego terminu określonego w § 10 ust. 3;
- 3) nieumieszczenie w części II SIWZ - Wzór umowy w § 33 ust, 3 postanowienia, iż „zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadku, gdy dokumentacja okaże się błędna i zajdzie konieczność jej poprawy, zmiany lub uzupełnienia mająca wpływ na termin realizacji robót oraz wynagrodzenie wykonawcy, jak również gdy podczas wykonywania Robót ujawnią się szczególne warunki techniczne, gruntowe lub wodne, które nie były uwzględnione w dokumentacji, a które uniemożliwią lub utrudnią wykonanie Robót zgodnie z umową;
- 4) udzieleniu wyjaśnienia pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r., iż „w związku z dokonaną zmianą § 10 ust 3 i 4 wzoru umowy, brak jest podstaw

do uwzględnienia wniosku o zmianę terminu i/lub zmianę ceny kontraktowej. Zmiana dokumentacji nie jest przesłanką do zmiany ceny. Brak jest bezpośredniego związku między zmianą dokumentacji a wynagrodzeniem, które jest ryczałtowe.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 43 ust. 3 pkt 1) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz naruszenie art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114 z późn. zm.) (dalej jako „Dyrektywa”) przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty i w konsekwencji także naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami - powyższe uchybienie Zamawiającego uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, złożenie ofert, względnie skutkować będzie złożeniem przez nich ofert nierzetelnych i nieprawidłowo skalkulowanych,

- art. 140 ust. 1 ustawy w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy oraz art. 647 i art. 651 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, ze zm. dalej jako „KC”), przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień skutkujących możliwością istotnej modyfikacji zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, na skutek wad w dokumentacji projektowej ujawnionych w trakcie realizacji umowy, przy zachowaniu niezmięionej wysokości wynagrodzenia ryczałtowego oraz niezmięionych terminów realizacji Robót;

- art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) ustawy oraz art. 647 KC, przez naruszenie obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w ten sposób że Zamawiający w § 10 ust. 3 wzoru umowy przyznaje sobie bardzo szeroką możliwość wprowadzania zmian do opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa) z przyczyn niezależnych od wykonawcy, bez możliwości zgłaszania roszczeń przez wykonawcę (co wynika również z wyjaśnień Zamawiającego do pytania nr 009), co stanowi niemożliwe do oszacowania ryzyko dla wykonawcy i tym samym uniemożliwia sporządzenie oferty, w tym skalkulowania jej ceny,

- art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 651 KC oraz art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasady swobody umów i ukształtowanie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i naturę stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane, w ten sposób że poinformowanie Zamawiającego o ujawnionych wadach może nastąpić jedynie w terminie 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością dokumentacji projektowej,

- art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy, przez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób prowadzący do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, a tym samym do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania jako całkowicie uzasadnionego oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego na ich przygotowanie i złożenie, to jest o co najmniej 14 dni,

- nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 10 ust. 1 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca potwierdza, że zapoznał się oraz akceptuje wszystkie warunki techniczne, w tym gruntowe i wodne wskazane w przekazanej mu przez Zamawiającego dokumentacji.”,

- nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 10 ust. 3 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca ma obowiązek powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie umowy w terminie, w którym przy zachowaniu miary najwyższej staranności nieprawidłowość tę winien wykryć, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia ujawnienia wady. W przypadku wykrycia tych nieprawidłowości w dokumentacji, Wykonawca niezwłocznie (najpóźniej w terminie 14 dni od ich ujawnienia) powiadomi pisemnie Zamawiającego o występujących w dokumentacji nieprawidłowościach. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę nieprawidłowości (wad, błędów, braków i pominięć) w dokumentacji, Zamawiający opracuje uzupełnienie projektów wykonawczych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. W przypadku, gdy uzupełnienie dokumentacji ma wpływ na termin realizacji robót i/lub na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, Wykonawca będzie uprawniony do żądania zmiany umowy w zakresie odpowiednio terminu realizacji robót i/lub wysokości wynagrodzenia”,

- nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 23 ust. 3 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi złożyć oświadczenie, potwierdzające, że wykonał wszystkie roboty zgodnie z

dokumentacją projektową",

- nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 32 ust. 1 pkt k) wzoru umowy;
- nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 33 ust. 3 wzoru umowy, przez dopisanie pkt i) o treści „gdy przekazana Wykonawcy przez Zamawiającego dokumentacja okaże się błędna i zajdzie konieczność jej poprawy, zmiany lub uzupełnienia mająca wpływ na termin realizacji robót oraz wynagrodzenie wykonawcy, jak również gdy podczas wykonywania Robót ujawnią się szczególne warunki techniczne, gruntowe lub wodne, które nie były uwzględnione w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, a które uniemożliwią lub utrudnią wykonanie Robót zgodnie z umową.”,
- nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 33 ust. 5 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiana terminu i wynagrodzenia jest możliwa w przypadku zaistnienia zdarzeń jak opisano w ust 3 lit a), b), d) e), g), i).”

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, bowiem wobec dokonania ww. wskazanych niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego złożenie przez Odwołującego rzetelnie skalkulowanej oferty byłoby istotnie utrudnione lub wręcz niemożliwe, a w razie uzyskania zamówienia Odwołujący mógłby ponieść dodatkowe koszty, niemożliwe do przewidzenia w momencie składania oferty.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Okoliczności faktyczne:

Zamawiający ogłoszeniem z dnia 14 sierpnia 2014 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i rozbudowę miejskiej oczyszczalni i przepompowni ścieków w Chojnicach wraz z budową nowych obiektów technologicznych”. Zamawiający na swojej stronie internetowej <http://docs.wodociaoi.chojnice.Dl/docs> opublikował SIWZ, która składa się z części I - Instrukcja dla Wykonawców, części II - Wzór umowy oraz części III - Dokumentacja projektowa, inne załączniki.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 4 września 2014 r. na godz. 10:00.

Następnie, oświadczeniem z dnia 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, w ramach której zmienił termin składania ofert na dzień 8 września 2014 r. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie konkretnych prac budowlanych. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 części II - Instrukcja dla Wykonawców, szczegółowy zakres prac, jakie ma wykonać wykonawca w ramach Zamówienia określa dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, stanowiące integralną część SIWZ (a więc dostarczone wykonawcy przez Zamawiającego). Z kolei, zgodnie z pkt 1 Rozdziału XII cenę oferty należy ustalić w oparciu o otrzymaną dokumentację projektową. Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej jako „STWiORB”), wymagania SIWZ oraz obowiązujące normy, przepisy i wiedzę budowlaną. W myśl pkt 4 ww. Rozdziału cena oferty musi obejmować kompletne wykonania zamówienia, w tym koszty wykonania robót podstawowych bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej, jak również koszty robót, usług i opłat nie ujętych w dokumentacji projektowej i STWiORB, a których wykonanie niezbędne jest dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący wskazał, że samo przygotowanie załącznika nr 1B do formularza oferty (Wykaz maszyn, urządzeń i wyposażenia) jest bardzo skomplikowane i czasochłonne, gdyż na ok 40 stronach wymaga szczegółowego wykazania zaoferowanych urządzeń spełniających wymogi Zamawiającego. Samo jego dokładne przygotowanie z uwagi na konieczność szczegółowych uzgodnień z dostawcami sprzętów i użytkownikami wymaga około 2 tygodni. Niezgodność zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ skutkować będzie odrzuceniem oferty, stąd wymagane jest bardzo precyzyjne wyspecyfikowanie i opisanie tych urządzeń. Zgodnie zaś pkt 3 Rozdziału XVI Części II SIWZ zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadkach określonych w § 33 wzoru umowy.

Część II SIWZ - wzór umowy, zmieniony oświadczeniem Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2014 r., zawiera następujące postanowienia:

- § 10 ust. 1 - Wykonawca zapewnia i zobowiązuje się wobec Zamawiającego, że zapoznał się oraz akceptuje wszystkie warunki techniczne, w tym gruntowe i wodne, oraz inne ryzyka związane z wykonawstwem robót budowlanych i nie będzie z tego tytułu podnosił żadnych roszczeń wobec Zamawiającego.
- § 10 ust. 3 - Wykonawca ma obowiązek powiadomienia Zamawiającego o



nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie umowy w terminie, w którym przy zachowaniu miary najwyższej staranności nieprawidłowość tę winien wykryć, nie później jednak niż w terminie 14 dni przed rozpoczęciem realizacji element robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji. W przypadku wykrycia tych nieprawidłowości w dokumentacji, Wykonawca niezwłocznie (najpóźniej dnia następnego od ich ujawnienia, jednak nie później jak 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji) powiadomi pisemnie Zamawiającego o występujących w dokumentacji nieprawidłowościach. W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę nieprawidłowości (wad, błędów, braków i pominięć) w dokumentacji Zamawiającego, Zamawiający opracuje uzupełnienie projektów wykonawczych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Dostarczenie Wykonawcy uzupełnionych projektów pozwalających na realizację przedmiotu umowy w terminie 14 dni od daty prawidłowo dokonanego zgłoszenia nieprawidłowości nie będzie stanowiło dla Wykonawcy podstawy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń.

-§ 23 ust. 3 - Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi potwierdzić, że zostały osiągnięte wszystkie parametry techniczne i technologiczne i ekologiczne, jak wymagał tego Zamawiający, a gwarantował Wykonawca składając ofertę i podpisując umowę na Roboty.

-§ 32 ust. 1 pkt k) - Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za nie wykonanie obowiązku powiadomienia Zamawiającego o nieprawidłowościach (wadach, błędach, brakach, pominięciach) w dokumentacji w terminie, o którym mowa w § 10 ust. 3 - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień po upływie 14-dniowego terminu określonego w § 10 ust. 3.

-§ 33 ust. 3 - Zmiana istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty złożonej przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jest możliwa w przypadku:

- a) siły wyższej, w tym w szczególności działania na terenie budowy: amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych, fal ciśnieniowych, działania sił natury,
- b) wystąpienia na terenie budowy podtopień (teren zagrożenia powodziowego),
- c) działania organów administracji publicznej, organów władzy lub wymiaru sprawiedliwości, które uniemożliwiają zgodne z prawem wykonywanie zobowiązań umownych, zwłaszcza robót budowlanych jeżeli zostały one podjęte przez te

- podmioty nie na skutek działań Wykonawcy lub Zamawiającego,
- d) zmiany w trakcie obowiązywania umowy stawek podatku VAT, przepisów prawa i/lub norm, których zastosowanie jest niezbędne dla wykonywanego przedmiotu umowy,
  - e) zmiany warunków dofinansowania zmieniającego terminy i zasady realizacji inwestycji,
  - f) zmiany kolejności wykonania części zamówienia,
  - g) rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy (zaniechanie wykonania). Rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy (za wyjątkiem przypadku określonego w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych) może nastąpić w wysokości nie wyższej niż 5 % ceny i tylko w uzasadnionych przypadkach. W takim przypadku Zamawiający dokona proporcjonalnego obniżenia ceny obliczając wartość robot podlegających rezygnacji,
  - h) zmiany maszyn i urządzeń oferowanych przez Wykonawcę w ofercie, na modele nowszej generacji o tych samych lub wyższych parametrach, jeżeli maszyny i urządzenia oferowane wyszły z produkcji, lub nie są dla nich dostępne części zamienne lub serwisowanie w okresie opisanym w SIWZ. Zmiana ta może nastąpić jedynie po uzyskaniu pozytywnej opinii Inspektora Nadzoru i zgody Zamawiającego.

W wyjaśnieniach z dnia 22 sierpnia 2014 r. Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie nr 009 W związku z dokonaną zmianą § 10 ust. 3 i 4 brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku o zmianę terminu i/lub zmianę ceny kontraktowej. Zmiana dokumentacji nie jest przesłanką do zmiany ceny. Brak jest bezpośredniego związku między zmianą dokumentacji a wynagrodzeniem, które jest ryczałtowe.

#### Okoliczności prawne

Argumentacja dot. czynności opisanej w pkt 1:

Stosownie do art. 43 ust. 3 pkt 1) jeżeli wartość zamawiania jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w

zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed data wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2011 roku (sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11) oraz wyrokiem KIO z dnia 27 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2188/13) Zamawiający obowiązany jest uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zdaniem Izby uwzględnienie w warunkach konkretnego postępowania czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty zapewnia realną konkurencję w postępowaniu i odpowiada postulatowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 ustawy. Wyznaczając termin składania oferty, Zamawiający powinien, zatem zawsze uwzględniać czas niezbędny wykonawcom do przygotowania i złożenia oferty (por. także wyr. KIO z 26 czerwca 2009 r., KIO/UZP 737/09; wyr. SO w Warszawie z 10 lipca 2008 r., V Ca 1109/08).

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE w ust. 1 stanowi, iż podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności czas wymagany do sporządzenia ofert. Mając na względzie ogólny charakter wytycznych zawartych w art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE należy przyjąć, że zasadą na gruncie unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych winno być ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem niezbędnego czasu na sporządzenie ofert.

Wyznaczony przez Zamawiającego w Postępowaniu termin, nawet po jego przedłużeniu na skutek wprowadzenia zmian do treści SIWZ, nie uwzględnia powyższych kryteriów. Zamawiający ustalił bowiem zbyt krótki termin na składanie ofert mając na uwadze rozmiary, złożoność oraz istotność zmian dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a także konieczność uzgodnienia, skoordynowania, opracowania, nawiązania współpracy i wyjaśnienia wielu elementów zamówienia z podmiotami zewnętrznymi. Wyznaczony termin składania ofert jest nierealny i w sposób istotny ogranicza wykonawcom, w tym Odwołującemu dostęp do przedmiotowego zamówienia. Kwestionowana czynność Zamawiającego ogranicza zatem krąg wykonawców, którzy będą w stanie konkurować

o zamówienie, względnie uniemożliwia bądź znacząco utrudnia wykonawcom złożenie porównywalnych, rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert. W następstwie powyższego zniweczony zostanie jeden z podstawowych celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zapewnienie efektywnej konkurencji w postępowaniu. Powyższe stanowi naruszenie art. 43 ust. 3 pkt 1) ustawy ustawy oraz art. 38 ust.1 Dyrektywy 2004/18/WE oraz skutkuje uchybieniem przez Zamawiającego dyrektywie zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy ustawy, tj. obowiązku przygotowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego Postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Argumentacja dot. czynności opisanej w pkt 2,3 i 4:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy, 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. Zgodnie zaś z art. 31 ust. 1 ustawy, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 140 ustawy stanowi z kolei, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Kwestionowane postanowienia wzoru umowy stanowią ewidentne naruszenie ww. przepisów ustawy oraz istoty umowy o roboty budowlane.

Przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za prawidłowość projektu

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający - wbrew istocie umowy o roboty budowlane - przeniósł na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość i jakość dokumentacji projektowej. Z § 23 ust. 3 wzoru umowy wynika bowiem, iż aby Zamawiający dokonał odbioru robót (co jest podstawą do wystawienia przez wykonawcę faktury VAT i otrzymania wynagrodzenia), wykonawca musi złożyć oświadczenie, że wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne i technologiczne zostały osiągnięte. Ww. parametry są natomiast określone w dokumentacji projektowej, przekazanej wykonawcy przez Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający wymaga, aby

wykonawca oświadczył i zagwarantował, że parametry ustalone przez twórców ww. dokumentacji są w całości poprawne. Wymaganie to jest jednak bezpodstawne i sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, ponieważ wykonawca inwestycji o charakterze „Wybuduj” nie bierze udziału w przygotowaniu dokumentacji projektowej, a więc nie może ponosić odpowiedzialności za jej prawidłowość. Wykonawca otrzymuje przygotowaną już dokumentację od Zamawiającego, który gwarantuje, że wykonanie robót zgodnie z tą dokumentacją, będzie stanowiło należyte wykonanie umowy. Co więcej, wymaganie od wykonawcy zagwarantowania, iż parametry techniczne uwzględnione w dokumentacji projektowej są prawidłowe, oznaczałoby konieczność odtworzenia przez wykonawcę jeszcze raz całego procesu projektowego i wykonania wszystkich obliczeń. To z kolei stoi w oczywistej sprzeczności z istotą i podziałem ról w umowie o roboty budowlane projektowane przez Zamawiającego. Powyższe potwierdził także wielokrotnie Sąd Najwyższy, wskazując, że wykonawca nie ma obowiązku dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. III CKN 629/98). **Także KIO wielokrotnie podkreśliła, że** „wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty” (por. wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., KIO 806/11).

Ustalenie ograniczenia terminu na zgłaszanie wad w dokumentacji projektowej

Kolejną nieprawidłowością, której dopuścił się Zamawiający jest wprowadzenie terminu na zgłaszanie wad w dokumentacji projektowej. Wykonawca ma bowiem obowiązek dokonania takiego zgłoszenia w terminie nie późniejszym niż 14 dni przed rozpoczęciem realizacji danego elementu robót objętego stwierdzoną nieprawidłowością w dokumentacji. Co więcej, jeżeli wykonawca nie dochowa ww. terminu, w myśl § 32 ust. 1 pkt k), zostanie obciążony karą umowną. Kwestionowane postanowienie jest ewidentnym naruszeniem art. 651 KC, ponieważ wykonawca został obciążony odpowiedzialnością za wady dokumentacji projektowej, których nie da się stwierdzić w terminie nałożonym przez Zamawiającego. Może bowiem zdarzyć się tak, iż wada dotycząca danego elementu robót ujawni się później, niż na 14 dni od daty rozpoczęcia tej roboty, a więc wykonawca dopiero

wtedy będzie miał możliwość zgłoszenia tego Zamawiającemu. W takim przypadku natomiast przepisy wzoru umowy nie dość, że nie pozwalają wykonawcy skutecznie zgłosić Zamawiającemu ujawnionej wady, ale wręcz wiążą się z nałożeniem na wykonawcę kary finansowej. Jak natomiast podkreśliła KIO „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może i a kimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważane na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji.” (por. wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, por. także wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r. KIO 2649/11).

#### Pozbawienie wykonawcy możliwości zgłaszania roszczeń w przypadku wadliwości dokumentacji projektowej

W wyjaśnieniach do pytania nr 009 Zamawiający jednoznacznie wskazał, że stwierdzona wadliwość dokumentacji projektowej oraz konieczność jej modyfikacji nie stanowi podstawy do zmiany terminu realizacji oraz wysokości wynagrodzenia. Powyższe oznacza, że w przypadku, gdy dokumentacja projektowa okaże się błędna i będzie wymagała istotnych zmian, wykonawca nie będzie miał możliwości ani żądania przedłużenia terminu, ani zmiany wynagrodzenia. Należy przy tym wskazać, że Zamawiający mówi w ww. wyjaśnieniach oraz w zmodyfikowanym § 10 ust.3 wzoru umowy ogólnie o zmianach dokumentacji. Oznacza to, że zmiany te mogą dotyczyć drobnych elementów (nie mających wpływu na zakres prac), jak i kwestii istotnie wpływających na zakres robót. Przyjęcie przez autorów dokumentacji projektowej błędnych założeń lub/i niewłaściwych rozwiązań projektowych dla poszczególnych branż w oczywisty sposób może bowiem prowadzić do: konieczności wykonania projektów zastępczych nierzadko skutkujących obowiązkiem uzyskania nowego pozwolenia, wydłużenia procesu realizacji zadania, czy też konieczności poniesienia znacząco większych nakładów na realizację obiektu. Dla przykładu: błędnie przyjęte założenia dotyczące układu hydraulicznego czy technologii oczyszczania ścieków mogą powodować niedoszacowanie mocy lub/i liczby urządzeń np. pomp, mieszadeł, dmuchaw itp, ale również przekrojów rurociągów i kanałów oraz gabarytów głównych obiektów takich jak reaktory biologiczne czy osadniki wtórne. Brak możliwości podnoszenia roszczeń dot. wysokości wynagrodzenia oraz terminu

realizacji robót oznacza z kolei konieczność wliczenia tych ryzyk do ceny ofertowej. Jest to zatem ewidentne naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12) Pzp, ponieważ wykonawca jest zobowiązany do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty. Takie działanie narusza także obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienia wprowadzające możliwość dokonania zmiany pierwotnej dokumentacji projektowej, nie precyzujące zakresu ani warunków dokonania takich zmian, mają ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane - przekazany przez Zamawiającego - jest niejednoznaczny i nie wyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może bowiem precyzyjnie ustalić, jaki konkretny zakres robót budowlanych będzie zobowiązany wykonać, a tym samym nie jest w stanie oszacować kosztów wykonania tych robót. Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku przeniesienia na wykonawcę ryzyk związanych z nieujawnionymi w dokumentacji projektowej szczególnymi warunkami technicznymi, gruntowymi i wodnymi. Na etapie składania oferty wykonawca nie ma bowiem możliwości wykonania tak daleko idących i zaawansowanych technicznie badań, aby ocenić wszystkie ryzyka gruntowe i wodne. **Powyższe podkreśliła także KIO mówiąc, iż takie postanowienia** „tak dalece wkraczają w zakres odpowiedzialności projektanta, że obarczają przyszłego wykonawcę robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i określić (wycenić) na etapie składania oferty.” (por. wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r., KIO 806/11 oraz wyrok KIO KIO z dnia 11 lutego 2014 r. KIO 139/14, KIO 148/14, KIO 150/14). W konsekwencji, kwestionowane postanowienia naruszają również art. 140 ustawy, bowiem konsekwencją ich wprowadzenia jest ryzyko, że w trakcie wykonywania robót, na skutek zmian w dokumentacji projektowej, zakres zobowiązania umownego wykonawcy nie będzie tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.

Należy także dodać, że pozbawienie wykonawcy prawa do zmiany wynagrodzenia i przedłużenia czasu realizacji robót w przypadku wadliwości dokumentacji projektowej jest naruszeniem art. 651 KC i 139 ust. 1 ustawy. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem KIO, jeżeli w dokumentacji na roboty budowlane przekazanej przez Zamawiającego ujawnią się różnego rodzaju wady, usterki lub też luki, to w sytuacji, ich niezwłocznego zgłoszenia po ujawnieniu, stosownie do art. 651 KC, wówczas zachodzą podstawy do dodatkowych rozliczeń z tego tytułu, jeżeli prowadziłyby to do wykonania szerszego lub innego niż pierwotnie objętego dokumentacją zakresu prac, a także do udzielenia stosownego

czasu na dokonanie takich zmian (por. wyrok KIO z dnia 11 lutego 2014 r. KIO 139/14, KIO 148/14, KIO 150/14). Zmiana zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła zarządzana przez Zamawiającego odnosi ten skutek, że odpada podstawa określenia pierwotnego wynagrodzenia. Skoro przyjmujący zamówienie ma wykonać dzieło w innym kształcie czy w inny sposób niż pierwotnie ustalony, wynagrodzenie z tego tytułu nie może pozostać bez zmian. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 28 maja 2014 r. (KIO 970/14), wskazując, iż Jeśli zamawiający zamierza obarczyć ryzykiem wyłącznie wykonawcę, to wykonawca ma prawo nie zgodzić się i nie złożyć oferty w postępowaniu, zaś jeśli zdecyduje się na udział w takim postępowaniu, to ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego a niego ryzyka".

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 sierpnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*



Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pismo z dnia 5 września 2014 roku *Odpowiedź na odwołanie*, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 43 ust. 3 pkt 1) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz naruszenie art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114 z późn. zm.) (dalej jako „Dyrektywa”) przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty i w konsekwencji także naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2014 roku wstępne ogłoszenie informacyjne. Termin składania ofert wyznaczył pierwotnie na 4 września 2014 roku – ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji 12 sierpnia 2014 roku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 sierpnia 2014 roku w tym również dniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, w tym także z

dokumentacją projektową oraz Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Następnie Zamawiający zmienił termin składania ofert i wyznaczył go na 8 września 2014 roku – Odwołujący podtrzymał na rozprawie wnioszek o przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej 14 dni licząc od dnia 8 września 2014r.

Wskazać należy, że argumentacja Odwołującego przedstawiona zarówno na rozprawie jak i w złożonym odwołaniu wskazywała na dużą złożoność przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia jak również, na bardzo rozbudowane wymagania związane ze złożeniem oferty w postępowaniu. Odwołujący wskazywał również na dużą restrykcyjność postanowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, których treść również kwestionowała w odwołaniu. W ocenie Izby, uwzględniając charakter inwestycji, Zamawiający w tej sprawie wyznaczył zbyt krótki termin składania ofert, nie uwzględniając wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty. Ta okoliczność uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, co najmniej złożenie rzetelnie i prawidłowo sporządzonej oferty.

Zgodnie z art. 43 ust. 3 pkt 1 ustawy *Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed data wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż: 1) 22 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.* Jednakże, w pierwszej kolejności, Zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania, uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy. Obowiązek uwzględnienia przy wyznaczeniu terminu składania ofert złożoności przedsięwzięcia i jego charakteru wynika również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie

z którym [ust.1] podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie udzielanie zamówienia w terminach minimalnych lub zbliżonych do minimalnych (porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 września 2013 roku sygn. akt KIO 2188/13). W ocenie Izby, termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego nie uwzględnia kryteriów, jakimi kierować się powinien Zamawiający przy jego wyznaczeniu a wskazanymi powyżej. Zamawiający nie uwzględnił rozmiarów zamówienia oraz złożoności wykonywanych robót objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający odniósł się w swoich wyjaśnieniach do wskazania, że czynności w przygotowaniu oferty można czynić równocześnie oraz wskazał również, że zgodnie z opinią inżyniera kontraktu na wypełnienie załącznika 1b do SIWZ wystarczający jest okres 2 tygodni, jak również wskazał, że uprościł wypełnienie ww. załącznika. Izba wskazuje, że mimo tych wyjaśnień Zamawiający nie wykazał, że ten termin jest wystarczający dla sporządzenia oferty jak również jej rzetelnego oszacowania. W ocenie Izby Odwołujący zasadnie argumentowa swoje stanowisko odnosząc się zarówno do wynagrodzenia ryczałtowego, co wskazuje na konieczność uwzględnienia w cenie oferty wszelkich niezbędnych kosztów realizacji zamówienia przy uwzględnieniu innych warunków zamówienia takich jak konieczność skalkulowania wszelkich ryzyk. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie również, że podnoszony przez Zamawiającego dwutygodniowy termin sporządzenia załącznika 1b do SIWZ odnosi się do sytuacji, w której sporządzający ten załącznik posiada wszystkie niezbędne do jego sporządzenia informacje, natomiast całościowy proces sporządzenia tego załącznika trwa od 2 do 3 tygodni po uprzednim uzyskaniu kompletnych informacji niezbędnych do jego wypełnienia, co w sumie wymaga od 4 do 5 tygodni na rzetelne sporządzenie załącznika 1b do SWIZ.

Kwestionowana przez Odwołującego czynność wyznaczenia terminu składania ofert, zdaniem Izby, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą w stanie konkurować o zamówienie, względnie uniemożliwia bądź znacząco utrudnia wykonawcom złożenie porównywalnych, rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

Izba za zasadne uznała żądanie przedłużenia terminu składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie oferty, w tym przypadku o wnioskowane przez

wykonawcę co najmniej 14 dni (od 8 września 2014 roku) i nakazała przedłużenie terminu składania ofert i wyznaczenie go nie wcześniej niż na 22 września 2014 roku.

W zakresie zarzutów (2, 3, 4) dotyczących postanowień wzoru umowy:

Izba wskazuje, że art. 353<sup>1</sup> k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze *iuris cogentis* zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Prawo zamówień publicznych. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowy/umów Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami stwierdzając, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący, na rozprawie cofnął zarzut w zakresie § 10 ust. 1 wzoru umowy.

Izba uznała za zasadny zarzut w zakresie § 23 ust. 3 Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10) i nakazała zmianę postanowienia § 23 ust. 3 Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10) przez zastąpienie dotychczasowej treści następującą treścią: *Przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi złożyć oświadczenie potwierdzające, że wykonał wszystkie roboty zgodnie z dokumentacją projektową.* Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie, wynikało że wykonawca realizujący inwestycję nie ma danych niezbędnych do złożenia oświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, a które natomiast posiadał projektant, np.: brak założeń przyjętych do projektowania w zakresie komór fermentacyjnych, bilansu ścieków, ilość ścieków. Odwołujący wskazywał, że wykonawca ma zagwarantować osiągnięcie pewnych efektów, które przy określeniu obostrzeń wynikających z dokumentacji projektowej może nie być możliwe do osiągnięcia. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że w jego ocenie oświadczenie jakiego wymaga (§ 23 ust. 3 Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10)) jest tożsame ze złożeniem oświadczenia o wykonaniu inwestycji zgodnie z dokumentacją projektową w całym zakresie, czyli zgodnie ze wszystkimi elementami stanowiącymi dokumentację, jak i ewentualnymi zmiany tej dokumentacji poczynionymi w trakcie realizacji inwestycji. Zaznaczyć należy, że wykonawca realizuje inwestycje zgodnie z przygotowaną dokumentacją i za tą realizację zgodnie z przekazaną dokumentacją powinien i może odpowiadać.

W pozostałym zakresie zarzutów dotyczących postanowień Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10) Izba nie uwzględniła.

Izba uznała za zasadną argumentację Zamawiającego dotyczącą postanowień zawartych w § 10 ust. 1 Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10). Odwołujący oparł swoją argumentację na założeniu, że przedstawiona dokumentacja wykonania robót będzie zawierała błędy. Zamawiający wskazał, że wykonawcy na podstawie przedstawionej dokumentacji są w stanie, po weryfikacji dokumentacji technicznej, skalkulować inwestycję i przystąpić do jej realizacji. Kwestionowanie postanowień tego paragrafu umowy przez Odwołującego poparte przykładem odnoszącym się do osadników wtórnych (2 sztuki) również oparte jest przez Odwołującego na założeniu, błędów w dokumentacji technicznej. Zamawiający wskazał, że zakres wykonania prac na osadnikach wtórnych powinien być zgodny z dokumentacją projektową, wyjaśnił, że osadniki były opróżnione i ich ocena została dokonana przez projektanta. tym samym nie ma podstaw uznawać, że projekt w tym zakresie jest niewłaściwy. Izba uwzględniła również wyjaśnienia Zamawiającego,

że miernikiem działania wykonawcy jest zachowanie „najwyższej staranności” przy ocenie dokumentacji, natomiast w przypadku gdyby błąd, brak, wada czy jakieś pominięcie w dokumentacji przy zachowaniu najwyższej staranności przez wykonawcę nie mogło być stwierdzone na co najmniej 14 dni przed rozpoczęciem realizacji elementów robót to wykonawca zgłasza to niezwłocznie. Wskazać należy, że powyższe uregulowanie poczynione przez Zamawiającego powiązane jest z zawartą przez Zamawiającego umową z projektantem, w której to umowie projektant zobowiązał się w terminie 12 dni do wykonywania zmian dokumentacji. W zakresie § 32 ust. 1 pkt. K) Część II wzoru umowy (Załącznik nr 10), którego wykreślenia żądał Odwołujący Izba wskazuje, że prawem Zamawiającego jest określenie kar umownych. Izba wskazuje, że w określonych przypadkach (art. 143 d ust. 7 ustawy) Zamawiający zobowiązany jest do określenia kar umownych. Kara umowna ma za zadanie dyscyplinowanie podmiotów w realizacji zamówienia a prawem Zamawiającego jest jej ukształtowanie.

W zakresie zarzutów wskazanych w punkcie 2 i 3 Odwołujący, odnosząc się do zmian umowy, nie wskazał na sposób zmiany wynagrodzenia z powodu zmiany dokumentacji z uwagi na błędy dokumentacji i zawiązaną z tym konieczność jej poprawy, zmiany lub uzupełnienia. Wskazać należy, że sposób dokonywania zgłoszeń wad, błędów, braków lub pominięć w dokumentacji określony przez Zamawiającego w sposób istotny niweluje zmiany w terminach realizacji inwestycji, jednocześnie brak jest również określenia przez Odwołującego zasad zmiany terminów realizacji inwestycji.

Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....

---