

Sygn. akt: KIO/UZP 1698/10

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: HERMANN Kirchner Polska Sp. z o.o., HERMANN Kirchner Bauunternehmung GmbH, Strabag Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., 91-463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25 protestu z dnia 16 lipca 2010r.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: HERMANN Kirchner Polska Sp. z

o.o., HERMANN Kirchner Bauunternehmung GmbH, Strabag Sp. z o.o.,
Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., 91-463
Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **HERMANN Kirchner Polska Sp. z o.o., HERMANN Kirchner Bauunternehmung GmbH, Strabag Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., 91-463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego,

- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **HERMANN Kirchner Polska Sp. z o.o., HERMANN Kirchner Bauunternehmung GmbH, Strabag Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., 91-463 Łódź, ul. Łagiewnicka 54/56.**

Uzasadnienie

W dniu 16 lipca 2010 roku Protestujący konsorcjum firm **Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o., ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź; Hermann Kirchner Bauunternehmung GmbH, Bad Hersfeld D-36251, ul. Hermann Kirchner 6; Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** z liderem Hermann Kirchner Polska Sp. z o.o. wniósł do Zamawiającego **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** protest na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759), dalej „ustawa Pzp” w postępowaniu pn. „Budowa drogi krajowej Nr S7 o parametrach drogi ekspresowej na odcinku koniec obwodnicy Radomia - granica województwa mazowieckiego”, znak: 173/2009. Dotyczył on treści wskazanych poniżej postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) - Szczególne Warunki Kontraktu (dalej: SWK) oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00. (dalej: Specyfikacja Techniczna).

Interes prawny Protestującego

Składając niniejszy protest Protestujący posiada interes prawny, który to w wyniku skarżonej treści SIWZ może doznać uszczerbku. W sytuacji, gdy oferta Protestującego zostanie uznana za najlepszą, Protestujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami, w tym Specyfikacji Technicznej, które w swej treści są jednostronnie niekorzystne dla wykonawcy. Treść SIWZ narusza zasady związane z prawidłowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowane zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Przedstawienie zarzutów:

Czynnościami Zamawiającego Protestujący zarzucał ukształtowanie treści SIWZ w sposób powodujący nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, naruszający zasady uczciwej konkurencji. Protestujący zarzucał, że działania Zamawiającego naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, a w szczególności:

- a) art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji,
- b) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia,
- c) art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w projektach, sporządzonych przez Zamawiającego oraz obciążeniem Wykonawcy obowiązkami związanymi z przekazaniem placu budowy,

d) art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp poprzez nałożenie kar umownych wyłącznie na Wykonawcę, z pominięciem zachowania równowagi stron umowy.

Wniosek co do rozstrzygnięcia protestu

Protestujący wnosił o zmianę zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez:

1. Modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Subklauzuli 8.7. „Odszkodowanie za umowne za opóźnienie” poprzez wprowadzenie do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu, przewidującego karę umowną przysługującą Wykonawcy od Zamawiającego, to jest zapisu: „Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy karę umowną:
(a) za przekroczenie terminu przekazania Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich części placu budowy i ich użytkowania w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
(b) za nie przekazanie w terminie Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
(c) za przekroczenie przez Zamawiającego terminu dokonania odbioru końcowego robót w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Wykonawca nie poniósł szkody.

Wykonawca ma prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.”

i naniesienie odpowiednich zmian w Warunkach Szczególnych Kontraktu.

2. Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.3. poprzez usunięcie zapisu:

„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazane Dokumentacje Projektowe i SST oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”

3. Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.8. poprzez usunięcie zapisu:

„Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby, w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości. Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.”

ewentualnie

Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.8. poprzez zmianę zacytowanego powyżej zdania na zapis o treści:

„W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót na nieruchomościach przekazanych Wykonawcy, Wykonawca sporządzi pisemną informację do Zamawiającego o konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości przez Zamawiającego. Jeżeli będzie to możliwe, Wykonawca sporządzi tą informację z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego nieruchomości.”

4. Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne w zakresie punktu 1.5.15. „Niewypały, niewybuchy” **poprzez usunięcie zapisu:**

„Koszty sprawdzenia i zabezpieczenia terenu oraz akcji usunięcia niewypałów/niewybuchów Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej w ramach dostosowania się i spełnienia wymagań.”

i w zakresie powyższych żądań w pkt 2-4 Protestujący wnosił o naniesienie odpowiednich zmian w powołanej powyżej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00.

W uzasadnieniu Protestujący wskazywał, że w dniu 08 lipca 2010 roku otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty wraz z SIWZ dla przedmiotowego zamówienia. Po zapoznaniu się z jego treścią Protestujący stwierdził, iż zawiera ona postanowienia niezgodne z Prawem Zamówień Publicznych oraz kodeksem cywilnym.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Protestujący podnosił:

Ad. 1)

Zamawiający w Szczególnych Warunkach Kontraktu - Subklauzuli 8.7 podpunkty (a) - (e), wprowadził zapisy określające wysokość kar umownych, tj.:

- (a) za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
- (b) z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1.
- (c) za niewykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania w terminie ustalonym w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe, w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
- (d) za przekroczenie terminu przedłużenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3. i Subklauzula 8.6), raportów (Subklauzula 4.21), oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
- (e) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia albo za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w okresie rękojmi za wady w terminie określonym przez Inżyniera / Zamawiającego, i wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Protestujący wskazywał, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Protestujący podnosił, że kara umowna, określona w Warunkach Szczególnych Kontraktu, stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, jako Strony przyszłej Umowy. Celem wprowadzenia kar umownych, bez wątpienia, jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. W ocenie Protestującego, postanowienia przyszłej umowy, nie mogą się ograniczać wyłącznie do przewidzenia kar umownych za działania Wykonawcy. Należy mieć na uwadze, że podczas realizacji robót

budowlanych dochodzi do sytuacji, że Wykonawca jest gotowy prowadzić roboty budowlane, jednakże z uwagi na zaniechania Zamawiającego, prace nie są realizowane. Wskazywał na wyroki KIO, i tak w wyroku z dnia 06.09.2006 r. (sygn. UZP /ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów wskazał, iż umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawców. W niniejszym postępowaniu zapisy Warunków Szczególnych Kontraktu stawiają potencjalnego wykonawcę w mniej korzystnej sytuacji niż Zamawiającego.

W związku z powyższym, oraz dla zachowania zasad równego traktowania stron umowy, zasadne jest wprowadzenie do Warunków Szczególnych Kontraktu do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu przewidującego kary umowne na rzecz Wykonawcy od Zamawiającego w brzmieniu określonym w żądaniach protestu. Zdaniem Protestującego wprowadzenie powyższych zapisów SIWZ doprowadzi do uwzględnienia zasad współzycia społecznego, ale także słusznego interesu społecznego, biorąc pod uwagę wagę planowanego do wykonania zamówienia i dodatkowo zabezpieczy kontraktowy termin realizacji.

Ad 2)

Zamawiający w treści SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne w punkcie 1.5.3. wskazał, że Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazane Dokumentacje Projektowe i SST oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.

Protestujący wskazywał, że powyższe zapisy naruszają art. 647 k.c. Zamawiający bowiem dokonuje w sposób nieuprawniony przerwania na Wykonawców obowiązków, które w procesie budowlanym leżą po stronie Inwestora. Zgodnie z art. 647 k.c. - przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Protestujący podnosił, że to obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie Wykonawcy robót kompletnego i prawidłowego projektu budowlanego oraz innych dokumentów, niezbędnych do realizacji inwestycji. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za należyte sporządzenie projektów przez Inwestora i autorów projektów. Należy podkreślić, że

Wykonawca nie jest odpowiedzialny za wykrywanie zamiast Inwestora wad projektu (tak też stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98).

Protestujący zaznaczył także, że zamówienie nie jest realizowane na zasadzie „zaprojektuj - zbuduj”. W związku z powyższym, za nieuzasadnione należy uznać obciążenie Wykonawców obowiązkiem sprawdzania (za Zamawiającego i Projektanta) przekazanych Wykonawcom projektów oraz obciążanie ich negatywnymi konsekwencjami wystąpienia w nich błędów, za których nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca. Zakwestionowane zapisy SIWZ uzasadniają odwołanie się przez Protestującego do przepisów art. 14 oraz art. 139 PZP zawierające odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie nieuregulowanym przepisami PZP. Zgodnie z powszechnie aprobowanymi poglądami doktryny, czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na konstruowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia, podlegają ocenie z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego Tytułu IV Księgi Pierwszej „Czynności prawne” jak również przepisy Tytułu III Księgi Trzeciej „Ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych”. Tezę tę potwierdził Zespół Arbitrów m. in. w wyroku z dnia 29.10.2003 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1736/03) jednoznacznie wskazując, że naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami Kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ad 3)

Zamawiający zawarł w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wyróżnienia Ogólne w punkcie 1.5.8. zapis, że Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby, w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości. Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.

Protestujący podnosił, że zawarty w Specyfikacji Technicznej zapis narusza art. 29 ustawy Pzp oraz art. 647 kodeksu cywilnego.

Zamawiający, zgodnie z art.29 ustawy Pzp, zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z zaskarżonego postanowienia ST nie wynika, jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy w sytuacji braku możliwości prowadzenia robót na określonej nieruchomości w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości. Protestujący podnosi, że Zamawiający nałożył na Wykonawcę w sposób niedookreślony obowiązek:

- a) uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości,
- b) zapewnienia niezbędnych zasobów w przejęciu egzekucyjnym.

Zamawiający nie wskazał jednak w jakim zakresie Wykonawca ma brać udział w tym postępowaniu oraz co należy rozumieć przez zapewnienie niezbędnych zasobów w egzekucji. W ocenie Protestującego, Zamawiający tym samym nie opisał w sposób jednoznaczny przedmiotu zamówienia.

Protestujący wskazywał ponadto, że zgodnie z art. 647 k.c. obowiązkiem Inwestora (Zamawiającego) jest przekazanie placu budowy Wykonawcy. Wykonawca nie jest uprawniony do prowadzenia czynności związanych z postępowaniem egzekucyjnym. Nieruchomości, na których mają być prowadzone prace (plac budowy) powinien zostać przekazany w stanie umożliwiającym wykonanie umowy o roboty budowlane. W przypadku niemożności wykonywania robót na nieruchomościach, Wykonawca nie ma uprawnień i kompetencji władzy publicznej, aby uczestniczyć w czynnościach egzekucyjnych. W związku z powyższymi zarzutami, Protestujący wnosił o usunięcie zaskarżonego zapisu, albo ewentualnie o zmianę zapisu zgodnie z wnioskiem z petitum protestu.

Ad 4)

Zamawiający w punkcie 1.5.15. Specyfikacji Technicznej D-M-00.00.00. wskazał, że Wykonawca jest zobowiązany do sprawdzenia terenu pod względem obecności ewentualnych niewypałów/niewybuchów oraz zabezpieczenia nadzoru saperskiego na etapie realizacji inwestycji. W przypadku natrafienia w czasie prowadzenia robót na niewypały/niewybuchy Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego przerwania robót, zabezpieczenia terenu oraz wezwania odpowiednich służb (policja, straż pożarna, pogotowie saperskie) i niezwłocznego powiadomienia Inżyniera. Koszty sprawdzenia i zabezpieczenia terenu oraz akcji usunięcia niewypałów/niewybuchów Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej w ramach dostosowania się i spełnienia wymagań ogólnych.

Protestujący podnosił, że zapis w pkt. 1.5.15. Specyfikacji Technicznej, że „Koszty sprawdzenia i zabezpieczenia terenu oraz akcji usunięcia niewypałów/niewybuchów Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej w ramach dostosowania się i spełnienia

wymagań ogólnych." jest sprzeczny z zasadami ponoszenia ryzyka przez Zamawiającego na Kontrakcie, wynikającymi z Klauzuli 17.3 i 17.4 FIDIC, oraz z Klauzulą 19.1 FIDIC. W związku z powyższym zdanie trzecie powołanego punktu Specyfikacji powinno zostać wykreślone, jako niezgodne z uregulowaniami pozostałych aktów wyższego rzędu, obowiązujących na Kontrakcie. Protestujący wskazywał, że zgodnie z Klauzulą 17.3 pkt (d) FIDIC do zagrożeń stanowiących ryzyko Zamawiającego należy między innymi odnalezienie podczas realizacji robót: amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych, jak też promieniowanie jonizujące lub skażenie radioaktywne, za wyjątkiem tych które mogą być przypisane użyciu przez Wykonawcę.

Jeżeli w trakcie robót budowlanych z powodu wystąpienia w/w zagrożeń, Wykonawca poniesie koszty lub nastąpi opóźnienie w pracach, to zgodnie z Klauzulą 17.4 FIDIC będzie on uprawniony do: a) przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz b) dodatkowej płatności za poniesiony koszt. Postanowienia FIDIC uwzględniają rzeczywiste warunki wykonywania robót budowlanych. Nie jest bowiem możliwe na etapie sporządzania oferty określenie wartości przyszłych kosztów związanych z wystąpieniem niewypałów i niewybuchów na budowie. Stanowisko Protestującego wyraża także obowiązująca na Kontrakcie Klauzula 19.1 „Siła Wyższa”, zgodnie z którą - „siła wyższa oznacza wyjątkowe wydarzenie i okoliczności, której nie można w istocie przypisać drugiej Stronie” - punkt (d), a także pojęcie to obejmuje wystąpienie amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych - punkt (iv).

Protestujący podkreślał, że zgodnie z Subklauzulą 1.5. „Kolejność pierwszeństwa dokumentów” w związku z pkt 2 Formularza Umowy - do celów interpretacji dokumenty tworzące Kontrakt będą miały pierwszeństwo zgodnie z następującą kolejnością:

- a) Umowa wraz z załącznikami
- b) Gwarancja Jakości - załącznik Nr 1
- c) Szczególne Warunki Kontraktu,
- d) „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego”. COSMOPOLI CONSULTANTS Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999,
- e) Instrukcja dla Wykonawców - Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- f) Dokumentacja Projektowa,
- g) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
- h) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami,
- i) Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikiem „Potencjał Kadrowy.”

Z powyższych zapisów wynika, że przypadku wystąpienia rozbieżności interpretacyjnych w dokumentach obowiązujących na Kontrakcie, postanowienia Umowy i FIDIC będą nadrzędne nad postanowieniami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Określenia zatem odmiennych warunków ponoszenia kosztów w przypadku wystąpienia niewypałów lub niewybuchów na budowie jest bezprzedmiotowe. W związku z powyższym zasadny jest wniosek Protestującego o wykreślenie zdania trzeciego w punkcie 1.5.15. Specyfikacji Technicznej, jako sprzecznego z pozostałymi uregulowaniami, obowiązującymi na Kontrakcie.

Zarzut ten został uznany przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

W dniu 29 lipca 2010 roku Zamawiający działając na podstawie art. 183 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych rozstrzygnął protest poprzez jego **oddalenie w zakresie pkt 1, 2 i 3 oraz uwzględnienie w zakresie pkt 4.**

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów i żądań Zamawiający stwierdził, że

Ad. 1.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, iż umowa o roboty budowlane w sprawie zamówienia publicznego powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak i Wykonawcy. Umowy w sprawie zamówienia publicznego doznają, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych pewnych ograniczeń, a tym samym przyznają Zamawiającemu uprawnienie do swobodnego narzucania określonych postanowień we wzorze umowy.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ KC), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy, Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. PZP), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zasada równości odnosi się na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. (wyrok KIO z 2009-11-26 KIO/UZP 1547/09). Stąd uprawnieniem, a nawet obowiązkiem Zamawiającego jest takie określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym kar umownych, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenia określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty.

Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie z przewagi ekonomicznej, ale z faktu, że reprezentuje on interes publiczny. Ustawa Prawo zamówień publicznych przyznaje Zamawiającemu pewną przewagę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego albowiem dysponując środkami publicznymi jest on poddany przy ich wydatkowaniu dodatkowym rygorom, wynikającym m.in. z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Błędem jest utożsamianie przez Protestującego uprzywilejowania Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Niezrozumiałym dla Zamawiającego jest również zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy PZP, statuującego zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Po pierwsze dlatego, że nie został udowodniony, po drugie zamówienie dostępne jest przecież dla wszystkich wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Bez względu na to, który wykonawca uzyska zamówienie będzie zobowiązany do zrealizowania zamówienia w terminie i na zasadach określonych w SIWZ i załącznikach do niej. Stąd w ocenie Zamawiającego zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 14 i 139 Pzp uznać należy za chybione.

Zamawiający wskazał, że identyczne zarzuty odnośnie Subklauzuli 8.7 „Odszkodowanie umowne za opóźnienie” ppkt (d, e, i f) zostały odrzucone wyrokiem KIO z dn. 2 listopada 2009 (Sygn. Akt. KIO/UzP 1485/09). W w/w przypadku Izba uznała, że zawarte tam kary umowne nie naruszają art. 7 Pzp i art. 5 Kc, jak również art. 353 Kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353¹ kc. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością, stosunku, ustawy ani zasadami współżycia społecznego. Pzp wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Siwz, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy a bo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. Zarzut Protestującego w tym zakresie nie znajduje zatem uzasadnienia.

Ad 2

Kwestionowany przez Protestującego zapis pkt 1.5.3 Specyfikacji Technicznej Wykonania I Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00,00 Wymagania Ogólne, nie narusza

przepisów ustawy PZP, ani przepisów Kodeksu cywilnego. Zarzut, co do obowiązku sprawdzenia dokumentacji projektowej oraz zgłoszenia wszelkich braków również należy uznać za chybiony, bowiem wobec okoliczności sprawy stwierdzić należy, iż zaproponowane przez Zamawiającego postanowienia umowne odpowiadają regulacjom prawnym obowiązującym w tym zakresie i w uzgodnieniu z treścią tych regulacji należy rekonstruować ich treść i znaczenie. Nie budzi wątpliwości, iż zgodnie z art. 647 kc to na inwestorze ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności przygotowania placu budowy oraz sporządzenia i dostarczenia projektu, Z powyższego nie wynika jednak brak jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu. Obowiązki te wynikają z art. 651 kc, według którego wykonawca jest obowiązany zawiadomić inwestora o dostrzeżonych brakach w dokumentacji uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27.03.2000 r. (sygn. III CKN 629/98), na który także powołuje się Protestujący, zakres obowiązku sprawdzenia dokumentacji przez wykonawcę robót ogranicza się do przypadków nie wymagających specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Wykonawca ma obowiązek sprawdzić czy dostarczona dokumentacja jest kompletna, czy jest zatwierdzona przez właściwe organy i czy nie zawiera wad i błędów dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności. Tym samym Sąd Najwyższy przyznał i nie wykluczył istnienia obowiązków związanych z weryfikacją dokumentacji wynikających z dyspozycji art. 651 kc, a jedynie wskazał i ograniczył ich zakres. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż postanowienia pkt 1.5.3 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne przewidziane przez Zamawiającego i kreowane przez nie zobowiązania dotyczące sprawdzenia dokumentacji stanowią odzwierciedlenie obowiązków wynikających z ustanowionych przepisów i nie wykraczają poza ich zakres.

Odnosząc się do twierdzeń Protestującego, że niniejsze zamówienie nie jest realizowane na zasadzie „zaprojektuj - zbuduj” tym samym nie można obciążyć wykonawców obowiązkiem sprawdzenia przekazanych przez Zamawiającego projektów, Zamawiający wskazywał, iż zgodnie z obowiązującą w polskim systemie prawnym zasadą realizmu zobowiązań umownych przedmiotem zamówienia (zobowiązaniem stron) będą wszystkie obowiązki wynikające z postanowień SIWZ i wzoru umowy, a nie tylko te wynikające z nazwy przedmiotu zamówienia (tak wyrok z 30 marca 2009r., sygn. KIO/UZP 318/09). Reasumując, w ocenie Zamawiającego w omawianym przypadku zobowiązania wymagane przez Zamawiającego nie wykraczają poza definiowane i określane w art. 647 i 651 kc obowiązki wykonawcy robót budowlanych,

Ad 3.

Również, zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp oraz art. 647 kc w ocenie Zamawiającego nie potwierdził się. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązują Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, przy uwzględnieniu jego potrzeb i interesów. Zamawiający nie dopatrył się naruszenia w tym zakresie wprowadzając w pkt 1.5.8 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne zapis konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i obowiązków wykonawcy z tym związanych. Tym bardziej, że sporządzając SIWZ Zamawiający winien brać pod uwagę swoje potrzeby, ma on prawo dokonać oceny własnych potrzeb i po ustaleniu czynników obiektywnie uzasadnionych opisać przedmiot zamówienia.

Zamawiający ponownie wskazywał, iż nie budzi wątpliwości, iż w zgodnie z art. 647 kc to na Inwestorze ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności do przekazania terenu budowy. Z powyższego nie wynika jednak brak uprawnienia Zamawiającego do nałożenia na wykonawcę dodatkowych obowiązków, w tym uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości. W omawianym przypadku zobowiązania wymagane przez Zamawiającego nie wykraczają poza definiowane i określone w art. 647 kc obowiązki wykonawcy robót budowlanych, stąd zarzut Protestującego również w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia.

W dniu 6 sierpnia 2010 roku protestujące konsorcjum na takie rozstrzygnięcie Zamawiającego wniosło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, na podstawie art. 179 i art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych, na treść wskazanych poniżej postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) - Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej: SWK) oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00. (dalej: Specyfikacja Techniczna).

Odwołujący zarzuca, że działania Zamawiającego naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, a w szczególności:

- a) art. 7 Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji,
- b) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia,
- c) art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez nałożenie kar umownych wyłącznie na Wykonawcę, z pominięciem zachowania równowagi stron umowy,
- d) art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez przerzucenie na

Wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w projektach, sporządzonych przez Zamawiającego oraz obciążeniem Wykonawcy obowiązkami związanymi z przekazaniem placu budowy.

Wskazując na powyższe naruszenia Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ Zamówienia poprzez:
 1. Modyfikację treści Warunków Szczególnych Kontraktu tj. Subklauzuli 8.7. „Odszkodowanie umowne za opóźnienie” poprzez **wprowadzenie** do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu, przewidującego karę umowną przysługującą Wykonawcy od Zamawiającego, to jest zapisu:

„Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy karę umowną:

(a) za przekroczenie terminu przekazania Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich części placu budowy i ich użytkowania w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

(b) za nie przekazanie w terminie Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

(c) za przekroczenie przez Zamawiającego terminu dokonania odbioru końcowego robót w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Wykonawca nie poniósł szkody. Wykonawca ma prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.”

i nakazanie Zamawiającemu naniesienia odpowiednich zmian w Warunkach Szczególnych Kontraktu,

2. Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.3. **poprzez usunięcie** zapisu:

„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazane Dokumentacje Projektowe i SST oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”

3. Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.8. **poprzez usunięcie zapisu:**

„Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby, w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości. Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.” **ewentualnie**

Modyfikację treści SIWZ - Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne - w zakresie punktu 1.5.8. poprzez zmianę zacytowanego powyżej zdania na zapis o treści: „W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót na nieruchomościach przekazanych Wykonawcy, Wykonawca sporządzi pisemną informację do Zamawiającego o konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości przez Zamawiającego. Jeżeli będzie to możliwe, Wykonawca sporządzi tą informację z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego nieruchomości.”

i w zakresie powyższych żądań w pkt 2-3 nakazanie Zamawiającemu naniesienia odpowiednich zmian w powołanej powyżej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M-00.00.00.

W uzasadnieniu Odwołujący kwestionuje stanowisko Zamawiającego i zaskarża w części rozstrzygnięcie protestu z dnia 29 lipca 2010r., to jest w zakresie, w którym Zamawiający oddalił żądanie dotyczące wskazanych powyżej zapisów SIWZ.

Odwołujący podnosi, że

Ad 1)

Zamawiający w Szczególnych Warunkach Kontraktu - Subklauzuli 8.7 podpunkty (a) - (e), wprowadził zapisy określające wysokość kar umownych. Odwołujący wskazuje natomiast, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też Wykonawcy robót. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie,

którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja zawarta w rozstrzygnięciu protestu, iż Zamawiający jest uprawniony (a nawet zobowiązany) do dowolnego wprowadzania zapisów do treści przyszłej umowy, które są jednostronnie korzystne wyłącznie dla jednej strony umowy - Zamawiającego.

Celem wprowadzenia kar umownych, bez wątpienia, jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. W ocenie Odwołującego, postanowienia przyszłej umowy, nie mogą się ograniczać wyłącznie do przewidzenia kar umownych za działania Wykonawcy. Należy mieć na uwadze, że podczas realizacji robót budowlanych dochodzi do sytuacji, że Wykonawca jest gotowy prowadzić roboty budowlane, jednakże z uwagi na zaniechania Zamawiającego, prace nie są realizowane.

W wyroku z dnia 06.09.2006 r. (sygn. UZP /ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów wskazał, iż umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawców. W niniejszym postępowaniu zapisy Warunków Szczególnych Kontraktu stawiają potencjalnego wykonawcę w mniej korzystnej sytuacji niż Zamawiającego. Za nietrafne należy uznać także powołanie się przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu na wyrok KIO z dnia 02 listopada 2009r. (sygn. akt: KIO/UZP 1485/2009). Zamawiający stwierdził, że „identyczne” zarzuty w zakresie Subklauzuli 8.7. zostały już oddalone w KIO, co potwierdza zasadność nie uwzględnienia w tej części protestu Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, powołany wyrok KIO:

1) zawiera rozstrzygnięcia w przedmiocie zupełnie innych żądań Odwołującego. W sprawie rozstrzyganej przez KIO w wyroku z dnia 02 listopada 2009r., Odwołujący wnosił o usunięcie z Subklauzuli 8.7. postanowień nakładających na wykonawcę robót kary umowne. W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący wnosi natomiast, aby dla równowagi stron umowy, zapisy Subklauzuli 8.7. przewidywały także kary umowne dla Zamawiającego w określonych przypadkach.

2) potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego. Należy bowiem podkreślić, że w uzasadnieniu w/w wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że kary umowne przewidziane dla wykonawcy robót są zgodne z ustawą PZP, jak i kodeksem cywilnym, wskazując jednocześnie, że także wykonawca robót powinien być w umowie w sposób należyty chroniony poprzez wprowadzenie odpowiednich kar umownych od Zamawiającego na rzecz wykonawcy robót. Powyższe potwierdza treść uzasadnienia wyroku, w którym KIO stwierdziła, iż: „Ponadto, Izba zgodziła się z Odwołującym, iż interesy wykonawców, z zastrzeżeniem specyfiki zamówień publicznych wynikającej ze silniejszej pozycji

Zamawiającego, w równym stopniu jak Zamawiającego, powinny być zabezpieczone w umowie o zamówienia, jednakże Odwołujący nie wskazał, zarzucając brak równowagi stron w umowie, jakie obowiązki Zamawiającego powinny zostać zabezpieczone karami umownymi w omawianych Warunkach Kontraktu.

Odwołanie złożone w postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt: KIO/UZP 1485/2009, nie zostało uwzględnione z uwagi na treść odmiennego żądania.

Zatem, mając na uwadze treść uzasadnienia wyroku KIO, Odwołujący wskazuje, że powołany wyrok KIO, potwierdza słuszność żądania Odwołującego, aby łącząca strony umowa przewidywała również kary umowne od Zamawiającego i wnosi o wprowadzenie zapisów o treści określonej w petitum odwołania. Zdaniem Odwołującego wprowadzenie powyższych zapisów SIWZ doprowadzi do uwzględnienia zasad współzycia społecznego, ale także słusznego interesu społecznego, biorąc pod uwagę wagę planowanego do wykonania zamówienia i dodatkowo zabezpieczy kontraktowy termin realizacji.

Ad 2)

Zamawiający w treści SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-MI-00.00.00 Wymagania Ogólne w punkcie 1.5.3. wskazał, że Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazane Dokumentacje Projektowe i SST oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.

Odwołujący wskazuje, że powyższe zapisy naruszają art. 647 k.c. Zamawiający bowiem dokonuje w sposób nieuprawniony przerzucenia na Wykonawców obowiązków, które w procesie budowlanym leżą po stronie Inwestora.

Zgodnie z art. 647 k.c. - przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Odwołujący wskazuje, że to obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie Wykonawcy robót kompletnego i prawidłowego projektu budowlanego oraz innych dokumentów, niezbędnych do realizacji inwestycji.

Należy zaznaczyć, że Odwołujący nie kwestionuje obowiązku sprawdzenia przekazanej mu Dokumentacji Projektowej, jednakże obowiązek ten ogranicza się do sprawdzenia

kompletności dokumentacji, oraz przekazaniu informacji do Zamawiającego o wadach lub błędach możliwych do wykrycia przy zachowaniu należytej staranności przez wykonawcę robót. Wykonawca nie ponosi jednak odpowiedzialności za należyte sporządzenie projektów przez Inwestora i autorów projektów. Należy podkreślić, że Wykonawca nie jest odpowiedzialny za wykrywanie zamiast Inwestora wad projektu (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98).

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż obowiązek wykonawcy stanowi „odzwierciedlenie obowiązków wynikających z ustanowionych przepisów i nie wykraczają poza ich zakres”. Twierdzenie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z brzmieniem zapisu zaskarżonego postanowienia SIWZ oraz stanowiskiem Zamawiającego, iż Wykonawca zobowiązany jest wykonywać wszystkie obowiązki wynikające z SIWZ wzoru umowy, bez względu na nazwę przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje bowiem, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w punkcie 1.5.3. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne, że wykonawcy robót muszą zgłosić:

- 1) wszystkie uwagi (bez żadnego ograniczenia) co do zawartości dokumentacji projektowej i SST i to w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów.
- 2) a ponadto wyprowadził z tego obowiązku negatywne wyłącznie dla wykonawcy robót konsekwencje wad lub błędów tej dokumentacji wskazując, iż wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po upływie 4 tygodni nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót, a działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.

W ocenie Wykonawcy, zaskarżone zapisy - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - w sposób jednoznaczny wskazują, że to wyłącznie na wykonawcy robót będzie spoczywał obowiązek sprawdzenia (za Zamawiającego) przekazanych dokumentów, i co więcej w razie błędnego sporządzenia dokumentacji przez Inwestora - konsekwencje będzie także ponosić wyłącznie wykonawca robót.

Zamawiający tym samym przerzucił na Wykonawcę całe ryzyko związane z błędami i wadami przekazywanych przez niego Dokumentacji projektowej i SST, pomimo że za ich powstanie w żadne sposób nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca. Niniejsze zamówienie nie jest bowiem realizowane na zasadzie „zaprojektuj - zbuduj”. Warunki realizacji przedmiotowego Kontraktu zostały oparte na „czerwonej” książce FIDIC „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” W przypadku gdy zamierzeniem Zamawiającego jest aby to Wykonawca był projektantem i weryfikował wykonany projekt Warunki Kontraktu opiera się na „żółtej” książce FIDIC „Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla robót elektrycznych

i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę"

Ponadto, nawet doświadczony Wykonawca, nie posiadając elektronicznej wersji projektu, posiadając dostęp do placu budowy w okresie zaledwie 4 tygodni, nie jest w stanie zweryfikować otrzymanego projektu pod kątem wystąpienia - tak jak wymaga Zamawiający - wszelkich „braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp."

Dlatego też najbardziej doświadczeni na świecie inżynierowie, kierując się kilkudziesięcioletnią praktyką w realizacji Kontraktów, tworząc Warunki Kontraktowe FIDIC (na których opiera się Kontrakt), przewidzieli w Subklauzulach 1.8, 1.9, 20.1 możliwość zgłaszania roszczeń związanych z niedostarczeniem rysunku lub błędem dokumentacji. Pozostawienie oprotostowanego zapisu w niezmienionym brzmieniu, spowoduje, że składanie ewentualnych roszczeń przez Wykonawcę stanie się niemożliwe.

Zakwestionowane zapisy SIWZ uzasadniają odwołanie się przez Protestującego do przepisów art. 14 oraz art. 139 PZP zawierające odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie nieuregulowanym przepisami PZP. Zgodnie z powszechnie aprobowanymi poglądami doktryny, czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na konstruowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia, podlegają ocenie z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego Tytułu IV Księgi Pierwszej „Czynności prawne" jak również przepisy Tytułu III Księgi Trzeciej „Ogólne przepisy o zobowiązaniach umownych".

Ad 3)

Zamawiający zawarł w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne w punkcie 1.5.8. zapis, że Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby, w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości. Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu. Odwołujący w pełni podtrzymuje argumentację przedstawioną w proteście

i wskazuje, iż zawarty w Specyfikacji Technicznej zapis narusza art. 29 Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 647 kodeksu cywilnego.

Zamawiający, zgodnie z art. 29 Ustawy PZP, zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z zaskarżonego postanowienia ST nie wynika, jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy w sytuacji braku możliwości prowadzenia robót na określonej nieruchomości w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający nałożył na Wykonawcę w sposób niedookreślony obowiązek:

- a) uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości,
- b) zapewnienia niezbędnych zasobów w przejęciu egzekucyjnym.

Zamawiający nie wskazał jednak w jakim zakresie Wykonawca ma brać udział w tym postępowaniu oraz co należy rozumieć przez zapewnienie niezbędnych zasobów w egzekucji.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający tym samym nie opisał w sposób jednoznaczny przedmiotu zamówienia

Odwołujący wskazuje ponadto, że zgodnie z art. 647 k.c. obowiązkiem Inwestora (Zamawiającego) jest przekazanie placu budowy Wykonawcy.

Wykonawca nie jest uprawniony do prowadzenia czynności związanych z postępowaniem egzekucyjnym. Nieruchomości, na których mają być prowadzone prace (plac budowy) powinien zostać przekazany w stanie umożliwiającym wykonanie umowy o roboty budowlane. W przypadku niemożności wykonywania robót na nieruchomościach, Wykonawca nie ma uprawnień i kompetencji władzy publicznej, aby uczestniczyć w czynnościach egzekucyjnych.

Ponadto w ocenie Odwołującego, uzasadnienie oddalenia zarzutów w zakresie w/w postanowienia ST, przedstawione w rozstrzygnięciu protestu, nie stanowi nawet próby wyjaśnienia wprowadzenia takiego zapisu do SIWZ. Zamawiający de facto ograniczył się do stwierdzenia, iż „sporządzając SIWZ Zamawiający winien brać pod uwagę swoje potrzeby”, przy czym w ocenie Odwołującego nadal nie sposób określić co jest rzeczywiście przedmiotem jego obowiązku, wynikającym z zaskarżonego postanowienia.

Wskazując na interes prawny we wniesieniu odwołania, Odwołujący podnosi, że posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania. Zamawiający nie uwzględnił żądania usunięcia zaskarżonych postanowień SIWZ. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi w Szczegółowych Warunkach Kontraktu oraz Specyfikacji Technicznej D-M-00.00.00, które w swej treści są jednostronnie

niekorzystne dla wykonawcy. Jak wskazał bowiem Odwołujący treść SIWZ narusza zasady związane z prawidłowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowane zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 roku, tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Izba uznała, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały opracowane z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Ad. 1.

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający w Szczególnych Warunkach Kontraktu – w Subklauzuli 8.7 podpunkty (a) - (e), wprowadził następujące zapisy określające wysokość kar umownych:

- (a) za przekroczenie Czasu na Ukończenie Robót w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.
- (b) z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy

w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1.

- (c) za niewykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania w terminie ustalonym w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe, w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

- (d) za przekroczenie terminu przedłużenia: Harmonogramu (Subklauzula 8.3. i Subklauzula 8.6), raportów (Subklauzula 4.21), oraz terminu określonego w Subklauzuli 14.1 pkt (d) w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

- (e) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia albo za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania drobnych zaległych prac w okresie rękojmi za wady w terminie określonym przez Inżyniera / Zamawiającego, i wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Odwołujący natomiast domagał się wprowadzenia do Subklauzuli 8.7. nowego akapitu, przewidującego karę umowną przysługującą Wykonawcy od Zamawiającego, to jest zapisu o brzmieniu:

„Zamawiający zapłaci na rzecz Wykonawcy karę umowną:

(f) za przekroczenie terminu przekazania Wykonawcy prawa dostępu do wszystkich części placu budowy i ich użytkowania w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

(g) za nie przekazanie w terminie Wykonawcy wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

(h) za przekroczenie przez Zamawiającego terminu dokonania odbioru końcowego robót w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, określonej w Subklauzuli 1.1.4.1., za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Wykonawca nie poniósł szkody.

Wykonawca ma prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.”

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu

przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron.

Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów Prawa zamówień publicznych. Zgodzić się należy z twierdzeniami Zamawiającego, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Zaproponowane przez Odwołującego się zapisy dotyczące wprowadzenia kar umownych dla Zamawiającego nie zniweczą celu zaspokojenia określonych potrzeb publicznych, jaki przyświeca Zamawiającemu, czy też właściwego wydatkowania środków publicznych. W ocenie składu orzekającego Izby proponowane do wprowadzenia zapisy są wyrazem dążenia do zapewnienia pełnej ochrony interesu publicznego z jednoczesnym poszanowaniem praw wykonawcy. Słuszne są twierdzenia Odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego, czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na Zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dłuższej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Jak podkreślał na rozprawie pełnomocnik Odwołującego się propozycja wprowadzenia kar umownych dla Zamawiającego dotyczy trzech kwestii: terminowego przekazania placu budowy, terminowego przekazania

dokumentacji projektowej oraz terminowego dokonywania odbiorów końcowych. W ocenie składu orzekającego nie są to roszczenia nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnia zarzut w żądanym przez Odwołującego zakresie i nakazuje modyfikację specyfikacji w sposób określony przez Odwołującego się w odwołaniu. Jednocześnie Izba pragnie zauważyć, iż zgodnie z zawartymi już SIWZ postanowieniami Subklauzuli 8.7. Wykonawca ma już możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, dlatego też w tym zakresie nie zachodzi konieczność modyfikacji postanowień Specyfikacji.

Ad. 2

Zamawiający w treści SIWZ, tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wymagania Ogólne w punkcie 1.5.3. wskazał, że Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazane Dokumentacje Projektowe i SST oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, w przypadku zawarcia umowy o roboty budowlane, do obowiązków wykonawcy należy oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Do obowiązków inwestora zaś należy między innymi dostarczenie projektu. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2004 roku (sygn. akt I CK 71/04) jednym z składników umowy o roboty budowlane jest dostarczenie projektu przez inwestora. Zatem umowa o budowę bez dostarczenia projektu przez inwestora jest zwykłą umową o dzieło i nie mają do niej zastosowania przepisy o umowie o roboty budowlane. Jak wynika z powyższych zapisów to do obowiązków inwestora należy przekazanie projektu.

Zgodnie natomiast z art. 651 Kodeksu cywilnego, jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie inwestora. Ustawa nie ogranicza wykonawcy żadnym terminem na zgłoszenie uwag, z zastrzeżeniem że musi to nastąpić niezwłocznie od momentu dowiedzenia się o zaistniałym fakcie.

Skład orzekający Izby zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że z uregulowań tych nie wynika jednak brak jakichkolwiek obowiązków wykonawcy związanych z weryfikacją otrzymanego do wykonania projektu. Obowiązki te jasno wynikają z art. 651 Kodeksu cywilnego. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 roku (sygn. III CKN 629/98), na który powołują się obie strony, analizując tę kwestię należy przede wszystkim zauważyć, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek 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. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

Zauważyć należy, iż Odwołujący nie kwestionuje obowiązku sprawdzenia przekazanej mu dokumentacji projektowej, jednakże wnosi, aby obowiązek ten ograniczał się do sprawdzenia kompletności dokumentacji, oraz przekazaniu informacji do Zamawiającego o wadach lub błędach możliwych do wykrycia przy zachowaniu należytej staranności przez wykonawcę robót. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za należyte sporządzenie projektów przez Inwestora i autorów projektów.

W toku prowadzonej rozprawy Zamawiający nie złożył jasnego i klarownego oświadczenia, że kwestionowane zapisy Specyfikacji należy rozumieć zgodnie z przytoczonym przez niego w rozstrzygnięciu protestu orzeczeniem Sądu Najwyższego. Tym bardziej, iż w przywoływanych zapisach znajduje się ograniczenie czasowe dla wykonawcy w postaci 4 tygodni na zgłoszenie wszelkich uwag, które nie znajduje oparcia w przepisach kodeksu cywilnego czy też prawa budowlanego. Zgłaszanie uwag w każdym terminie przewiduje choćby klauzula nr 13 FIDIC.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż 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 jakimś 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. Tym bardziej nie można uznać, iż nie zgłoszenie jakiś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego roszczenia Odwołującego nie są nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnia zarzut i nakazuje modyfikację postanowień specyfikacji w punkcie 1.5.3 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym przez strony wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasem.

Ad.3.

Zamawiający zawarł w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (ST) D-M-00.00.00 Wyrzucania Ogólne w punkcie 1.5.8. zapis, że Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby, w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości. Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Z zaskarżonego postanowienia ST nie wynika jednoznacznie, jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy w sytuacji niemożności prowadzenia robót na określonej nieruchomości w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości. Zamawiający nałożył na Wykonawcę w sposób nieudokreślony obowiązek:

- a) uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości,
- b) zapewnienia niezbędnych zasobów w przejęciu egzekucyjnym.

Zamawiający nie wskazał jednak w jakim zakresie Wykonawca ma brać udział w tym postępowaniu, na czym mają polegać zadania Wykonawcy uczestniczącego w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości, nie umiał wskazać choćby przykładowego zakresu tych czynności również w toku prowadzonej rozprawy i zadawanych przez skład orzekający pytań. Oczywistym dla Izby jest fakt, iż to nie wykonawca będzie przeprowadzał egzekucyjne przejęcie nieruchomości ponieważ nie jest on w żaden sposób faktyczny czy prawny do takich czynności upoważniony. Obowiązkiem wykonawcy będzie uczestniczenie w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości zapewne przy współudziale organów uprawnionych do przeprowadzania takiej egzekucji. W zapisach SIWZ nie określono jednakże, co należy rozumieć przez zapewnienie niezbędnych zasobów w przejęciu egzekucji i jak należy rozumieć samo uczestnictwo. Podczas rozprawy Zamawiający tłumaczył, że na obecnym etapie postępowania nie jest w stanie określić, jakie zasoby mogą okazać się niezbędne i nie chce w żaden sposób ograniczać wykonawców. Jednakże, skład orzekający Izby pragnie zauważyć, że Zamawiający jest instytucją, która posiada duże doświadczenie w realizacji inwestycji o podobnym rozmiarze i zapewne jest w stanie, jeżeli nie bardziej szczegółowo, to z pewnością przykładowo określić jakiego rodzaju zasoby wykonawcy przy wycenie niniejszej pozycji powinni brać pod uwagę oraz to, jaki charakter będzie miało samo uczestnictwo w czynnościach egzekucyjnych przeprowadzanych przez właściwy organ. Jest to o tyle uzasadnione, zważywszy na fakt, że wykonawca zobowiązany jest wycenić pozycje związane z nałożonymi na niego obowiązkami w kosztach ogólnych kosztorysu przedkładanego wraz z ofertą.

W ocenie składu orzekającego roszczenia Odwołującego nie są nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnił zarzut i nakazuje modyfikację postanowień specyfikacji w punkcie 1.5.8 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót poprzez dookreślenie obowiązków nałożonych na wykonawcę i dookreślenie pojęcia zapewnienie niezbędnych zasobów.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Dlatego też za zasadne należy uznać zarzuty Odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 ze zmianami), tj. uwzględniając koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie-Praga**.

Przewodniczący:

Maryna Tomaszewska

Członkowie:

[Signature]