

Sygn. akt KIO 509/11,

KIO 515/11

KIO 519/11

WYROK

z dnia 28 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2011r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **17 marca 2011 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych w dniu **11 marca 2011r.** przez :

- A. Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27**
- B. Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5**
- C. Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5**

przy udziale wykonawców: **NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Szczecinie, ul. Światowida 6, Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w**

Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2, Konsorcjum Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 114 oraz Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Alcobendas, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum Strabag po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 509/11),

przy udziale wykonawców Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27, Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6, Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2, Konsorcjum Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 114 oraz Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Alcobendas, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum Warbud po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 515/11) oraz

przy udziale wykonawców Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27, Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Światowida 6, Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, Konsorcjum Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 114 oraz Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Alcobendas, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum Hochtief po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 519/11),

orzeka:

1a. oddala odwołanie Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27

1b. oddala odwołanie Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5

1c. oddala odwołanie Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27, Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **20 000 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27,**
 - B** koszty w wysokości **20 000 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5**

cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5,

- C** koszty w wysokości **20 000 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 767,16 gr** (słownie: jedenaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt siedem złotych szesnaście groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty **3 922 zł 39 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa złote trzydzieści dziewięć groszy) przez **Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27** na rzecz **Gminę Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu,
- B** kwoty **3 922 zł 39 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa złote trzydzieści dziewięć groszy) przez **Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5** na rzecz **Gminy Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu.
- C** kwoty **3 922zł 39 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa złote trzydzieści dziewięć groszy) przez **Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2** na rzecz **Gminy Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego i

kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący :

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na robotę budowlaną - Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk - Trasa Słowackiego " Zadanie IV. Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej - Węzeł Ku Ujściu w trybie przetargu ograniczonego zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Miasta Gdańska, - Prezydenta Miasta Gdańska – Urząd Miasta Gdańska reprezentowany przez Gdańskie Inwestycje Komunalne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Kartuska 5 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 24 lipca 2010r. za numerem 2010/S 142-218693.

W dniu 2 marca 2011r. zamawiający wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazał zapraszającym wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz). Siwz wykonawcy odebrali siwz

Sygn. akt KIO 509/11

W dniu 11 marca 2011r. na treść siwz wniosło odwołanie Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27, zwane dalej Strabag zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez zaniechanie przekazania kompletnej dokumentacji projektowej, w oparciu o którą wykonawcy będą mogli złożyć porównywalne i konkurencyjne oferty, art. 29 ust. 1 i 2 oraz 31 ustawy poprzez opisanie przez zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia, jak również nałożenie na wykonawców obowiązku samodzielnego uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia tj. dokumentacji projektowej przed złożeniem oferty, art. 647 i 651 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy poprzez przerwienie na wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w dokumentacji projektowej, sporządzonej przez zamawiającego, art. 353 kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 ustawy poprzez zastosowanie zapisów SIWZ ograniczających prawo wykonawcy dostępu do placu budowy, co jest sprzeczne z naturą stosunku cywilnego jakim jest umowa o roboty budowlane w ramach której strony winny współdziałać przy realizacji zamówienia. Wniósł o nakazanie zamawiającemu przekazania kompletnej i zdanej do użycia w celu przygotowania oferty dokumentacji projektowej oraz ustalenie nowego terminu składania ofert nie krótszego niż 8 tygodni od daty przekazania dokumentacji, modyfikację załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 1.8 [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie] akapit 5 i ustalenie jej treści w poniższym brzmieniu

„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową, Terenem Budowy i

zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów wykonawcy", modyfikację załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego] lit g) o treści: „usunięto" poprzez wykreślenie tegoż sformułowania i zastąpienia go oryginalnym brzmieniem „Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego - 4. Wydanie Angielsko-polskie niezmienione 2008 (tłumaczenie 1. wydania FIDIC 1999)" Subklauzuli 17.3 lit (g) o treści: „projekt jakiegokolwiek części Robót wykonywany przez Personel Zamawiającego lub osoby trzecie, za które Zamawiający jest odpowiedzialny, oraz modyfikację Załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 4.7 [Wytyczne] poprzez dodanie do dotychczasowej treści klauzuli kolejnych akapitów o następującej treści: „Zamawiający będzie odpowiedzialny za wszelkie błędy w tych wyspecyfikowanych lub przekazanych danych odniesienia, ale Wykonawca dołoży starań, aby przeprowadzić ich weryfikację zanim zostaną użyte.

Jeżeli powstaną opóźnienia czy też Wykonawca poniesie Koszty z powodu konieczności wykonania robót spowodowanych przez błąd w tych danych odniesienia, którego doświadczony Wykonawca nie mógł w racjonalny sposób wykryć ani uniknąć tego opóźnienia czy też Kosztu, to Wykonawca powiadomi o tym Inżyniera i na mocy Klauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] będzie uprawniony do:

- (a) przedłużenia czasu za takie opóźnienie, na mocy Klauzuli 8.4 [Przedłużenie czasu na ukończenie], jeśli ukończenie jest lub będzie opóźnione oraz
- (b) pokrycia takiego Kosztu plus umiarkowany zysk, które należy włączyć do Ceny Kontraktowej.

Po otrzymaniu tego powiadomienia, Inżynier winien postępować zgodnie z klauzulą 3.5 [Ustalenia] dla uzgodnienia lub ustalenia (i) czy i w jakich granicach błąd nie mógł być porę wykryty, oraz (ii) spraw, opisanych powyżej w pp. (a) i (b) odnoszących się do tych granic "

- Zgodnie z oryginalnym brzmieniem tego punktu w Warunkach Kontraktowych dla budowy dla robót inżyniersko-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego -4. wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 (tłumaczenie 1. wydania 1999)" modyfikację załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 8.9 poprzez usunięcie z jej treści frazy: „ Wykonawca nie będzie uprawniony do przedłużenia czasu, lub do płatności za poniesiony Koszt, w związku z poprawianiem następstw zastosowania wadliwego projektu, wykonawstwa lub materiałów Wykonawcy, lub zaniechania przez Wykonawcę ochrony, składowania lub zabezpieczenia zgodnie z Subklauzula 8.8 [Zawieszenie pracy] " modyfikację załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 2.1. [Prawo dostępu

do Placu Budowy] poprzez dodanie do dotychczasowej treści klauzuli kolejnych akapitów o następującej treści: Jeżeli Wykonawca dozna uszczerbku przez opóźnienie czy też poniesie Koszt w wyniku niedopełnienia przez Zamawiającego przekazania prawa lub władania Terenem Budowy w odpowiednim czasie, to Wykonawca powiadomi o tym Inżyniera i będzie uprawniony na mocy klauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] do:

(a) wydłużenia czasu z powodu takiego opóźnienia, na mocy klauzuli 8.4 [Przedłużenie czasu na ukończenie], jeżeli ukończenie jest lub zostanie opóźnione oraz

(b) zapłaty za taki Koszt plus umiarkowany zysk, które należy włączyć do Ceny Kontraktowej "

Po otrzymaniu tego powiadomienia, Inżynier winien postąpić zgodnie z klauzulą 3.5 [Ustalenia], dla uzgodnienia i podjęcia ustaleń w tych sprawach. " - Warunkach Kontraktowych dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego - 4. wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 (tłumaczenie 1. wydania 1999)", modyfikację Załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 11.5 [Zabranie wadliwej części Robót] poprzez wykreślenie zdania drugiego z tej klauzuli o następującej treści: „Ta zgoda może wymagać, aby Wykonawca podwyższył kwotę Zabezpieczenia Wykonania o pełny koszt wymiany tych egzemplarzy lub dostarczył inne odpowiednie zabezpieczenie ", modyfikację załącznika nr 3 do SIWZ Warunki Umowne - Subklauzula 8.7 [Kary Umowne] poprzez uzupełnienie obecnego brzmienia nowym zapisem o treści: „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 Umownej brutto, za każdy dzień opóźnienia.

b) za nie przekazanie w terminie Wykonawcy kompletnej Dokumentacji Projektowej, Specyfikacji technicznej, Rysunków tzn. wszystkich projektów, decyzji, pozwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, niezbędnych do prowadzenia prac budowlanych przez Wykonawcę, w wysokości 0,03% Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto, za każdy dzień opóźnienia.

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 Umowie.

W uzasadnieniu podniósł, że SIWZ został przekazany w dwóch formach sama specyfikacja oraz część załączników w formie papierowej zaś część załączników tj. załączniki nr 5,6 i 7 zostały przekazane w formie elektronicznej tj. na płycie DVD. Załączniki w formacie elektronicznym zawierają istotne informacje dla sporządzenia oferty, gdyż w ten sposób została zapisana dokumentacja projektowa. Po sprawdzeniu płyt DVD okazało się, że brakuje części plików - spis rysunków nie pokrywa się z plikami tj. brakuje części rysunków,

które uwidocznione są w spisie. Brakuje również części specyfikacji technicznej. Część z plików zapisanych na DVD nie daje się otworzyć, lub zapisane są puste foldery w których nie ma żadnych plików, a część plików zapisana została w taki sposób, że nie jest możliwe wydrukowanie dokumentacji projektowej na ploterze. Strabag zwracał uwagę zamawiającemu na powyższe nieprawidłowości pismami z 7.03., 8.03 i 10.03.2011 r. jednak pomimo tego zamawiający ani nie przekazał dokumentacji ani nie zajął żadnego stanowiska. Strabag podniósł, że nie udostępniając kompletnej dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający naruszył art. 31 ust. 1 ustawy i w efekcie czego uniemożliwia wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty. W zakresie załącznika nr 3 odwołujący odniósł się do poszczególnych klauzuli umownych wprowadzonych przez zamawiającego. W odniesieniu do klauzuli 1.8 podniósł, że zamawiający wprowadzając kwestionowane postanowienie wyłączył swoją odpowiedzialność jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, którą nakłada na niego ustawodawca przepisem art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ustawy, tym samym naruszył te przepisy, a także normę nakazującą mu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy. W myśl tych przepisów zamawiający w przypadku robót budowlanych opisuje przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Oznacza to według Strabag, że obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie projektu, który będzie podstawą opracowania oferty przez wykonawcę a następnie wykonania przez niego robót budowlanych. Zaproponowane przez zamawiającego postanowienia klauzuli 1.8 załącznika nr 3 do SIWZ w istocie zwalniają zamawiającego z prawidłowego wykonania tego obowiązku, gdyż niezależnie czy projekt zawiera wady czy też nie, konsekwencje wszelkich wad projektu ma ponieść wykonawca, który nie odpowiada za sporządzenie projektu jak również nie miał na jego sporządzenie najmniejszego wpływu. Wskazał, że zamawiający oczekuje od wykonawców czynności sprawdzenia projektu podczas, gdy sprawdzenie projektu w myśl art. 12 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego oraz art. 20 ust. 2 Prawa budowlanego jest pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie projektanta i wiąże się z koniecznością posiadania odpowiednich uprawnień budowlanych. Podniósł, że postanowienia w specyfikacji lub wzorze umowy przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za projekt sporządzony w ramach opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego są bezskuteczne i niedopuszczalne vide wyrok Izby z dnia 22 sierpnia 2008 roku (KIO/UZP 821/08, LEX nr 448567): Zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z obowiązku starannego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ wyłącznie w oparciu o ten opis (projekt) uczestnicy postępowania mogą przygotować porównywalne i konkurencyjne oferty. Podkreślił, że wykonawca ma jedynie obowiązek

powiadomienia zamawiającego o wadzie projektu, która uniemożliwia prawidłowe wykonanie robót, o czym stanowi art. 651 kodeksu cywilnego, lecz z przepisu tego w żaden sposób nie wynika obowiązek szczegółowego sprawdzenia projektu pod w/w kątem. Na poparcie swojej argumentacji powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 roku (II CSK 101/08, LEX nr 637702): Wskazał, że skoro nie istnieje możliwość skutecznego nałożenia na wykonawcę obowiązków sprawdzenia projektu, tak też nie ma podstaw aby wszelkie koszty wynikłe z wad projektu były pokryte z wynagrodzenia wykonawcy, nawet gdy jest to wynagrodzenie ryczałtowe i tu wskazał na wyrok Izby z dnia 2 marca 2010 roku (KIO/UZP 184/10 LEX nr 653595)

Podkreślił, że postanowienie pozbawiający go uprawnienia do wynagrodzenia w takiej sytuacji powoduje, iż realizacja inwestycji obarczona jest olbrzymim ryzykiem utraty jakiegokolwiek zysku, a nawet wystąpienia straty. Zamawiający nie powinien zatem zamykać drogi wykonawcy do zgłaszania ewentualnych roszczeń w tym zakresie, tym bardziej, iż w sytuacji takiej przysługiwać mu będzie roszczenie regresowe w stosunku do projektanta, który odpowiadając za błędy lub braki dokumentacji projektowej zobowiązany będzie do naprawienia wynikłej z nich szkody. W odniesieniu do klauzuli 17.3 wskazał, że w tym zakresie podtrzymuje argumentację podniesioną w zarzucie naruszenia ustawy poprzez niedostarczenie kompletnej dokumentacji projektowej. Podniósł, że przywrócenie oryginalnego brzmienia FIDIC w tym zakresie tj. przywrócenia treści

Subklauzuli 17.3 podpunktu g: „projektowanie jakiegokolwiek części Robót przez Personel Zamawiającego lub inne osoby, za które Zamawiający jest odpowiedzialny” nie pozostawia interesu zamawiającego bez ochrony, ponieważ pozostaje mu roszczenie regresowe w stosunku do projektanta w przypadku wynikłej z tego tytułu szkody. W zakresie klauzuli 4.7 podniósł, że obowiązkiem zamawiającego jest sprecyzowanie punktów, linii i poziomów odniesienia. Wskazane są one bądź w Umowie bądź zostaną przekazane przez Inżyniera. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na to jak te elementy zostaną sprecyzowane. Tym samym jeżeli okaże się, że w wyniku nieprawidłowości w sprecyzowaniu tych elementów wykonawca dozna opóźnień lub poniesie koszt to naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy, również na podstawie art. 471 k.c, jest poniesienie odpowiedzialności przez zamawiającego. Dlatego też w oryginalnych zapisach FIDIC dano wykonawcom podstawę do wystąpienia z roszczeniem wydłużenie czasu realizacji jak również zwiększenia wynagrodzenia. Odwołujący Strabag wskazał także na rażącą nierówność rozkładu praw i obowiązków wynikającą z zapisu Subklauzuli 2.1 [Prawo dostępu do Placu Budowy], gdzie przewidziano, że: „Zamawiający przekaże Wykonawcy prawo i władanie Terenem Budowy w terminie 14 dni od podpisania Aktu Umowy, w takim zakresie jaki może być wymagany dla umożliwienia Wykonawcy działania zgodnego z harmonogramem przedłożonym na mocy klauzuli 8.3 [Harmonogram]... Jednocześnie usunięto postanowienie uprawniające do

przedłużenia czasu na ukończenie i zapłaty kosztu w przypadku niedopełnienia przez zamawiającego przekazania placu budowy. Zakres i terminy dostępności terenu budowy będą oparte o harmonogram, który inżynier zatwierdzi 21 dni po podpisaniu umowy i na który ma w zasadzie nieograniczony wpływ. Przy takiej konstrukcji klauzuli, według Strabag, wykonawca ponosi niemożliwe do ustalenia ryzyko, że dostęp do placu budowy będzie ograniczony. Terminowe przekazanie placu budowy w przedmiotowym kontrakcie jest szczególnie ważne ze względu na ustalenie terminu realizacji jednym z kryteriów oceny ofert; skrajnie napięty harmonogram robót w związku z ustaleniem kamieni milowych, jak również z uwagi na wysokie kary umowne wg. Subklauzuli 8.7 za samo opóźnienie (a nie za zwłokę). Kwestionowanym postanowieniami zamawiający, według Strabag, naruszył przepisy art. 353' kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 ustawy, gdyż w istocie zwalnia się z obowiązku współdziałania przy wykonaniu zobowiązania oraz zwalnia się z odpowiedzialnością za prawidłowe wykonanie podstawowego obowiązku inwestora wynikającego z art. 647 k.c. polegającego na przekazaniu terenu budowy. Co do postanowień Subklauzuli 11.5 [Zabranie wadliwej części Robót] w części dotyczącej podwyższenia Zabezpieczenia Wykonania w przypadku konieczności zabrania z Placu Budowy wadliwych Urządzeń, Strabag podniósł, że jest ono niezgodne z art. 150 § 2 ustawy. Zamawiający w Subklauzuli 4.2 wskazał, że wykonawca do podpisania aktu umowy wniesie zabezpieczenie wykonania umowy w wysokości 10% zaakceptowanej kwoty umownej brutto, która to kwota stanowi maksimum ustawowe przewidziane art. 150 ust. 2 ustawy. Zastosowany przez zamawiającego Zapis Subklauzuli 11.5 [Zabranie wadliwej części Robót] wprowadza sytuację, w której kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy może być wyższa niż przewiduje ww. przepis, co jest niedopuszczalne i narusza zasady uczciwej konkurencji. Odnośnie Subklauzuli 8.7 [Kary umowne], podkreślił, że zamawiający nie przewidział kar umownych należnych wykonawcy od zamawiającego. W związku z powyższym, oraz dla zachowania zasad równego traktowania stron umowy, zasadne jest wprowadzenie do Subklauzuli 8.7 nowego akapitu przewidującego kary umowne na rzecz wykonawcy od zamawiającego w brzmieniu określonym poniżej. Zdaniem odwołującego, wprowadzenie takich postanowień do SIWZ doprowadzi do uwzględnienia zasad współżycia społecznego, ale także słusznego interesu społecznego, biorąc pod uwagę wagę planowanego do wykonania zamówienia i dodatkowo zabezpieczy kontraktowy termin realizacji. Podkreślił, iż z zasady swobody umów jest niemożliwe 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. 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. Odwołujący nie negował wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreślił, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku sporządzenia przez zamawiającego zaskarżonej treści SIWZ może doznać interes Strabag może doznać uszczerbku. Sporządzenie SIWZ w sposób naruszający przepisy uniemożliwia odwołującemu przygotowanie oferty w sposób rzetelny, gwarantujący jej konkurencyjność poprzez zapewnienie jej porównywalności z innymi w przedmiotowym postępowaniu. W sytuacji, gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami, w tym Specyfikacji Technicznej, które w swej treści są jednostronnie niekorzystne dla odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez lidera Strabag, działającego zgodnie z zasadami reprezentacji lidera ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania oraz w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne udzielone przez drugiego z członków konsorcjum, zgodnie z zasadami jego reprezentacji ujawnionymi w rejestrze handlowym, z którego odpis wraz z tłumaczeniem załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 11 marca 2011r.

W dniu 14 marca 2011r. zamawiający poinformował na swojej stronie internetowej o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Informacja została także przekazana wykonawcom listem poleconym.

W dniu 17 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Strabag zgłosił swój udział wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopotcie, ul. Powstańców Warszawy 19 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian siwz i doprowadzenia jej treści do zgodności z postanowieniami ogłoszenia o zamówienia, a gdyby te czynności nie były możliwe do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes prawny w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż rozstrzygnięcie to wywrze skutek w jego sferze prawnej, a z uwagi na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy interes prawny zgłaszającego doznaje uszczerbku. Wskazał, że zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy poprzez zaniechanie przekazania kompletnej dokumentacji projektowej, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy poprzez nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz nałożenie na wykonawców obowiązku samodzielnego uzupełnienia dokumentacji

projektowej, art. 647kc i 651 kc w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez przerwienie na wykonawców obowiązku sprawdzenia wad w dokumentacji projektowej, art. 353 kc w związku z art. 354 par 2 kc w związku z art. 647 kc i w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez zastosowanie w siwz postanowień ograniczających wykonawcy prawo dostępu do placu budowy. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 marca 2011r. faksem oraz nadana w tym dniu listem poleconym.

W dniu 17 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Warbud zgłosił swój udział wykonawca Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Szczecinie, ul. Światowida 6 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i dokonanie modyfikacji postanowień siwz w zakresie i sposób wykazany przez Strabag. Wskazał, że ma interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia taki jak odwołujący we wniesieniu odwołania, gdyż postanowienia treści siwz, w takim samym stopniu naruszają jego interes. Podniósł, że w przypadku podpisania umowy na warunkach wskazanych w siwz wykonawca będzie w rażąco słabszej pozycji niż zamawiający, a umowa przewiduje rażącą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Wskazał, że zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym niezależne od woli wykonawcy, a także te które wynikną z zaniedbań samego zamawiającego. Postępowanie zamawiającego nie pozwala na skalkulowanie ceny ofertowej, gdyż nie ma możliwości przewidzenia wszelkich ryzyk, które mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 sierpnia 2010r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 marca 2011r.

W dniu 17 marca 2011r. zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym wykonawca Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, wskazując, iż przystępuje po stronie odwołującego Strabag i wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Podniósł, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż opracowanie treści siwz przez zamawiającego pozbawia przystępującego możliwości udziału w postępowaniu o pozyskanie zamówienia. Opiera swój interes także na prawie do żądania zawarcia umowy zgodnie z zasadami współzycia społecznego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez prokurenta i członka zarządu .lidera upoważnionych do reprezentacji łącznej lidera, zgodnie z zasadami

reprezentacji ujawnionymi w KRS lidera, którego odpis załączono. Pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum zostały udzielone przez pełnomocników poszczególnych członków konsorcjum działających w oparciu o udzielone im pełnomocnictwa podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji członków konsorcjum, zgodnie z ich dokumentacją rejestracyjnymi, z których odpisy zostały złożone na wezwanie Izby. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 marca 2011r.

W dniu 18 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Strabag Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i wskazując na swój interes w przystąpieniu polegający na potrzebie zapewnienia, aby zgodność siwz z przepisami ustawy umożliwiła złożenie prawidłowo oszacowanej oferty. Wskazał, że wezwanie do przystąpienia wraz z kopią odwołania otrzymał w dniu 17 marca 2011r. listem poleconym. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika lidera działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2011r., udzielonego przez lidera i podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentacji lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS lidera, z którego odpis załączono do odwołania, oraz na podstawie pełnomocnictwa partnera konsorcjum udzielonego liderowi upoważniającego lidera do udzielania dalszych pełnomocnictw, podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji partnera konsorcjum wynikającymi z rejestru handlowego, z którego odpis wraz z tłumaczeniem załączono do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 marca 2011r. faksem

W dniu 21 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Strabag zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorskka 114 oraz Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Alcobendas, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. Przystępujący wskazał, że wezwanie do przystąpienia otrzymał listem poleconym w dniu 17 marca 2011r. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum upoważnionych do reprezentacji łącznej, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia oraz zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 9 sierpnia 2010r. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 21 marca 2011r.

Sygn. akt KIO 515/11

W dniu 11 marca 2011r. odwołanie wniosło Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z

siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5 – zwane dalej Warbud wobec treści Subklauzuli 1.8, 1.9 i 2.1 Warunków Umownych. Warbud zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez naruszenie zasady swobody kontraktowania, art. 58 par 2 kc w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez wprowadzenie postanowień sprzecznych z prawem, art. 5 kc w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez wprowadzenie postanowień sprzecznych z zasadami współżycia społecznego. Odwołujący wniósł o modyfikację specyfikacji w zakresie warunków umownych w zakresie klauzuli 1.8 poprzez usunięcia postanowień od słów „Wykonawca (...)” do słów „Dokumentacji projektowej”, poprzez przywrócenie w klauzuli 1.9 w niezmienionej treści punktu b warunków kontraktowych FIDIC, przywrócenie w niezmienionej treści punktu a i b warunków kontraktowych FIDIC w klauzuli 2.1. Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w przypadku uzyskania zamówienia będzie zmuszony je realizować w oparciu o kwestionowane postanowienia umowne.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że niedopuszczalne na podstawie art. 353¹ kc jest przerzucanie na wykonawców odpowiedzialności za poprawność i kompletność dokumentacji projektowej. Wskazał na obowiązki wykonawcy wynikające z art. 651 kc, ale podniósł, że nie daje to uprawnień zamawiającemu do żądania przyjęcia odpowiedzialności za sporządzoną na zlecenie zamawiającego dokumentację projektową przez wykonawcę, który nie posiada uprawnień projektowych. Także niedopuszczalne jest oczekiwanie zamawiającego, że wykonawca zrzecze się w tym zakresie wszelkich roszczeń, które mogą powstać na skutek niekompletności czy błędów, pomyłek i innych wad dokumentacji projektowej, w tym zwrotu zwiększonych kosztów lub płatności czy roszczenia o przedłużenie czasu realizacji zamówienia o czas niezbędny dla usunięcia tych pomyłek, niedokładności, rozbieżności czy innych wad dokumentacji projektowej. Wskazał, że z mocy art. 18 ustawy Prawo budowlane na zamawiający spoczywa obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej, zaś obowiązek sprawdzenia tej dokumentacji, to obowiązek projektanta, zgodnie z art. 20 ustawy Prawo budowlane. Wskazał także, iż art. 647 kc wskazuje na odpowiedzialność zamawiającego za projekt budowlany, a na wykonawcę robót budowlanych nałożony jest jedynie obowiązek bieżącego sprawdzenia, czy według przedłożonego projektu możliwe jest wykonanie robót budowlanych. Wskazał także, że wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wady dokumentacji, których zamawiający i projektant nie byli w stanie przewidzieć i sprawdzić we własnym zakresie. Wskazał także, że zamawiający naruszył ustawę także poprzez wykreślenie z subklauzul 1.9 i 2.1. warunków umownych słów „płatności za jakiegokolwiek taki Koszt plus rozsądny zysk, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej” powoduje to, że w przypadku

zaniedbań zamawiającego wykonawcy nie mogą dochodzić żadnej dodatkowej płatności nawet w przypadku nieprzekazania przez zamawiającego placu budowy. Wykonawca będzie musiał ponosić koszty przestoju jego ludzi i sprzętu bez prawa dochodzenia zwrotu tych kosztów, nawet gdy powstaną one z winy zamawiającego. W subklauzuli 2.1. zamawiający wyłączył uprawnienie wykonawcy do przedłużenia terminu wykonania umowy w przypadku nie przekazania placu budowy przez zamawiającego. Warbud podniósł, że art. 647 stanowi, iż obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie terenu budowy i dostarczenie projektu. Zatem powstanie obowiązku zobowiązaniowego następuje z chwilą przekazania placu budowy. Tym samym zwłoka zamawiającego w przekazaniu placu budowy powinna skutkować uprawnieniem po stronie wykonawcy do przedłużenia czasu realizacji budowy. Wskazał w tym zakresie na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 1999r. sygn. akt II CR 858/90. Podkreślił, że kwestionowane subklauzule pozostają w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego. Ponadto klauzule 1.9 i 2.1. w brzmieniu zaproponowanym przez zamawiającego naruszają zasadę odpowiedzialności z winy dłużnika i zakaz wyłączania odpowiedzialności za szkody wyrządzone z winy umyślnej tj. art. 471 kc i 473 kc. Podniósł, że wobec zastosowania przez zamawiającego takich postanowień nie jest w stanie skalkulować ceny oferty, gdyż nie jest w stanie ocenić ryzyka jakie wiąże się z wykonaniem zamówienia. Z tego względu Warbud, podniósł, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy nakazujący zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wszystkich okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty. Wskazał także na orzecznictwo zespołów arbitrów, z którego wynika, że czynności zamawiającego związane z konstruowaniem postanowień przyszłej umowy na gruncie ustawy powinny być oceniane z uwzględnieniem przepisów kodeksu cywilnego. Warbud podniósł także, iż czynności zamawiającego pozostają w sprzeczności z treścią art. 5 kc , gdyż naruszają zasady współżycia społecznego. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta i członka zarządu .lidera upoważnionych do reprezentacji łącznej lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS lidera, którego odpis załączono. Pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum zostały udzielone przez pełnomocników poszczególnych członków konsorcjum działających w oparciu o udzielone im pełnomocnictwa podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji członków konsorcjum, zgodnie z ich dokumentacji rejestracyjnymi, z których odpisy zostały złożone na wezwanie Izby. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 marca 2011r.

W dniu 14 marca 2011r. zamawiający poinformował na swojej stronie internetowej o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Informacja została także przekazana wykonawcom listem poleconym.

W dniu 17 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Warbud zgłosił swój udział wykonawca Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Szczecinie, ul. Światowida 6 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i dokonanie modyfikacji postanowień siwz w zakresie i sposób wykazany przez Warbud. Wskazał, że ma interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia taki jak odwołujący we wniesieniu odwołania, gdyż postanowienia treści siwz, w takim samym stopniu naruszają jego interes. Podniósł, że w przypadku podpisania umowy na warunkach wskazanych w siwz wykonawca będzie w rażąco słabszej pozycji niż zamawiający, a umowa przewiduje rażącą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Wskazał, że zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym niezależne od woli wykonawcy, a także te które wynikną z zaniedbań samego zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 sierpnia 2010r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 marca 2011r.

W dniu 17 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie Warbud zgłosił swoje przystąpienie wykonawca Konsorcjum firm: Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż postanowienia siwz nie pozwalają mu złożyć prawidłowej oferty, a w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zmuszają do podpisania umowy na niekorzystnych warunkach. Podniósł, że nie otrzymał informacji o wniesieniu odwołania, ani wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, a o odwołaniu dowiedział się ze strony internetowej zamawiającego w dniu 14 marca 2011r. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 stycznia 2008r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 marca 2011r. faksem.

W dniu 18 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Warbud Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i wskazując na swój interes w przystąpieniu polegający na potrzebie zapewnienia, aby zgodność siwz z przepisami ustawy umożliwiała złożenie prawidłowo oszacowanej oferty. Wskazał, że wezwanie do przystąpienia wraz z kopią

odwołania otrzymał w dniu 17 marca 2011r. listem poleconym. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika lidera działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2011r., udzielonego przez lidera i podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentacji lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS lidera, z którego odpis załączono do odwołania, oraz na podstawie pełnomocnictwa partnera konsorcjum udzielonego liderowi upoważniającego lidera do udzielania dalszych pełnomocnictw, podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji partnera konsorcjum wynikającymi z rejestru handlowego, z którego odpis wraz z tłumaczeniem załączono do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 marca 2011r. faksem

W dniu 21 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Warbud zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 114 oraz Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Alcobendas, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. Przystępujący wskazał, że wezwanie do przystąpienia otrzymał listem poleconym w dniu 17 marca 2011r. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum upoważnionych do reprezentacji łącznej, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia oraz zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 9 sierpnia 2010r. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 21 marca 2011r.

Sygn. akt KIO 519/11

W dniu 11 marca 2011r. na treść siwz wniosło odwołanie Konsorcjum firm : Hochtief Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14 i Hochtief Solutions AG z siedzibą w Niemczech w Essen, Opernplatz 2 – zwane dalej Hochtief. Zarzucił zamawiającemu w odniesieniu do punktu 5 rozdziału III „Opis przedmiotu zamówienia” -sprzeczność z postanowieniami art. 29 ust. 1 ustawy, przez przyjęcie, że brak rzetelnej informacji albo dokumentacji dotyczącej określenia przedmiotu zamówienia, jest jednoznacznym i wyczerpującym określeniem przedmiotu zamówienia, pozwalającym Wykonawcy na uwzględnienie wszystkich wymagań zamawiającego i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wykonawcy oraz że wykonawca ma uwzględnić w ramach wynagrodzenia wszystkie nieprzewidziane okoliczności oraz w odniesieniu do akapitu piątego Subklauzuli 1.8 Warunków Umowy [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie] - sprzeczność z postanowieniami art. 29 ust. 1 ustawy, przez przyjęcie, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za błędy, niedokładności, kompletność i wystarczalność dokumentacji

projektowej i zrzeka się wobec zamawiającego wszelkich roszczeń związanych z takimi błędami i niedokładnościami. Hochtief wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany zapisu punktu 5 rozdziału III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, przy czym punkt 5 po dokonanej zmianie otrzymałby nowe, następujące brzmienie: „Wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, który jest konieczny z punktu widzenia Dokumentacji projektowej, przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, dla uzyskania finalnego efektu określonego przedmiotem zamówienia. Wszelkie roboty oraz warunki fizyczne, gruntowe i inne, które nie są szczegółowo opisane w dokumentacji załączonej do umowy, będą traktowane jako nieprzewidywalne warunki fizyczne.”, usunięcia z Warunków Umownych akapitu piątego Subklauzuli 1.8 Warunków Umowy [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie], a także o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniósł, że jego interes prawny doznaje uszczerbku z powodu sprzeczności kwestionowanego, ponieważ odwołujący nie jest w stanie właściwie oszacować wartości swojej oferty, czym naraża się na ryzyko poniesienia strat w trakcie realizacji umowy, a na etapie ubiegania się o zamówienie narażony jest na ryzyko nieuwzględnienia oferty z powodu błędnie określonej ceny.

W SIWZ, w rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający przyjął w punkcie 5 zasadę, iż wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, bez względu na występujące trudności i nieprzewidziane okoliczności, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji, a ponadto, w punkcie 9 tegoż rozdziału, ppkt 4) Zamawiający określił, iż Wykonawca będzie zobowiązany do prowadzenia właściwej gospodarki odpadami a w punkcie 13 tego rozdziału, lit. d), że Wykonawca zobowiązany jest do opracowania programu gospodarki odpadami niebezpiecznymi. Jednocześnie zamawiający nie dostarczył z SIWZ żadnej dokumentacji zawierającej badania gruntu wraz z informacją o jego zanieczyszczeniu. Postanowienia SIWZ zatem zawierają jedynie sugestie zamawiającego, iż na terenie, na którym wykonywany będzie przedmiot zamówienia mogą znajdować się odpady, w tym odpady niebezpieczne. Koszt usuwania gruntu zanieczyszczonego jest wielokrotnie wyższy od kosztów usuwania gruntu nie zawierającego takich zanieczyszczeń. Skala zanieczyszczeń nie jest znana ani Zamawiającemu ani Wykonawcy i nie jest możliwa do określenia podczas inspekcji terenu przyszłej budowy. Mimo tych okoliczności, zamawiający wykluczył w punkcie 5 rozdziału III SIWZ jakąkolwiek możliwość ubiegania się przez wykonawcę o dodatkowe wynagrodzenie w przypadku zajścia „nieprzewidzianych okoliczności”, w tym także w przypadku powstania konieczności usuwania zanieczyszczonego gruntu bez względu na rozmiar takich prac. Podobne okoliczności wiążą się z instalacjami podziemnymi. Powyższe oznacza dla odwołującego

istnienie poważnego ryzyka niedoszacowania ceny ofertowej, a ponadto nie jest on w stanie uwzględnić wszystkich elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Co więcej, zapis punktu 5 SIWZ w zestawieniu z postanowieniem Subklauzuli 4.12 Warunków Umowy stanowiącym o prawie wykonawcy do żądania wynagrodzenia za prace wywołane nieprzewidywalnymi warunkami fizycznymi, przy jednoczesnym braku dokumentacji dotyczącej np. zanieczyszczenia gruntów i istnieniu sugestii co do występowania zanieczyszczeń, wywołuje wątpliwość co zakresu obowiązywania Subklauzuli 4.12 w przypadku wystąpienia zanieczyszczenia gruntów. W przypadku zatem zmiany punktu 5 SIWZ w żądanym przez Hochtief zakresie z jednoczesnym pozostawieniem Subklauzuli 4.12, wykonawca miałby możliwość właściwego oszacowania ryzyk i tym samym ceny ofertowej. Wskazał na to, że w orzecznictwie podkreśla się obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący bez konieczności dokonywania dodatkowych interpretacji (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 23.06.2008, XIX Ga 214/08, publ w: LEX poz. 621195). Ponadto podniósł, że

W odniesieniu do zarzutu nr 2) należy stwierdzić co następuje. Postanowienie akapitu piątego Subklauzuli 1.8 rozszerza zakres przedmiotu zamówienia i przerzuca na Wykonawcę wszelkie ryzyka i koszty związane z wykonywaniem wszelkich robót, jakie mogłyby wynikać na skutek dokonanych zmian w dokumentacji projektowej lub wynikłych z powodu wad dokumentacji.

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jako Inwestora, jest dostarczenie kompletnej dokumentacji projektowej (argument z art.647 k.c). Ponadto, dokumentacja projektowa stanowi część składową umowy o roboty budowlane (art. 648 § 2 k.c). W procesie udzielania zamówień publicznych Zamawiający proponuje projekt umowy wraz ze wszystkimi jej częściami składowymi. Z istoty rzeczy umowa i jej części składowe nie podlegają żadnym negocjacjom, a zmiany umowy mogą się odbywać jedynie z zachowaniem warunków przewidzianych przepisami pzp za zgodą obu stron. W tym stanie rzeczy przerzucanie na Wykonawcę wszelkich ryzyk i kosztów związanych z wadami części umowy (dokumentacji projektowej) a więc przerzucanie odpowiedzialności za takie wady w ogóle a w szczególności w rozmiarze nieoznaczonym stanowi naruszenie art. 29 ust.1 pzp, gdyż czyni sam przedmiot zamówienia nieokreślonym wystarczająco i precyzyjnie.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej. Wręcz przeciwnie, dostarczenie kompletnej dokumentacji jest obowiązkiem inwestora, a odpowiedzialność za wady dokumentacji powinien ponosić jedynie projektant. Zamawiającemu w związku z powyższym służą stosowne roszczenia do projektanta, a nie swoiste prawo przerzucania odpowiedzialności za wady projektu na Wykonawcę. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika lidera działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2011r., udzielonego przez lidera i podpisanego

przez osoby upoważnione do reprezentacji lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS lidera, z którego odpis załączono do odwołania, oraz na podstawie pełnomocnictwa partnera konsorcjum udzielonego liderowi upoważniającego lidera do udzielania dalszych pełnomocnictwa, podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji partnera konsorcjum wynikającymi z rejestru handlowego, z którego odpis wraz z tłumaczeniem załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 marca 2011r.

W dniu 14 marca 2011r. zamawiający poinformował na swojej stronie internetowej o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Informacja została także przekazana wykonawcom listem poleconym.

W dniu 17 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie Hochtief zgłosił swoje przystąpienie wykonawca Konsorcjum firm : Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag AG z siedzibą w Austrii w Spittal, Ortenburgstrasse 27 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż postanowienia siwz nie pozwalają mu złożyć prawidłowej oferty, a w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zmuszają do podpisania umowy na niekorzystnych warunkach. Podniósł, że nie otrzymał informacji o wniesieniu odwołania, ani wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, a o odwołaniu dowiedział się ze strony internetowej zamawiającego w dniu 14 marca 2011r. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 stycznia 2008r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 marca 2011r. faksem.

W dniu 17 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Hochtief zgłosił swój udział wykonawca Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Szczecinie, ul. Światowida 6 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i dokonanie modyfikacji postanowień siwz w zakresie i sposób wykazany przez Strabag. Wskazał, że ma interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia taki jak odwołujący we wniesieniu odwołania, gdyż postanowienia treści siwz, w takim samym stopniu naruszają jego interes. Podniósł, że w przypadku podpisania umowy na warunkach wskazanych w siwz wykonawca będzie w rażąco słabszej pozycji niż zamawiający, a umowa przewiduje rażącą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Wskazał, że zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za wszelkie zdarzenia negatywne, w tym niezależne od woli wykonawcy, a także te które wynikną z zaniedbań samego zamawiającego. Postępowanie

zamawiającego nie pozwala na skalkulowanie ceny ofertowej, gdyż nie ma możliwości przewidzenia wszelkich ryzyk, które mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 sierpnia 2010r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 marca 2011r.

W dniu 17 marca 2011r. zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym wykonawca Konsorcjum firm : Warbud Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, Vinci Constructuin Grands Projets SAS z siedzibą w Cedex Rueil-Malmaison, 5 cours Ferdinand de Lesseps i Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, wskazując, iż przystępuje po stronie odwołującego Hochtief i wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Podniósł, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż opracowanie treści siwz przez zamawiającego pozbawia przystępującego możliwości udziału w postępowaniu o pozyskania zamówienia. Opiera swój interes także na prawie do żądania zawarcia umowy zgodnie z zasadami współzycia społecznego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez prokurenta członka zarządu .lidera upoważnionych do reprezentacji łącznej lidera, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS lidera, którego odpis załączono. Pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum zostały udzielone przez pełnomocników poszczególnych członków konsorcjum działających w oparciu o udzielone im pełnomocnictwa podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji członków konsorcjum, zgodnie z ich dokumentacji rejestracyjnymi, z których odpisy zostały złożone na wezwanie Izby. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 marca 2011r.

W dniu 21 marca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Hochtief zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorskka 114 oraz Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Alcobendas, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości, wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. Przystępujący wskazał, że wezwanie do przystąpienia otrzymał listem poleconym w dniu 17 marca 2011r. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum upoważnionych do reprezentacji łącznej, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia oraz zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 9 sierpnia 2010r. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 21 marca 2011r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania: ogłoszenia o zamówieniu, zaproszenia do składania ofert z dnia 2 marca 2011r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, pism Strabag z dnia 7 marca 2011r., 8 marca 2011r. i 10 marca 2011 r., protokołu postępowania wraz z załącznikami, warunków kontraktowych dla robót inżynieryjno-budowlanych opracowanych przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Inżynierów Doradców (FIDIC) 4. Wydanie Angielsko-polskie niezmienione 2008 (tłumaczenie 1. wydania FIDIC 1999), pisma zamawiającego z dnia 14 marca 2011r. stanowiącego wyjaśnienia i modyfikację siwz wraz z załącznikami w postaci dwóch płyt DVD, wykazu plików uszkodzonych lub pustych folderów, oględzin dokumentacji przekazanej przystępującemu przez zamawiającego w dniu 2 marca 2011r.

Izba ustaliła, co następuje

W rozdziale III pkt 5 siwz zamawiający zawał następujące postanowienie : Wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, który jest konieczny z punktu widzenia dokumentacji projektowej, przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, dla uzyskania finalnego efektu, określonego przedmiotem zamówienia, a więc wykonać zadanie bez względu na występujące trudności i nieprzewidziane okoliczności, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji.

W załączniku nr 3 Warunki kontraktowe zamawiający wprowadził następujące sporne klauzule umowne:

Subklauzula 1.8 (opieka nad dokumentami i ich dostarczanie)

Dokumentacja projektowa będzie przechowywana i pozostanie pod opieką i dozorem zamawiającego, wykonawca otrzyma jeden egzemplarz umowy i wszelkich następnym rysunków. Wykonawca może na własny koszt uzyskać dalsze kopie.

Każdy z dokumentów wykonawcy będzie pozostawać na przechowaniu i pod opieką wykonawcy, jeżeli i dopóki nie zostanie przejęty przez zamawiającego. Jeżeli nie jest inaczej podane w umowie, to wykonawca dostarczy inżynierowi sześć egzemplarzy każdego z dokumentów wykonawcy.

Wykonawca będzie przechowywał na placu budowy kopię umowy, publikacje wymienione w specyfikacji, dokumenty wykonawcy (jeśli są), rysunki oraz zmiany i inne komunikaty wydane według umowy oraz wszelkie dokumenty wymagane do przechowywania na placu budowy przez przepisy prawa budowlanego. Personel zamawiającego będzie miał prawo dostępu do tych dokumentów we wszystkich stosownych momentach oraz do wszelkich dokumentów wymaganych do przechowywania na placu budowy przez przepisy prawa budowlanego.

Jeżeli któraś ze stron uświadomi sobie, że istnieje jakiś błąd lub wada natury technicznej w

jakimś dokumencie, który został przygotowany do użycia przy realizacji robót, to strona ta bezzwłocznie da powiadomienie drugiej stronie o takim błędzie lub wadzie.

Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową, terenem budowy i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania robót i dokumentów wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność dokumentacji projektowej dla wykonania robót i dokumentów wykonawcy. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie ewentualnych roszczeń przeciwko zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności i braków lub innych wad dokumentacji projektowej w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych kosztów lub płatności w dodatku do ceny umownej, lub o przedłużenie czasu na ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad dokumentacji projektowej.

(a) Najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca dostarczy zamawiającemu plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,

(b) Wykonawca doręczy inżynierowi (z kopią dla zamawiającego) następujące dokumenty :

- w ciągu 21 dni od zawarcia umowy projekt organizacji robót i plan zapewnienia jakości, w których wykonawca następnie uwzględni wytyczne sporządzone przez inżyniera i wprowadzi je do tych dokumentów w terminie 7 dni od daty ich otrzymania

Harmonogram szczegółowy, w zakresie i terminach, o których mowa w subklauzuli 8.3 włącznie z każdą jego modyfikacją wymaganą zgodnie z umową

Plan zapewnienia jakości i harmonogram szczegółowy zatwierdza inżynier

(c) Najpóźniej w terminie 21 dni od podpisania umowy wykonawca dostarczy zamawiającemu uproszczony kosztorys robót TER stanowiący rozwinięcie tabeli elementów scalonych w stopniu umożliwiającym rozliczenia wykonywanych robót, zawierający co najmniej ceny jednostkowe poszczególnych robót i ich ilości.

W przypadku nieterminowego wykonania przez wykonawcę któregokolwiek z obowiązków, o których mowa w pkt (a), (b), (c) powyżej wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 5000 złotych (słownie : pięć tysięcy złotych) za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów, o których mowa w tych punktach.

Subklauzula 1.9 (opóźnienie rysunków lub instrukcji)

Wykonawca powiadomi inżyniera, jeżeli pojawi się możliwość opóźnienia lub przerwania robót z powodu opóźnienia dostarczenia wykonawcy jakiegokolwiek rysunku lub instrukcji w racjonalnie określonym czasie. Powiadomienie winno obejmować szczegóły koniecznych

rysunków lub instrukcji, wyjaśnienie dlaczego i kiedy powinny być one wydane, oraz szczegóły o charakterze i wielkości opóźnienia lub przerwy, które przypuszczalnie nastąpią w razie opóźnienia.

Jeżeli wykonawca dozna uszczerbku przez opóźnienie i/lub poniesie koszt w wyniku uchybienia inżyniera, który dostarczy wymagane w powiadomieniu rysunku lub instrukcje z opóźnieniem w stosunku do uzasadnionego żądania wykonawcy, to wykonawca winien wystąpić do inżyniera z odpowiednim wnioskiem, przy czym w nawiązaniu do subklauzuli 20.1 (Roszczenia wykonawcy) będzie on uprawniony do przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według subklauzuli 8.4 (przedłużenie czasu na ukończenia), jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione.

Po otrzymaniu takiego wniosku inżynier winien postąpić zgodnie z subklauzulą 3.5 (określenia) dla uzgodnienia lub podjęcia ustaleń w tych sprawach.

Jednakże wykonawca nie będzie uprawniony do żądanego przedłużenia czasu, jeżeli oraz w zakresie, w jakim uchybienie inżyniera spowodowane było przez jakikolwiek błąd lub opóźnienie ze strony wykonawcy, włącznie z błędem lub opóźnionym dostarczeniem jakiegokolwiek dokumentu wykonawcy.

Klauzula 2 – zamawiający, subklauzula 2.1 (prawo dostępu do placu budowy)

Zamawiający przekaże wykonawcy prawo i władanie terenem budowy w terminie 14 dni od podpisania aktu umowy, w takim zakresie, jaki może być wymagany dla umożliwienia wykonawcy działania zgodnego z harmonogramem przedłożonym na mocy klauzuli 8.3 (harmonogram). To prawo dostępu może nie być zastrzeżone wyłącznie dla wykonawcy.

Poza wykonawcą prawo wstępu i przebywania na placu budowy będą mieć pracownicy zamawiającego, inżynier oraz pracownicy inżyniera, inni wykonawcy i podwykonawcy, inne niż określone powyżej osoby upoważnione przez zamawiającego, funkcjonariusze uprawnionych do takiego wstępu władz i służb państwowych i samorządowych.

Klauzula 4 (wykonawca) subklauzula 4.7. (wytyczenie)

Wykonawca wytyczy roboty w nawiązaniu do punktów, linii i poziomów odniesienia sprecyzowanych w umowie lub w podanych w powiadomieniu inżyniera. Wykonawca będzie odpowiedzialny za poprawne usytuowanie wszystkich części robót i naprawi każdy błąd w usytuowaniu, poziomach, wymiarach czy wyosiowaniu robót.

Klauzula 8 (rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenia) subklauzula 8.7 (kary umowne)

Jeżeli wykonawca nie wypełni postanowień subklauzuli 8.2 (czas na ukończenie), to wykonawca z uwzględnieniem subklauzuli 2.5 (roszczenia zamawiającego) zapłaci zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w związku z tym uchybieniem.

Karę umowną za opóźnienie ustala się w wysokości 0,05% zaakceptowanej kwoty umownej brutto:

(a) za każdy dzień opóźnienia, rozumianego jako okres, który upłynął pomiędzy upływem czasu na ukończenie, a datą rzeczywistego zakończenia wykonania robót podaną w świadectwie przejęcia,

(b) za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu każdego zakresu robót określonych jako „Kamień milowy” w stosunku do terminu określonego w siwz w wysokości 0,05% zaakceptowanej kwoty umownej brutto,

Kary umowne ustalone w podpunkcie (b) powyżej stają się należne dopiero w przypadku, gdy wykonawca opóźni się także w wykonaniu robót w stosunku do terminu ustalonego zgodnie z subklauzulą 8.2 (czas na ukończenie) (warunek zawieszający)

Całkowita kwota tak określonych kar umownych nie przekroczy kwoty stanowiącej 10% zaakceptowanej kwoty umownej brutto. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych bezpośrednio z należności wykonawcy.

Zapłata kar umownych, o których mowa powyżej, nie zwalnia wykonawcy z jego zobowiązań do ukończenia robót lub ich części w terminach wynikających z umowy, ani z jakichkolwiek innych jego obowiązków, zobowiązań lub odpowiedzialności, jakie może on mieć według umowy. Kary umowne, o której mowa powyżej, nie mają charakteru wyłącznego i zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, o ile wartość szkody przekroczy wysokość tych kar.

Subklauzula 8.9 (konsekwencje zawieszenia)

Jeżeli wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie koszt, wykonując polecenia inżyniera według subklauzuli 8.8 (zawieszenie pracy) i/lub podejmując ponownie pracę, to wykonawca dla inżynierowi powiadomienie i będzie uprawniony, z uwzględnieniem subklauzuli 20.1 (roszczenia wykonawcy) do :

(a) Przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według subklauzuli 8.4 (przedłużenie czasu na ukończenie), jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz

(b) płatności za jakikolwiek taki koszt, która to płatność będzie włączona do ceny umownej.

Po otrzymaniu tego powiadomienia inżynier będzie postępował zgodnie z subklauzulą 3.5 (określenia), aby uzgodnić lub określić te sprawy.

Wykonawca nie będzie uprawniony do przedłużenia czasu lub do płatności za poniesiony koszt w związku z poprawieniem następstw zastosowania wadliwego projektu, wykonawstwa lub materiałów wykonawcy lub zaniedbania przez wykonawcę ochrony, składowania lub

zabezpieczenia zgodnie z subklauzulą 8.8 (zawieszenie pracy).

Klauzula 11 (odpowiedzialność za wady) subklauzula 11.5 (zabranie wadliwej części robót)

Jeżeli wada lub szkoda nie może być szybko usunięta na placu budowy, to wykonawca za zgodną zamawiającego, może dla celów naprawy zabrać z placu budowy egzemplarze urządzeń, które są wadliwe lub uszkodzone. Ta zgoda może wymagać, aby wykonawca podwyższył kwotę zabezpieczenia wykonania o pełny koszt wymiany tych egzemplarzy lub dostarczył inne odpowiednie zabezpieczenie.

Klauzula 17 (ryzyko i odpowiedzialność) subklauzula 17.3 (zagrożenia stanowiące ryzyko zamawiającego)

Zagrożenia, do których odnosi się poniższa subklauzula 17.4, są następujące :

- (a) Wojna, działania wojenne (niezależnie, czy wojna była wypowiedziana czy nie), inwazja, działanie wrogów zewnętrznych,
- (b) Rebelia, terroryzm, rewolucja, powstanie, przewrót wojskowy, lub cywilny lub wojna domowa, w kraju,
- (c) Bunt, niepokoje lub zamieszki w kraju, wywołane przez osoby inne niż personel wykonawcy i inni pracownicy wykonawcy lub podwykonawców,
- (d) Amunicja wojskowa, materiały wybuchowe, promieniowanie jonizujące lub skażenie radioaktywne, w kraju, z wyjątkiem tych, które mogą być przypisane użyciu przez wykonawcę takiej amunicji, materiałów wybuchowych, promieniowania lub radioaktywności,
- (e) Usunięto
- (f) Użytkowanie lub zajęcie przez zamawiającego jakiegokolwiek części robót stałych oprócz takiego, jakie może być sprecyzowane w umowie,
- (g) Usunięto
- (h) Jakiegokolwiek działanie sił natury, które jest nieprzewidywalne lub takie, że od doświadczonego wykonawcy nie można było w sposób rozsądny oczekiwać zastosowania przeciw niemu wystarczających środków ostrożności.

Izba zważyła, co następuje

Izba stwierdziła, iż w stosunku do żadnego z odwołań nie zachodzą okoliczności określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż każdy z nich jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług budowlanych i przeszli wstępną kwalifikację wykonawców oraz zostali zaproszeni do składania ofert, zatem mogą spełnić warunki

postawione przez zamawiającego i zamierzają złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jednakże odwołujący stoją na stanowisku, że kwestionowane przez nich postanowienia grożą im szkodą w przypadku realizacji inwestycji z uwagi na nierówne traktowanie stron kontraktu. Z uwagi na fakt, iż interes na etapie przed upływem terminu do składania ofert jest interesem faktycznym, gospodarczym w szerokim rozumieniu, to należy przyjąć, że powołanie się przez odwołujących na ich interes ekonomiczny jest wypełnieniem pierwszej przesłanki dopuszczalności odwołania. Jednakże poza interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący zobowiązani są wykazać następujące przesłanki dopuszczalności odwołania :

- a) poniesienie lub możliwość poniesienia szkody,
- b) naruszenie przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy,
- c) związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy, a szkodą.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazali, że zarzucane przez nich naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, bo o takich stanowi art. 179 ust. 1 ustawy mogłyby skutkować dla nich szkodą. Odwołujący powołali jedynie ogólnie, że niejasne postanowienia projektowanej umowy są dla nich niekorzystne i w tym upatrywali swojej szkody, z uwagi na niemożność wyszacowania ryzyka. Izba stoi jednak na stanowisku, że sam fakt, iż postanowienia przyszłej umowy nie odpowiadają w pełni oczekiwaniom odwołujących nie może być uznany za uprawdopodobnienie możliwości powstania szkody. Odwołujący wywodzili potencjalną możliwość zawarcia nieważnej umowy, ale nie jako całości, a jedynie jej poszczególnych postanowień i to ze względu na naruszenia zasady swobody kontraktowania i z uwagi na nadużycie prawa podmiotowego. Naruszenia zatem dopatrywali się na gruncie przepisów ustawy, ale na gruncie kodeksu cywilnego, nadto możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym stwierdzeniem nieważności poszczególnych postanowień warunków kontraktu nie została nawet przed odwołujących podniesiona.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazali istnienia przesłanek dopuszczalności odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, a tym samym odwołania podlegały oddaleniu.

Izba postanowiła jednakże na marginesie odnieść się do zarzutów podniesionych przez odwołujących.

Sygn. akt KIO 509/11

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez zaniechanie przekazania kompletnej dokumentacji projektowej, w oparciu o którą wykonawcy będą mogli złożyć porównywalne i konkurencyjne oferty.

Zarzut w takim zakresie w jakim został sformułowany w odwołaniu został przez odwołującego na rozprawie cofnięty i z tego względu nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 oraz 31 ustawy poprzez opisanie przez zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia, jak również nałożenie na wykonawców obowiązku samodzielnego uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia tj. dokumentacji projektowej przed złożeniem oferty,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że nie dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy poprzez wskazanie w subklauzuli 1.8 akapicie 5 obowiązku weryfikacji przez wykonawców dokumentacji projektowej. Obowiązek ten nie dotyczy etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale etapu wykonania umowy. Natomiast do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy dochodzi na etapie przygotowania postępowania, lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym ustanowienie jakichkolwiek obowiązków wykonawcy, co do sposobu wykonania zamówienia na etapie realizacji umowy nie może być naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy i art. 31 ustawy. Do takiego naruszenia może dojść w zasadzie jedynie w przypadku nieusuwalnej rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, a istotnymi postanowieniami umownymi, które do tego przedmiotu się odnoszą, a zamawiający ma je zamiar wprowadzić do umowy. Taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. W istocie zarzut odwołującego sprowadził się do tego, że skoro zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek złożenia oświadczenia o kompletności, rzetelności i niewadliwości dostarczonej przez niego dokumentacji projektowej, to należy założyć, że dokumentacja ta jest wadliwa, a zatem narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy, gdyż roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej. Izba uważa, że nie sposób uznać takiej argumentacji za logiczną. Obowiązek weryfikacji dokumentacji projektowej przez wykonawców wynika z art. 651 kc i nie jest niczym szczególnym dla robót budowlanych, nadto odwołujący skupił się na treści akapitu 5 klauzuli 1.8 pomijając brzmienie akapitu 4 tej klauzuli, z której wynika, że jeżeli któraś ze stron uświadomi sobie, że istnieje jakiś błąd lub wada natury technicznej, w jakimś dokumencie, który został przygotowany do użycia przy realizacji robót, to strona ta bezzwłocznie da powiadomienie drugiej stronie o takim błędzie lub wadzie. Tym samym także na dalszym etapie wykonania robót, nie tylko przy podpisaniu umowy obie strony kontraktu mają obowiązek dalszej weryfikacji dokumentacji w celu wykrycia wad lub błędów i wzajemnego powiadamiania. Dodatkowo Izba zauważa, że akapit 5 w subklauzuli 1.8 wyraźnie zakreśla zakres weryfikacji, a tym samym zakres obowiązków wykonawcy. W subklauzuli tej bowiem

zawarto określenie celu weryfikacji – dla wykonania robót i dokumentów wykonawcy. Zatem wyłącznie w tym celu ma być dokonywana weryfikacja. Izba uważa, że nie oznacza to przejścia odpowiedzialności projektanta za wady dokumentacji projektowej i jest zgodne z art. 651 kc, gdyż również na gruncie kc wykonawca robót budowlanych ma obowiązek zweryfikować dokumentację projektową i powiadomić, jeżeli dokumentacja nie nadaje się dla prawidłowego wykonania robót. W ocenie Izby przez pryzmat wskazanego w akapicie 5 celu weryfikacji należy interpretować zakres zrzeczenia się roszczeń przez wykonawców z tytułu wad dokumentacji projektowej, ograniczając to zrzeczenie tylko do takich wszelkich niedokładności, pomyłek, błędów i innych wad, które wykrycie jest możliwe przez doświadczonego wykonawcę na etapie badania dokumentacji dla prawidłowego wykonania robót i opracowania dokumentacji wykonawcy. Nie pozostaje w sprzeczności z powyższym stanowiskiem treść klauzuli 8.9 akapit 2, zgodnie z którym wykonawca nie będzie uprawniony do przedłużenia czasu lub do płatności za poniesiony koszt w związku z poprawieniem następstw zastosowania wadliwego projektu, wykonawstwa lub materiałów wykonawcy lub zaniedbania przez wykonawcę ochrony, składowania lub zabezpieczenia zgodnie z subklauzulą 8.8 (zawieszenie pracy). Wyłączenie uprawnienia do przedłużenia czasu na ukończenie, czy płatności poniesionych kosztów, dotyczy tu następstw zdarzeń za które odpowiada wykonawca. Czyli zastosowanie wadliwego projektu, podczas gdy wykonawca powinien go zweryfikować w świetle obowiązku z subklauzuli 1.8 czyli w celu możliwości prawidłowego wykonania robót budowlanych, a także wadliwego wykonawstwa, wadliwych materiałów dostarczonych przez wykonawcę, czy zaniedbania ochrony, składowania czy zabezpieczenia. Subklauzula ta wyraźnie odnosi się do okoliczności po stronie wykonawcy. A ponieważ stanowi o ograniczeniu uprawnień jednej ze stron umowy musi być odczytywana ściśle i nie może podlegać wykładni rozszerzającej, jaką przedstawił odwołujący. Ponadto Izba zwraca uwagę odwołującego na treść subklauzuli 14.14 akapit 2, gdzie wyraźnie wskazano, że ograniczenia odpowiedzialności zamawiającego nie dotyczą odpowiedzialności za szkody wynikające z oszustwa, rozmyślnego niewywiązywania się ze zobowiązań lub lekkomyślnie niewłaściwego postępowania zamawiającego. Zatem w przypadku ujawnienia się wad dokumentacji projektowej, których nie można było zweryfikować na podstawie subklauzuli 1.8, a są one wynikiem zawinionego działania zamawiającego, odwołujący będzie mógł dochodzić swoich roszczeń w oparciu o klauzulę 14.14a. Tym samym również podnoszone przez odwołującego twierdzenia, co do ograniczającego charakteru usunięcia z klauzuli 17.4 litery g oryginalnego Fidic nie znalazły potwierdzenia. Izba stwierdza, że zamawiający wypełnił swój obowiązek z art. 29 ust. 1 ustawy i art. 31 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, projektu wykonawczego, materiałów pomocniczych w postaci przedmiarów i dokumenty te odpowiadają wymogom

rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (Dz.U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Odwołujący nie wskazał natomiast w czym upatruje się utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zawarcie w warunkach kontraktu akapitu 5 subklauzuli 1.8. Izba stwierdza, że każdy z wykonawców, będzie musiał opracować i wycenić swoją ofertę z uwzględnieniem brzmienia tej klauzuli, zatem warunki konkurencji pomiędzy poszczególnymi wykonawcami będą kształtowały się w ten sam sposób. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 647 i 651 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy poprzez przerzucenie na wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w dokumentacji projektowej, sporządzonej przez zamawiającego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak Izba stwierdziła powyżej weryfikacja dokumentacji projektowej ma być przez wykonawcę dokonana w celu wykonania robót i dokumentacji wykonawcy. Wymóg tej weryfikacji zatem mieści się w pojęciu badania dokumentacji w celu sprawdzenia jej przydatności do prawidłowego wykonania robót, a więc w zakresie wyznaczonym w art. 651 kc. Tym samym zamawiający nie przeniósł na wykonawcę obowiązku weryfikacji dokumentacji w szerszym zakresie, tj. w zakresie obciążającym zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 ustawy poprzez zastosowanie zapisów SIWZ ograniczających prawo wykonawcy dostępu do placu budowy, co jest sprzeczne z naturą stosunku cywilnego jakim jest umowa o roboty budowlane w ramach której strony winny współdziałać przy realizacji zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego ograniczenia wykonawców w prawie dostępu do placu budowy. Izba stwierdza, że art. 647 kc nie stanowi o bezwzględnym obowiązku inwestora do wydania w dacie podpisania umowy całego placu budowy. Inwestor, zgodnie z brzmieniem art. 647 kc ma przekazać teren budowy. Nie ma jednak żadnej regulacji ustawowej, w jakim momencie i w jakim zakresie to przekazanie ma nastąpić, zatem w tym przedmiocie ustawodawca pozostawił stronom swobodę ukształtowania swego stosunku umownego i z tej swobody zamawiający skorzystał. Izba stwierdza, że nie stanowi naruszenia zasad współżycia społecznego, czy natury stosunku umowy o roboty budowlane przekazywanie terenu budowy stopniowo, w

miarę potrzeb uzasadnionych postępowaniem robót budowlanych. Inwestycja będąca przedmiotem zamówienia jest rozległa tak pod względem stopnia skomplikowania prac, terenu, na którym będą prowadzone prace, jego różnorodności jak i czasochłonności. Trudno zatem racjonalnie założyć, że z chwilą podpisania umowy wykonawca rozpocznie wykonywanie robót budowlanych na wszystkich odcinkach budowy, co więcej taki harmonogram realizacji robót byłby sprzeczny z postanowieniami siwz dotyczącymi odcinków robót oraz kamieni milowych. Tym samym oczekiwanie wykonawcy, że w chwili podpisania umowy, czy w ciągu 14 dni od daty jej podpisania, jak to wynika z subklauzuli 2.1 całości jest nieuzasadnione i nadmierne. Natomiast podnoszone przez odwołującego naruszenie zasady swobody kontraktowania poprzez uchYLENIE litery a i b z oryginalnego brzmienia Fidic i tym samym zaburzenie równowagi stron umowy nie znajduje uzasadnienia w treści subklauzuli 8.4 litera e – jako podstawy do przedłużenia czasu na ukończenie realizacji umowy, w przypadku opóźnienia jakiegokolwiek, utrudnienia lub uniemożliwienia na placu budowy. Zatem z tej subklauzuli wykonawca będzie mógł podnosić wobec zamawiającego roszczenia dotyczące niewydania placu budowy w terminie czy w niezbędnym zakresie. Nadto obawa odwołującego, że zamawiający odmówi wydania placu budowy w niezbędnym zakresie w terminie 14 dni od podpisania umowy, z uwagi na niezaakceptowanie harmonogramu nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu klauzuli 2.1, zgodnie, z którą plac budowy wydaje się zgodnie z przedłożonym, a nie zgodnie z zaakceptowanym harmonogramem. Również fakt usunięcia z klauzuli 2.1 postanowień dotyczących podwyższania wynagrodzenia w sytuacji powstania dodatkowych kosztów w związku z nieudostępnieniem placu budowy, nie pozbawia odwołującego możliwości wystąpienia z roszczeniem na podstawie subklauzuli 14.14, czy na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Zarzut naruszenia art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy w punktach, liniach i poziomach odniesienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się naruszenia zasady równości stron umowy cywilnoprawnej w postanowieniach subklauzuli 4.7. Z brzmienia tej klauzuli wynika jednoznacznie, że punkty, linie i poziomy odniesienia mają być sprecyzowane w umowie, lub podane przez inżyniera, czyli przedstawiciela zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy jest natomiast wytyczanie robót w nawiązaniu do tych informacji. Zdanie drugie subklauzuli 4.7 stanowi o odpowiedzialności wykonawcy za poprawne wytyczanie. Jednak nie dotyczy to obowiązku zachowania poprawności w ujęciu abstrakcyjnym, ale w odniesieniu do podanych przez zamawiającego punktów, linii i poziomów odniesienia. W takim też zakresie wykonawca będzie zobowiązany do naprawienia błędów. Izba uważa, że odwołujący traktując rozłącznie postanowienia subklauzuli 4.7 dokonał błędnej jej interpretacji, co stało

się powodem uznania, że zamawiający przenosi na wykonawcę swoje obowiązki. Izba nie dopatrzyła się naruszenia zasady swobody kontraktowania w tym zakresie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez nieprzewidzenie kar umownych należnych wykonawcy od zamawiającego i naruszenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący formułując żądanie w tym zakresie ograniczył się do żądania określenia kary umownej za opóźnienie w udostępnieniu wszystkich części placu budowy, a na rozprawie cofnął żądanie dotyczące drugiej z zaproponowanych przez niego kar umownych. Izba stwierdza, że nie istnieje ustawowy obowiązek udostępnienia wszystkich części placu budowy. Nadto, jak już wskazywano powyżej, ustawodawca wskazał obowiązek zamawiającego polegający na przekazaniu terenu budowy, ale zakres i termin tego udostępnienia pozostawiono swobodzie stron. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że dla prawidłowej realizacji robót konieczne jest jednoczesne udostępnienie całego placu budowy, ani nie wykazał, jaką szkodę może ponieść w związku z częściowym udostępnianiem mu placu budowy, nie wykazał także, na czym w jego ocenie polega nadużycie pozycji przez zamawiającego w odniesieniu do postanowień umowy dotyczących udostępnienia placu budowy. Nie wskazał także, że ustanowienie takiej kary służy zapewnieniu prawidłowego toku robót poprzez zdyscyplinowanie zamawiającego. Izba zauważa, że w subklauzuli 14.8 zamawiający przewidział obowiązek zapłaty przez siebie odsetek z tytułu niewywiązania się przez siebie z obowiązku terminowego wypłacenia wynagrodzenia, które stanowią ekwiwalent kary umownej dla świadczenia pieniężnego. Izba uznała, że nie zastrzeżenie oczekiwanej przez odwołującego kary nie rodzi dysproporcji pomiędzy stronami umowy, zwłaszcza, że odwołujący nie kwestionuje zasadności, ani wysokości kar zastrzeżonych od odwołującego na rzecz zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 353¹kc w związku z art. 14 i art. 139 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 150 ust. 2 ustawy poprzez zastrzeżenie możliwości żądania podwyższenia kwoty zabezpieczenia umowy w przypadku usunięcia z placu budowy urządzeń lub sprzętu w celu ich naprawy lub wymiany.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim art. 150 ust. 2 ustawy reguluje odpowiedzialność kontraktową z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i określa wysokość maksymalną tego zabezpieczenia. Ustawodawca wskazał jednocześnie, że zabezpieczenie to ma służyć także zabezpieczeniu roszczeń z tytułu rękojmi lub

gwarancji. Subklauzula 11.5 stanowiąca podwyższeniu zabezpieczenia wykonania o równowartość zabranej z placu budowy wadliwej części robót, odnosi się do wykorzystania zabezpieczenia w sposób przewidziany ustawą i nie jest, jak określił to zamawiający, kaucją. Jednakże odwołujący nie wykazał, że wprowadzenie subklauzuli 11.5 uniemożliwia mu złożenie oferty w postępowaniu, czy też grozi zawarciem nieważnej umowy. W ocenie Izby brak uprawnienia zamawiającego do żądania podwyższenia zabezpieczenia wykonania na gruncie art. 150 ust. 2 ustawy, będzie miał jedynie ten skutek, że żądanie zamawiającego podwyższenia zabezpieczenia będzie bezskuteczne i wykonawca będzie się mógł od niego uchylić. Postawiony zarzut nie może być podstawą uwzględnienia odwołania, gdyż stwierdzenie naruszenia art. 150 ust. 2 ustawy nie ma, ani nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

W zakresie żądania nakazania zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o 12 dni to odwołujący nie wykazał, że późniejsze przekazanie dokumentacji projektowej wymaga dokonania zmian oferty, co zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy jest podstawą do przedłużenia terminu składania ofert. Izba zatem nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania.

Sygn. akt KIO 515/11

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353¹ kc, art. 58 par. 2 kc i art. 5 kc w związku z art. 14 i 139 ustawy poprzez naruszenie zasady swobody kontraktowania, wprowadzenie postanowień sprzecznych z prawem i sprzecznych z zasadami współżycia społecznego.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Izba podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania w sprawie sygn. akt KIO 509/11 w zakresie subklauzuli 1.8 i 2.1 w całości. W zakresie subklauzuli 1.9 Izba również nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego powyższych przepisów. Odwołujący jedynie w sposób ogólny wskazał, że postanowienia tej klauzuli pozbawiają go możliwości dochodzenia dodatkowej płatności, w przypadku, gdy poniesie koszt związany z niedostarczeniem mu dokumentów, a w szczególności z nieprzekazaniem placu budowy. Jednakże odwołujący poza sformułowaniem żądania przywrócenia litery b oryginalnych warunków fidic nie wskazał na czym polega naruszenie zasady swobody kontraktowania, zasad współżycia społecznego, czy nadużycie prawa przez zamawiającego w ramach tej subklauzuli. Izba stwierdza, że z powodu opóźnienia się inżyniera w dostarczeniu wykonawcy jakichkolwiek rysunków czy instrukcji wykonawcy będzie przysługiwać prawo do przedłużenia terminu realizacji zamówienia, a także prawo do żądania pokrycia powstałych w tego tytułu kosztów, stanowi o tym wprost akapit 2 klauzuli 1.9. Jedynym przypadkiem wyłączenia powyższego uprawnienia jest sytuacja, gdy niedostarczenie przez inżyniera rysunku lub instrukcji wyniknęło z opóźnienia czy błędu wykonawcy, w tym opóźnienia w dostarczeniu dokumentu wykonawcy,

czy dostarczenia błędnego dokumentu wykonawcy. Wyłączenie takie nie godzi w dobre obyczaje czy zasady uczciwości kupieckiej, nie stanowi też o uprzywilejowanej pozycji zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się również w odniesieniu do tej klauzuli naruszenia przez zamawiającego art. 353¹ kc, art. 58 par 2 kc ani art. 5 kc w związku z art. 14 i 139 ustawy.

Sygn. akt KIO 519/11

Zarzut naruszenia przez zamawiającego w odniesieniu do punktu 5 rozdziału III „Opis przedmiotu zamówienia” -sprzeczność z postanowieniami art. 29 ust. 1 ustawy, przez przyjęcie, że brak rzetelnej informacji albo dokumentacji dotyczącej określenia przedmiotu zamówienia, jest jednoznacznym i wyczerpującym określeniem przedmiotu zamówienia, pozwalającym Wykonawcy na uwzględnienie wszystkich wymagań zamawiającego i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty wykonawcy oraz że wykonawca ma uwzględnić w ramach wynagrodzenia wszystkie nieprzewidziane okoliczności

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W rozdziale III pkt 5 siwz zamawiający zawarł następujące postanowienie : Wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, który jest konieczny z punktu widzenia dokumentacji projektowej, przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, dla uzyskania finalnego efektu, określonego przedmiotem zamówienia, a więc wykonać zadanie bez względu na występujące trudności i nieprzewidziane okoliczności, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji. Jednocześnie w klauzuli 1.1.6.8 zamawiający zdefiniował pojęcie nieprzewidzianych okoliczności stanowiąc, że takimi okolicznościami są racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę do daty składania oferty. W subklauzuli 4.12 zamawiający wskazał, że nieprzewidywalne okoliczności tj. warunki fizyczne – naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które wykonawca napotka na placu budowy przy realizacji zamówienia, włączając warunki podpowierzchniowe i hydrologiczne, wyłączając warunki klimatyczne, uprawniają wykonawcę do przedłużenia czasu na ukończenie lub żądania dodatkowej płatności w celu wynagrodzenia poniesionych kosztów. Izba uważa, że takie postanowienia umowne nie oznaczają niejednoznacznego czy niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienia te wyraźnie rozgraniczają kiedy okoliczność jest nieprzewidywalna tj. wtedy kiedy żaden racjonalny doświadczony wykonawca nie był w stanie jej przewidzieć oraz wyznaczają czas na jaki należy weryfikować tę racjonalność i doświadczenie w świetle posiadanej przez wykonawcę wiedzy o przedmiocie zamówienia tj. na dzień składania ofert. W ocenie Izby trudno byłoby jeszcze dookreślić czy wyspecyfikować możliwe sytuacje, które będą kwalifikowane jako nieprzewidywalne. Z samego faktu, że są one nieprzewidywalne należy przyjąć, że ich bardziej precyzyjne określenie nie jest możliwe. Izba stwierdza, że wykonawcy działający na

określonym rynku mają świadomość możliwości wystąpienia takich okoliczności i są w stanie ocenić jak często takie okoliczności występują, a także założyć potrzebne w takim przypadku ryzyko. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego w odniesieniu do akapitu piątego Subklauzuli 1.8 Warunków Umowy [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie] - art. 29 ust. 1 ustawy, przez przyjęcie, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za błędy, niedokładności, kompletność i wystarczalność dokumentacji projektowej i zrzeka się wobec zamawiającego wszelkich roszczeń związanych z takimi błędami i niedokładnościami.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w tym zakresie stanowisko zajęte w uzasadnieniu analogicznego zarzutu podniesionego przez odwołującego Strabag w sprawie sygn. akt KIO 509/11.

Dodatkowo Izba wskazuje, że zasada swobody umów na gruncie ustawy doznaje ograniczenia z uwagi na potrzebę ochrony interesu publicznego, jaki reprezentują zamawiający. O ograniczeniu tej zasady Izba wypowiedziała się już wielokrotnie przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-06-30, KIO 1189/10, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-02-25, KIO/UZP 69/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2009-11-26, KIO/UZP 1547/09, wyroku z 2010-09-01 KIO/1776/10, a także stanowisko to znalazło aprobatę sądów okręgowych np. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008r. sygn. akt X Ga 67/08

Izba uwzględniła koszty podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 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 koszty zastępstwa prawnego zamawiającego w maksymalnej dopuszczalnej wysokości, na podstawie przedłożonych rachunków oraz koszty stawiennictwa na rozprawę zgodnie z przedłożonym rachunkiem obciążając tym ostatnim kosztem jednakowo każdego z odwołujących.

Przewodniczący :

.....