

Warszawa, 19.04.2021 r.



MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION
Sp. z o.o.

ul. Stefana Batorego 8/1A
80-251 Gdańsk

NIP: 9571078023
REGON: 361269053
KRS: 0000553162

Wysokość kapitału zakładowego:
1.000.000 zł

Sąd Rej. Gdańsk-Północ
VII Wydział Gospodarczy
Krajowego Rejestru Sądowego

biuro@mae.pl / www.mae.pl

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Muzeum Historii Polski w Warszawie

NIP: 701-00-15-96, REGON: 140530761,

ul. Mokotowska 33/35, 00-560 Warszawa,

wpisane do rejestru instytucji kultury pod nr RIK
73/2006

adres strony internetowej: www.muzhp.pl

tel. + 48 22 211 90 65

email: ekspozycja@muzhp.pl

Osoba do kontaktów: Aneta Wielgosz

email: aneta.wielgosz@muzhp.pl

Odwołujący:

**MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION
SP. Z O.O.**

ul. Stefana Batorego 8, lok. 1A, 80-251 Gdańsk,

KRS nr 0000553162, REGON 361269053, NIP
9571078023

email: agnieszka.kaminska@mae.pl

adres do korespondencji: ul. Bielska 18, 02-394
Warszawa

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na: **„Wykonanie robót budowlanych oraz wykonanie, zainstalowanie i uruchomienie Wystawy Stałej Muzeum Historii Polski w Warszawie”**

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 248–616028.

Ogłoszenie w witrynie TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:616028-2020:TEXT:PL:HTML>

**ODWOŁANIE OD CZYNNOŚCI I ZANIECHAŃ ZAMAWIAJĄCEGO
NIEZGODNYCH Z PRZEPISAMI USTAWY PZP**

Działając w imieniu MAE Multimedia Art & Education Sp. z o.o. (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi dniu 7 kwietnia 2021 r. na pytania

oferentów dokonując zmiany i uszczegółowienia dotychczas ogłoszonej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SIWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- I. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 i 651 kodeksu cywilnego w zw. z art. 18 ust. 1 pkt. 1), art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo Budowlane** poprzez udzielenie dniu 7 kwietnia 2021 r. odpowiedzi na pytania oferentów o nr **570, 590, 594, 610, 612 oraz 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636** w sposób który, w kontekście przygotowania oferty przez potencjalnych wykonawców może utrudniać uczciwą konkurencję oraz narusza wymogi i ustawy Pzp, poprzez:
- (1)** obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykonania bliżej niesprecyzowanych czynności związanych z projektowaniem (przeprojektowania, naprawy, doprojektowania, wykonania projektów wykonawczych), których zakresu, rozmiaru ani wartości nie można ustalić i wycenić na obecnym etapie postępowania, a które nie stanowią części robót budowlanych będących przedmiotem niniejszego postępowania. W efekcie Zamawiający, usiłując przenieść na wykonawców ciężar potencjalnych błędów i braków dokumentacji projektowej, dokonuje nieformalnego rozszerzenia przedmiotu zamówienia o projektowanie, nie definiując jednocześnie zakresu prac. Powyższe powoduje, iż na obecnym etapie nie ma możliwości określenia przedmiotu umowy oraz dokonania jego wyceny dla potrzeb przygotowania i złożenia oferty.
- (2)** wprowadzenie wymogu składania przez Wykonawcę propozycji rozwiązań stwierdzonych błędów/braków/nieprawidłowości dokumentacji projektowej wraz z Zapytaniem o Informację Projektową, co w praktyce może podlegać pod dyspozycję przepisu art. 14.4.2 Wzoru Umowy i powodować konieczność wykonania potencjalnych zmian dokumentacji projektowej na koszt wykonawcy, co stanowi kolejną niewiadomą wpływającą na brak możliwości nie tylko określenia zakresu prac ale i ich wyceny, na obecnym etapie postępowania.
- II. art. 14, art. 139 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹, k.c. i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez udzielenie dniu 7 kwietnia 2021 r. odpowiedzi na pytania oferentów o nr **643**, wprowadzającej do umowy wzór załącznika nr 12 – Tabela elementów scalonych– którego treść może utrudniać uczciwą konkurencję, w sposób sprzeczny z wymogami ustawy Pzp, poprzez ustalenie przez Zamawiającego górnego limitu wartości wynagrodzenia dla Wykonawcy za wykonanie punktu I.4 – Galerie I-III i punkt II.4 – Galerie IV-VI – dalej jako Wystawa bez sprzętu AV – na łącznym poziomie zaledwie 40% całego budżetu na realizację zamówienia, co wykracza poza przyznane Zamawiającemu w ustawie Pzp kompetencje, bowiem zmusza Wykonawcę do zrealizowania Wystawy w założonych przez Zamawiającego limitach cenowych, które pozostają w sprzeczności z wymaganiami technicznymi i jakościowymi stawianymi przez Zamawiającego dla tej części robót – co z kolei stanowi naruszenie zasad konkurencyjności wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i udzielonych odpowiedzi na pytania oferentów o nr 570, 590, 594, 610, 612, 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 oraz 643 w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości uzyskania zamówienia w związku z brakiem możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty z uwagi na brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co wyplenia przesłanki z art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp niezbędne do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie treści udzielonych przez Zamawiającego, kwestionowanych niniejszym odwołaniem, miało miejsce w dniu 7 kwietnia 2021 r. W związku z tym 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Pomimo ujęcia przez Zamawiającego ww. okoliczności jako odpowiedzi na pytania do SIWZ, ich merytoryczna zawartość ukształtowała nowe znaczenie dotychczasowych postanowień zawartych w Specyfikacji, które wykonawcy trudno byłoby antycypować na wcześniejszym etapie Postępowania. W tym kontekście, wskazujemy przy tym m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 8 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 368/11), w ramach którego Izba wskazała, iż: „Każdorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Bez znaczenia w tym przypadku jest okoliczność, że zmiana ta została dokonana bez dochowania procedur wskazanych w ustawie Pzp”. Tym samym wykonawca w dniu 7 kwietnia 2021 r. powziął informację, że Zamawiający de facto zmienił formułę przetargu z „buduj” na „zaprojektuj i wybuduj” poprzez nałożenie na wykonawcę nowych obowiązków (vide: odpowiedź na pytanie nr 570, 590, 594, 610, 612, 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636), a także z góry narzucił limity procentowe wartości ofert na poszczególne typy robót (vide: odpowiedź na pytanie nr 643).

Z uwagi na powyższe oraz uwzględniając fakt, że zamówienie zostało zakwalifikowane jako zamówienie na roboty budowlane, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 ustawy Pzp, został zachowany.

Postępowanie zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowego Pzp.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

Uwagi ogólne

1. Zarzuty objęte niniejszym odwołaniem dotyczą treści opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2021 r. odpowiedzi na pytania oferentów o nr: 570, 590, 594, 610, 612, 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 oraz 643. W pytaniach tych Zamawiający wprowadził nowe wymaganie, nieujęte dotychczas w SIWZ, jak obowiązek wykonania przez Wykonawcę projektów wykonawczych czy konieczność wykonania Wystawy (bez sprzętu AV) w cenie z góry narzuconej przez Zamawiającego. Odwołujący zwraca także uwagę, że kwestionowane odpowiedzi to nie tylko zmiana treści SIWZ, ale stanowią one również wyraz intencji Zamawiającego i wskazują jego interpretację, co do poszczególnych zapisów zawartych w SIWZ i wzorze umowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w swoich odpowiedziach dokonał daleko idącej wykładni ogłoszonego SIWZ, nakładając na Wykonawcę kolejne obowiązki związane z projektowaniem, podczas gdy Wykonawca nie jest autorem projektu i w ramach przedmiotowego zamówienia jego obowiązkiem powinno być tylko i wyłącznie wykonania prac na podstawie udostępnionych przez Zamawiającego projektów, a nie dokonywaniem ich korekty czy uszczegółowienia w ramach projektów warsztatowych. Wymagania te wykraczają poza ramy SIWZ i nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Dopiero udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia w dniu 7 kwietnia 2021 r. pokazały, w jaki sposób Zamawiający oczekują, że Wykonawca będzie rozumiała wymagania z Umowy – w tym wymagania z pkt 1.4.4 i 1.4.5. W związku z tym Odwołujący wnosi o stosowne modyfikacje treści udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi w dniu 7 kwietnia 2021 r. ale również o wykreślenie z SIWZ zapisów źródłowych.
2. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinna być tak ukształtowana, aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę** (Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa–Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05). 2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego**

stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**

3. Zgodnie z art. 7 ust 1 Ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W ocenie Odwołującego treść opublikowanych w dniu 07 kwietnia 2021 r. odpowiedzi do SIWZ narusza powyższą zasadę. W związku z tym niniejszej odwołanie jest konieczne.

I. Zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przerwienie ciężaru weryfikacji i poprawy projektów na Wykonawcę i składanie propozycji rozwiązań stwierdzonych błędów/ braków/nieprawidłowości dokumentacji projektowej:

Odpowiedz na pytania nr 570:

570. Pytanie:

W załączniku nr 1.1 „UDZIELANIE ODPOWIEDZI NA ZAPYTANIE O INFORMACJĘ PROJEKTOWĄ (RFI)/ DOKUMENTACJA WARSZTATOWA” do dokumentu „INSTRUKCJA OBIEGU DOKUMENTACJI I KORESPONDENCJI” zamieszczony został zapis nakładający na Wykonawcę szereg obowiązków:

Obowiązkiem WWS jest

- RFI przekazywać wraz z niezbędnymi informacjami ze wskazaniem odpowiedniego rysunku i części dokumentacji projektowej przekazać wraz z niezbędnymi opisami, szkicami, rysunkami, zdjęciami oraz propozycją/sugestią rozwiązania problemu/ kolizji/ nieścisłości lub braku precyzji w dokumentacji projektowej.

Prosimy o informację/potwierdzenie:

- a. Czy obowiązek przedstawienia „propozycji/sugestii rozwiązania” jest obligatoryjny dla Wykonawcy i bez tej informacji RFI nie będzie rozpatrywane przez Zamawiającego/Projektantów?

- b. Czy proponowane/sugerowane rozwiązania muszą być zweryfikowane/autoryzowane przed uprawnionego projektanta odpowiedniej branży działającego na zlecenie Wykonawcy?
- c. Czy Zamawiający/Projektanci mogą zażądać od Wykonawcy przedstawienia innego rozwiązania od zaproponowanego aż do momentu, gdy rozwiązanie to będzie w ich ocenie satysfakcjonujące? Jeśli tak, czy żądanie to będzie każdorazowo uzasadniane merytorycznie?
- d. Czy zaproponowane w RFI rozwiązanie, które zostanie pozytywnie zaopiniowane przez Projektantów i zatwierdzone przez Zamawiającego traktowane będzie jako dokumentacja której jakość i poprawność autoryzuje Projektant odpowiednio budynku MHP i/lub projektant WS i kieruje do realizacji Zamawiający?
- e. W jakiej formie przekazywana będzie Wykonawca opinia Projektanta budynku MHP kwalifikująca istotność zmian w rozumieniu ustawy prawo budowlane?
- f. Czy wykonawca ma obowiązek zweryfikowania, skoordynowania i opracowania zamiennych dokumentacji na wszystkie elementy i systemy budynku, na jakie może mieć wpływ zamienne rozwiązanie zatwierdzone w RFI? Jeśli tak, czy rozwiązania proponowane przez Wykonawcę mogą być odrzucane przez Zamawiającego/Projektantów (MHP i WS) aż do momentu, gdy rozwiązanie to będzie w ich ocenie satysfakcjonujące? Czy Zamawiający przewiduje ewentualność odrzucania propozycji/sugestii rozwiązań bez podania merytorycznych powodów?
- g. Kto jest finalnie odpowiedzialny za spójność, poprawność i skoordynowanie międzybranżowe całości dokumentacji zmodyfikowanej w związku z zatwierdzeniem RFI?
- h. Czy w ramach umownego zakresu czynności Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia do obsługi budowy zespołu uprawnionych projektantów?

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje co następuje:

- Ad a: Obowiązek przedstawienia „propozycji/sugestii rozwiązania” jest obligatoryjny. Wykonawca winien taką propozycję/sugestię przedłożyć do Zamawiającego, celem uzgodnienia.
- Ad b: W przypadku, gdy proponowane/sugerowane rozwiązanie odbiega od rozwiązania przedstawionego w ramach projektu wykonawczego, to Wykonawca jest zobligowany do weryfikacji/autoryzacji rozwiązania przez uprawnionego projektanta odpowiedniej branży.
- Ad c: Każde rozwiązanie przedstawione przez Wykonawcę będzie analizowane zarówno pod względem wytrzymałościowym, czy też pod kątem spełnienia w projekcie warunków plastycznych (wygląd i estetyka). Jeśli będzie odbiegać od standardu określonego w projekcie, Wykonawca zostanie o tym poinformowany wraz ze stosownym uzasadnieniem merytorycznym. Skutkować to może koniecznością opracowania innej propozycji danego rozwiązania przez Wykonawcę.
- Ad d: Rozwiązania zaproponowane w ramach RFI, jeśli zostanie przekazane do realizacji przez Zamawiającego, to będzie poprzedzone stosownymi uzgodnieniami z wszystkimi zaangażowanymi stronami, w tym – jeśli będzie to konieczne – również z Projektantami Wystawy Stałej oraz budynku Muzeum Historii Polski.
- Ad e: Odpowiedź Zamawiającego oraz Projektanta dot. kwalifikacji istotności zmiany zostanie dostosowana do formy złożenia zapytania przez Wykonawcę. Zamawiający jednocześnie wskazuje, że korespondencja w trakcie realizacji

przedmiotu umowy, winna być prowadzona zgodnie z instrukcją obiegu korespondencji.

Ad f: Wykonawca ma obowiązek zweryfikowania, skoordynowania i opracowania zamiennych dokumentacji na wszystkie elementy i systemy budynku, na jakie może mieć wpływ zamienne rozwiązanie zatwierdzone w RFI. Rozwiązania te nie będą podlegały odrzuceniu, pod warunkiem, że będą zgodne z warunkami spełnienia wymagań projektu: wytrzymałościowych, bądź plastycznych (w zakresie wyglądu i estetyki) oraz zniwelowania ewentualnego wpływu na wszystkie elementy i systemy budynku, na jakie może mieć wpływ zamienne rozwiązanie. Zamawiający nie przewiduje odrzucenia proponowanych rozwiązań bez podania merytorycznych powodów.

Ad g: Wykonawca jest odpowiedzialny za spójność, poprawność i skoordynowanie międzybranżowe całości dokumentacji zmodyfikowanej w związku z zatwierdzeniem RFI.

Ad h: Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia obsługi budowy zespołu uprawnionych projektantów w zakresie odbiegającym od przedstawionych rozwiązań w dokumentacji wykonawczej oraz sporządzania dokumentacji warsztatowej.

Odpowiedz na pytania 590:

590. Pytanie:

W odniesieniu do 3.37 pkt. 6) OPZ wnosimy o usunięcie fragmentu „oraz w zakresie potrzebnym do zapewnienia prawidłowej realizacji i ukończenia robót, m.in.: szczegółów rozwiązań architektonicznych, wykończeniowych i koordynacji międzybranżowych i kolizji instalacyjnych itp.”. Zakres dokumentacji warsztatowej jaką ma opracować WWS powinien być precyzyjnie określony. Ponadto, WWS nie powinien mieć obowiązku koordynacji międzybranżowej oraz usuwania kolizji instalacyjnych, gdyż za jakość dokumentacji projektowej i jej koordynację odpowiedzialność powinien ponosić Zamawiający oraz Projektant.

Odpowiedź:

Przepis art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala Wykonawcy na zwrócenie się do Zamawiającego o wyjaśnienie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tymczasem przekazane przez Wykonawcę pytanie nie mieści się w dyspozycji tego przepisu, gdyż stanowi element negocjacji zapisów wzoru umowy. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że WWS zobowiązany jest do sporządzenia dokumentacji warsztatowej zgodnie z postanowieniami art. 3.3 Umowy.

Odpowiedz na pytanie 594:

594. Pytanie:

W odniesieniu do 3.37 pkt. 1) Opisu Przedmiotu Zamówienia wnosimy o usunięcie fragmentu „harmonogram prac projektowych” z uwagi na to, że Inwestycja ma być realizowana w formule „buduj”, a zatem dokumentacja projektowa winna być wykonana i dostarczona przez Zamawiającego.

Dodatkowo, prosimy o wyczerpujące wskazanie podstaw przesłanek od których zależy obowiązek wykonawcy aktualizowania harmonogramów.

Odpowiedź:

Przepis art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala Wykonawcy na zwrócenie się do Zamawiającego o wyjaśnienie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tymczasem przekazane przez Wykonawcę pytanie nie mieści się w dyspozycji tego przepisu, gdyż stanowi element negocjacji zapisów wzoru umowy. Zamawiający podtrzymuje postanowienia SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że przesłanki od których zależy obowiązek wykonawcy aktualizowania harmonogramów wynika z postanowień umownych w tym z art.16.3.4 Umowy, zgodnie z którym WWS jest zobowiązany do dostosowania Harmonogramu rzeczowo-finansowego, Harmonogramu Prefabrykacji i Dostaw oraz Harmonogramu Kontraktacji Podwykonawców do harmonogramu realizacji prac Generalnego Wykonawcy, a także w przypadku zmian w harmonogramie Generalnego Wykonawcy, do dokonywania stosownych korekt w Harmonogramie rzeczowo – finansowym, Harmonogramie Dostaw, a także Harmonogramie Kontraktacji Podwykonawców.

Odpowiedz na pytanie 610:

610. Pytanie:

Proszę o potwierdzenie, że w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca jest odpowiedzialny tylko na wykonania Modeli bez wykonywania ich projektów.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że wykonanie projektu wykonawczego makiet na podstawie materiałów wyjściowych (MATERIAŁY WYJŚCIOWE OD ZAMAWIAJĄCEGO – 4 MATERIAŁY WYJŚCIOWE DO MAKIET MK) i opisu (TOM 2 EKSPozycja – OPIS TECHNICZNY – MHP PW T.2_opis EKSP) jest objęte zakresem zamówienia.

Odpowiedz na pytanie 612:

612. Pytanie:

Proszę o potwierdzenie, że w ramach Przedmiotu Zamówienia Wykonawca jest odpowiedzialny tylko za wykonania makiet bez wykonywania ich projektów wykonawczych.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że wykonanie projektu wykonawczego makiet na podstawie materiałów wyjściowych (MATERIAŁY WYJŚCIOWE OD ZAMAWIAJĄCEGO – 4 MATERIAŁY WYJŚCIOWE DO MAKIET MK) i opisu (TOM 2 EKSPozycja – OPIS TECHNICZNY – MHP PW T.2_opis EKSP) jest objęte zakresem zamówienia.

Odpowiedz na pytanie 626:

626. Pytanie:

Stanowisko m070 – brak szczegółu montażu i zabudowy monitora, prosimy o uzupełnienie.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że stanowisko MM.02.05.m070 znajduje się na rys. ZA.02.05.002. Detale montażu Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ramach Rysunków Warsztatowych zgodnie z art. 3.3 Umowy, do akceptacji Zamawiającego i Projektanta. Montaż multimedium należy wykonać zgodnie z opisem ekspozycji MHP PW T.2_opis EKSP pkt 2.2 ppkt 25.

W tym miejscu Odwołujący wykazuje, że Zamawiający otrzymał również analogiczne pytania do powyższego o nr 628, 629, 633, 634, 635, 636, na które udzielił de facto takiej samej odpowiedzi jak na pytanie nr 626. W związku z tym Odwołujący nie będzie przytaczał tu treści tych pytań i odpowiedzi, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że odpowiedzi na pytania oferentów nr 628, 629, 633, 634, 635, 636 są objęte zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawa Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 i 651 kodeksu cywilnego w zw. z art. 18 ust. 1 pkt. 1), art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo Budowlane.

Wnioski Odwołującego:

Udzielając odpowiedzi na pyt. Nr 570, 590, 594, 610, 612, 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonuje przerwania ciężaru weryfikacji i poprawy projektów na Wykonawcę. Na Zamawiającym jako stronie umowy o roboty budowlane prawnie zobowiązanej do opracowania i dostarczenia dokumentacji projektowej w przypadku procesu „wykonaj” spoczywa główna odpowiedzialność za prawidłowość jej sporządzenia, tym bardziej, że wykonawca de facto nie ma wpływu na jej ostateczne brzmienie (autorem dokumentacji jest zazwyczaj profesjonalny podmiot działający na zlecenie zamawiającego, za którego działania lub zaniechania odpowiedzialność ponosi zamawiający) i zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa nie musi on również posiadać wiedzy niezbędnej do weryfikacji tego rodzaju dokumentu na etapie przetargowym. Oznacza to, że zobligowanie wykonawcy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do analizy poprawności udostępnionej dokumentacji projektowej pod rygorem utraty prawa powoływania się na wady tejże dokumentacji na dalszym etapie postępowania, a w konsekwencji próba przerwania na wykonawcę odpowiedzialności za ewentualne nieprawidłowości jest **działaniem prawnie niedopuszczalnym oraz w praktyce nieskutecznym**.

Zamawiający nakłada na Wykonawcę co raz większe wymogi w zakresie wykonania projektu. Zobowiązuje nawet do opracowania harmonogramu prac projektowych. Wynika z tego, że Wykonawca faktycznie staje się projektantem. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź w połączeniu z wymogami, które już są w Umowie – pkt 1.4.4. i 1.4.5. – prowadzi do zmiany kwalifikacji zamówienia z „wybuduj” na „zaprojektuj i wybuduj”. Odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 570, która co prawda odnosi się jedynie do „proponycji zmian” projektu, ale – jeżeli Wykonawca ma poprawiać projekt projektanta i ma być za niego odpowiedzialny, to trudno nawet określić, jak wiele zmian Wykonawca będzie zmuszony zaproponować w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto w takiej sytuacji, o akceptacji zmiany będzie decydował m.in. projektant, którego projekt Wykonawca musi poprawiać, co już na pierwszy rzut oka jest nielogiczne, sprzeczne z zasadami współżycia społecznego a przede wszystkim ze specyfiką niniejszego zamówienia, które obejmuje

wyłącznie wykonania robót budowlanych na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej.

Sposób udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 570 590, 594, 610, 612, 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 przez Zamawiającego pokazują w jaki sposób należy dokonać wykładni wymagania ze wory umowy z pkt 1.4.4. i 1.4.5. – wykładni która jest niedopuszczalna w modelu prac „wybuduj”.

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 570, 590, 594, 610, 612 i 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 dokonał istotnej zmiany SIWZ powodującej de facto konieczność zmiany dokonanego ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu i zmiany formy realizacji inwestycji na „zaprojektuj i wybuduj”.

Dopiero udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia w dniu 7 kwietnia 2021 r. pokazały, w jaki sposób Zamawiający oczekuje, że Wykonawca będzie rozumiał wymagania z Umowy – w tym wymagania z pkt 1.4.4 i 1.4.5. W związku z tym Odwołujący wnosi o stosowne modyfikacje treści udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi w dniu 07 kwietnia 2021 r., **ale również o wykreślenie z SIWZ zapisów źródłowych.**

Zgodnie z postanowieniem zawartym w ust. 1.4 wzoru umowy: Oświadczenia Wykonawcy Wystawy Stałej, WWS niniejszym oświadcza w pkt 1.4.4 wobec Zamawiającego, że: *„przed podpisaniem Umowy zapoznał się z Dokumentacją Projektową, w tym Projektami Wykonawczymi, Specyfikacjami Technicznymi, Dokumentacją Projektową WXCA, Dokumentacją MHP, Dokumentacją Budowy, w tym wyciągiem z Umowy z Generalnym Wykonawcą oraz pozostałymi załącznikami do Umowy i przyjętymi w nich rozwiązaniami oraz oświadcza, że je akceptuje, uważa je za w pełni wykonalne oraz bezpieczne, nie wnosi jakichkolwiek zastrzeżeń do powyżej dokumentacji oraz oświadcza, że wskazana dokumentacja nadaje się do należytego wykonania Przedmiotu Umowy, a ewentualne uwagi dotyczące podniesienia bezpieczeństwa przyjętych rozwiązań projektowych nie będą generowały dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego oraz wpływały na wydłużenie Terminu Realizacji.”*

Jednocześnie, zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 1.4.5 wzoru umowy: *„ewentualne braki w Dokumentacji Projektowej lub Dokumentacji Projektowej WXCA, które mogą pojawić się na etapie realizacji Przedmiotu Umowy, WWS zobowiązuje się opracować w ramach Wynagrodzenia wskazanego w art. 18 Umowy oraz w porozumieniu z Zamawiającym, na podstawie Dokumentacji Projektowej lub Dokumentacji WXCA w ramach Rysunków Warsztatowych. Opracowania braków (a także rozwiązań w nich przyjętych) Dokumentacji Projektowej a także Dokumentacji Projektowej WXCA o których mowa w zdaniu poprzedzającym nie mogą wpływać na wydłużenie Terminu Realizacji;”*

Udzielone przez Zamawiającego kwestionowane odpowiedzi na poszczególne pytania pokazują, że Zamawiający sformułował wskazane postanowienia we wzorze umowy w sposób niedopuszczalny, obarczając wykonawców odpowiedzialnością za ewentualne braki w Dokumentacji Projektowej lub Dokumentacji Projektowej WXCA, które mogą pojawić się na etapie realizacji Przedmiotu Umowy. Jednocześnie

Zamawiający zastrzegł, że w sytuacji zaistnienia braków, muszą one zostać opracowane w ramach Wynagrodzenia, w porozumieniu z Zamawiającym oraz w ramach Rysunków Warsztatowych. Opracowanie braków nie może również wpływać na wydłużenie Terminu Realizacji przedmiotu umowy. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wskazana definicja jednoznacznie wskazuje, że to Zamawiający, który dostarcza dokumentację projektową, ponosi odpowiedzialność, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów k.c. i z ustawy Prawo budowlane, za prawidłowe wykonanie inwestycji.

Dostarczenie dokumentacji przez Zamawiającego powoduje, że to jego obciąża ryzyko uzyskania zamierzonego efektu inwestycji, a wykonawca odpowiada za wykonanie robót zgodnie z dokumentacją. Ponadto Wykonawca nie powinien mieć obowiązku koordynacji międzybranżowej oraz usuwania kolizji instalacyjnych, gdyż za jakość dokumentacji projektowej i jej koordynację odpowiedzialność powinien ponosić Zamawiający oraz Projektant. Odwołujący jednocześnie zaznacza, że przedmiot zamówienia na roboty budowlane z uwzględnieniem wymienionych w art. 29 ustawy Pzp zasad opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej (art. 31 ustawy Pzp). Celem ww. uregulowań ustawy Pzp jest jasne i jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, co ma umożliwić potencjalnym wykonawcom podjęcie decyzji o tym, czy są w stanie wykonać daną inwestycję. Dokumentacja projektowa jako fundamentalny element opisu zamówienia nie może budzić żadnych wątpliwości oraz nakładać na wykonawców dodatkowych obowiązków, które zgodnie z przepisami k.c. nałożone zostały przez ustawodawcę na inwestora. Wobec tego to Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany przedłożyć pełną dokumentację projektową, zawierającą wszelkie dokumenty niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty i to również na Zamawiającym ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności przy określaniu i wyczerpującym opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z jednolitą linią orzecniczą i stanowiskiem doktryny, trudno oczekiwać od wykonawcy robót budowlanych, by mimo wcześniej posiadanej wiedzy i doświadczenia był w stanie dostrzec wszelkie błędy dokumentacji projektowej tak, by móc na nie zwrócić Zamawiającemu uwagę niejako *a priori*, przed podpisaniem umowy. Wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania w momencie podejmowania decyzji o złożeniu oferty w postępowaniu przetargowym, własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wad dostarczonych projektów (tak: SN w wyroku z 27 marca 2000 r., sygn. III CKN 629/98).

Odwołujący zaznacza, że na gruncie przepisów k.c. wykonawca zgłasza dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót, co nie pociąga za sobą jednak jego odpowiedzialności za wady tego projektu. Zgodnie z art. 651 k.c. *„jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora”*. Na gruncie tego przepisu Sąd Najwyższy uznał, że brzmienie art. 651 k.c. nie daje podstaw do nałożenia na wykonawcę obowiązku

dokonywania w każdym przypadku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia ewentualnych wad (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r. II CSK 101/08). „Z przepisu art. 651 k.c. nie wynika, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

Wykonawca jest zobowiązany do realizacji zamówienia zgodnie z założeniami projektu i jest to jego podstawowy obowiązek. Oczywiście Wykonawca jako profesjonalista jest zobowiązany zapoznać się z projektem oraz dochować należytej staranności w zakresie wykonywania przez niego robót budowlanych oraz zwrócić uwagę Zamawiającemu na wady projektu, które ewentualnie dostrzeże realizując inwestycję. Natomiast nie jest rolą Wykonawcy analiza czynności Zamawiającego (który przygotowuje projekt stanowiący część dokumentacji przetargowej czy to sam czy za pomocą biura projektowego), sprawdzając czy przypadkiem nie popełnił błędów przygotowując dokumentację przetargową, jak również nie jest jego rolą dokonywanie analiz i badań mających na celu uzupełnienie tej dokumentacji. Z przedstawionych względów, Odwołujący uznał, że uchylenie się przez Zamawiającego od odpowiedzialności za wady i braki dokumentacji projektowej jak również przerzucenie na wykonawców ewentualnej odpowiedzialności za nieprawidłowe wykonania zamówienia (w oparciu o błędną dokumentację), jest sprzeczne z naturą stosunku i jako takie stanowi postanowienie nieważne na podstawie przepisów k.c.

Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania nr 570, 590, 594, 610, 612 oraz 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 stoją także w sprzeczności z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący wykazuje, że zgodnie z pkt 2.2. OPZ:

„Przedmiot zamówienia należy wykonać na podstawie projektów koncepcyjnych i wykonawczych całości Wystawy i jej poszczególnych fragmentów, wizualizacji komputerowej wystawy przygotowanych przez Zamawiającego, projektów warsztatowych poszczególnych elementów konstrukcyjnych i detali wystawy dla przestrzeni ekspozycyjnej opracowanych przez Wykonawcę Wystawy Stałej. Dokumentacja projektowa stanowi załącznik do Umowy. „

OPZ wyraźnie zatem nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i dostarczenia dokumentacji projektowej. Takie obowiązki wynikają też z przepisów prawa właściwych dla umowy o roboty budowlane. Jak wykazano już powyżej niedopuszczalne jest przerzucanie na Wykonawcę obowiązku odpowiedzialności za dokumentację projektową a do tego w istocie zmierza nałożony na Wykonawcę obowiązek weryfikowania i poprawiania dokumentacji projektowej. W praktyce bowiem rola Wykonawcy powinna się sprowadzać co najwyżej do zgłoszenia błędów dokumentacji projektowej, w sytuacji jej ujawnienia, zaś Zamawiający powinien być odpowiedzialny za jej dostosowanie do właściwych norm i wymogów i pokryć wszelkie

koszty związane z nanoszonymi zmianami. Ponadto próba rozszerzania zakresu zobowiązań Wykonawcy w postaci obowiązków wykonania projektów wykonawczych (odpowiedź na pyt. 610 i 611) zmierza do zmiany istoty zamówienia, z modelu wybuduj, na model zaprojektuj i wybuduj – co jest niezgodnie z OPZ, który nie przewiduje zamówienia w postaci zaprojektowania poszczególnych elementów wystawy. Dalsze punkty OPZ wprost przy tym wskazują, że Wykonawca ma realizować zamówienie na podstawie projektów wykonawczych i koncepcyjnych przekazanych przez Zamawiającego.

2.3.1. Opracowanie przez Wykonawcę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego projektów wykonawczych i koncepcyjnych Wystawy Stałej, projektów warsztatowych poszczególnych elementów architektonicznych, konstrukcyjnych, instalacyjnych i detali ekspozycji niezbędnych do prawidłowego wykonania elementów wraz z uzgodnieniem i uzyskaniem akceptacji Projektanta i Zamawiającego.

2.3.2. Wykonanie robót budowlanych wg projektów wykonawczych i projektów warsztatowych związanych z wykonaniem przestrzeni wystawienniczych.

2.3.3. Roboty budowlane polegające na wykonaniu, dostawie i montażu poszczególnych elementów architektonicznych, konstrukcyjnych i detali wystawy oraz elementów ekspozycji na podstawie projektów koncepcyjnych, wykonawczych i plastycznych przekazanych przez Zamawiającego: elementów scenografii i aranżacji wnętrz, elementów wykończeniowych, wykończenia – listwy, maskownice, stopnice, zabudowy urządzeń, zabudowy ekspozycyjne oraz modeli, stanowisk i instalacji interaktywnych i multimedialnych.

2.8. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszelkich robót i czynności niezbędnych do realizacji celu zamówienia, jakim jest prawidłowe wykonanie zakresu robót przedstawionego w dokumentacji projektowej oraz spełnienie warunków umożliwiających przystąpienie do użytkowania całości Wystawy Stałej, zgodnie z wiedzą techniczną, decyzjami organów administracji, zaleceniami jednostek uzgadniających, obowiązującymi przepisami, normami technicznymi, wymogami SIWZ i Umowy.

3.8. Obowiązkiem Wykonawcy jest opracowanie wszelkiej niezbędnej do prawidłowej realizacji zamówienia dokumentacji technologiczno-warsztatowej, która będzie stanowić uszczegółowienie przyjętych przez Projektanta rozwiązań technicznych, ze szczególnym uwzględnieniem wymagań technologii własnej Wykonawcy. Ww. dokumentacja każdorazowo wymaga akceptacji Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca nie powinien być obligowany do sporządzania czy weryfikowania jakichkolwiek projektów, bowiem nie jest to objęte OPZ. OPZ mówi nie o sporządzeniu czy weryfikacji projektów, a o sporządzeniu dokumentacji technologiczno-warsztatowej, która będzie stanowić uszczegółowienie przyjętych przez Projektanta rozwiązań technicznych. Pod pojęciem tym, w ocenie Odwołującego, rozumieć należy dokumentację na wzór instrukcji użytkowania, dokumentów szkoleniowych, czy dokumentacji opisującej zasady działania danego elementu wystawy. To Projektant bowiem sporządza projekt, a więc określa wymogi, jakie dane elementy powinny spełniać, przy zapewnieniu zgodności z prawem i wiedzą techniczną przyjętych rozwiązań. Natomiast rolą Wykonawcy jest wykonanie zaprojektowanych elementów, z zaufaniem do zgodności projektu z odpowiednimi normami technologicznymi i sporządzenie dokumentacji opisującej zasady działania przygotowanych elementów czy instrukcję użytkowania.

Handwritten signature or mark.

Odwołujący jest świadomy tego, iż zgodnie z SIWZ Wykonawca jest zobowiązany do opracowania dokumentacji technologiczno-warsztatowej w zakresie wskazanym w dokumentacji projektowej oraz w zakresie potrzebnym do zapewnienia prawidłowej realizacji i ukończenia robót, m.in.: szczegółów rozwiązań architektonicznych, wykończeniowych i koordynacji międzybranżowych i kolizji instalacyjnych itp. – opracowań, które będą stanowić uszczegółowienie przyjętych przez projektanta rozwiązań technicznych, ze szczególnym uwzględnieniem wymagań technologii własnej Wykonawcy; wskazana dokumentacja każdorazowo wymaga pisemnej akceptacji Projektanta sprawującego nadzór autorski oraz Zamawiającego. – zapis referujący do pkt. 3.8 PZT, która w pewnym sensie definiuje kierunek wykładni pojęcia „dokumentacji technologiczno-warsztatowej”. Są to zatem m. in. szczegóły rozwiązań architektonicznych, wykończeniowych i koordynacji międzybranżowych i kolizji instalacyjnych itp. Jest to przykładowe wyliczenia, jednak w żadnej mierze nie zbliża się ono do zakresu związane z przygotowaniem, badaniem bądź zmianą projektów przygotowanych przez projektanta. Ponownie zatem należy podkreślić, że zapisy wzoru umowy i interpretacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w jego odpowiedziach z dnia 7 kwietnia 2021 r. na ww. pytania jest niezgodna z opisem zamówienia i stanowi próbę niezgodnego z prawem przerwania na Wykonawcę odpowiedzialności i kosztów ewentualnej poprawy dokumentacji projektowej, który to zakres bezsprzecznie nie jest objęty przedmiotem zamówienia. Raz jeszcze bowiem Odwołujący podkreśla, że zgodnie z ogłoszeniem opublikowanym w TED mamy do czynienia z zamówieniem na roboty budowlane w formule wyłącznie „wybuduj”.

W związku z udzielonymi odpowiedziami przez Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2021 r. doszło do dalszego rozszerzanie zakresu obowiązków Wykonawcy, co zmierza do przerwania na Wykonawcę ciężaru odpowiedzialności i kosztów wykonania projektów, do których zobowiązany jest Zamawiający, przy czym koszty tych działań nie mogą stanowić pozycji ujętej w ofercie, bowiem działania te nie są objęte przedmiotem zamówienia jako takim. Przedmiotem zamówienia nie jest bowiem zaprojektowanie i wykonanie Wystawy lecz realizacja Wystawy w oparciu o opracowane projekty, udostępnione przez Zamawiającego. Złożenie zatem oferty, której elementem byłyby prace projektowe, mogłoby zostać uznane za niezgodne z przedmiotem przetargu. Ponadto tak rozszerzony zakres odpowiedzialności za projekt powoduje, że zakres obowiązków wykonawców ogółem staje się niemożliwy do dookreślenia.

Odwołujący nie jest w stanie skalkulować swojej oferty przy uwzględnieniu tak szerokiego zakresu odpowiedzialności za projekt i konieczności wprowadzania poprawek do projektu jak i wykonania projektów wykonawczych, w sytuacji, w której na datę przygotowywania oferty ani zakres prac projektowych, ani zakres ewentualnych zmian (poprawy/uzupełnienia) dokumentacji projektowej nie jest możliwy do ustalenia oraz do wyceny, co powoduje de facto brak określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający w sposób rażąco narusza art. 29 ust 1 Ustawy Pzp, który obliguje go do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W analizowanym przypadku Zamawiający oczekuje, że Wykonawca weźmie na siebie w ramach wynagrodzenia za roboty budowlane odpowiedzialność za niemożliwe do oceny błędy projektanta i konieczność ich usunięcia

i przeprojektowania. Nie ulega wątpliwości, że powyższy obowiązek powinien spoczywać na samym Projektancie w ramach łączącej do umowy z Zamawiającym. Ponadto Projektant ponosi też względem Zamawiającego odpowiedzialność za błędy projektowe w ramach przepisów k. cywilnego. W związku z tym niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego, co do przeniesienia ciężaru odpowiedzialności za dokumentację przetargową na Wykonawcę robót budowlanych.

Odwołujący raz jeszcze powołuje się, iż zgodnie z orzecznictwem, wykonawca robót budowlanych nie może ponosić odpowiedzialności za projekt budowlany, a w szczególności oświadczenia takiego nie można żądać na etapie złożenia oferty, czy też w chwili podpisania umowy:

a. *„W ocenie składu orzekającego roszczenia Odwołującego nie są nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnia zarzut i nakazuje modyfikację postanowień specyfikacji w punkcie 1.5.3 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym przez strony wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasookresem” (wyrok z dnia 23 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1698/10).*

b. „Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odpowiedzialności za projekt, Izba uwzględniła powyższy zarzut, uznając argumentację Odwołującego za zasadną. Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia: Pkt 3 ppkt 3.3 Formularza Oferty oraz pkt 1.13 SIWZ Zamawiający wymaga, aby Wykonawca złożył oświadczenie, że „zapoznałem(liśmy) i upewniłem(liśmy) się co do prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1698/10, iż: "nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważane na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż nie zgłoszenie jakiś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy". Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 roku (sygn. III CKN 629/98), z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego

projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji w punkcie 1.13 SIWZ w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym przez strony wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasookresem (np. terminem składania ofert). Zamawiający powinien dokonać modyfikacji SIWZ poprzez chociażby wykreślenie oświadczeń, które wskazywałyby na konieczność zapoznania się z niedookreślonym katalogiem dokumentów bądź też weryfikacji prawidłowości przekazanej dokumentacji projektowej." (wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r. Sygn. akt: KIO 2649/11).

Należy zatem z całą stanowczością podkreślić, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania w celu wykrycia ewentualnych wad dokumentacji projektowej i technicznej, która w praktyce sporządzona jest na zlecenie zamawiającego przez fachowego uczestnika procesu budowlanego w osobie projektanta. Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO, która w wyroku z dnia 27 kwietnia 2011 r. (KIO 806/11), wprost wskazała, że „*wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej za te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót*". Jednocześnie podniosła, że zobowiązanie wykonawcy do wliczenia w cenę ofertową ryczałtową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty narusza art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp i może również naruszać art. 140 ustawy Pzp, albowiem może się okazać, że zakres zobowiązania umownego wykonawcy nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie. Powyższe stanowisko wskazane przez Odwołującego znajduje odzwierciedlenie w „Opinii w przedmiocie rozkładu ryzyka i odpowiedzialności za błędy dokumentacji przetargowej formule „wybuduj” oraz „zaprojektuj i wybuduj” z dnia 10 stycznia 2012r. dokonanej na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego .

Mając na uwadze powyższe należy dojść do wniosku, że Zamawiający zdaje się posiadać wiedzę, iż opracowana przez niego dokumentacja projektowa przedmiotu Zamówienia zawiera, ale z dużym prawdopodobieństwem może zawierać istotne błędy i braki, które w tej chwili trudno jest nawet dokładnie określić. Okoliczność ta powoduje, iż wykonawca, nie ma na etapie składania oferty pełnej wiedzy co do przedmiotu zamówienia tj. , jak wiele zmian wykonawcy będą zmuszeni zaproponować, w związku tak ogólnym zapisem postanowienia dotyczącego obowiązków WWS. Odnosząc się m. in. do pytania 570 i kwestii załącznika 1.1. trzeba wykazać że jego postanowienie jest sformułowane w sposób tak ogólny, a jednocześnie kształtuje tak istotne obowiązki wykonawców, że nie sposób w żaden sposób dokonać rzetelnej wyceny oferty. Wykonawcy rozważający złożenie oferty w Postępowaniu muszą dogłębnie zapoznać się z dokumentacją projektową i w każdym przypadku, w którym dostrzegają jakikolwiek problem, kolizję, nieścisłość, czy brak precyzji – zgłosić swoje własne

rozwiązanie problemu, które następnie będzie podlegać analizie zespołu projektowego. Przy tak szerokim opisie przedmiotu zamówienia, podobnych sytuacji może być nieskończona ilość, która w żadnej mierze nie może zostać na tym etapie rzetelnie wyceniona.

Odwołujący pragnie także podkreślić, że przerzucenie odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę jest sprzeczne z art. 651 KC, zgodnie z którym Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zawiadomić inwestora o błędach w dokumentacji, ale w żadnym razie nie ponosi za te błędy odpowiedzialności, również w zakresie spójności całości dokumentacji. Kwestionowane w niniejszym zarzucie postanowienie, w sposób nieuprawniony narusza również przepis art. 18 ust. 1 pkt. 1) oraz art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo Budowlane, sprowadzając Wykonawcę robót budowlanych do roli podmiotu zobowiązanego do kontroli pracy wykonanej przez projektantów – tj. osoby osób sprawujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, posiadające w tym zakresie określone specjalne uprawnienia i ponoszące wynikającą z prawa odpowiedzialność za przygotowany projekt. **Wykonawca, w ramach realizacji inwestycji typu „buduj” nie tylko nie ma obowiązku, ale nawet nie musi mieć uprawnień pozwalających na weryfikację specjalistycznych założeń i obliczeń projektowych np. w zakresie obciążeń.** To na co należy również zwrócić uwagę, to okoliczność, iż wprowadzenie przez Zamawiającego omawianego powyżej wymogu, może w praktyce powodować sytuację, w której sporządzane przez wykonawcę propozycje zmian, będące w efekcie poprawą albo uzupełnieniem dokumentacji projektowej (za którą odpowiedzialność ponosi Zamawiający), będą uznawane za zmiany proponowane przez wykonawcę, w trybie art. 14.4. 2. Wzoru Umowy, a tym samym **wykonawca nie tylko będzie zobowiązany do poniesienia kosztów projektowania, których na tym etapie nie sposób jest określić i wycenić, ale dodatkowo poprawione elementy będzie musiał, z dużym prawdopodobieństwem, wykonać na swój koszt, którego również na tym etapie nie można określić i wycenić.** Postanowienie art. 14.4.2. (IV) jest postanowieniem na tyle ogólnym, iż z jednej strony daje ono Zamawiającemu pełną uznaniowość, a z drugiej strony wprowadza przesłankę zmiany wynagrodzenia w postaci zapisu cyt. „ wynikające ze zmiany korzyści dla Zamawiającego okazać się być przeważające”.

Podsumowując zapisy umowy i interpretacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w ramach udzielonych przez niego odpowiedzi na pytania z dnia 7 kwietnia 2021 r. jest niezgodna z opisem zamówienia i próbą niezgodne z prawem przerzucenia na Wykonawcę odpowiedzialności i kosztów ewentualnej poprawy dokumentacji projektowej, który to zakres przecież nie jest objęty przedmiotem zamówienia.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:

- **wykreślenie pkt 1.4.4. wzoru umowy – jako zapisu źródłowego, z którego obecnie Zamawiający próbuje wywodzić swoją interpretację SIWZ i dodatkowe wymagania wobec Wykonawcy robót budowlanych co do projektowania;**
- **wykreślenie pkt 1.4.5 wzoru umowy – jako zapisu źródłowego, z którego obecnie Zamawiający próbuje wywodzić swoją interpretację SIWZ i dodatkowe wymagania wobec Wykonawcy robót budowlanych co do projektowania.;**

- biorąc pod uwagę odpowiedź Zamawiającego z dnia 07 kwietnia 2021 r. na pyt. 570 Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez wykreślenie fragmentu załącznika nr 1.1 „Udzielanie odpowiedzi na zapytanie o informację projektową (RFI) / Dokumentacja warsztatowa” do dokumentu „Instrukcja obiegu dokumentacji i korespondencji”, a konkretnie zamieszczonego w tym załączniku opisu obowiązków obciążających WWS, w ten sposób, że uzyska ono brzmienie:
„Obowiązkiem WWS jest:
 - RFI przekazywać wraz z niezbędnymi informacjami, ze wskazaniem odpowiedniego rysunku, części dokumentacji projektowej, opisu i/lub zdjęciami.”
- ponadto Odwołujący wnosi o dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na poszczególne pytania z dnia 7 kwietnia 2021 r. w poniższy sposób:
 - wycofanie odpowiedzi na pytanie nr 570 i udzielenie odpowiedzi, która nie będzie przenosiła ciężaru odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę, który nie jest jego autorem oraz nie będzie zobowiązywać wykonawcy do dokonywania zmian do projektów i ich konsultacji z Zamawiającym i Projektantem w ramach wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, a także ;
 - wycofanie odpowiedzi na pytanie nr 590 i udzielenie odpowiedzi, która nie będzie przenosiła ciężaru odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę oraz nie będzie nakładać na Wykonawcę obowiązku koordynacji międzybranżowej oraz usuwania kolizji instalacyjnych;
 - wycofanie odpowiedzi na pytanie nr 594 i udzielenie odpowiedzi, która nie będzie przenosiła ciężaru odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę oraz zdjęcie z Wykonawcy obowiązek wykonania „harmonogramu prac projektowych” z uwagi na to, że Inwestycja ma być realizowana w formule „buduj”, a zatem dokumentacja projektowa winna być wykonana i dostarczona przez Zamawiającego;
 - wycofanie odpowiedzi na pytanie nr 610 i udzielenie odpowiedzi, która nie będzie przenosiła ciężaru odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę oraz zdjęcie z Wykonawcy obowiązek wykonania projektów wykonawczych i potwierdzi, że Wykonawca jest odpowiedzialny tylko za wykonania Modeli bez wykonywania ich projektów;
 - wycofanie odpowiedzi na pytanie nr 612 i udzielenie odpowiedzi, która nie będzie przenosiła ciężaru odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę oraz zdjęcie z Wykonawcy obowiązek wykonania projektów wykonawczych i potwierdzi, że w ramach Przedmiotu Zamówienia Wykonawca jest odpowiedzialny tylko za wykonania makiet bez wykonywania ich projektów wykonawczych;
 - wycofanie odpowiedzi na pytanie nr 626, 628, 629, 633, 634, 635, 636 i udzielenie odpowiedzi, która nie będzie przenosiła ciężaru odpowiedzialności za projekt na Wykonawcę oraz obowiązek wykonania de facto projektów wykonawczych do projektu.

II. Zarzut co do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 31 ust 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego górnego limitu wartości wynagrodzenia dla

Wykonawcy za wykonanie zakresów określonych w punktach I.4 i II.4 Tabeli elementów scalonych – wystawa bez AV”

W dniu 7 kwietnia 2021 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 643:

Treść pytania:

Prosimy o udostępnienie załączników 7-16, 16a i 16 b do wzoru umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że załącznik 16a oraz 16b został udostępniony Wykonawcom wraz z publikacją na stronie Zamawiającego IV zestawu odpowiedzi na pytania Wykonawców w dniu 17 marca 2021 r.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z postanowieniami art. 16.3.1 Umowy, to WWS zobowiązany jest do sporządzenia i przedstawienia Zamawiającemu w terminie 21 (dwudziestu jeden) dni od dnia zawarcia Umowy:

- Harmonogramu rzeczowo-finansowego, który będzie stanowił załącznik nr 7 do Umowy,
- Harmonogramu Prefabrykacji i Dostaw, który będzie stanowił załącznik nr 8 do Umowy,
- Harmonogramu Opracowania Dokumentacji Projektowej, który będzie stanowił załącznik nr 9 do Umowy,
- Harmonogramu Kontraktowania Podwykonawców, który będzie stanowił załącznik nr 10 do Umowy;

Zgodnie z postanowieniami art. 16.3.12 Umowy, WWS w terminie do 14 dni od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego Tabeli Elementów Scalonych, przygotuje i przedstawi Zamawiającemu szczegółowy kosztorys, który będzie stanowił Załącznik nr 11 do Umowy;

Zgodnie z postanowieniami art. 16.3.11 Umowy, WWS w terminie 14 dni od daty zawarcia Umowy zobowiązany jest, do przedłożenia Zamawiającemu Tabeli Elementów Scalonych, która będzie stanowiła Załącznik 12 do Umowy;

Załącznik nr 13 – Wzór Dokumentu Gwarancji – został udostępniony Wykonawcom wraz z projektem Umowy;

Załącznik nr 14 – Wzór Protokołu Odbioru Końcowego – został udostępniony Wykonawcom wraz z projektem Umowy;

Załącznik nr 15 – Wzór Protokołu Zaawansowania Robót stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

W ramach udzielonej odpowiedzi Zamawiający załączył treść załącznika nr 12 do wzoru umowy – Tabelę Elementów Scalonych. Zgodnie z opublikowanym przez Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2021 r. wzorem Tabeli Elementów Scalonych Zamawiający wprowadził górny limit wartości wynagrodzenia dla Wykonawcy za wykonanie punktu I.4 – Galerie I-III i punkt II.4 – Galerie IV-VI m.in. dla zakresu dotyczącego zabudów, gablot, multimediów i wyposażenia muzealnego – Wystawy (bez sprzętu AV) – na łącznym poziomie zaledwie 40% całego budżetu na realizację zamówienia, co wykracza poza przyznane Zamawiającemu w ustawie Pzp kompetencje bowiem zmusza Wykonawcę do zrealizowania Wystawy w założonych przez Zamawiającego limitach cenowych, co z kolei naruszenie zasad konkurencyjności wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp. Zamawiający limit ten ustalił (narzucił) na poziomie zaledwie 40% wartości oferty, gdzie już na pierwszy rzut oka realnie i zgodnie

z cenami rynkowymi według opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, wartość pozycji I.4 i II.4 Tabeli jest szacowana na co najmniej 50% wartości oferty.

Tak restrykcyjny podział cen i przyporządkowanie określonego procentowego limitu wartości oferty nie tylko narzuca wykonawcom obowiązek zrealizowania wystawy w określony sposób i za określoną przez Zamawiającego cenę, ale dodatkowo, istotnie zaniżając tak określoną cenę, **czyni zamówienie niemożliwym do wyceny i wykonania**. Wprowadzenie przez Zamawiającego powyższego „limitu” wartości części przedmiotu zamówienia nie znajduje poparcia w cenach rynkowych za tą część przedmiotu zamówienia i już na tym etapie powoduje istotną kolizję pomiędzy wymaganiami jakościowym, określonymi przez Zamawiającego, a narzuconą ceną. Jednocześnie, tak określony wymóg, w bardzo wyraźny i niedozwolony sposób wpływa na uprawnienie wykonawców do samodzielnego ustalenia oferowanej przez siebie ceny oferty za opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia.

W oparciu o pkt 3.3.7.podpkt 3) OPZ:

„W terminie 14 dni od daty zawarcia umowy Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu Tabeli Elementów Scalonych zawierającej określenie wartości poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do Umowy.”

Wobec powyższego przedmiotowy załącznik z Tabelą Elementów Scalonych zgodnie z pierwotnymi założeniami dokumentacji przetargowej w całości miał wypełnić Wykonawca według swojego uznania. Obecnie opublikowany przez Zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2021 r. wzór Tabeli Elementów Scalonych w istocie ogranicza Wykonawcę, zakreślając granice procentowe dla części poszczególnych pozycji.

Podział wskazany w opublikowanej przez Zamawiającego Tabeli Elementów Scalonych wynika z budżetu Zamawiającego, który wydaje się zupełnie nieracjonalny biorąc pod uwagę OPZ i pozostałe wymagania przetargowe. Z założeń Zamawiającego wynika, że wartość Wystawy (bez sprzętu AV) tj. punkty I.4 i II.4 Tabeli – to zaledwie 40% całego budżetu zamówienia. Podział cen narzuca na Wykonawcę obowiązek zrealizowania Wystawy w założonych przez Zamawiającego **nierealnych** cenach. W związku z tym, że wykonanie elementów Wystawy ma charakter artystyczny, jednostkowy, nie podlega on wycenie na podstawie powszechnie obowiązujących cenników i każdorazowo bazuje na wycenach indywidualnych, zweryfikowanych przez rynek. Narzucenie zatem z góry cen w tak specyficznej materii twórczej, związanej z realizacją Wystawy znacząco wpływa na wykonalność całej Wystawy. W związku z tym ustalenie przez Zamawiającego z góry cen, w ujęciu procentowym znacząco wpływa w ogóle na możliwość wykonania wystawy i uniemożliwia wykonawcom złożenie konkurencyjnych ofert. Wprowadzenie przez Zamawiającego limitu wartości Wystawy na poziomie 40% wartości zamówienia sprowadza się do tego, że do zamówienia może przystąpić nie ten wykonawca, który jest w stanie zamówienie skutecznie i należyście zrealizować, ale ten, który jest w stanie zmieścić się w granicach cenowych wyznaczonych przez Zamawiającego. W związku z tym, że Zamawiający procentowy podział oparł na swoim kosztorysie inwestorskim, można domniemywać nawet, że wystawę może zrealizować tylko ten, którego wycena była podstawą kosztorysu inwestorskiego.

Ponadto taki podział – w sytuacji, w której Wykonawca będzie dążył za wszelką cenę do utrzymania podziału procentowego – może wpływać na zakłamanie faktycznej wartości zamówienia, co wpłynie chociażby na wysokość kwoty wpisanej w przyszłych

referencjach wykonawcy ale też może wpływać na kwestie związane z ubezpieczeniem wystawy. Odwołujący pragnie zwrócić również uwagę, że procentowy podział w ujęciu zaproponowanym przez Zamawiającego może doprowadzić do zaistnienia daleko idących konsekwencji przejawiających się w zafałszowaniu rzeczywistej wartości zamówienia i poszczególnych jego części poprzez dążenie wykonawców do zaoferowania ceny za omawiany przedmiot zamówienia (zabudowy, gabloty, multimedia i wyposażenie muzealne) w wysokości 40% – w samej ofercie, a następnie przrzucenie pozostałych kosztów – nie mieszczących się w limicie za tę część zamówienia, do innych pozycji. Formalnie oferta takiego wykonawcy będzie spełniała wymagania Zamawiającego, ale w rzeczywistości tego rodzaju przenoszenie kosztów może doprowadzić do zagrożenia płynności finansowej zamówienia. **W rezultacie taka sytuacja generuje ryzyko uzyskania nieporównywalnych ofert w ramach postępowania, godząc tym samym w sposób bezpośredni w zasadę uczciwej konkurencji.**

Odwołujący wykazuje, że Tabela Elementów Scalonych stanowi podstawę do opracowania szczegółowego kosztorysu. Nawet jeżeli Wykonawca zdecyduje się na sztuczny podział kosztów, aby tylko sprostać wymaganiom Zamawiającego (przeniesienie kosztów z Wystawy, na zakresy budowlane) – szczegółowy podział kosztów odzwierciedlony w kosztorysie nie będzie zgodny w wynagrodzeniach podwykonawców, które wykonawca musi przedkładać Zamawiającemu. Wyjdzie z tego, że Wykonawca płaci podwykonawcom więcej niż sam otrzymuje. Tymczasem zgodnie z pkt. 15.7.9 wzoru umowy „wynagrodzenie należne Podwykonawcy za zlecony mu zakres robót nie może być wyższe niż wynagrodzenie WWS za ten zakres”. W związku z tym wprowadzenie Tabeli Elementów Scalonych w formie opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 07 kwietnia 2021 r. faktycznie uniemożliwia uczestnictwo w zamówieniu każdemu kto nie mieści się w limitach wyznaczonych przez Zamawiającego, pomimo, że podmiot ten będzie posiadał wymaganą wiedzę i doświadczenie w realizacji analogicznych, wyspecjalizowanych wystaw.

Zdaniem Odwołującego Tabela Elementów Scalonych określająca maksymalny udział procentowy w wartości zamówienia, co stanowi wymuszenie na Wykonawcy limitów cen. Działanie takie nie mieści się w kompetencjach Zamawiającego i narusza podstawowe zasady Pzp, w tym zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Dodatkowo, tak określone działania Zamawiającego powoduje istotną sprzeczność pomiędzy wymagania technicznymi i jakościowymi omawianej części przedmiotu zamówienia a zakresem cenowym ustalonym przez Zamawiającego, czyniąc tą część zamówienia de facto niemożliwą do realizacji zgodnie z dokumentacją przetargową.

Opierając się o wytyczne z wyroku KIO z dnia 01 marca 2019 r. o sygn. KIO 269/19 przedmiotowe zamówienie nie wypełnia kryteriów umożliwiających skuteczne wprowadzenie przez Zamawiającego limitów wartości procentowych poszczególnych jego części. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie spełnia kryteriów pozwalających na ograniczenie wartości części zamówienia. Po pierwsze celem limitowania jednostkowej wartości ceny jest ograniczenie Wykonawcy w zakresie oferowanej ceny jednostkowej w odniesieniu do rzeczywistych kosztów realizacji danego zakresu prac (robót), a po drugiej Zamawiający nie wykazał się doświadczeniem w realizacji podobnych zamówień w latach ubiegłych, które skutkowałyby potrzebą wprowadzenia

takiego rozwiązania, jakie pozwalało w oparciu o doświadczenia Zamawiającego na określenie rzeczywistych wartości tych cen.

Ustalenie ceny oferty, jak również cen jednostkowych należy do wykonawcy, a ustawodawca nie zakazuje składania ofert na cenę. Dodatkowo, taka sytuacja narzucenia przez Zamawiającego maksymalnej ceny ofertowej budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia zasad prawa konkurencji. Analogiczna kwestia była przedmiotem wypowiedzi doktryny prawniczej i orzecznictwa KIO, a poglądy tam wyrażone przeczą zamiarom Zamawiającego. Takie poglądy przyjmują m.in. K. Bełdowska w artykule „Zamawiający nie ma prawa ustalić górnego limitu ceny ofertowej – zobacz dlaczego” oraz M. Winsche w artykule „Narzucanie wykonawcom górnego limitu cen za zamówienie to niedozwolona praktyka” (artykuły dostępne na stronie internetowej: www.portalzp.pl).

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w nadal aktualnym wyroku KIO o sygn. akt KIO/UZP 586/09; KIO/UZP 600/09: **„Charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala Zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia”.**

Charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala Zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem Zamawiającego jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenie z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest także określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Ponadto, ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp), dając mu jednocześnie możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy).

Ustalenie przez Zamawiającego górnej granicy wartości danej części zamówienia wykracza poza przyznane mu w Ustawie Pzp kompetencje.

Podsumowując wskazać należy, że Zamawiający nie jest uprawniony do limitowania ceny bądź określania jej górnych limitów przy zastosowaniu jakichkolwiek kryteriów.

Cena jest bowiem jednym z kryteriów oceny ofert i jest jednym z głównych elementów konkurencji pomiędzy wykonawcami. Określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest czynnością wykonawcy, a poprawność jego kalkulacji może być rozpatrywana wyłącznie przez pryzmat trzech instytucji tj.:

- 1) badania rażąco niskiej ceny – art. 90 ust. 1 i 2 Pzp,
- 2) zgodności sposobu obliczenia ceny z wymogami określonymi w SIWZ – art. 36 ust. 1 pkt. 12 Pzp
- 3) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp, w przypadku gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że podstawą kosztorysu powinna być tabela, w której poszczególne elementy byłyby opisane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiając tym samym należyte wykonanie zamówienia. Respektowanie tych wytycznych przez Zamawiającego służy zapewnieniu realizacji podstawowych zasad – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak np. uchwała KIO z 23 stycznia 2014 r. – sygn. akt KIO/KU 2/14).

ODWOŁANIE
WYKONAWCY
ZAWIĄZANIA

W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został jednolity pogląd, że formułowanie poszczególnych wymagań przez Zamawiającego, a dotyczących udziału w postępowaniu dokonywane być musi **z uwzględnieniem celu, jakiego ma służyć, czyli zapewnieniu wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia**. W celu zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia prawidłowo oszacowanej oferty, niezbędne jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, również w zakresie szacowanej wartości każdej części, jeśli taka jest intencja Zamawiającego, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, jego zakresu, wartości, stopnia złożoności czy warunków realizacji. **Zachowanie zasady proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia.**

Poprzez ustalenie maksymalnego procentowego udziału elementu w cenie ryczałtowej na poziomie 40% w zakresie pozycji I.4 i II.4 Tabeli Zamawiający w sposób nieuprawniony ingeruje w proces decyzyjny dotyczący oferowanej ceny odbywający się u wykonawców przygotowujących oferty. Procentowy podział został ustalony w sposób zupełnie nieproporcjonalny, bez uwzględnienia specyfiki części przedmiotu zamówienia, wymogów technicznych i jakościowych oraz rzeczywistego zakresu robót, co może doprowadzić do istotnych nadużyć przy wycenie oferty, a w konsekwencji, do przerzucania kosztów poszczególnych elementów do różnych części zamówienia, niekoniecznie bezpośrednio z nimi związanych, co wpłynie na możliwość porównania poszczególnych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Limitowanie wartości ceny za dany zakres zamówienia stanowi niedopuszczalne naruszenie zasady konkurencyjności (art. 7 Ustawy Pzp), albowiem ogranicza możliwość rynkowego kształtowania ceny. Ponadto wprowadzenie ograniczenia procentowego dla wyceny wynagrodzenia za wykonanie Wystawy bez sprzętu AV na łącznym poziomie zaledwie 40% wartości całego zamówienia, w obecnych realiach rynkowych, czyni ofertę niemożliwą do złożenia przy tym wymaganiu.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o: dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 643 z dnia 7 kwietnia 2021 r. w ten sposób, że Zamawiający wycofa opublikowany wzór załącznika nr 12 z Tabelą Elementów Scalonych oraz opublikuje ten załącznik bez narzucania limitów procentowych na wartości poszczególnych części zamówienia, w tym wycofa limit 40% wartości zamówienia dla pozycji I.4 i II.4 Tabeli – wystawa bez sprzętu AV.

Mając na uwadze powyższej opisane okoliczności, odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania jak w petitum.

Z poważaniem

MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION Sp. z o.o.
Dyrektor Wsparcia Projektów i Ofertowania

AGNIESZKA KAMIŃSKA

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
2. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
3. Pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową
4. Odpisu z KRS Odwołującego