Sygn. akt: KIO 2177/16

WYROK
z dnia 8 grudnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Robert Skrzeszewski
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie, w W., w dniu 30 listopada 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2016 roku przez wykonawcę P.Z.P.B. z siedzibą w W.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie

przy udziale
A) wykonawcy E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2177/16 po stronie Odwołującego,

B) wykonawcy B. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2177/16 po stronie Odwołującego,
C) wykonawcy S.I. S.p.A. z siedzibą w M. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2177/16 po stronie Odwołującego,

---

D) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (pełnomocnik) oraz S. I.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2177/16 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy P.Z.P.B. z siedzibą w W. i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie w punkcie 1.4.1.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego katalogu okoliczności uprawniających Zamawiającego do odmowy zatwierdzenia przedstawionych przez wykonawcę rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji.

   W pozostałym zakresie odwołania nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.Z.P.B. z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie na rzecz wykonawcy P.Z.P.B. z siedzibą w W. kwotę 23 600 gr 00 (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 2177/16

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą: *Zaprojektowanie i Budowa Obwodnicy Stalowej Woli i Niska w ciągu DK-77 (dł. ok. 15,3 km) wraz z Infrastrukturą Techniczną, Budowlami i Urządzeniami Budowlanymi.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2013 roku pod numerem 2015/S 192-346720..

17 listopada 2016 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec ukształtowania przez Zamawiającego postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa").
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) **art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy** przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
2) §15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego* (dalej: „Rozporządzenie") przez zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno - użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny,
3) **art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 1 Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.)** przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,

4) **art. 7 ust. 1 ustawy** przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
5) **art. 353 1 w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4), art. 632 i art. 5 k.c. art. 1154 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.) i art. 1157 k.p.c., w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11a) ustawy, art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 k.c.,** przez ukształtowanie określonych we wzorze umowy - Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] pkt **(c) do (t)** - wymagań dotyczących treści umowy wykonawcy z

Podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z Podwykonawcami w materii, której przepisy ustawy i k.c. nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w ustawie do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną Zamawiającego określoną w art. 647 1 § 5 k.c.,

6) **art. 353 1 w związku z art. 492 i art. 5 k.c., w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi w art. 58** § **3 k.c.,** przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] Warunków Szczególnych Kontraktu - warunków odstąpienia przez wykonawcę od umowy w sposób: (i) naruszający zasadę prawną zgodnie z którą, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego; (2) naruszający zasady współżycia społecznego przez ustalenie niewspółmiernie długich terminów dopuszczających możliwość niewywiązywania się Zamawiającego oraz Inżyniera z istotnych obowiązków umownych, jakim jest wystawienie Świadectwa Płatności oraz Płatność, przy jednoczesnym związaniu wykonawcy umową,

7) art. 353 1 w związku z art. 353, 627, 647, 487 § 2 i art. 5 k.c., art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 k.c., w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11a), art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi w art. **art. 58** § **3 k.c.,** przez ukształtowanie treści SIWZ **-** Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK - dotyczących zasad dochodzenia roszczeń Wykonawcy w sposób sprzeczny z: (1) właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane, (2) wyżej wymienionymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz (3) zasadami współżycia społecznego, przez przyjęcie, iż warunkiem

powstania roszczeń wykonawcy w zakresie: (i) przedłużenia terminu wykonania robót, (ii) wykonania Kamienia Milowego oraz (iii) dodatkowej płatności, jest powiadomienie przez Wykonawcę Inżyniera Kontraktu o roszczeniu opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia, które może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności, co narusza również bezwzględnie wiążące przepisy o przedawnieniu roszczeń. Istnienie roszczenia cywilnoprawnego nie jest bowiem uzależnione od powiadomienia kogokolwiek o tym fakcie, zaś rozpoczęcie biegu przedawnienia następuje od dnia, w którym roszczenie to stało się wymagalne, a umowny przepis proceduralny nie może prowadzić do zniweczenia istniejących praw podmiotowych. Całość zaskarżonej regulacji skutkuje częściową nieważnością w/w postanowień umowy, zgodnie z art. 58 § 3 k.c.,

8) **art. 353 1 w związku z art. 455 i art. 5 k.c., w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc,** przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty - zasad rozpatrywania przez Zamawiającego roszczeń Wykonawcy naruszający zasadę prawną, iż jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania, podczas gdy powołane postanowienia Subklauzuli 20.1 WSK są tak skonstruowane, że nie wynika z nich żaden termin nie tylko spełnienia świadczenia, ale nawet odniesienia się do tego roszczenia przez Zamawiającego i złożenia przez niego odpowiedniego oświadczenia woli.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). Już sama ta okoliczność w połączeniu z treścią

art. 179 ust. 2 ustawy, przyznającą uprawnienie do kwestionowania treści SWIZ organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy, determinuje, że Odwołujący może skorzystać ze swoich uprawnień przez wniesienie odwołania o tej treści. Niezależnie od tego, Odwołujący w przedstawionej argumentacji wskazał, że P.Z.P.B. to ogólnopolska organizacja zrzeszająca firmy z branży infrastruktury i budownictwa, które wspólnie reprezentują ponad 70 proc. potencjału rynku generalnego wykonawstwa inwestycji w Polsce. Celem Związku jest m.in. ochrona praw i reprezentowanie interesów zrzeszonych

członków w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienia publiczne. Ponadto, celem działalności Związku jest przyczynianie się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej.
Naruszenia ustawy, których dopuścił się Zamawiający w ramach Postępowania, wprost godzą w interesy zrzeszonych w ramach Związku członków, naruszając przy tym postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy opisując przedmiot zamówienia, a także w sposób wadliwy kształtując przyszły stosunek zobowiązaniowy doprowadzić mogą do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty. Powyższe, w negatywny sposób może odbić się na całym rynku infrastruktury i budownictwa, w którym partycypuje Związek.
Odwołujący wskazał również, że Zamawiający zaingerował m.in. w zasadę swobody kontraktowania w sposób wykraczający poza jego ustawowe upoważnienia do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, określając te wymagania w kwestiach wykraczających poza obiektywne potrzeby Zamawiającego i jego ustawową rolę w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych. Związek, dbając o przestrzeganie podstawowych zasad na rynku zamówień publicznych i mając na uwadze interes wykonawców z branży budowlanej, ma interes w tym, aby treść umowy jaką zawarłby z Zamawiającym każdorazowy wykonawca, odpowiadała wskazanym w Odwołaniu bezwzględnie wiążącym przepisom prawa (ustawa, k.c.). Odwołujący argumentował, że odwołanie jest konieczne, aby nie doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy ze skutkiem jej częściowej nieważności z mocy prawa.

Odwołujący następująco uzasadniał
1. Na wstępie Odwołujący wskazał: specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Z tego względu specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej postanowienia powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1533/12). Biorąc pod uwagę powyższe, a także konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w

ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na Zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, **w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację.** Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż **perspektywą decydująca dla oceny czy**

wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, **wystarczy bowiem,** że **określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.** W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy wynika, iż „opis *przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(…)".*

3. Również treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany 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). Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13).

4. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślił Odwołujący, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353 1 k.c.). 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. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punku widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. 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 (KIO w wyrokach o sygn. akt KIO 1910/11 i KIO 1918/11).

5. Powyższe zobowiązania Zamawiającego dotyczące kształtowania treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych zobowiązań kontraktowych, **kilkukrotnie były przedmiotem analizy i rozstrzygnięć KIO na tle postępowań dotyczących realizacji inwestycji drogowych.** Z uwagi na analogię przedmiotu zamówienia oraz skarżonych postanowień stosowanych przez Zamawiających w tych postępowaniach, tezy takich wyroków KIO stanowić mogą w związku z tym istotny punkt odniesienia i powinny być wzięte pod rozwagę w ramach orzekania w niniejszej sprawie. Tytułem przykładu powołać można w

tym zakresie wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. sygn. akt KIO 411/13, wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. sygn. akt KIO 1607/16 czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 437/16, w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny aby

umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. **Niewątpliwie, naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy inwestycjach w ramach których skala ryzyk związanych z każdą infrastrukturalnych, niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami,** które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku o sygn. KIO 1607/16 „opis *przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji (...).Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert".*

Stan faktyczny oraz skonkretyzowane zarzuty i wnioski Odwołującego

CZEŚĆ A - dotyczy zarzutów mających swoje źródło w treści Tomu II SIWZ

1. Zarzut dotyczący niedozwolonej treści Subklauzuli 4.4 WSK, Pkt III. (zarzut opisany w pkt 5) powyżej)

Zgodnie ze zmienionym brzmieniem Subklauzuli 4.4 WSK, Pkt III, *Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych nie może zawierać postanowień:*

a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa *Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę,*

b) warunkujących Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot zabezpieczenia przez Wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego w tym odbioru innych robót, które nie były przedmiotem umowy podwykonawczej,

c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,

d) nakazujących Podwykonawcy tub dalszemu Podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancje bankową/ubezpieczeniową lub inną formę przewidzianą w przepisach Prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych,

e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartości

wynagrodzenia należnego Podwykonawcy iub dalszemu Podwykonawcy,

f) przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją Umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;

g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską;

h) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę iub dalszego Podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego Wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;

i) zobowiązujących Podwykonawcę iub dalszego Podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają Wykonawcę zgodnie z Kontraktem;

j) na mocy których, z datą zawarcia Umowy podwykonawczej, Podwykonawca iub dalszy Podwykonawca zrzeka się względem Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;

k) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę iub dalszego Podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji Umowy podwykonawczej od przedłużenia przez Zamawiającego Czasu na Ukończenie dia danego asortymentu robót;

l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcy iub dalszego Podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu;

m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, przez lub dalszego wyłączających możliwość dochodzenia Podwykonawcę

Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;

---

n) uprawniających Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;

o) na mocy których Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zrzeka się roszczeń od Wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek tub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;

p) rozszerzających odpowiedzialność Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania Wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę;

q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na Podwykonawcę tub dalszego Podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;

r) ustalających kary umowne d/a Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamych kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;

s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez Wykonawcę tub Podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z Podwykonawcą łub dalszym Podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy;

t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę - przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości."

W Pkt II Subklauzuli 4.4 WSK Zamawiający zastrzegł, że *„Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zgłosi pisemne zastrzeżenia do projektu umowy: 1) niespełniającej wymagań określonych w punkcie III niniejszej Subklauzuli."*

Natomiast zgodnie z ostatnim akapitem Pkt I tej Subklauzuli, *„Niewypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych w tej Subklauzuli stanowi podstawę do iub dalszego natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy Podwykonawcy przez*

Zamawiającego lub żądania *od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy iub*

dalszego Podwykonawcy z Placu Budowy. Niniejsze postanowienie nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego określonych w Warunkach Kontraktu".
Odwołujący podniósł, że jego zdaniem, zaskarżone postanowienia Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść

swobody umów zawieranych przez wykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 353 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy. Jej ograniczenie w sposób zapisany w zaskarżonej części wzoru umowy nie ma podstaw na gruncie ustawy, w tym na gruncie art. 36 ust. 2 pkt 11 a) ustawy. Wymagania stawiane w SIWZ treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych nie mogą prowadzić do wyłączenia stosowania przepisów powszechnie obowiązujących, a takim jest art. 353 1 k.c.. Żaden przepis ustawy, natura stosunku prawnego umowy o roboty budowlane ani też zasady współżycia społecznego, nie wyłączają prawa do umówienia się przez Wykonawcę z Podwykonawcą zgodnie z postanowieniami, które Zamawiający wyłączył z treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.
Analiza treści postawnowień zawartych w Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK, wskazuje, że Zamawiający nie widzi się w tym zakresie w przypisanej mu ustawowo roli gwaranta zapłaty wynagrodzeń podwykonawców (wynagrodzeń należnych im zgodnie z treścią zawartych umów o podwykonawstwo), ale postrzega siebie w roli regulatora stosunków cywilnoprawnych pomiędzy osobami trzecimi i występowania jako rzecznik interesów podwykonawców (profesjonalnych przedsiębiorców), którzy tak samo jak wykonawca, samodzielnie oceniają ryzyko udziału w realizacji danego zamówienia na warunkach zawartych w podpisanych przez siebie umowach o podwykonawstwo. Treść ograniczonych lub wyłączonych ze stosowania instytucji prawnych wskazuje, iż Zamawiający w niedopuszczalny sposób ogranicza swobodę umów i czyni to w bezpośrednim interesie podwykonawców. Uzyskują oni bowiem wyłącznie za pomocą Zamawiającego gwarancje postanowień prawnych bardzo dla siebie korzystnych. O ile jednak przepisy ustawy uprawniają Zamawiającego publicznego do narzucenia pewnych rozwiązań w umowie o wykonanie zamówienia (ta jest zawierana jedynie z wykonawcą) w zakresie dotyczącym urzeczywistnienia celu realizacji zamówienia, to nie mogą one prowadzić do ingerencji w stosunki prawne nawiązywane pomiędzy osobami trzecimi (wykonawcą i podwykonawcą) przez zakazanie stosowania powszechnie obowiązujących rozwiązań prawnych nieistotnych z punktu widzenia prawa zamówień publicznych. W ten sposób dochodzi do naruszenia ustawowej gwarancji swobody kontraktowania w obrocie prawnym, która może doznać ograniczenia tylko na podstawie wyraźnego przepisu ustawy, a takiego przepisu brak.
Odwołujący podniósł, że niedopuszczalność (niezgodność z prawem) zaskarżonych w odwołaniu wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo robót wynika z kilku niezależnych od siebie podstaw i przyczyn:

1. Wymagania postawione przez Zamawiającego w Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK wykraczają poza ustawową rolę Zamawiającego w systemie prawa zamówień publicznych i bez podstawy prawnej zmierzają do ukształtowania treści stosunków prawnych, których Zamawiający nie jest stroną.

2. Przewidziane w art. 36 ust. 2 pkt 11a) ustawy postawienie przez Zamawiającego w SIWZ wymagań dotyczących treści umowy o podwykonawstwo robót nie może naruszać innych bezwzględnie obowiązujących przepisów - są one granicą stosowania tego przepisu. Granicę do której sięgać mogą wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych stanowi art. 353 1 k.c.. Np. w uzasadnieniu wyroku z dnia 16.12.2015 r. **sygn. akt VI Ga 106/15, Sąd Okręgowy w Koszalinie** podał, że przewidziany w art. 143d ust. 1 katalog postanowień, które powinna zawierać umowa o roboty budowlane, „nie *stanowi katalogu zamkniętego, na co jednoznacznie wskazuje użycie określania "w szczególności" nie stanowi katalogu zamkniętego, a zważywszy na odesłanie w odniesieniu do tych umów do unormowań kodeksu cywilnego, zawarte w art. 139 ust. 1 Pzp, tym bardziej zezwala na swobodne ukształtowanie stosunku pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą - w granicach zakreślonych przez art. 353 1 kc."*
Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 a) ustawy nie stanowi zwłaszcza dostatecznej podstawy

prawnej do ograniczenia zasady swobody umów dotyczącej poszczególnych instytucji prawnych, które w tym postępowaniu Zamawiający ograniczył lub wyłączył ze stosowania w zaskarżonych punktach Subklauzuli 4.4 WSK. Określony tym przepisem ustawy skutek zawarcia w projekcie umowy o podwykonawstwo robót postanowień sprzecznych z wymaganiami Zamawiającego polega na złożeniu przez Zamawiającego sprzeciwu lub zastrzeżeń do tej Umowy. Instytucja sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo jest z kolei instrumentem realizacji przewidzianej w art. 143c ust. 1 w związku z art. 143b ust. 1, 3 i 4 zasady odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Oznacza to, że wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót mogą w rozumieniu art. 36 ust. 2 pkt 11 a) ustawy dotyczyć tylko kwestii służących realizacji instytucji gwarancyjnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń należnych podwykonawcom zgodnie z zawartymi przez nich umowami. W konsekwencji nie ma podstaw prawnych i nie jest dopuszczalne zakazywanie stosowania lub modyfikowanie powszechnie dostępnych instytucji prawnych niedotyczących odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego. Nie mają z nią przecież nic wspólnego np. umowne prawo odstąpienia, dokonywanie rozliczeń bezgotówkowych, dozwolona ustawowo modyfikacja odpowiedzialności cywilnej za szkodę, prawo do umawiania się o kary umowne, w tym np. za nieprzestrzeganie przepisów BHP (czego Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy), wysokością takich kar lub ogólnie katalogiem kar umownych, jakie strony zgadzają się stosować w swojej 2-stronnej relacji.

---

3. Przewidziana w ustawie szczególna ochrona podwykonawców sprowadza sie do ustawowych gwarancji zapłaty należnych im wynagrodzeń, lecz nie jest szersza. Z żadnego przepisu ustawy nie wynika przyznanie Zamawiającemu kompetencji do zapewniania podwykonawcom instrumentów dalej idącej ochrony prawnej niż ustawowa gwarancja płatności ich wynagrodzeń. Zasada ta i tak stanowi już wyjątek od powszechnych reguł obrotu prawnego, więc jej rozszerzenie stanowić musi niedozwoloną ingerencję w rynek i zasady obrotu profesjonalnego.
   Brak szczegółowego określenia zakresu stosowania art. 36 ust. 2 pkt 11 a) ustawy oznacza, iż stosowanie go nie może wykraczać poza regulację umowy o podwykonawstwo dozwoloną w ustawie - Zamawiający może zatem uszczegóławiać tylko te instytucje, które są przewidziane w ustawie dla celów ochrony wynagrodzeń podwykonawców (np. procedurę zgłaszania podwykonawców, monitorowania ich roszczeń, zabezpieczania należnych im płatności itp.), lecz nie może to dotykać instytucji wykraczających poza gwarancję zapłaty wynagrodzeń podwykonawców. Tylko temu celowi służy art. 36 ust. 2 pkt 11 a) PZP. Nowela z dnia 8 listopada 2013 roku zmieniającą ustawę z dniem 24 grudnia 2013 roku miała na celu zapewnienie Zamawiającym instrumentów umożliwiających sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacja inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawca, podwykonawca i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. Nie można zatem tych przepisów interpretować tak, że Zamawiający może postawić Wykonawcy dowolne warunki co do treści umowy z podwykonawca, warunki te bowiem musza być ograniczone do realizacji ustawowego celu gwarancji zapłaty wynagrodzeń, ale nie mogą poza ten cel wykraczać z ingerencja w zasadę swobody umów, która cieszy sie wykonawca. Narzucanie wykonawcy terminów na wykonanie umownego prawa odstąpienia od umowy z podwykonawcą ma się przecież nijak do ochrony wynagrodzeń podwykonawców - jest to też doskonały przykład tego, jak daleko wykracza Zmawiający poza cele ustawy.
4. Przeciwnie do powyższego, Zamawiający stawia się w roli regulatora treści stosunków prawnych nawiązywanych pomiędzy osobami trzecimi w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z ustawowego zakresu ochrony podwykonawców. Powołać należy się tu na Wyrok KIO z dnia 03.06.2014 r. sygn. KIO 1023/14, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że uprawnienie zamawiającego do ograniczenia swobody kontraktowania nie jest bezwzględne lecz wynika z „ściśle określonego celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu

służy m.in. ***ukształtowanie istotnych postanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających***

zaspokojeniu w wyniku postępowania." Także Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 21 sierpnia 2014 r. **sygn. akt IV CSK 733/13** stwierdził, że ingerencja, zastrzeżenia inwestora do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą muszą dotyczyć istotnych kwestii umownych. Podobnie, por. **Wyrok KIO** z dnia 25.06.2015 r. **sygn. akt KIO 1201/15:** „Reasumując powyższe, stwierdzić należy, iż jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony *należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego wykraczającym.* Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.
Z uzasadnienia **Wyroku KIO** z dnia 15 września 2015 r. **sygn. akt KIO 1139/15,** wynika, że katalog obowiązkowych postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 PZP obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii. Jednocześnie należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 139 PZP, do umów w sprawach zamówień Publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej, co oznacza, że przepisy jednoznacznie określone w PZP stanowią szczególną regulację w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności co do ich treści i formy. Z powyższego wynika, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zmówienia publicznego zastosowanie ma art. 647 1 Kc z modyfikacjami, które wynikają z przepisów PZP. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w urnowe, to należy uznać, że iest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej należy uznać wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą, dokonania przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 70% wartości umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą.
Cechą wspólną tych orzeczeń jest podkreślenie, że Zamawiający może w SIWZ tylko w takim zakresie kształtować wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót

budowlanych, w jakim jest to niezbędne dla zachowania obiektywnych potrzeb i roli zamawiającego w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych oraz ochrony wynagrodzeń podwykonawców. Każde szersze ograniczenie jest niedopuszczalne.

5. Jak wskazano wyżej, z wyjątkowości regulacji prawnej o ochronie wynagrodzeń podwykonawców wynika, iż przepisy ustawowe, których stosowanie mogłoby doprowadzić do naruszenia fundamentalnej dla prawa cywilnego zasady swobody kontraktowania, nie mogą być wykładane rozszerzająco.
   Na poparcie tego stanowiska Odwołujący przytacza **Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1139/15,** w którym Izba podzieliła argumentację Odwołującego w tym zakresie. Odwołujący przywołał **treść uzasadnienia nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 08.11.2013 r.** do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt lla i art. 143d ust. 1 PZP, druk 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów. Z ww. uzasadnienia projektu wynika, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt lla i art. 143d ust. 1 PZP dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony

ich wynagrodzenia. Żaden przepis w randze ustawy nie przyznał zamawiającemu uprawnienia do ograniczenia zasady swobody umów stron umowy podwykonawczej w większym zakresie niż to wynika z art. 143b ust. 2 czy 143d PZP. Zgodnie z jedną z zasad prawodawstwa i interpretacji norm prawnych - ustawodawca jest racjonalny, kompletny i zupełny. Jeżeli w jednej normie określił ingerencję w umowę i pominął ewentualne uprawnienie zamawiającego co do innych ingerencji to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.

6. Ustawowa rola gwaranta zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, wynikającego z zawartej przez niego umowy o podwykonawstwo (art. 143c ust. 1 i 8 PZP, art. 647 1 § 5 Kc), ani żaden inny przepis prawa, nie uzasadnia ingerencji Zamawiającego w takie podstawowe instytucie prawa cywilnego - oparte na swobodzie kontraktowania - jak: kary umowne, ich katalog i wysokość (art. 483 Kc), modyfikacja zasad odpowiedzialności dłużnika (art. 473 Kc), prawo do zapisu na sąd polubowny w kraju lub za granicą (art. 1154 Kpc, art. 1157 Kpc), niedopuszczalność żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 Kc), prawo do kompensaty wzajemnych rozrachunków (art. 498 § 1 Kc, art. 505 pkt 4) Kc), czy umowne prawo odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 Kc). Żadna kompetencja przyznana publicznemu zamawiającemu nie uprawnia go do ingerencji w te instytucje prawne ze skutkiem dla osób trzecich.

7. Wprowadzone do wzoru umowy wymagania dotyczące treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych są dodatkowymi zmianami na korzyść podwykonawców, których środki ochrony są już przewidziane w ustawie.
8. Koronnym argumentem Zamawiającego na temat swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych jest to, iż nikt nie zmusza Wykonawcy do składania oferty. Po pierwsze jest to błędne stanowisko, ponieważ Wykonawca działający na rynku zamówień publicznych działa pod przymusem ekonomicznym, a nie godząc się na jaskrawo niekorzystne dla siebie warunki umowne musiałby żadnych ofert nie składać i zlikwidować działalność. Po drugie jednak, stosowane przez Zamawiającego tłumaczenie, iż Wykonawca nie musi się zgadzać na postawione mu w SIWZ warunki i nie składać oferty, ma ten mankament, że można fi należy) stosować ie analogicznie dla relacji Wykonawca - Podwykonawca. Podwykonawca również nie ma obowiązku przystawać na warunki handlowe lub prawne stosowane przez Wykonawcę. Nie ma więc żadnej różnicy pomiędzy swobodą przystąpienia przez Wykonawcę do udziału w przetargu publicznym opartym na wzorze umowy znacząco uprzywilejowującym Zamawiającego, a zawarciem przez Podwykonawcę umowy o podwykonawstwo na warunkach umownych korzystniejszych dla Wykonawcy.
   Jeśli zatem Zamawiający „chce chronić" podwykonawców uzasadniając to twierdzeniem, iż ci zawierają z Wykonawcą umowę o podwykonawstwo robót budowlanych pod przymusem ekonomicznym, to argumentacja taka nie może się ostać, ponieważ - analogicznie rzecz ujmując - pod jeszcze większym przymusem umowy o generalne wykonawstwo zawiera Wykonawca z Zamawiającym, skoro ten jest na krajowym rynku budowy dróg ekspresowych i autostrad 100- procentowym monopolistą.
   Podwykonawcy robót nie są konsumentami, lecz przedsiębiorcami, co oznacza, iż przepisy o klauzulach abuzywnych (art. 385 3 Kc) nie mają tu zastosowania, a każda forma uprzywilejowania podwykonawców względem Wykonawcy (także przedsiębiorcy) musi mieć wyraźne ustawowe podstawy. Podstaw takich jednak brak w prawie zamówień czego publiczny obowiązującym publicznych, wobec Zamawiający dopuszcza się naruszenia prawa.
   Należy postawić pytanie gdzie Zamawiający upatruje prawnego oparcia dla szerszej niż gwarancje płatności ochrony podwykonawców kosztem Wykonawcy - jest to przecież domena ustawodawcy, a nie Zamawiającego?
9. Zachowanie tzw. interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może polegać na narzucaniu Wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję podwykonawcy ponad gwarancje ochronne przewidziane dla podwykonawców w przepisach prawa. Działanie takie godzi w inny interes publiczny

ponieważ ogranicza zagwarantowane ustawowo prawo do swobodnego umawiania się przez uczestników rynku usług budowlanych. Co więcej, działanie takie może być uznane za pomoc publiczna w rozumieniu **Artykułu 87 ust. 1** [Pomoc publiczna dla przedsiębiorców] **Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską** z dnia 25.03.1957 r. (Dz. Urz. UE. C 1992 Nr 224, str. 1, zgodnie z którym: „Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w niniejszym Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych *w jakiejkolwiek formie,* która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji *poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom* lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi." Wskutek zabiegów Zamawiającego polski rynek zamówień publicznych staje się bardziej uprzywilejowany dla branży podwykonawczej niż rynki innych państw członkowskich UE, które nie stosują analogicznych rozwiązań.

10. Ostatecznie zaś, ukształtowanie treści wymagań do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w sposób dokonany przez Zamawiającego w Pkt III Subklauzuli 4.4 WSK należy uznać za sprzeczne z art. 5 Kc, ponieważ stanowi nadużycie prawa.

Zarzuty do szczegółowych postanowień będących przedmiotem zaskarżenia:
c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,
Zgodnie z **art. 483 § 1 Kc,** można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).
Katalog dopuszczalnej ingerencji Zamawiającego w postanowienia dotyczące kar umownych zawiera **art. 143d ust. 1 pkt 7) ustawy** w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego o roboty budowlane, co oznacza, że Zamawiający nie jest w ogóle uprawniony kształtować ani katalogu ani wysokości kar umownych w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych, co bezpodstawnie czyni. Materia kar umownych określonych umową o podwykonawstwo robót budowlanych nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP (ani w żadnej innej ustawie), co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów w relacji prawnej Wykonawcy z Podwykonawcą. Nie ma wiec żadnych podstaw prawnych (w tym w przepisach PZP), by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich. Wykonawca i Podwykonawca są na podstawie art. 353^1 Kc uprawnieni określić zasady wzajemnej odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w taki sposób jaki uważają za dla siebie stosowny, w tym poprzez poprzez

prawo do nakładania kar umownych w ustalonej przez siebie wysokości. Zamawiający nie ma podstaw prawnych by w tę materię ingerować, zaś czyniąc to, narusza zasadę swobodnego umawiania się przez Wykonawcę i Podwykonawcę.

d) nakazujących Podwykonawcy tub dalszemu Podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania łub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancje bankową/ubezpieczeniową łub inną formę przewidzianą w przepisach Prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych,
Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartości wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy,
Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)

f) przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją Umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;

Zgodnie z **art. 1157 Kpc,** jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe - mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty.
W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizaqi zamówień publicznych nie jest dopuszczalne umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, Zamawiający nie może tego zakazać.

g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską;
Zgodnie z **art. 1154 Kpc,** przepisy części niniejszej [przypis: Część Piąta. Sąd Polubowny (Arbitrażowy)] stosuje się, jeżeli miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w wypadkach w części tej określonych - także wtedy, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest oznaczone.
W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień publicznych nie jest dopuszczalne

umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, Zamawiający nie może tego zakazać.

h) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego Wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;
Zgodnie z **art. 473 § 1 i 2 Kc,** dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.
Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

i)zobowiązujących Podwykonawcę tub dalszego Podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają Wykonawcę zgodnie z Kontraktem;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)
Ubocznie należy zauważyć, że nie ma w polskim prawie cywilnym konstrukcji prawnej „przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności" Wykonawcy przez Podwykonawcę. Możliwa jest tylko umowne przejęcie długu (art. 519 § 1 Kc), a na to zawsze wymagana jest zgoda wierzyciela (ius cogens).

j) na mocy których, z datą zawarcia Umowy podwykonawczej, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zrzeka się względem Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)

k) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę realizacji od przez przedłużenia terminu Umowy podwykonawczej przedłużenia Zamawiającego Czasu na Ukończenie dia danego asortymentu robót;
Zgodnie z **art. 476 Kc,** dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by

ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcy tub dalszego Podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (k)

m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;
Zamawiający zgłosi zastrzeżenia do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, a jej postanowienia będą wyłączać możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Wymóg taki stanowi wprost naruszenie **art. 632 § 1 Kc** w związku z art. 139 ust. 1 ustawy. Zgodnie bowiem z cyt. przepisem, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Tym samym dopuszczalne i zgodne z istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zastrzeżenie, iż Podwykonawca nie będzie się domagał podwyższenia ryczałtu.
W cytowanym wcześniej Wyroku z dnia 21 sierpnia 2014 r. **sygn. akt IV CSK 733/13** SN uznał, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przewidziany w art. 632 § 1 Kc, prowadzi do obciążenia wykonawcy ryzykiem nieprzewidzianego wzrostu rozmiaru prac lub kosztów. Zamawiający zaś nie może żądać obniżenia wynagrodzenia, nawet gdyby wykonawca osiągnął korzyści wyższe od zakładanych.
n) uprawniających Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;
Trudno dopatrzyć się prawnie chronionych interesów Zamawiającego, których realizacji miałoby służyć pozbawienie Wykonawcy prawa do stosowania kompensat należności niewymagalnych w granicach umów zawartych z Podwykonawcami.
Stosownie do treści **art. 505 pkt 4) Kc,** nie mogą być umorzone przez potrącenie: 4) wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne. Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Odwołujący podnosi, iż brak przepisu szczególnego, na podstawie którego Zamawiający mógłby zakazać Wykonawcy zamówienia publicznego dokonywania rozliczeń należności, także tych niewymagalnych, w relagi umownej, jaką Wykonawca nawiązuje z Podwykonawcą. Podstawą taką nie jest w

szczególności art. 36 ust. 2 pkt lla) PZP, ponieważ - w braku przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 505 pkt 4) Kc znajdującego zastosowanie w zakresie prawa zamówień publicznych - nie uprawnia on Zamawiającego do postawienia wykonawcy zamówienia wymagań godzących w zasadę swobody umów (art. 353^1 Kc). Przepis art. 36 ust. 2 pkt lla) PZP nie może prowadzić do wyłączenia lub ograniczenia zasady swobody umów w zakresie, w jakim nie ma wyraźnego przepisu ustawy, który zakazywałby umówienia się przez Wykonawcę i Podwykonawcę o stosowanie rozliczeń wzajemnych należności (kompensat umownych).
W aspekcie zasadności prawa Wykonawcy do umówienia się z podwykonawcą o bezgotówkową formę rozliczeń, Odwołujący zwraca uwagę, iż w celu obrony Zamawiającego przed niezasadnymi roszczeniami podwykonawcy, można powoływać się na Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28.06.2006 r., **III CZP 36/06** i z dnia 05.09.2012 r. **IV CSK 91/12.** Zgodnie bowiem z art. 375 5 1 Kc, dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które przysługują mu osobiście wobec wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Należy do nich zaliczyć m.in. umorzenie zobowiązania na skutek spełnienia świadczenia ze skutkiem zaspokojenia wierzyciela i na skutek potrącenia. Co do tego ostatniego, to istota odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wyklucza nie tylko odwołanie się do dokonania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy ale i zarzutu potrącenia dokonanego w relacji inwestor - wykonawca. *Za dopuszczalny uznać należy jednak zarzut umorzenia zobowiązania w następstwie potrącenia w relacji wykonawca - podwykonawca lub inwestor - podwykonawca.*
W istocie zatem posiadanie przez Wykonawcę prawa do potrącenia należności przysługujących mu względem podwykonawcy, jest korzystne dla samego Zamawiającego,

który może korzystać z szerszego katalogu zarzutów.
o) na mocy których Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zrzeka się roszczeń od Wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (m);

p) rozszerzających odpowiedzialność Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania Wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)

q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na Podwykonawcę iub dalszego Podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)

r) ustalających kary umowne dia Podwykonawcy iub dalszego Podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamych kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;
Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)

s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy;
Zgodnie z **art. 395 § 1 Kc,** można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.
Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w PZP, co oznacza, że poprzez art. 139 ust. 1 PZP jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach PZP, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.
Brak jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach PZP, by Zamawiający poprzez ukształtowanie treści SIWZ wpływał na ustalane pomiędzy Wykonawca i Podwykonawcą terminy wykonywania umownego prawa odstąpienia, co korzysta z wyrażonej w art. 353^1 Kc gwarancji swobody kontraktowania.

t)przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę - przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.
Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)

Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę, że przewidziany w Subklauzuli 4.4 WSK rygor w postaci żądania usunięcia z terenu budowy Podwykonawcy, na zawarcie umowy z którym Zamawiający się nie zgodził, do czego doprowadzi niepodporządkowanie się przez Wykonawcę niedopuszczalnym i nieważnym w świetle art. 58 § 3 Kc wymaganiom dotyczącym umowy o podwykonawstwo robót. Jeśli zatem Zamawiający będzie żądał usunięcia takiego Podwykonawcy z terenu budowy, to dopuści się braku należytego

współdziałania z Wykonawca w realizacji umowy o zamówienie publiczne, przewidziane do realizacji za pomocą podwykonawców **(art. 354 Kc, art. 36a ust. 1 ustawy).**
Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzula 4.4 (Podwykonawcy) Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III (Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo) poprzez wykreślenie pkt od c) do t).

Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 16. 2 WSK [Odstąpienie przez Wykonawcę] (zarzut opisany w pkt 6) powyżej)
Zamawiający zastąpił dotychczasową treść Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] treścią, zgodnie z którą, Zamawiający de facto dopuszcza, bez żadnych istotnych powodów, możliwość niewystawienia przez Inżyniera Świadectwa Płatności przez łączny okres 84 dni, jak również możliwość niedokonania zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia przez łączny okres 142 dni, co stanowi nie tylko naruszenie zasad współżycia społecznego oraz pewności obrotu gospodarczego we współpracy z Zamawiającym publicznym, ale dodatkowo (w zakresie dotyczącym pkt. (a) w.w. Subklauzuli, narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy ustaw podatkowych, w zakresie momentu powstania, po stronie Wykonawcy, obowiązku podatkowego w podatku VAT. Istotnym jest również iż Wykonawca przez cały ten okres związany jest postanowieniami Kontraktu oraz zawartymi przez Wykonawcę umowami z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami. Fakt możliwości zawieszenia przez Wykonawcę prac lub robót zgodnie z Subklauzulą 16.1. [Uprawnienie Wykonawcy do zawieszenia prac] jest tu bez znaczenia. Tym samym, wnioskowane przez Odwołującego skrócenie terminów zwłoki/ opóźnienia, w spełnieniu przez Zamawiającego istotnych zobowiązań umownych, umożliwiające Wykonawcy skorzystanie z prawa odstąpienie od umowy zawartej z Zamawiającym jest w pełni uzasadnione.
W zakresie wnioskowanego przez Odwołującego wykreślenia ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2. w brzmieniu „W przypadkach opisanych powyżej Wykonawca może odstąpić od Kontraktu po uprzednim wezwaniu Zamawiającego do spełnienia takiego zobowiązania, wyznaczając jednocześnie odpowiedni termin, nie krótszy niż 5 dni od daty doręczenia Zamawiającemu. Wskazane w zdaniu poprzednim wezwanie Zamawiającego oraz upływ wyznaczonego terminu nastąpić muszą nie później niż w terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie" wskazać należy, iż zapis ten stanowi kompilację wypowiedzenia umowy, odstąpienia od umowy w trybie art. 395 § 1 k.c. oraz odstąpienia od umowy w trybie art. 492 k.c. nakładając na Wykonawcę obowiązek wezwania Zamawiającego do spełnienia świadczenia, wyznaczenia Zamawiającemu 5 dniowego terminu na spełnienia świadczenia oraz jak należy domniemywać, złożenia oświadczenia o

odstąpieniu od umowy w **maksymalnym terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniającej odstąpienie.** Pomijając już fakt, iż termin 14 dni może być niemożliwy do dotrzymania, z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy, a leżących po stronie Zamawiającego, to tak formułowany zapis Subklauzli 16.2. narusza przepis art. 492 k.c.. Zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa, „gdy w umowie zastrzeżono uprawnienie do odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie, o którym mowa w art. 492 KC, wówczas art. 395 KC (w zakresie wyznaczenia terminu) nie ma zastosowania. Prawo odstąpienia z art. 492 KC nie jest bowiem modyfikacją umownego prawa odstąpienia, ale modyfikacją ustawowego prawa odstąpienia" **(Kodeks Cywilny, Komentarz, T. II red. Gutowski 2016, wyd. 1, wyrok Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 08.01.2013 r. sygn.. I ACA 793/11, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku sygn. I ACa 97/15 - wyrok SA Białystok z dnia 10-06-2015).**
Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ - Tom II — warunki kontraktu- Subklauzuli 16.2. (Odstąpienie przez Wykonawcę) Warunków Szczególnych Kontraktu - poprzez wykreślenie ostatniego akapitu ww. klauzuli oraz zmianę terminu „56 dni „wskazanego w pkt (a) ww. klauzuli na termin „30 dni": jak również zmianę terminu 84 dni wskazanego w pkt (b) klauzuli na termin „42 dni".

Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2 (zarzut opisany w pkt 7) powyżej)
Zamawiający zmienił oryginalną wersję Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] przez usunięcie treści pierwszego i drugiego akapitu i zastąpienie jej poniższą treścią:
„Strony postanawiają, że Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiejkolwiek dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że jest ono Wykonawcy należne zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. *Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy* o:

(i) przedłużenie Czasu na Ukończenie lub
(ii) zmianę wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub
(iii) dodatkową płatność według jakiejkolwiek Klauzuli niniejszych Warunków Kontraktu lub z innego tytułu w związku z Kontraktem jest *zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia.* Powiadomienie takie może zostać zgłoszone *jedynie w terminie 28 dni* od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się tub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu łub okoliczności.
Jeżeli Wykonawca nie zgłosi Inżynierowi powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego

okresu 28 dni to roszczenie nie powstaje. Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wymagana Minimalna Ilość Wykonania nie będzie zmieniona, a Wykonawca nie będzie uprawniony do jakiejkolwiek dodatkowej płatności."
Powyższa zmiana, warunkująca moment „powstania roszczenia" od faktu powiadomienia Inżyniera w określonym terminie „o okoliczności łub wydarzeniu powodującym powstanie takiego roszczenia", jest sprzeczna z powołanymi w *petitum* Odwołania bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa odnoszącymi się do przedmiotu Inwestycji. Skoro bowiem przedmiotem Inwestycji jest zaprojektowanie i wybudowanie drogi w ramach zamówień publicznych, to w myśl art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP zastosowanie mają przepisy art. 627 Kc (umowa o dzieło) oraz 647 Kc (umowa o roboty budowlane). Zarówno umowa o roboty budowlane, jak i umowa o dzieło jest umowa wzajemna w rozumieniu art. 487 § 2 Kc, co oznacza, że świadczenia każdej ze stron są ekwiwalentne, tzn. świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. Zatem spełnienie przez jedną ze stron (Wykonawcę) swojego świadczenia, polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi zgodnie z umową stanowi tytuł do roszczenia o zapłatę, stąd ustanawianie jakiegokolwiek warunku powstania roszczenia jest niedopuszczalne. Roszczenie to stanowi prawo podmiotowe Wykonawcy mające swoje źródło w umowie, do której mają zastosowanie bezwzględnie obowiązujące w/w przepisy, tj. art. 627, art. 647 i art. 487 § 2 Kc, przyznające Wykonawcy to uprawnienie i jedynym „warunkiem" postawania tego prawa może być wykonanie świadczenia wzajemnego w sposób zgodny z umową. Zatem ustanawianie warunku - o charakterze proceduralnym - „powstania roszczenia" narusza w/w bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i z tego względu jest nieważne.
Powyższe wynika wprost z powołanych wyżej przepisów, ale również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, w szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 roku, IV CKN 513/01, zgodnie z którym **wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane powstaje w chwili wykonania określonego etapu prac.**
Należy zwrócić uwagę, że polski system prawa cywilnego wskazuje, że dla powstania zobowiązania, a w konsekwencji, roszczenia związanego z tym zobowiązaniem, istotne są jedynie dwie kwestie: (1) świadczenie musi być **możliwe do spełnienia** (zgodnie z rzymską zasadą *impossibiiium nułia obligatio est)* oraz musi być ono (świadczenie) **oznaczone,** przede wszystkim przez treść czynności prawnej tworzącej zobowiązanie, a także przez odnoszące się do danego typu zobowiązań przepisy prawa (por. Komentarz do KC, art. 353 SPP T.5 red. Łętowska 2013, wyd. 2). Skoro zatem zarówno świadczenia Wykonawcy (zaprojektowanie i wybudowanie drogi), jak i świadczenia Zamawiającego (m.in. zapłata wynagrodzenia) zostały określone (oznaczone) w umowie i są możliwe do spełnienia, to odpowiadające im wzajemne roszczenia drugiej strony powstają w dacie wykonania tych świadczeń, a nie w dacie spełnienia dodatkowych aktów staranności, czego życzyłby sobie Zamawiający, poprzez wprowadzenie komentowanej zmiany w warunkach Kontraktu.
Ponadto należy podkreślić, że Zamawiający ustanawiając zaskarżany warunek sam sobie

przeczy, albowiem z jednej strony pisze, że *,,warunkiem* powstania roszczenia Wykonawcy .... jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia....", z drugiej zaś, że warunek ten dotyczy powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodująca powstanie takiego roszczenia....". Oznacza to, że Zamawiający ma świadomość, iż to nie żaden warunek powoduje powstanie roszczenia lecz, że to **okoliczność lub wydarzenie stanowi** źródło

jego powstania.
Powyższe rozważania dotyczyły roszczenia Wykonawcy o dodatkową zapłatę, jednakże są one aktualne również w odniesieniu do roszczenia o przedłużenie terminu wykonania robót, jak i w zakresie wykonania Kamienia Milowego, albowiem ustanawianie warunku dla powstania tych roszczeń, w tym dwóch wyżej wymienionych, godzi również w naturę stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło oraz umowa o roboty budowlane oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie stanowi nadużycie prawa.
Dlatego też, biorąc pod uwagę cel stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło i umowa o roboty budowlane, ustanowienie warunku dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granicy swobody umów, o której mowa w art. 353 1 Kc, skutkujące nieważnością postanowień w tej części.
Każdorazowo trzeba pamiętać, że dochodzenie roszczeń na gruncie polskiego prawa cywilnego jest procesowym aspektem realizacji praw podmiotowych, które przysługują jednostce na podstawie przepisu ustawy lub stosunku prawnego, czy też wynikają z określonych zdarzeń, z którymi przepisy prawa lub postanowienia umowy wiążą skutek powstania prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe przysługuje zatem *ex iege* lub *ex contractu* niezależnie od faktu powiadomienia kogokolwiek o jego istnieniu lub od zgłoszenia komukolwiek w określonym czasie zamiaru jego dochodzenia. Postanowienia zmienionej Subklauzuli 20.1 WSK akapit pierwszy i drugi nie mogą wpływać na terminy dochodzenia roszczeń określone w sposób bezwzględnie wiążący przepisami Kodeksu cywilnego (w tym art. 119 Kc) - nie mogą być zmieniane przez czynność prawną, gdyż zmiana taka jest nieważna. Wykonawca jest uprawniony dochodzić swoich praw podmiotowych przed organem właściwym ustawowo do ich rozpoznawania (sądem powszechnym) w terminach przedawnienia, a nawet po ich upływie, skoro przedawnienie uwzględniane jest na zarzut drugiej strony. Proceduralne ujęcie trybu dochodzenia roszczeń na drodze kontraktowej (w reżimie warunków kontraktu) nie może jednak stanowić o istnieniu lub nieistnieniu praw służących Wykonawcy na podstawie stosunku prawnego nawiązanego z Zamawiającym, np. prawa do wynagrodzenia z tytułu wykonanych i odebranych robót, odsetek, pokrycia Kosztu, odszkodowania za naruszenie umowy przez Zamawiającego, czy zmiany terminu wykonania zamówienia - istniejących niezależnie od zgłoszenia Powiadomienia w terminie 28 dni od powstania okoliczności kreującej te prawa. Niezaprzeczalnym argumentem w tej sprawie jest Uchwała Sądu Najwyższego podjęta w składzie **7 Sędziów** - a zatem mająca moc zasady prawnej - z dnia 11.01.2002 r. **sygn. akt III CZP 63/01,** zgodnie z którą *„Roszczenia*

---

wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych wart. 118Kc." Podjęta w SIWZ próba obejścia przepisów o przedawnieniu roszczeń poprzez użycie sformułowania „roszczenie nie powstaje" nie może się ostać w świetle art. 58 § 1 i § 3 Kc.
Zwłaszcza w aspekcie brzmienia art. 487 § 2 Kc, zgodnie z którym „umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej"- zaś umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną - należałoby zadać następujące pytanie: *czy jeśli w sytuacji braku terminowej zapłaty przez Zamawiającego kwoty poświadczonej przez Inżyniera w PŚP i ujętej w fakturze. Wykonawca nie zgłosi powiadomienia o roszczeniu o zapłatę tej kwoty w terminie określonym w akapicie 1 i 2 Subklauzul i 20.1 WSK. to czy można twierdzić, iż roszczenie Wykonawcy o to wynagrodzenie nie powstało i Wykonawca nie może* żądać *zapłaty?* Do takiego, absurdalnego i nie dającego się pogodzić z powołanymi przepisami stanowiska prowadzi stosowanie się do zaskarżonych postanowień Subklauzuli 20.1 WSK.
Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzula 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu (Roszczenia Wykonawcy) przez zmianę zapisów akapitu 1 i 2 w następujący sposób:

1) zastąpienie sformułowania: „Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy" sformułowaniem: ..W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu",
2) skreślenie sformułowania: „to roszczenie nie powstaje.".

Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 6 (zarzut opisany w pkt 8) powyżej)
W Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK Zamawiający usunął całą treść szóstego akapitu Subklauzuli 20.1 i zastąpił ją następującą treścią: „W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia\ Inżynier przekaże Zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia Zamawiającego, zgodnie z Subkiauzuią 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie."
Zdaniem Odwołującego postanowienie to jest niezgodne z art. 455 Kc w zakresie, w jakim nie określa żadnego terminu na spełnienie świadczenia, którego termin nie wynika z treści stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, a jednocześnie nie uprawnia Wykonawcy do wniesienia sporu do Komisji Rozjemstwa Sporów.
Zgodnie z WSK, Subklauzula 3.1. [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] akapit trzeci, zdanie drugie: Inżynier jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego przed

wydaniem rozstrzygnięcia w zakresie wynikającym z następujących Subklauzul: (g) Subklauzula 20.1 Roszczenia Wykonawcy. Rozstrzygnięcie Inżyniera będzie przekazane Wykonawcy wraz z pisemnym uzgodnieniem Zamawiającego. Wszędzie tam gdzie Warunki Kontraktu uwzględniają zastosowanie Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Inżynier, przed wydaniem zatwierdzenia lub odrzucenia, o którym mowa w Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego."
Brak wskazania czasu oczekiwania na to uzgodnienie oznacza, iż rozpatrywanie roszczeń Wykonawcy w trybie kontraktowym nie jest nieograniczone żadnym terminem. Powoduje to, iż Wykonawca do końca trwania Kontraktu może nie uzyskać rozstrzygnięcia swoich roszczeń, co powoduje stan niepewności co do sytuacji prawnej Wykonawcy, a także bieżące problemy związane np. z aktualizacją Programu, gdy w rozsądnym terminie nie są rozstrzygane roszczenia Wykonawcy o przedłużenie Czasu na Ukończenie.
Jest poważnym mankamentem, podważającym sens procedury zgłaszania roszczeń Wykonawcy, że Zamawiający może praktycznie zablokować kontraktową ścieżkę ich dochodzenia. Zarzut ten należy powiązać z naruszeniem art. 5 Kc (nadużycie prawa), ponieważ żadne racjonalne względy nie przemawiają za takim ukształtowaniem zasad rozpoznawania roszczeń Wykonawcy.
Brak stanowiska Zamawiającego przedstawionego w rozsądnym terminie, stanowiącego warunek dalszego procedowania roszczenia Wykonawcy, w zakresie, w jakim nie kreuje stanu wymagalności roszczenia niezwłocznie po wezwaniu do jego spełnienia, jest wprost sprzeczny z ustawą (art. 353^1 Kc w związku z art. 455 Kc).
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty - poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże Zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia Zamawiającego, zgodnie z Subkiauzuią 3.1 [Obowiązkii upoważnienia Inżyniera], Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoie stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, ood rygorem uznania, że Zamawiający akcentuje propozycje Inżyniera."

CZEŚĆ B - dotyczy zarzutów mających swoie źródło w treści Tomu III SIWZ

1. Audyt BRD (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)

Zamawiający w pkt 1.4.1.11 PFU zawarł postanowienie o następującej treści: Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24i ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji.
W tym miejscu, wskazania wymaga, że Audyt BRD, zgodnie z przepisami ustawy o ruchu drogowym przeprowadzany iest na etapie projektowania (co zresztą wprost wynika z powyższego zapisu zastosowanego przez Zamawiającego w treści PFU). Zgodnie z art. 24k ust. 2 i 3 ustawy o ruchu drogowym Audyt BRD przeprowadzany jest przez audytora, który nie może bvć w jakikolwiek sposób powiązany z wykonawca, audytor może być jednak związany z zarządcą drogi (vide art. 24k ust. 4- 8 ww. ustawy). Jednocześnie, zgodnie z art. 241 ustawy o ruchu drogowym, zwieńczeniem przeprowadzonego Audytu BRD jest przedstawienie zaleceń dla zarządcy drogi, których w uzasadnionych przypadkach zarządca może jednak nie uwzględnić. W praktyce, w oparciu o cytowane przepisy ustawy o ruchu drogowym, Audyt BRD przeprowadza GDDKiA, czyli Zamawiający, i od niego zależy jakie dodatkowe elementy Wykonawca miałby ewentualnie wprowadzić do dokumentacji a następnie wybudować.
Z uwagi na fakt, iż Audyt BRD przeprowadzany jest dopiero na etapie projektowania, a jednocześnie przeprowadzany jest przez GDDKiA, a więc podmiot niezależny od Wykonawcy, **siłą rzeczy Wykonawca nie może znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków wynikających z tego audytu, zakres ten jest przy tym całkowicie od niego niezależny.**
Tym samym, wymagania zarządcy drogi (GDDKiA) miałyby być zobowiązaniem Wykonawcy w sytuacji gdy Wykonawca na etapie składania ofert nie może przewidzieć nakładu czasu i kosztów jakich wymagać będzie wynik Audytu BRD.
Zamawiający zaniechał precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Konsekwenge takiego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na Wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót, które mogą wynikać z treści Audytu BRD. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego.
W kontekście przerzucenia całości ryzyk wynikających z zaleceń wynikających z treści audytu BRD na Wykonawcę, w tym uniemożliwienia domagania się przez Wykonawcę na tej podstawie zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie, dodać przy tym należy, że w ramach ogólnego zastrzeżenia zawartego w pkt 1.4. PFU („Ogólny opis przedmiotu zamówienia", strona 7 PFU), Zamawiający wskazał, że *„Zmiany* ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu,

nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie".
Biorąc pod uwagę powyższe, oraz przyjętą w ramach PFU systematykę sporządzenia tego dokumentu, z której to wynika, że skarżony w ramach niniejszego zarzutu, pkt 1.4.1.11. PFU stanowi część składową opisu przedmiotu zamówienia z pkt 1.4., należałoby uznać, że ww. negatywne zastrzeżenie co do możliwości modyfikacji kontraktu obowiązuje także w razie wystąpienia zmian będących wynikiem treści audytu BRD, co z kolei świadczy o rażącym naruszeniu rozkładu ryzyk kontraktowych.
Na tym tle, warto też zwrócić uwagę na uzasadnienie wyroku wydane w sprawie o sygn. KIO 437/16, i następnie w potwierdzającym go wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16), w zakresie w jakim odnosiły się do konsekwencji wydania audytu BRD na etapie realizacji zamówienia. **Tak KIO, jak i Sąd Okręgowy uznały,** że **przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści audytu BRD, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę ryzyko związane z jego treścią, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane.**
Warto podkreślić, że Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie *a priori,* iż ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z audytu BRD nie

wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.
W związku z tym, Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 1.4.1.11 PFU w zaskarżanym zakresie poprzez nadanie mu następującego brzmienia: Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24i ust 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, w zakresie oznakowania pionowego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji. *Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".*

2. Zakres przebudowy dróg kolidujących (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.4.1.1. PFU Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, *w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej* należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty (...):
- budowę dróg innych niż obwodnica miasta Stalowej Woli i Niska (obsługujących tereny przyległe do inwestycji i przywracające naruszone połączenia drogowe)".
Analizując powyższe postanowienie, stwierdzić należy, że Zamawiający nie określił, nawet w przybliżony sposób, zakresu prac, które bedzie zobowiązany zrealizować Wykonawca w ramach powyższych, nałożonych na niego obowiązków. Wykonawcy, nie otrzymali więc jakichkolwiek danych, które mogłyby być podstawą do wyceny ich ofert w tym zakresie, a nie ulega wątpliwości, że koszty wymagań, jakie mogą postawić przyszli zarządcy dróg innych

kategorii (wojewódzkie, powiatowe, gminne itp.) stanowią element nieprzewidywalny, niemożliwy do oszacowania nawet dla profesjonalnego uczestnika rynku.
W świetle braku jakichkolwiek informacji w tym przedmiocie, włączenie wykonania powyższych elementów do ryzyk kontraktowych, przekracza ich normalny i typowy zakres, który może być wymagany od profesjonalnego uczestnika rynku. Alokacja ryzyk kontraktowych w tym zakresie, świadczy o nadużyciu pozycji Wykonawcy, zwłaszcza w tym kontekście, że w związku ze zmianami wynikającymi z realizacji powyższych, niemożliwych konkretnie do oszacowania prac, Zamawiający nie powiązał możliwości zmiany umowy, wskazując wprost, że zobowiązanie to mieści sie w zakresie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (a *contrariona* skutek prac wykonywanych w tym zakresie nie ma możliwości roszczeń o jej modyfikację).
W tym kontekście, podkreślenia wymaga też, że obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z §15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, wnioskowania co do eliminujących potrzebę zapotrzebowania Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku, w świetle braku wiążącego, minimalnego zakresu prac koniecznych do wykonania w ramach obowiązków przedstawionych w powyższych postanowieniach PFU, o takiej stanowczości i jednoznaczności postanowień przewidzianych przez Zamawiającego nie może być mowy. Każdy z potencjalnych Wykonawców, wyceniając swoją ofertę w tym zakresie, musiałby przyjąć zupełnie abstrakcyjny i hipotetyczny zakres prac do wykonania w ramach powyżej nałożonych na niego obowiązków, co wprost prowadziłoby do ryzyka złożenia nieporównywalnych i niekonkurencyjnych ofert. Taka sytuacja nie leży w interesie samego Zamawiającego, który zobowiązany jest przecież do powierzenia realizacji zamówienia podmiotowi dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
Zaniechanie dalej idącego doprecyzowania związanego z zakresem prac nałożonych na Wykonawców związanych z przebudową dróg kolidujących, remontem dróg istniejących czy optymalizacją należy uznać za naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy i §15 i nast. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego a także art. 7 ust. 1 ustawy .
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ przez modyfikację treści PFU przez:
- określenie minimalnego zakresu budowy i przebudowy dróg innych niż obwodnica miasta Stalowej Woli i Niska (obsługujących tereny przyległe do inwestycji i przywracające

naruszone połączenia drogowe),
dodanie w ramach zaskarżanego punktu postanowienia o następującej treści: „Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza minimalny zakres prac przewidziany przez Zamawiającego to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej

Kwoty Kontraktowej".

3. Optymalizacja (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.4.1.1. PFU Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: *„Podczas* projektowania należy uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi krajowej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu".
Powyższe postanowienie PFU przede wszystkim nie respektuje dyrektywy wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. **Zamawiający nie precyzuje bowiem w jaki sposób oceniał będzie optymalizacje i rozwiązania minimalizujące koszty eksploatacji proponowane przez Wykonawców.** Innymi słowy, Zamawiający nakłada na Wykonawców obowiązki w tym zakresie, nie precyzując sposobu ich weryfikacji i konsekwencji ich wprowadzania. Ponadto, wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie wzmaga okoliczność, iż postanowienie o takiej treści nie było dotychczas stosowane w analogicznych kontraktach prowadzonych przez GDDKiA.
Takie ukształtowanie postanowień PFU narusza zdaniem Odwołującego następujące przepisy: art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy i §15 i nast. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego a także art. 7 ust. 1 ustawy .
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez usunięcie z treści pkt 1.4.1.1 PFU kwestionowanego postanowienia.

4. Tymczasowy łącznik (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.4.1.3.2 lit. s) PFU Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „Tymczasowy łącznik należy zaprojektować na końcu drogi obwodowej w m. Przędze/, w miejscu przyszłej lokalizacji węzła „Rudnik", projektowanego w ramach budowy drogi ekspresowej S-19 (na terenie objętym decyzją DUŚ dla S-19). (...) Podczas projektowania i ewentualnego wykonawstwa tymczasowego łącznika na końcu drogi obwodowej, należy dążyć do optymalizacji rozwiązań projektowych, uwzględniających minimalizację robót traconych, związanych z przyszłą budową węzła „Rudnik". Zamawiający zastrzega sobie prawo do zaniechania budowy tego elementu, w przypadku równoległego wykonywania docelowego połączenia obwodnicy z S-19 w ramach budowy węzła „Rudnik.W *takim przypadku Wykonawca obwodnicy podejmie współpracę z* Wykonawcą węzła w celu ujednolicenia technologii oraz skorelowania zakresów i terminów wykonywania robotna styku obydwu inwestycji".
Powyższe postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego do PFU narzuca na

Wykonawców ewentualny obowiązek skoordynowania prac z innymi podmiotami, od niego niezależnymi, **przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji co do sposobu tej koordynacji i ewentualnego rozdziału prac pomiędzy poszczególnymi wykonawcami.**
Samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga, że realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram, minimalizujący ryzyko przestojów i optymalizujący koszty projektu. Zaburzenie realizacji takiego harmonogramu wprost więc przekłada się na ryzyko gospodarcze, które mógłby ponieść Wykonawca.

Takiego ryzyka nie można przy tym uznać za normalne ryzyko kontraktowe, jakie może wziąć na siebie Wykonawca - Wykonawca musiałby bowiem wziąć na siebie ryzyko braku należytej współpracy ze strony Wykonawcy węzła i partycypować w negatywnych skutkach jego zachowań. Innymi słowy, Wykonawcy mieliby wziąć na siebie ryzyka będące konsekwencją czynników zupełnie od nich niezależnych.
W tym kontekście, warto wskazać, iż w podobnej sprawie rozstrzyganej w ramach wyroku o sygn. KIO 411/13, gdzie nałożono na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że **poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający.** Jak argumentowała KIO w ramach cytowanego wyroku: „Skoro zamawiający w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje".
W konsekwencji również na gruncie niniejszego Postępowania uznać należy, że postanowienie PFU o takiej treści narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy i §15 Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy i art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego.
Zamawiający jako jedyny podmiot ma możliwość zapewnienia odpowiedniej koordynacji prac wykonawców poszczególnych odcinków poprzez określenie wiążącego dla obu wykonawców sposobu koordynacji, podziału prac projektowych i budowlanych przy ewentualnym nakładaniu się prac. Takie działanie Zamawiającego będzie przy tym realizacją zastrzeżonej dla niego prerogatywy dotyczącej precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez określenie w treści PFU, na wypadek wystąpienia sytuacji opisanej w pkt 1.4.1.3.2. PFU, sposobu koordynacji i podziału zakresu prac projektowych i budowlanych przy ewentualnym nakładaniu się prac, wiążącego dla Wykonawcy niniejszego Postępowania i Wykonawcy węzła.

---

5. Uzgodnienia z zarządcami cieków (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.4.1.5. PFU Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będzie wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków. Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, *nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie".*
Nieprawidłowym i naruszającym przepisy ustawy Pzp jest odwoływanie się w opisie przedmiotu zamówienia do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Powyższe, świadczy o nadużywaniu praw podmiotowych przez Zamawiającego i skrajnej nierównowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawcy powinni mieć bowiem precyzyjne dane wyjściowe do przygotowania swojej oferty, przedstawione w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania.
Nieprawidłowość konstruowania przez Zamawiających zapisów takiej treści wielokrotnie była zresztą potwierdzana przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sądy Powszechne, w tym w ramach spraw, których stroną był Zamawiający.
O ile za nieprawidłowe uznaje się definiowanie zobowiązań nałożonych na wykonawcę za pomocą odwołania się do treści przyszłych decyzji, o tyle nieprawidłowość w takiej praktyce wzmożona jest w sytuacji konieczności czynienia bliżej nieokreślonych uzgodnień z właścicielami czy zarządcami cieków. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż w takim przypadku, w odróżnieniu od decyzji, których zakres przedmiotowy definiowany jest ustawowo, zakres uzgodnień nie może być w jakikolwiek sposób przewidziany przez żadnego z wykonawców profesjonalnie działających na rynku. **Takie uzgodnienia dotyczyć mogą w praktyce każdego z elementów i wiązać się tak z kosztami, jak i z czasem realizacji inwestycji.**
Wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie ma możliwości przewidzieć wymagań zarządców/ gestorów i w związku z tym nie ma możliwości rzetelnego oszacowania składanej przez siebie oferty. Pomimo to, Zamawiający wykluczył możliwość modyfikacji

kontraktu wywołanej zmianą zakresu prac wynikającą z narzuconych na Wykonawców uzgodnień, nakładając *de facto* na Wykonawców konieczność oszacowania nieznanych im ryzyk.
Opisany powyżej rozkład ryzyk kontraktowych nie może być przy tym uznany za nałożenie na Wykonawcę normalnych ryzyk kontraktowych, wymaganych od profesjonalnego uczestnika rynku. Wykonawca musiałby bowiem wziąć na siebie ryzyko związane z czynnikami zupełnie od niego niezależnymi. Co więcej, **takie ryzyko może być zupełnie inaczej uwzględnione przez każdy z podmiotów, a co za tym idzie Zamawiający naraża się na uzyskanie nieporównywalnych ofert, dając tym samym wyraz lekceważenia**

konieczności racjonalnego wydatkowania środków **publicznych.**
Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy jak oraz §15 i nast. Rozporządzenia, jak i przepisy art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez:
- usunięcie z pkt 1.4.1.5 PFU zastrzeżenia, iż ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów uzależnione będzie od warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków,
- usunięcie z pkt 1.4.1.5. PFU zastrzeżenia o treści: „Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie",
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.5 PFU postanowienia o następującej treści: „Jeżeli na skutek aktualizacji warunków technicznych i uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

6. Uzgodnienia - zbiorniki (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.4.1.6. PFU Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków (…)".
Argumentacja przemawiająca za zasadnością powyższego zarzutu jest w zasadzie zbieżna z argumentacją opisaną w pkt 5 powyżej, którą w związku z tym Odwołujący przywołuje w tym miejscu w pełnym zakresie. Zaakcentowania w tym kontekście wymaga jedynie, że poprzez powyższe postanowienie PFU Zamawiający warunkuje ustalenie ilości oraz parametrów zbiorników od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków. Wykonawca na etapie przetargu nie ma możliwości przewidzieć wymagań Zarządców / Gestorów i w związku z tym nie ma możliwości wycenić związanych z tym robót i prac projektowych.
Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy jak oraz §15 i nast. Rozporządzenia, jak i przepisy art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez:
- usunięcie z pkt 1.4.1.6 PFU zastrzeżenia, iż ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów zbiorników będzie wynikać z warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków,
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.6 PFU postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli* na skutek aktualizacji warunków technicznych i uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji

zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

7. Uzgodnienia - umowy (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.4.1.7. PFU Zamawiający zawarł m.in. postanowienia o następującej treści: „W warunkach i uzgodnieniach wstępnych, wskazanych w poniższych punktach 1.4.1.7.1 - 1.4.1.7.6, w okresie po ich wydaniu mogły nastąpić zmiany w zakresie kolidujących sieci. Dodatkowo w przypadku niektórych wydanych warunków i uzgodnień, wydająca je instytucja określiła horyzont czasowy ich obowiązywania. W związku z powyższym, na etapie wykonania Projektu Budowlanego i Wykonawczego, należy wystąpić o wydanie warunków technicznych na budowę, przebudowę, zabezpieczenie i likwidację sieci do wszystkich właścicieli/administratorów sieci, a następnie o uzgodnienie ostatecznych rozwiązań projektowych w tym zakresie. Zmiany w zakresie przebudowy sieci nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Uzyskane warunki techniczne jw., należy, każdorazowo po ich przeanalizowaniu w aspekcie ich zasadności i zgodności z obowiązującymi przepisami prawa, przekazywać wraz z opinią Projektanta w tej sprawie, Inżynierowi i Zamawiającemu do akceptacji. Po uzyskaniu przedmiotowej akceptacji, należy opracować dokumentację projektową niezbędną do uzyskania zezwoleń na realizację i do realizacji Robót. W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, z Inwestorem, należy wszelkie regulujących wzajemne zobowiązania uregulować
formalności z tym związane oraz przedstawić uzgodnione projekty umów, za pośrednictwem Inżyniera, do podpisania Zamawiającemu. Zamawiający niezwłocznie podpisze i przekaże Wykonawcy ww. umowy. Przedmiotowe projekty powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. *Wszelkie koszty i* czynności wynikające z w/w umów (porozumień) należy skalkulować i zawrzeć w Cenie Kontraktowej.
Należy uzyskać opinie, uzgodnienia, pozwolenia i inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi i zezwolenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej (ZRID)".
Analogiczne postanowienia, które przerzucają na Wykonawcę ryzyka związane z kosztami zmian, wynikających z przyszłych uzgodnień z właścicielami sieci, zostały jednocześnie

zawarte w każdym z podrozdziałów pkt. 14.1.7 PFU („Instalacje i infrastruktura"). Stąd też, zakres zaskarżenia obejmuje każde z takich postanowień, które znalazło się w treści tego rozdziału, tj. **ostatnie akapity pkt. od I.4.I.7.I. - 1.4.1.7.6 PFU.**
Odwołujący zidentyfikował powyższe postanowienia jako naruszające zasady opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca na etapie składania oferty nie ma możliwości pozyskania wiarygodnych informacji dotyczących ewentualnych warunków dotychczas wydanych przez właścicieli sieci, a tym samym nie może dokonać rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia w tym zakresie. W drugiej części cytowanego powyżej fragmentu PFU Zamawiający wzmocnił swoje stanowisko w sprawie braku możliwości uzyskania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu nowych i eskalowanych wymagań właścicieli/administratorów sieci; stanowisko to wyraził też literalnie w ostatnich akapitach każdego z punktów mieszczących się w tym rozdziale, tj. pkt od 1.4.1.7.1 do 1.4.1.7.6 PFU. Nałożenie na Wykonawców zobowiązania tego rodzaju, przy jednoczesnej stanowczej deklaracji, że ma ono mieścić się w Kwocie Kontraktowej oraz Czasie na Ukończenie, stanowi wyraz przerzucenia całego ryzyka kontraktowego z tym związanego na wykonawców. **Nie można jednak przecież** *a priori* **przyjąć,** że **uzgodnienia z zarządcami sieci nie spowodują znacznego zwiększenia obowiązków nałożonych na wykonawców, które nieodzownie będą łączyły się z koniecznością poniesienia z tego tytułu znacznych kosztów, które jak wynika z powyższych rozważań, nie mogą realnie zostać oszacowane na etapie sporządzenia oferty.** Takie działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużywania jego uprzywilejowanej pozycji gospodarza postępowania i świadczy o niezgodnym z prawem wykorzystywaniu własnego prawa podmiotowego kosztem wykonawców, na których przerzucane są obciążenia znacznie wykraczające poza możliwy

do przyjęcia podział ryzyk w ramach stosunku umownego.
Opisany powyżej rozkład ryzyk kontraktowych nie może być przy tym uznany za nałożenie na Wykonawcę normalnych ryzyk kontraktowych, wymaganych od profesjonalnego uczestnika rynku. Wykonawca musiałby bowiem wziąć na siebie ryzyko związane z czynnikami zupełnie od niego niezależnymi. Co więcej, **takie ryzyko może być zupełnie inaczej uwzględnione przez każdy z podmiotów, a co za tym idzie Zamawiający naraża się na uzyskanie nieporównywalnych ofert, dając tym samym wyraz lekceważenia konieczności racjonalnego wydatkowania** środków **publicznych.**
Reasumując, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ramach Rozdziału „Instalacje i infrastruktura" odwołał się do przyszłych zdarzeń, niezależnych od Wykonawcy, nakazując jednocześnie (poprzez brak możliwości modyfikacji kontraktu na podstawie tych nieprzewidywalnych zdarzeń) ich wycenę już na etapie ofertowania. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy jak oraz §15 i nast. Rozporządzenia, jak i przepisy art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych

ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez:
- określenie minimalnego zakresu prac, który ma zostać wyceniony w ramach oferty, obciążających Wykonawcę w zakresie odnoszącym się do sieci i urządzeń, o których mowa w każdym z podrozdziałów pkt 1.4.1.7 PFU;
- usunięcie z pkt I.4.I.7. PFU zastrzeżenia o treści: *,,Zmiany* w zakresie przebudowy sieci w tym usunięcie kolizji ujawnionych na etapie realizacji inwestycji, które nie zostały zidentyfikowane w opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie."
- usunięcie z pkt 1.14.1.7. PFU zastrzeżenia o treści: „Materiały do wniosków o wydanie warunków technicznych jw., dokumentację projektową niezbędną do uzyskania zezwoleń na realizację i do realizacji robót w oparciu o wydane warunki techniczne jw., wszelkie formalności związane z przygotowaniem i zawarciem odpowiednich umów oraz niezbędne opinie, uzgodnienia, pozwolenia i inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi i zezwolenia niezbędne do wydania decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej (decyzji ZRID) nie beda powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej":
- usunięcie ostatnich akapitów każdego z pkt od I.4.I.7.I. - 1.4.1.7.6 PFU;
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.7 PFU postanowienia o następującej treści: „Jeżeli na skutek aktualizacji warunków technicznych i uzgodnień i umów zawieranych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych na Wykonawcę w zakresie Instalacji i Infrastruktury, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

8. Współpraca z zarządcami innych dróg (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.5.2.1. PFU, Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: ***„W*** *celu opracowania rozwiązań projektowych* dla dróg innych kategorii niż drogi krajowe, przewidzianych przez Zamawiającego do przebudowy w ramach niniejszego zadania, *należy podjąć współpracę z zarządcami tych dróg.* Należy dokonać obliczeń zaproponowanych konstrukcji jezdni w punkcie 2.1.2. PFU".
Powyższe postanowienie jest kolejnym z postanowień definiujących zakres świadczeń Wykonawców poprzez odniesienie się do nieznanych na etapie sporządzania oferty okoliczności, stąd też aktualność zachowują dotychczas poczynione uwagi odnoszące się do takich analogicznych stanów faktycznych. W kontekście tego konkretnego zarzutu nie ulega wątpliwości, że żaden z Wykonawców na etapie składania ofert nie jest w stanie przewidzieć i wycenić postulatów zgłaszanych *ad hoc* przez zarządców dróg na etapie realizacji zamówienia. Żaden z wykonawców nie posiada więc *de facto* podstaw do wyceny swojej oferty, a ryzyko związane z jej ewentualnym niedoszacowaniem w tym zakresie jest całkowicie na niego przerzucone.

Wykonawcy, nie otrzymali informacji o przewidywanych, minimalnych obowiązkach związanych z koniecznością realizacji dróg innych kategorii niż drogi krajowe. W celu zidentyfikowania obowiązków nałożonych w tym zakresie, Wykonawcy mają podjąć współpracę z zarządcami tych dróg, która siłą rzeczy podjęta może być dopiero na etapie realizacji zamówienia. Literalna już wykładnia postanowienia zamieszczonego w treści PFU, wskazuje, że Zamawiający zaniechał swoich obowiązków w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a jego doprecyzowanie przerzucił na etap realizacji zamówienia i czynności podejmowanych przez podmioty trzecie.
Ponadto, Zamawiający wprowadzając konieczność dokonania uzgodnień z podmiotami trzecimi, w żaden sposób nie określił zakresu niezbędnej między nimi współpracy, a tym samym możliwej ingerencji zarządców dróg w zakres prac projektowych realizowanych przez Wykonawcę. Tym samym, Zamawiający nie tylko nie określił zakresu nałożonych na Wykonawcę zobowiązań w sposób bezpośredni w PFU, ale zaniechał nawet przedstawienia jakichkolwiek informacji umożliwiających w sposób pośredni dokonanie ustaleń w tym przedmiocie. Nie została więc stworzona jakakolwiek granica zobowiązań nałożonych na Wykonawcę, która mogłaby być podstawą oszacowania ryzyk z tym związanych.
Podkreślenia przy tym wymaga, że to Zamawiający, nawet w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj, obowiązany jest do udostępnienia wykonawcom danych pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty, co wprost potwierdza wielokrotnie przywoływany już w ramach niniejszego odwołania §15 Rozporządzenia. Opisywane w ramach niniejszego punktu okoliczności wskazują natomiast na to, że treść PFU w niniejszym Postępowaniu nie daje Wykonawcom jakichkolwiek podstaw do oszacowania ich oferty w opisywanym zakresie.
Tym samym, pozostawienie postanowienia o takiej treści w ramach PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz §15 i nast. Rozporządzenia (ii) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także (iii) art. 7 ust. 1 ustawy.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez jednoczesne:
- jednoznaczne określenie w treści PFU minimalnego zakresu przebudowy dróg, o których mowa w pkt 1.5.2.1. PFU,
- dodanie postanowienia o następującej treści: „Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza określony przez Zamawiającego minimalny zakres przebudowy dróg, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

9. Odstępstwa (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 1.5.2.1. PFU, Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: *„W* przypadku potrzeby procedowania w myśl Art. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. f poz. 290) Wykonawca jest zobowiązany uzyskać odstępstwa od

przepisów techniczno- budowlanych *w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie".*
Nieprawidłowości ww. postanowienia PFU upatrywać można na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, nakładając jednocześnie na Wykonawców wymóg uzyskania w razie potrzeby odstępstwa od przepisów techniczno- budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie. W ramach postanowień SIWZ, **Zamawiający nie reguluje natomiast kwestii braku uzyskania stosownego odstępstwa, bez winy Wykonawcy,** tj. sytuacji, w której pomimo złożenia kompletnego wniosku o odstępstwo organ nie udzieli stosownej zgody. Innymi słowy, Zamawiający w sposób niekompletny przedstawia opis przedmiotu zamówienia i zobowiązania nałożone na Wykonawcę, przerzucając jednocześnie na Wykonawcę ryzyko wynikające z działań niezależnych od niego podmiotów.
Po drugie zaś, Wykonawca na etapie przygotowania oferty nie jest w stanie ocenić czy wymagania Zamawiającego są możliwe do spełnienia w świetle obowiązujących przepisów prawa. W związku z tym, Zamawiający powinien oświadczyć, że stawiane przez niego wymagania są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa i ponosić odpowiedzialność za

ewentualne uchybienia w tym zakresie, w tym wiążące się z koniecznością uzyskiwania stosownych odstępstw. Postanowienie PFU w obecnym kształcie przenosi całe ryzyko niezgodności wymagań Zamawiającego z obowiązującymi przepisami prawa na Wykonawcę. Innymi słowy, na etapie wstępnej weryfikacji dokumentacji dokonywanej przed złożeniem nie w stanie ocenić wszystkich oferty, Wykonawcy będąc wymagań Zamawiającego pod kątem ich zgodności z prawem, w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej mieliby wziąć na siebie ryzyko związane z koniecznością ich późniejszego doprowadzenia do takiej zgodności poprzez uzyskanie stosownych odstępstw. Taki rozkład ryzyk kontraktowych, w żadnej mierze nie może zostać uznany za równomierny i zgodny z zasadą uczciwości kupieckiej.
Wykonawca może wziąć na siebie ryzyko wynikające z konieczności uzyskania odstępstwa od przepisów prawa dla rozwiązań wynikających z własnych optymalizacji, nie zaś wynikające z konieczności odstępstw spowodowanych błędnymi danymi przekazanymi przez Zamawiającego. Nieprawidłowość takiego ujęcia zobowiązań nałożonych na Wykonawcę wzmożona jest przez fakt, iż Wykonawcy zmuszeni są do przewidzenia skali koniecznych do uzyskania odstępstw i ich kosztów, ponieważ Zamawiający wprost wyłączył możliwość modyfikacji kontraktu na tej podstawie.
Tym samym, kwestionowana treść postanowienia PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz §15 i nast. Rozporządzenia (ii) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także (iii) art. 7 ust. 1 ustawy .
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez:
- rozdzielenie ryzyk i kosztów związanych z koniecznością uzyskiwania stosownych

odstępstw poprzez wskazanie, iż Wykonawca ponosi ryzyko i koszty związane z odstępstwem od przepisów techniczno- budowlanych dla rozwiązań wynikających z optymalizacji Wykonawcy; Zamawiający natomiast ponosi ryzyko i koszty związane z odstępstwem od przepisów techniczno- budowlanych dla rozwiązań wynikających z wymagań Zamawiającego.

10. Sieci teletechniczne (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
W pkt 2.1.1.1.3 PFU Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: *„Sieć teletechniczna ma służyć do komunikacji poszczególnych urządzeń i systemów w pasie drogowym i należy ją zrealizować poprzez:*
- zaprojektowanie oraz wykonanie kanałów technologicznych stanowiących ciąg osłonowych elementów obudowy, studni kablowych oraz innych obiektów lub urządzeń służących umieszczaniu tub eksploatacji urządzeń infrastruktury technicznej dia całego odcinka drogi ekspresowej wraz z obszarem przyległym w zakresie niezbędnym do podłączenia instalowanych i docelowych systemów drogowych do CZR. Wykonana kanalizacja teletechniczna powinna mieć przekrój 4x110 mm, a w przypadku stwierdzenia niewystarczającej przepustowości należy zaprojektować przekrój zapewniający 50% wolnej przestrzeni po wprowadzeniu niezbędnego okablowania. Dla wyżej wymienionych kanałów technologicznych należy wykonać odrębną wycenę kosztów budowy w Zasadniczym Przedmiarze Robót Stałych."
Przedstawiając argumentację świadczącą o konieczności uwzględnienia powyższego zarzutu w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż nie ulega wątpliwości - co wynika tak z przepisów ustawy Pzp, jak i z jednolitego w tym zakresie orzecznictwa - że opis zapotrzebowania Zamawiającego musi być dokonany w sposób maksymalnie precyzyjny i jednoznaczny, tak aby każdy z potencjalnie zainteresowanych wykonawców nie miał trudności z identyfikacją potrzeb Zamawiającego i z kalkulacją oferty, która te potrzeby miałaby zabezpieczać.
Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, i zaznaczony fragment postanowienia PFU, wskazać należy, że sformułowanie w tym zakresie jest nieprecyzyjne i pozostawia Wykonawcom pewną dowolność w wycenie przedmiotu zamówienia, generując ryzyko uzyskania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert w tym Postępowaniu.
Takie ukształtowanie postanowień PFU przenosi również na Wykonawcę nadmierne ryzyko kontraktowe, zaburzając zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Przy takim jego ukształtowaniu, w sytuacji stwierdzenia niewystarczającej przepustowości kanalizacji teletechnicznej o przekroju 4x110 mm, Wykonawcy nie będą mogli bowiem powołać się na

nieprzewidywalną zmianę i domagać się modyfikacji kontraktu na tej podstawie. Zamawiający pozostawił bowiem szeroki margines koniecznych do przewidzenia i skalkulowania zmian w tym zakresie, narażając się tym samym na uzyskanie nieporównywalnych ofert.

Innymi słowy, Wykonawcy w przypadku kanalizacji teletechnicznej zmuszani są do równoległego przewidywania wystąpienia zupełnie różnych przekrojów kanalizacji teletechnicznych i do równoległego ich szacowania w ramach swojej oferty. Tymczasem, stosownie do dyrektywy wynikającej z treści §15 Rozporządzenia, Wykonawcy powinni otrzymać jednolite podstawy do oszacowania swojej oferty, co w tym konkretnie przypadku oznaczałoby konieczność otrzymania stanowczych informacji co do minimalnego zakresu świadczenia, który ma być podstawą wyceny, z jednoczesnym zagwarantowaniem ewentualnej możliwości modyfikacji kontraktu na tej podstawie.
Tym samym, w ocenie Odwołującego powyższy fragment PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz §15 i nast. Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ przez:
- określenie w sposób jednoznaczny minimalnych wartości odnoszących się do parametrów kanalizacji teletechnicznych, które mają być podstawą wyceny oferty;
- dodanie postanowienia o następującej treści: „Jeżeli docelowe wartości przekroju kanalizacji teletechnicznych będą odbiegały od wartości wskazanych w PFU to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

11. Analiza wielokryterialna (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
Zamawiający w ramach PFU zawarł m.in. postanowienia o następującej treści:
Pkt 1.5.1.2 PFU: *„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych opisanych w powyższej decyzji, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Ilość ekranów podana w decyzji* środowiskowej *jest wartością orientacyjną, a ostateczne ilości zostaną określone po opracowaniu Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na* środowisko, *Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego. W ramach oceny oddziaływania na* środowisko *należy przeprowadzić wielokryterialną analizę w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz* środków *ochrony przed hałasem. Analiza ta musi zostać szczegółowo opisana w Raporcie.*
Pkt 2.1.10 PFU: *„W celu ochrony przed ponadnormatywnym oddziaływaniem akustycznym drogi ekspresowej wzdłuż odcinków trasy zlokalizowanych w sąsiedztwie terenów podlegających ochronie akustycznej, dla których prognozowane są przekroczenia standardów* środowiska *w zakresie dopuszczalnych poziomów hałasu, należy zaprojektować i wykonać zabezpieczenia przeciwhałasowe (np. ekrany akustyczne, wały ziemne). Zaprojektowanie oraz wykonanie zabezpieczeń przeciwhałasowych poprzedzone musi być wykonaniem analizy wielokryterialnej w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz* środków *ochrony przed hałasem. Zamawiający preferuje stosowanie wałów ziemnych i ekranów*

ziemnych (konstrukcja ekranu wypełniona gruntem), chyba, że nie jest to uzasadnione warunkami techniczno-ekonomicznymi. Przez warunki techniczno-ekonomiczne uzasadniające ww. rozwiązania należy rozumieć takie, które nie powodują wzrostu kosztów nabycia gruntów i wzrostu kosztów utrzymania po stronie Zamawiającego".
Z powyższych postanowień PFU i pozostałej udostępnionej dokumentacji wynika, że Zamawiający wymaga wykonania analizy wielokryterialnej, która będzie miała wpływ na zakres przedmiotu zamówienia, **nie podając przy tym szczegółowych wytycznych do jej sporządzenia, w tym wag dla zastosowanych kryteriów, które mają być uzgodnione z Zamawiającym,** w domniemaniu w terminie późniejszym. Może to doprowadzić do sytuacji w której Wykonawcy przyjmą różne wagi (np. utrzymaniowe, realizacyjne, zajętości terenu, ceny gruntu itp.), a tym samym oferty będą nieporównywalne, gdyż zostaną sporządzone

przy różnych założeniach.
Tymczasem opis zapotrzebowania Zamawiającego musi być dokonany w sposób maksymalnie precyzyjny i jednoznaczny, tak aby każdy z potencjalnie zainteresowanych wykonawców nie miał trudności z identyfikacją potrzeb Zamawiającego i z kalkulacją oferty, która te potrzeby miałaby zabezpieczać. Odmienne ukształtowanie treści Specyfikacji, w tym zawarcie postanowień nieprecyzyjnych, otwierających pole do interpretacji, stanowi wyraz niewywiązania się z prerogatywy przypisanej Zamawiającemu i przerzucania ryzyk i odpowiedzialności w tym zakresie na Wykonawcę.
Powyższe świadczy więc o braku precyzyjnego określenia wszystkich zmiennych niezbędnych dla przygotowania oferty, a także o ryzyku uzyskania nieporównywalnych względem siebie ofert. Tym samym, kwestionowana treść postanowienia PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz §15 i nast. Rozporządzenia (ii) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także (iii) art. 7 ust. 1 ustawy.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez podanie w ramach PFU szczegółowych wytycznych do sporządzenia analizy wielokryterialnej ze szczególnym uwzględnieniem wag poszczególnych kryteriów.

12. System poboru opłat (zarzut opisany w pkt 1) - 4) powyżej)
Zamawiający w treści PFU zawarł m.in. następujące postanowienia:
Pkt 2.1.14.5 PFU: ***„** W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wprowadzeniu poboru opłat na odcinku drogi, będącym przedmiotem inwestycji, co będzie skutkowało budową KSPO jeszcze w trakcie trwania realizacji inwestycji, Wykonawca drogi zostanie o tym fakcie poinformowany przez Zamawiającego. Wykonawca inwestycji drogowej jest zobowiązany do współpracowania z Operatorem KSPO";*
Pkt 1.4. PFU: ***„Zmiany** ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na* środowisko, *Projektu*

Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie".
Z powyższych postanowień PFU wynika, że Zamawiający wymaga współpracy z przyszłym, nieznanym obecnie Operatorem KSPO. Co kluczowe, na moment składania ofert, Wykonawcy nie dysponują pewną informacją, czy ten element, związany ze współpracą z operatorem KSPO, wejdzie do ich obligatoryjnych zobowiązań kontraktowych. W świetle zapisów PFU istnieje duże ryzyko, że w ramach obligatoryjnej współpracy Wykonawca będzie musiał wprowadzić korekty do harmonogramu realizacji, a także dokonać zmian w opracowanej przez siebie dokumentacji bez prawa do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i wydłużenia Czasu na Ukończenie. Świadczy to w sposób rażący o nierównomierności nałożonych zobowiązań kontraktowych.
Powyższe świadczy więc o braku precyzyjnego określenia wszystkich zmiennych niezbędnych dla przygotowania oferty, a także o ryzyku uzyskania nieporównywalnych względem siebie ofert. Tym samym, kwestionowana treść postanowienia PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy oraz §15 i nast. Rozporządzenia (ii) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także (iii) art. 7 ust. 1 ustawy.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez jednoczesne:
- określenie przez Zamawiającego szczegółowych zasad współpracy, które będą wiązały Wykonawcę i Operatora KSPO,
- dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli* współpraca z Operatorem KSPO będzie skutkowała kolizją z harmonogramem i rozwiązaniami przewidywanymi przez Wykonawcę, to Wykonawca będzie mógł ubiegać się w związku z tym o wydłużenie Czasu na Ukończenie oraz zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej".

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego B. Spółka Akcyjna z siedzibą w W.

na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 listopada 2016 roku oraz została przekazana

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

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

Zamawiający w dniu 18 listopada 2016 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 21 listopada 2016 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcę E. Spółka Akcyjna z siedzibą w S., jak również wykonawcę B. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., a także wykonawcę S.I. S.p.A. z siedzibą w M. i wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienie S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (pełnomocnik) oraz S. I.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W..

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

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

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w dniu rozprawy przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 29 listopada 2016 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie,* wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że Zamawiający, już po wniesieniu odwołania a przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego dokonał modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że podtrzymuje odwołanie w całości.

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"),

- art. 29 ust. 1 ustawy – *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagani i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,*
- art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,*
- art. 31 ust. 1 ustawy – *Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego,*
- art. 31 ust. 1 ustawy - *Program funkcjonalno – użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne,*
- art. 36 ust. 2 pkt 11 a ustawy - *W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również: w przypadku zamówień na roboty budowlane: wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania,*
- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- art. 14 ustawy - *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielnie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,*

- art. 139 ustawy - *Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,*

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.* U. z 2013 poz. 1129; dalej „rozporządzenie")
- § 15 rozporządzenia - *Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.*

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (Dz U. tj. z 2016 poz. 308 i 385; dalej: „Kodeks cywilny" lub „k.c.")
- art. 5 Kodeksu cywilnego – *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony..*
- art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego – *Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba* że *z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.*
- art. 117 Kodeksu cywilnego
§ 1 – *Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, roszczenia majątkowe ulegają przedawnieniu.*
§ 2. *Po upływie terminu przedawnienia ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia, chyba* że *zrzeka się korzystania z zarzutu przedawnienia. Jednakże zrzeczenie się zarzutu przedawnienia przed upływem terminu jest nieważne*
- art. 118 Kodeksu cywilnego – *Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi lat dziesięć, a dla roszczeń o* świadczenia *okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – trzy lata.*
- art. 119 Kodeksu cywilnego – *Terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną.*
- art. 120 § 1 Kodeksu cywilnego – *Bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym*

roszczenie stało się wymagalne. Jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniej możliwym terminie.

- art. 353 Kodeksu cywilnego
§ 1. *Zobowiązanie polega na tym,* że *wierzyciel może* żądać *od dłużnika* świadczenia, *a dłużnik powinien* świadczenie *spełnić.*
§ 2. Świadczenie *może polegać na działaniu albo na zaniechaniu.*
- art. 353¹ Kodeksu cywilnego – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*
- art. 354 Kodeksu cywilnego
§ 1. *Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom..*
§ 2. *W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel..*
- art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego – *Można zastrzec,* że *jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.*
- art. 455 Kodeksu cywilnego – *Jeżeli termin spełnienia* świadczenia *nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania,* świadczenie *powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.*
- art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego - *Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.*
- art. 483 Kodeksu cywilnego
§ 1 *Można zastrzec w umowie,* że *naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).*
§ 2. *Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.*
- art. 487 Kodeksu cywilnego
§ 1. *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych podlegają przepisom działów poprzedzających niniejszego tytułu, o ile przepisy działu niniejszego nie stanowią inaczej.*
§ 2. *Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób,* że świadczenie *jednej z nich ma być odpowiednikiem* świadczenia *drugiej.*
- art. 491 § 1 Kodeksu cywilnego – *Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego*

---

terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać *wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.*
- art. 492 Kodeksu cywilnego – *Jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie* ściśle *określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałoby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.*
- art. 505 Kodeksu cywilnego – *Nie mogą być umorzone przez potrącenie:*
4) wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne.
- art. 627 Kodeksu cywilnego – *Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia.*

- art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego – *Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.*
- art. 647 Kodeksu cywilnego – *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.*

II.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego*

---

i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.* Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12 …dla *stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. wystarcza wprawdzie zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p.), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. nie uprawnia do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony zamawiający winien jednak przekonać Izbę,* że *dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą*

toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani

52

---

zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

III.

W zakresie zarzutów mających źródło **w treści Tomu II SIWZ**

Izba na wstępie wskazuje, że zgodnie z powszechnie przyjętym w doktrynie stanowiskiem, w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy, które zastrzegają określone uprawnienia dla Zamawiającego, na co uwagę zwróciła w wyroku sygn. akt KIO 283/14 Krajowa Izba Odwoławcza. Umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne (podobnie: wyrok KIO sygn. akt KIO 694/09), co wynika z faktu, że Zamawiający działa w interesie publicznym, i to Zamawiający, podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, określa istotne warunki przyszłej umowy. W doktrynie podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zasadne również jest takie kształtowanie przez Zamawiającego postanowień przyszłej umowy, które pozwoli mu na ukończenie realizacji inwestycji bez ponoszenia dodatkowych kosztów, które mogłyby obciążyć Zamawiającego z powodu niedookreślenia wszystkich istotnych elementów przyszłej umowy. Jest to szczególnie istotne w przypadku złożonych przedsięwzięć infrastrukturalnych, z jakim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. W wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu (wyrok z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt akt X Ga 67/08) czytamy, że błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Za dopuszczalną uznawana jest nawet taka sytuacja, w której Zamawiający przerzuci na wykonawcę znaczną część ryzyka kontraktowego. W takiej sytuacji, co do zasady, zabezpieczenie interesów wykonawcy powinno być gwarantowane przez wkalkulowanie w cenę oferty ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2272/12 wskazano, że "Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlegają badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis,* jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 581 art. 353 ^{1} k.c. W przypadku zamówienia publicznego zamawiający w sposób

53

---

dyskrecjonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje jednak w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, może też do tego typu stosunku umownego w ogóle nie przystąpić, nie składając oferty. Przez złożenie oferty wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków wynikających z umowy w sprawie zamówienia. Z wyrażonej w art. 353 ^{1} k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron." Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1286/14 wskazano, że "Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów art. 353 ^{1} k.c., które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej urnowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może

starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę."
Podkreślenia wymaga również, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwalają wykonawcom - będącym w założeniu profesjonalistami mogącymi wykazać się odpowiednim doświadczeniem w porównywalnych zadaniach (wszak powinni spełniać restrykcyjne warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia) - zidentyfikować zarówno oczekiwania Zamawiającego, jak i ryzyka na nich ciążące, w sposób pozwalający na właściwe przygotowanie w pełni porównywalnych ofert. Zaznaczyć należy, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia daje Zamawiającemu pewien margines niedookreślenia przedmiotu zamówienia, gdyż płatne jest ono za osiągnięcie określonego rezultatu, nie zaś wyłącznie za realizację zamkniętego katalogu czynności. Zgodnie z brzmieniem art. 632 § 1 k.c. wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko wynikające z tego, że rozmiar i koszt prac może być większy niż wynikający z dokumentacji projektowej i

ryzyko to winien uwzględnić w cenie oferty. Trafność wyszacowania tego ryzyka, ocena rozmiaru prac zależy w ocenie Izby przede wszystkim od profesjonalizmu wykonawcy, którego zamawiający ma słuszne prawo oczekiwać. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r. sygn. akt V ACa 846/13 (orzeczenia.gdansk.sa.gov.pl) "Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje". Ponieważ zatem w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie wszelkich prac niezbędnych do realizacji robót budowlanych, nawet jeśli nie są one uwzględnione w projekcie, oczekiwanie Zamawiającego, zawarte w kwestionowanych postanowieniach, aby profesjonalny wykonawca poznał wszelkie uwarunkowania mogące mieć znaczenie w toku wykonywania umowy, jest adekwatne do charakteru umowy (porównaj: wyrok KIO sygn. akt KIO 1101/16). Izba wyraża pogląd, że wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu za osiągnięcie umówionego rezultatu. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt. I ACa 160/14 (orzeczenia.bialysok.sa.gov.pl) wskazał, że "W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub koszów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie. Należy przyjąć, że jest ono dopuszczalne z perspektywy zasady swobody umów (art. 353^1 k.c.), zwłaszcza, że ryzyko przyjmującego zamówienie równoważy sytuacja prawna Zamawiającego, który nie może żądać obniżenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, nawet w wypadku, gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści, na przykład wskutek poniesienia niższych od zakładanych kosztów rzeczywistych" (porównaj: wyrok KIO sygn. akt KIO 1101/16).

W zakresie zarzutu dotyczącego
Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu,
pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. c- t

W zakresie Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt III lit. c) – t) – Izba zarzuty w tym zakresie oddaliła.

Izba oddaliła zarzuty odwołania (pkt 5 zarzutów odwołania) naruszenia **art. 353^1 w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4), art. 632 i art. 5 Kodeksu cywilnego (Kc), art. 1154 Kodeksu postępowania cywilnego (Kpc) i art. 1157 Kpc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt lla) PZP, art. 139 ust. 1 i art. 14 PZP, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc,** przez ukształtowanie określonych we wzorze umowy - Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, Pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] pkt **(c) do (t)** - wymagań dotyczących treści umowy wykonawcy z podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo Wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, której przepisy ustawy i k.c. nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w ustawie do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną Zamawiającego określoną w art. 647_1 § 5 k.c.

Izba 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. Wykonanie robót budowlanych może zrealizować wykonawca (generalny inwestor) samodzielnie, osobiście lub z udziałem (pomocą) podwykonawców (art. 647_1 k.c.), jednocześnie zaznaczając, że zawarcie umowy wykonawcy generalnego z podwykonawcami wymaga akceptacji inwestora (Zamawiającego) oraz do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Wymaga podkreślenia również, że zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Pozostawiając na boku spory doktrynalne co do zasadności postanowień art. art. 647_1 k.c. § 4 i 5 wskazać należy, że reasumpcja regulacji stosunków inwestor, wykonawca, podwykonawca znajduje się w ostatnim paragrafie art. 647_1 k.c., zgodnie z którym odmienne postanowienia umów

pomiędzy inwestorem (Zamawiającym) a wykonawcą w zakresie umów wykonawca a podwykonawca czy też dalszy podwykonawca w zakresie uregulowanym w tymże artykule są z mocy prawa nieważne (§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne). Konstatując przedmiot i zakres regulacji art. 647_1 k.c. należy zauważyć, że reguluje on obowiązek określenia w umowie między Zamawiającym (inwestorem) a wykonawcą zakresu robót, które będzie wykonywał wykonawca osobiście a które za pośrednictwem podwykonawcy, obowiązek przedłożenia umów podwykonawczych z prawem Zamawiającego do zgłoszenia do nich sprzeciwu czy też zastrzeżeń, czyli obowiązek uzyskania zgody na treść umowy z podwykonawcą, obowiązek pisemności umów wykonawca a podwykonawca, solidarności zapłaty pomiędzy Z amawiającym a wykonawcą wobec podwykonawców oraz nieważność umów zawartych wbrew postanowieniom zawartym w tym artykule kodeksu cywilnego. Stąd w ocenie Izby już art. 647_1 k.c. wprowadza obowiązek przedkładania umów podwykonawczych Zamawiającemu a tym samym wprowadza prawo Zamawiającego ingerowania w treść tychże umów. W związku z tym kwestią zasadniczą do ustalenia jest zakres możliwości zgłaszania sprzeciwu a w szczególności zastrzeżeń przez Zamawiającego co do składanych jemu umów wykonawcy z podwykonawcami. Tę miarę można znaleźć właśnie w art. 353_1 k.c. wskazującym na swobodę umów ale również na jej ograniczenia (strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) (porównaj: wyrok KIO sygn. akt KIO 2135/16). Odnosząc się do regulacji

wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jednocześnie ustawodawca w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy określił, że w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera w przypadku zamówień na roboty budowlane wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli Zamawiający określa takie wymagania. Na podstawie art. 143 b ust. 1 ustawy Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia Zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o

---

podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego (art. 143 b ust. 3 ustawy) jest zgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane a dotyczące niespełnienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również wtedy, gdy umowa ta przewiduje inny niż określony 30 dniowy termin zapłaty. Wynika z tej regulacji w sposób jednoznaczny, że Zamawiający ma prawo określić skonkretyzowane postanowienia jakie mają zostać zawarte w umowie o podwykonawstwo. Co więcej, zgodnie z art. 143 d ust. 1 pkt 2 ustawy umowa o roboty budowlane zawiera określenie terminu na zgłoszenie przez Zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian, natomiast zgodnie z art. 143 b ust. 4 ustawy niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem umowy są roboty budowlane w termie określonym przez Zamawiającego w umowie o roboty budowlane (art. 143 d ust. 2 ustawy) uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego. Należy podzielić w tym miejscu stanowisko prezentowane przez Zamawiającego a odnoszące się do tego, że ustawodawca rozróżnił dwie niezależne przesłanki warunkujące brak akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo robót budowlanych – jedną o charakterze fakultatywnym (art. 143b ust. 3 pkt 1 ustawy) oraz drugą obligatoryjną (art. 143b ust. 3 pkt 2 ustawy). Przepis art. 143c ust. 8 ustawy (Przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków Zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny) określa charakter norm art. 143a – 143d ustawy do przepisów art. 647^1 k.c. W ocenie Izby zatem powyższe przepisy określają procedurę postępowania przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane w sytuacji korzystania przez wykonawcę z podwykonawstwa w zakresie ustalania kręgu podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz procedurę bezpośredniej wypłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom w przypadku, gdy od zapłaty tego wynagrodzenia uchyla się wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca. W świetle powyższych rozważań Izba stoi na stanowisku, że powyższe przepisy w sposób jednoznaczny i całościowy regulują podstawy do zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów oraz występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo oraz sankcji jaka może dotknąć wykonawcę z powodu niedochowania procedury.
W ocenie Izby z zestawienia powyższych przepisów wynika prawo Zamawiającego do określenia zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami, co znajduje również wyraz z orzecznictwie Izby (tak np.: wyrok KIO sygn. akt KIO 2135/16, wyrok KIO sygn. akt KIO 1815/16,). W orzecznictwie i doktrynie zwraca się uwagę

---

na uzasadnienie do projektu nowelizacji ustawy, który wprowadził przepisy o podwykonawstwie, a zawierające wykładnię tychże uregulowań ustawowych, mianowicie:

„Proponowane rozwiązania w sposób kompleksowy powinny przyczynić się do wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych. Pomimo tego, że kwestie związane z relacjami prawnymi zachodzącymi pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, powinny co do zasady podlegać zasadzie swobody umów, stosunki te i sposób ich uregulowania mają zasadniczy wpływ na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych, a więc odnoszą się do sfery publiczno-prawnej uregulowanej w ustawie pzp. Stąd też, zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.” Wyraz takiej wykładni przepisów znalazł również uzasadnienie w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (Informator UZP nr 2-3/2014 w publikacji pod tytułem „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa - nowelizacja ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473)”) gdzie wskazano, że „Katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii. Norma z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp stanowi w powyższym zakresie na gruncie ustawy Pzp odmienną regulację od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego. Wskazany przepis nie ma natomiast zastosowania do treści umów o roboty budowlane, które nie zostały zawarte w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp. Brak ww. postanowień stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.”

Resumując powyższe, nie sposób uznać inaczej – i to na podstawie zarówno przepisów kodeksu cywilnego jak również na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych – Zamawiający ma prawo ingerowania w postanowienia umowy pomiędzy wykonawcą (głównym wykonawcą) a podwykonawcami czy też dalszymi podwykonawcami. Dodatkowo, w przypadku inwestycji realizowanych w oparciu o przepisy ustawy,

---

Zamawiający ma obowiązek określenia co najmniej podstawowego zakresu postanowień umów z podwykonawcami, jednocześnie pozostawiając w dyspozycji Zamawiającego zakres tych regulacji.

W zakresie podniesionej argumentacji co do poszczególnych postanowień, które były kwestionowane przez Odwołującego Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] Izba wskazuje:

(c) określającej karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienie; kary takie można określać według oczekiwań zamawiającego jedynie jako kary za zwłokę.
oraz
(e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartość wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy,

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które stanowiłyby podstawę zaostrzenia odpowiedzialności po stronie podwykonawców podnosząc

niezasadność ukształtowanego w prezentowanych powyżej postanowieniach prawa do odpowiedzialności za zwłokę ograniczenia odpowiedzialności podwykonawców
a nie za opóźnienie.
Wskazane w pkt (c) i (e) klauzule dotyczą kar umownych; jak wskazał w swoim pisemnym uzasadnieniu Zamawiający klauzule te zostały zrównane z wymaganiami jakie są zawarte w umowie o roboty budowlane, którą zawrze Zamawiający z wykonawcą (generalnym wykonawcą) - warunki kontraktu dla wykonawcy (generalnego wykonawcy) przewidują odpowiedzialność za zwłokę do wysokości 20 % wartości kontraktu. Podkreślenia wymaga również, że takiego stanowiska Zamawiającego tj. wprowadzenia ograniczenia kar umownych (do 20% wartości umowy brutto) domagały się od szeregu lat środowiska branżowe reprezentowane przez: PZPB; SIDiR, OIGD, czego wynikiem było już kilka lat wcześniej wprowadzenia limitu kar umownych na poziomie 20% wartości brutto umowy. Jak wskazał Zamawiający nadal wykonawcy postulują zmniejszenie limitu kar umownych nawet

do 10 % wartości umowy netto. Jednocześnie zauważył Zamawiający, że nie ma to przełożenia na relacje wykonawcy (generalnego wykonawcy) z podwykonawcami.
W ocenie Izby zasadne jest przyjecie w umowach zawieranych z podwykonawcami sposobu i zakresu procentowego kar umownych odpowiadających warunkom kontraktu Zamawiającego i wykonawcy (generalnego wykonawcy), jak również brak jest jakichkolwiek podstaw do zawyżania warunków odpowiedzialności dla podwykonawców w stosunku do warunków odpowiedzialności dla wykonawcy (generalnego wykonawcy).
Przedstawione w piśmie Zamawiającego informacje (str. 9-14) uwypuklają jaskrawo brak równowagi stron umów zawieranych przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) z podwykonawcami wskazując na warunki umowy w odniesieniu do kar umownych określonych w tych umowach, które były niewspółmierne do tych określonych w umowie Zamawiającego z wykonawcą (generalnym wykonawcą). Izba zaznacza, że Odwołujący wskazał, że informacje te nie mają znaczenia w tym postępowaniu, jednakże nie można zgodzić się z taką argumentacją, bowiem takie informacje stanowią zobrazowanie argumentacji Zamawiającego, co więcej, Odwołujący nie kwestionował tych informacji, co prowadzi do wniosku, że uznać je należy za przyznane co do treści przez Odwołującego.
Izba w świetle zgromadzonego materiału w sprawie nie znajduje przeszkód aby odpowiedzialność wykonawcy i podwykonawców kształtowała się na porównywalnym poziomie.
Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt lll [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] lit. c) i e).

(d) nakazujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez jej na lub inną formę możliwości zamiany gwarancje bankową/ubezpieczeniową przewidzianą w przepisach prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 ^{1} k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Izba wskazuje, ze zgodnie z art. 148 ustawy wykonawca ma prawo wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, według własnego wyboru, w jednej lub kilku określonych ustawą formach, w tym: w pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze

zobowiązaniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (art. 148 ust. 1 ustawy). Natomiast za zgodą Zamawiającego wykonawca może wnieść

zabezpieczenie również w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego, przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (art. 148 ust. 2 ustawy). Jednoznacznie wskazuje to, że wykonawca nie tylko może sam zdecydować o formie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pięciu formach, jak również może zwrócić się o wyrażenie zgody na jego wniesienie jeszcze w innych formach, to może je wnieść w jednej lub kilku przewidzianych przepisami formach.
W obliczu takiego uprawnienia wykonawcy warunek wniesienia zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania tylko i wyłącznie w formie pieniężnej przez podwykonawców w ocenie Izby jest dyskryminujący. Zaznaczyć należy również, że takie ograniczenie możliwości wnoszenia zabezpieczenie jedynie do formy pieniężnej przekraczałoby także granicą swobody umów wynikającą z art. 353 1 k.c. jako naruszający naturę instytucji zabezpieczenia, której przepisy regulujące zabezpieczenie należytego wykonania umowy chociażby w art.148 ust. 1 ustawy mają charakter bezwzględnie obowiązujących.
Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] lit. d).

(f) przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;
oraz
(g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
W ocenie Izby słuszna jest argumentacja Zamawiającego wskazująca, że toczenie procesów poza granicami kraju przez małe podmioty gospodarcze, naraża je na ryzyko i koszty

---

związane z procedurą sądów zagranicznych. Podkreślenia wymaga również, że drobne podmioty gospodarcze nawet w kraju, w wielu przypadkach nie korzystają z obsługi prawnej ze względu na koszty, a poruszanie się w gąszczu obowiązujących krajowych przepisów jest dla nich bardzo trudne. W przypadku procesów zagranicznych można pokusić się o stwierdzenie, że udział tych podmiotów byłby iluzoryczny i stawiałby je na przegranej pozycji. Nie sposób również pominą, że ryzyko Zamawiającego do pokrywania w ramach odpowiedzialności solidarnej skutków finansowych kontraktu, obciążałoby również Zamawiającego jak i by narażało go na udział w procesach zagranicznych niezależnie czy zostały by one poddane pod rozpoznanie sądu powszechnego czy też polubownego. Postanowienia jakie wprowadził Zamawiający w tym zakresie mają chronić podwykonawców przed dyskryminacją w stosunku do warunków umowy jaka zostaje zawarta między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a Zamawiający, bowiem w Subklauzuli 20.6 Rozstrzyganie sporów Zamawiający przewidział, że ”Wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją niniejszego kontraktu, w tym każdy spór w odniesieniu do którego decyzja Komisji (jeśli była) nie stała się ostateczna i wiążąca, będą rozstrzygane przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Zamawiającego (Warszawa ul. Wronia 53)”.

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt III:

- usunięto treść podpunktu „f”, −
- w podpunkcie „g” zastąpiono dotychczasowe postanowienie następującym: − „przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd, w tym polubowny, z siedzibą poza Rzeczypospolitą Polską”,

Zaznaczyć należy, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 17 listopada br. natomiast

pismem z 29 listopada br. Zamawiający wprowadził zmiany postanowień zawartych w Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu w ww. sposób. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności

63

---

dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności Zamawiającego spowodowały usunięcie bądź zmianę postanowień objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.
Odwołujący nie wycofał zarzutu w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o pod wykonawstwo] lit. f) i g)

W ocenie Izby wskazane postanowienie w literze „f" nie stanowiło ograniczenia w możliwości poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu powstałego pomiędzy wykonawcą (generalny wykonawca) lub dalszym podwykonawcą. Słusznie wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 1157 Kodeksu postępoania cywilnego strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty. Natomiast kwestionowane postanowienie odnosiło się do niemożliwości przesądzenia, że „wszelkie" czyli wszystkie spory byłyby poddane pod rozstrzygniecie sądu polubownego czego nie sposób uznać za niewłaściwe postanowienie. Ustalając, że przedmiot sporu mieści się w „granicach zdatności arbitrażowej sporu" zapis na sąd polubowny stanowi uprawnienie stron umowy, tym samym przesądzenie, że *wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny* przesądzałoby o zawarciu umowy o poddanie sporu pod rozstrzygniecie sądu polubownego (zapis na sąd polubowny). W świetle tego, że zapis na sąd polubowny jest uprawnieniem stron jak również, że każda ze stron może dochodzić swoich praw przed sądem powszechnym Zamawiający słusznie określił klauzulę w literze „f", którą Zamawiający wykreślił już po dacie wniesienia odwołania, jednocześnie możliwość poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu powstałego pomiędzy wykonawcą (generalny wykonawca) lub dalszym podwykonawcą zamieszczając w klauzuli w literze „g", w efekcie tego zabiegu Zamawiający dopuszcza rozpoznanie sporów przez sąd polubowny oraz sąd powszechny na terenie Rzeczypospolitej Polskiej a nie poza jej granicami.

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. f) i g)

64

(h) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 ^{1} k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.

Wskazany przez Odwołującego art. 473 k.c. reguluje rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza okoliczności wskazane w ustawie (§ 1) oraz zakaz zastrzeżenia o wyłączeniu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie (§ 2).
Zamawiający ukształtował zakaz wprowadzania do umowy między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami postanowień uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w umowie w związku z tymi samymi okolicznościami, czyli zakazana została klauzula mówiąca o ograniczaniu odpowiedzialności wykonawcy w stosunku do do okoliczności powodujących pomiędzy podwykonawcy odpowiedzialność a wykonawcą). Odniesienie się przez Zamawiającym wykonawcą (generalnym Odwołującego do wskazania jedynie, że materia ta nie jest uregulowana w ustawie a przez odniesienie do art. 139 art. 1 ustawy jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach ustawy aby ją ograniczyć ze skutkiem dla osób trzecich, po pierwsze nie wskazuje, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący przytoczył jakiejkolwiek argumentacji faktycznej wskazującej na nieprawidłowość, niezgodność z przepisami bezwzględnie obowiązującymi ukształtowanej przez Zamawiającego klauzuli; po drugie wydaje się raczej potwierdzać poprawność ukształtowanej klauzuli i uprawnienia jakie wynikają z zasady swobodnego kształtowania warunków umowy, których naruszenia nie wskazywał Odwołujący. Brak jest uzasadnienia bezprawności kwestionowanej klauzuli

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. h)

(i) zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają Wykonawcę zgodnie z Kontraktem;

65

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcom (generalnym wykonawcom) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Zamawiający w tej klauzuli zakazuje tożsamości ryzyk i odpowiedzialności w kontrakcie wykonawca (główny wykonawca) i podwykonawca lub dalszy podwykonawca w stosunku do Kontraktu (umowy) Zamawiający a wykonawca (główny wykonawca). Stanowisko Zamawiającego wydaje się racjonalne, ponieważ kontrakt Zamawiający i wykonawca (główny wykonawca) zawiera całkowity obszar zamówienia czego nie zawiera umowa podwykonawcza, ponieważ ta obejmuje część obszaru zamówienia. W związku z tym logicznym wydaje się zakazanie tożsamej odpowiedzialności wykonawcy z odpowiedzialnością podwykonawcy również co do równego obarczania ich ryzykami. W efekcie takie ustawienie ryzyka i odpowiedzialności zwolniłoby wykonawcę w ogóle z odpowiedzialności obarczając nią podwykonawców lub dalszych podwykonawców. Izba nie dostrzegając racjonalnych przesłanek, co do zarzutu bezprawności zakazanej klauzuli przez zamawiającego, w sytuacji braku adekwatnego do treści klauzuli

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. i).

(j) na mocy których, z datą zawarcia umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Odwołujący dla ww. klauzuli w uzasadnieniu odwołania zawarł następujące uzasadnienie „Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)" – w ocenie Izby w tym zakresie brak jest uzasadnienia zarzutu w zakresie wskazanej klauzuli. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony

zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność

wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* (porównaj również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12).
Jednocześnie w odniesieniu do klauzuli lit. j) w ocenie Izby za racjonalne należy uznać wykluczenie przez Zamawiającego automatycznego zrzeczenia się przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę roszczeń w związku z przejęciem placu budowy z datą podpisania umowy podwykonawczej.

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. j).

(k) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę terminu realizacji umowy podwykonawczej od przedłużenia przez przedłużenia zamawiającego czasu na ukończenie dla danego asortymentu robót

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647^1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Uzasadnienie jakie podniósł Odwołujący opiera się na art. 476 k.c., który wskazuje na niezależność przedłużenia terminu od uzyskania przedłużenia terminu od poprzedniego kontrahenta, w tym wypadku Zamawiającego - a takiej koncepcji broni odwołujący. Przepis tego artykułu k.c. definiuje pojęcie zwłoki oraz wykluczenia odpowiedzialności dłużnika za zwłokę.
W ocenie Izby ponownie brak jest uzasadnienia faktycznego kwestionowania klauzuli w lit. k, ponieważ przywołanie art. 476 k.c. po pierwsze nie jest uzasadnieniem zarzutu, a po drugie w żaden sposób nie może stanowi jakiegokolwiek uzasadnienia dla wykazania niezgodności

z obowiązującymi bezwzględnie przepisami prawa klauzuli, której istotą jest zakazanie uzależnienia zmiany terminu realizacji umowy (przedłużenia) przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zawartej z wykonawcą (głównym wykonawcą) od dokonanej zmiany terminu (przedłużenia) przez Zamawiającego.
Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. k).

(l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę powiadomienia o roszczeniu;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647^1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Odwołujący dla ww. klauzuli w uzasadnieniu odwołania zawarł następujące uzasadnienie „Por. uzasadnienie jak dla pkt (k)" – w ocenie Izby w tym zakresie brak jest uzasadnienia

zarzutu w zakresie wskazanej klauzuli i w tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja zawarta uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej klauzuli (j).
Izba dodaje w tym miejscu, że odniesienie się przez Odwołującego, przez odwołanie do uzasadnienia zawartego w klauzuli (k) do wskazania jedynie, że materia ta nie jest uregulowana w ustawie a przez odniesienie do art. 139 art. 1 ustawy jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach ustawy, aby ją ograniczyć ze skutkiem dla osób trzecich, po pierwsze nie wskazuje, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący przytoczył jakiejkolwiek argumentację faktyczną wskazującą na z prawa bezwzględnie nieprawidłowość, niezgodność przepisami obowiązującymi ukształtowanej przez Zamawiającego klauzuli, brak jest uzasadnienia bezprawności kwestionowanej klauzuli

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. l).

68

(m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
W ocenie Izby postanowienia kwestionowanej klauzuli naruszają obowiązujące przepisy prawa, zgodnie bowiem z art. 632 § 1 k.c. jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. Tym samym, klauzula zakazująca wyłączenie możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego przy ryczałtowym rozliczeniu umowy jest niezgodna ze wskazanym przez Odwołującego przepisem. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 632 § 2 k.c. jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Na podstawie tego przepisu przyjmujący zamówienie chroniony jest przed rażącą stratą (por. wyrok SN z dnia 18 września 1998 roku sygn. akt III CKN 621/97; wyrok SN z 15 listopada 2006 roku sygn. akt V CSK 251/06). Przepis ten ma zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (por. uchwała SN w składzie 7 sędziów z dnia 29 września 2009 roku sygn. akt III CZP 41/09; wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 roku sygn. akt III CSK 184/08). Zamawiający nie powinien w sposób niedookreślony dopuszczać sytuacji, w której dopuszczona jest zmiana wynagrodzenia ryczałtowego w umowach pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami.

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt III:

w podpunkcie „m" zastąpiono dotychczasowe postanowienie następującym: −
„w przypadku gdy Umowa będzie ryczałtowo, podwykonawcza rozliczana przez Podwykonawcę dalszego lub wyłączających możliwość dochodzenia
Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na drodze sądowej"

Izba podkreśla, ze odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 17 listopada br. natomiast pismem z 29 listopada br. Zamawiający wprowadził zmiany postanowień zawartych w

69

Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu w ww. sposób. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu

dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności Zamawiającego spowodowały usunięcie bądź zmianę postanowień objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.
Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, że zarzut odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. m) w ocenie Izby był zasadny, jednakże z uwagi na dokonaną przez Zamawiającego modyfikację, o której mowa powyżej, która wprowadziła zmianę kwestionowanej klauzuli, w obliczu podtrzymania zarzutu przez Odwołującego, Izba zarzut oddaliła.

(n) uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 ^{1} k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił argumentacji jaka uzasadniałaby wykreślenie powyższej klauzuli, w szczególności Odwołujący nie wskazał w jaki sposób może dojść do wyłączenie lub ograniczenia zasady swobody umów. Odwołujący wskazuje, że nie ma wyraźnego przepisu ustawy, który zakazywałby umówienia się wykonawcy (generalnego wykonawcy) i podwykonawców o stosowne rozliczanie wzajemnych należności (kompensat

umownych). Podkreślenia wymaga, że klauzula ta reguluje kwestie roszczeń niewymagalnych. Biorąc za podstawę, że Odwołujący nie wskazał w jaki sposób doszło do wyłączenia bądź ograniczenia zasady swobody umów jak również uwzględniając fakt, że Odwołujący nie wskazał przepisu nakazującego dopuszczenie potrącania wierzytelności niewymagalnych nie sposób uznać stanowisko Odwołującego za zasadne.

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. n).

(o) na mocy których podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się roszczeń od wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;
Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 ^{1} k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Odwołujący dla ww. klauzuli w uzasadnieniu odwołania zawarł następujące uzasadnienie „Por. uzasadnienie jak dla pkt (m)" – w ocenie Izby w tym zakresie brak jest uzasadnienia zarzutu w zakresie wskazanej klauzuli i w tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja zawarta uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej klauzuli (j). Odwołujący kwestionując powyższą klauzulę (o) narusza prawo podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy do wnoszenia roszczeń, narażając go na rezygnację z odszkodowań, odsetek czy też wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zamienne powołuje się w argumentacji (poprzez odesłanie) do argumentacji odnoszącej się do niezmienności wynagrodzenia co nie znajduje

uzasadnienia w tym zakresie. Izba dodaje w tym miejscu, że zgodnie z wyrokiem SN z dnia 14 marca 2008 roku sygn. akt IV CSK 460/07 w umowie o roboty budowlane strony mogą zastrzec modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych".

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. o).

(p) rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania wykonawcy

71

---

lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647^1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Odwołujący dla ww. klauzuli w uzasadnieniu odwołania zawarł następujące uzasadnienie „Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)" – w ocenie Izby w tym zakresie brak jest uzasadnienia zarzutu w zakresie wskazanej klauzuli i w tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja zawarta uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej klauzuli (j).
Odnosząc się do powołanego w uzasadnieniu klauzuli (h) art. 473 k.c. – mając na uwadze treść klauzuli (p) – Izba podkreśla, że zgodnie z orzecznictwem SN w granicach zakreślonych zasadą swobody umów istnieje możliwość innego niż wskazanego w art. 472 k.c. uregulowania odpowiedzialności i to zarówno w kierunku jej zaostrzenia jak również w kierunku jej złagodzenia. W przypadku złagodzenia, granicą dla przyjętych w umowie rozwiązań jest art. 473 § 2 k.c. Jednoznacznie w umowie musi być wskazany, oznaczony zakres odpowiedzialności. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 6 października 1953 roku sygn. akt II C 1141/53 wskazał, że nie ma przeciwwskazań w zakresie swobody umów aby wyłączona została odpowiedzialność dłużnika w związku z winą nieumyślną, w tym w postaci rażącego niedbalstwa. Tym czasem klauzula jaką wprowadził Zamawiający odnosi się do okoliczności, na które podwykonawca nie ma wpływu, nie ma wpływu na wystąpienie szkód w okolicznościach i rozmiarze wskazanym w klauzuli (p) a odpowiedzialność za wskazane ryzyka ponosi wykonawca. Okoliczności wskazane w klauzuli (p) odnoszą się do sytuacji, niezależnych od podwykonawcy czy też dalszego podwykonawcy to jest: na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę.
Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. p).

72

(q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;
oraz
(r) ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamych kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647^1 k.c. oraz art. 143 b

w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Odniesienie się do klauzuli (q) i (r) łącznie jest zasadne, bowiem ich przedmiotem są kary umowne w zakresie dotyczącym ich katalogu oraz wysokości.
Odwołujący dla ww. klauzul w uzasadnieniu odwołania zawarł następujące uzasadnienie „Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)" – w ocenie Izby w tym zakresie brak jest uzasadnienia zarzutu w zakresie wskazanych klauzul i w tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja zawarta uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej klauzuli (j).
Izba zaznacza, że wskazana przez Odwołującego argumentacja w klauzuli (c) dotyczyła w zasadzie innego problemu to jest kształtowania uregulowań dotyczących kar umownych za nieterminowe wykonanie zobowiązania jedynie jako kary za zwłokę. Izba przesądziwszy, że Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy, nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego przedstawionego przez Odwołującego co do przyczyn naruszenia przepisów prawa bezwzględnie obowiązującego w zakresie wskazania w umowach z podwykonawcami zakazu rozszerzania katalogu kar umownych jak również ograniczenia wysokości tych kar ponad tożsame kary przewidziane w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (generalnym wykonawcą).
W ocenie Izby nie znajduje również uzasadnienia w naruszeniu przepisów prawa bezwzględnie obowiązującego argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego zgłoszona na rozprawie. Nie sposób bowiem uznać za wystarczające uzasadnienie, że uczestnika postępoania odwoławczego (B.) jest „sygnatariuszem Porozumienia dla bezpieczeństwa w budownictwie, które to porozumienie jest porozumieniem prywatnym dużych przedsiębiorstw budowlanych i zobowiązania jakie nakłada to porozumienie np. w zakresie konieczności wprowadzenia kar umownych za niedochowanie przepisów, regulacji odnoszących się do bezpieczeństwa i higieny pracy uniemożliwia wykonawcy wywiązanie się

z tego porozumienia, ponieważ w karach umownych przewidzianych przez Zamawiającego w tej inwestycji brak jest zakresu odnoszącego się do kar umownych w zakresie BHP co skutkuje tym, że wykonawca takimi karami nie może obwarować umowy z podwykonawcą."
Zauważyć należy, że uczestnik postępoania odwoławczego nie odniósł się w swojej argumentacji do przepisów powszechnie i bezwzględnie obowiązujących, które stanowiłyby podstawę do zmiany klauzuli, lecz odnosi się do konieczności wywiązania się z prywatnego porozumienia.

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. q) i r)

(s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą łub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Z uzasadnienia odwołania i faktycznej argumentacji Odwołującego wynika, że kwestionuje on w zasadzie prawo Zamawiającego do określenia terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu przez wykonawcę lub podwykonawcę od umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Izba już wcześniej, we wstępnej części omówienia zarzutów co do subklauzuli 4.4 wskazała, że Zamawiający ma prawo kształtowania warunków umów zawieranych pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami. Zgodnie z powołanym przez Odwołującego art. 395 § 1 k.c. w umowie można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy, a prawo to jest wykonane przez złożenie oświadczenia drugiej stronie. Takie też postanowienie zostało zawarte w klauzuli (s), natomiast brak jest argumentacji faktycznej Odwołującego w zakresie terminu tego odstąpienia tym samym nie jest określone czy termin ten Odwołujący uważa za zbyt długi czy też krótki, co uniemożliwia Izbie odniesienie w tym

zakresie, ponieważ powodowałoby to konieczność kreowania zarzutu do czego Izba nie jest uprawniona (porównaj argumentację zawartą w uzasadnieniu dla klauzuli (j) tego uzasadnienia wyroku).

74

Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. s).

(t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.

Zgodnie z przedstawioną na wstępie argumentacją Zamawiający ma prawo ingerencji w stosunki umowne pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami zgodnie z regulacją zawartą w art. 647 1 k.c. oraz art. 143 b w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy.
Odwołujący dla ww. klauzul w uzasadnieniu odwołania zawarł następujące uzasadnienie „Por. uzasadnienie jak dla pkt (c)" – w ocenie Izby w tym zakresie brak jest uzasadnienia zarzutu w zakresie wskazanej klauzuli i w tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja zawarta uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej klauzuli (j) zakazuje zastrzeżenia kar umownych bez podania okoliczności, w razie których wystąpienia kary są stosowane. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny określenie kar umownych powinno być wyraźne i jednoznaczne, bowiem łączą się owe kary umowne z pewną niedogodnością, dolegliwością dla strony umowy. Nie znajduje uzasadnienia w doktrynie i orzecznictwie również zastrzeganie kar umownych przez odniesienie się do „naruszenia obowiązków umownych",a brak konkretyzacji co do zachowań czy zaniechań jakie są podstawą naliczenia kary umownej prowadzi do wniosku, że taka kara umowna jest nieskuteczna.
Uwzględniając powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu odwołania w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. t).

Podsumowując zarzuty w odniesieniu do Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, pkt III [Wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo] lit. c) – t) Izba wskazuje, że za niezasadną uznaje również argumentację Zamawiającego odnośnie tego, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania w zakresie tego zarzutu ponieważ organizacja, o której mowa w art. 179 ustawy, nie może mieć interesu we wniesieniu odwołania szerszego od wykonawcy, a wykonawca składając odwołanie w świetle tego zarzutu nie wykazałby szkody jak również dlatego, że odwołalnie w tym zakresie nie jest korzystne dla podwykonawców czyli nie reprezentuje interesu branży. Izba podkreśla, że

75

---

zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują organizacją wpisanym na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 154 pkt 5 ustawy). Niewątpliwe regulacja ust. 2 art. 179 ustawy jest odmienna od tej z ust. 1, tym samym w przypadku Odwołującego, który jest wpisany na listę prowadzona prze Prezesa Urzędu, interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy - nie stanowią materialnoprawnej przesłanki odwołania.

Izba nie podziela również argumentacji Zamawiającego opartej na treści art. 192 ust 2 ustawy jako podstawy do oddalenia zarzutów dotyczących subklauzuli 4.4, „ponieważ nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem te klauzule mogą się urzeczywistnić dopiero na etapie realizacji a wykonawcy znali ich treść i mogli je skalkulować". Taki wniosek Zamawiającego wskazuje jedynie na brak zrozumienia instytucji „braku wpływu na wynik postępoania" określonej w przywołanym przepisie. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów

ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Istota tej regulacji dotyczy oceny zastosowania regulacji ustawowych w prowadzonym postępowaniu oraz dokonywanych na podstawie przepisów czynności i zaniechań Zamawiającego. Tym samym, gdyby doszło do wykazania naruszenia przepisów ustawy przy kształtowaniu klauzul w subklauzuli 4.4 to niezależnie od tego, że jak twierdzi Zamawiający ich urzeczywistnienie może nastąpić dopiero na etapie realizacji, to należałoby uwzględnić zarzut odwołania. Natomiast zgodnie z wyżej zamieszczonym uzasadnieniem zarzuty w tym zakresie zostały oddalone, niemniej w przypadku zmiany postanowień w klauzuli po wniesieniu odwołania, nawet gdy pierwotne brzmienie z dnia wniesienia odwołania Izba uznaje za zasadne to w obliczu dokonanej zmiany nie ma to wpływu na wynik postępoania, ponieważ pierwotna czynność zostaje poddana oceni ale na moment wyrokowania jest już czynnością historyczną w tym postępowaniu i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby działanie Zamawiającego polegające na wskazaniu postanowień w subklauzuli 4.4 świadczyło o nadużyciu przysługującego Zamawiającemu uprawienia w rozumieniu art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W ocenie Izby zamawiający skorzystał ze swego prawa zgodnie z jego przeznaczeniem, jednocześnie nie wiadomo w jaki sposób skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia wynikającego

---

z ustawy i mającego swoją wykładnię autentyczną w uzasadnieniu nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miałoby godzić w zasady współżycia społecznego. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zaniechał wskazania, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego stoją na przeszkodzie wprowadzenia przedmiotowych klauzul i jakie mógł i w jaki sposób naruszyć Zamawiający. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał również ciężarowi udowodnienia naruszenia art. 353 1 k.c. zgodnie z którym, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wprowadzenie klauzul odnośnie umowy z podwykonawcą i dalszym podwykonawcą nie spowoduje żadną miarą, że zmieni się natura (właściwość) stosunku umowy podwykonawczej w robotach budowlanych (por. sygn. akt KIO 1477/16). Podkreślenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Odwołującego które zostały zawarte w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie wykazał aby określenie zakazanych postanowień w umowach z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami było działaniem Zamawiającego w interesie tychże podwykonawców. Zaznaczyć należy, że postanowienia jakie maja zostać zawarte w umowach z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami nie są ani gorsze ani lepsze od tych jakie wiązać będą wykonawcę (wykonawcę generalnego) z Zamawiającym – Odwołujący nie odwoływał się do takich różnic. Trudno więc uznać za prawidłową argumentację Odwołującego odnoszącą się do naruszenia zasad współżycia społecznego przez Zamawiającego w sytuacji, gdy wszystkie podmioty mające realizować roboty w ramach zamówienia – czyli wykonawca (generalny wykonawca), podwykonawcy oraz dalsi podwykonawcy – mają zagwarantowane podobne, jednakowe zbieżne warunki realizacji umów.

W podsumowaniu Izba dodaje, że w obliczu tak ukształtowanych przepisów uprawnieniem po stronie Zamawiającego jest sporządzenie i przedstawienie wraz z dokumentacją postępowania projektu umowy (wzoru umowy) pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcami czy też dalszymi podwykonawcami. Tym samym określenie klauzul umownych bądź wskazanie postanowień, które mają zostać zawarte w takich umowach jak również wskazanie zabronionych klauzul, o ile wszystkie one nie naruszają przepisów prawa bezwzględnie obowiązującego stanowi prawidłowe działanie Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego
Subklauzuli 16. 2 [Odstąpienie przez Wykonawcę].

W zakresie Subklauzuli 16.2 Warunków Szczególnych Kontraktu - Izba zarzut w tym zakresie oddaliła.

Izba oddaliła zarzuty odwołania (pkt 6 zarzutów odwołania) naruszenia **art. 353[1] w związku z art. 492 i art. 5 K.c., w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi w art. 58** § **3 K.c.,** przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] Warunków Szczególnych Kontraktu - warunków odstąpienia przez Wykonawcę od umowy w sposób: (i) naruszający zasadę prawną zgodnie z którą, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego; (2) naruszający zasady współżycia społecznego przez ustalenie niewspółmiernie długich terminów dopuszczających możliwość niewywiązywania się Zamawiającego oraz Inżyniera z istotnych obowiązków umownych, jakim jest wystawienie Świadectwa Płatności oraz Płatność, przy jednoczesnym związaniu Wykonawcy umową.

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Subklauzuli 16.2 pkt b Warunków Szczególnych Kontraktu zastępując dotychczasową treść, następującą:
„Wykonawca nie otrzyma kwoty należnej według danego Przejściowego Świadectwa Płatności w terminie 42 dni od upłynięcia czasu podanego w Subklauzuli 14.7 (Płatność), w ciągu którego ma być dokonana płatność, pomijając potrącenia zgodnie z Subklauzulą 2.5 (Roszczenia Zamawiającego), Subklauzulą 8.7 (Kary umowne), Subklauzulą 14.6 (Wystawienie Przejściowych Świadectw Płatności) oraz Subklauzulą 14.7 (Płatność).

Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu odowołania a Odwołujący odwołanie w podniesionym na wstępie zakresie podtrzymał.

Izba podkreśla, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 17 listopada br. natomiast pismem z 29 listopada br. Zamawiający wprowadził zmiany postanowień zawartych w Subklauzuli 16.2 Warunków Szczególnych Kontraktu w ww. sposób. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1

ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności Zamawiającego spowodowały usunięcie bądź zmianę postanowień objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.
Uwzględniając powyższe, w związku z dokonaną przez Zamawiającego zmianą postawienia Subklauzuli 16.2 pkt b, tym samym braku w dniu wyrokowania podstawy faktycznej wniesionego odwołania Izba zarzut (w tym zakresie) oddaliła.

Odnośnie nie zmienionych postanowień Subklauzuli 16.2 pkt a, w ocenie Izby Odwołujący po pierwsze nie wskazał w uzasadnieniu odwołania, w argumentacji faktycznej uzasadnienia dla postawionego zarzutu, ponieważ samo wskazanie na naruszenie przepisów podatkowych bez wskazania jakie to przepisy tych ustaw narusza kwestionowane postanowienie umowne nie może zostać uznane za przedstawienie argumentacji. Izba nie może poszukiwać samodzielnie uzasadnienia w zakresie przedstawionego naruszenia

przepisów, bowiem to naruszałoby bezwzględnie obowiązujące Izbę przepisy 192 ust. 7 ustawy zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie zarzut to nie tylko podstawa prawna – w tym wypadku bardzo ogólne odwołanie do przepisów podatkowych - ale przede wszystkim uzasadnienia faktyczne na co wskazał w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."*
Zgodnie z Subklauzulą 16.2 „Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Kontraktu w terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie i wskazanych poniżej: (a) Inżynier nie wystawi, w ciągu 56 dni po otrzymaniu Rozliczenia i dokumentów stanowiących jego podstawę, odnośnego Świadectwa Płatności" – Izba dodatkowo wskazuje, że nie została przedstawiona przez Odwołującego żadna argumentacja, która uzasadniałaby wniosek o zmianę ww. terminu. Nie wyjaśnił dlaczego uznaje, że bez znaczenia jest w ocenie Odwołującego są postanowienia przywołanej przez

niego Subklauzuli 16.1 Uprawnienia wykonawcy do zawieszenia prac, w której zawarto regulację uprawniającą wykonawcę do zawieszenia prac lub robót do czasu wykonawca nie otrzyma Świadectwa Płatności lub płatności, co jednocześnie nie narusza jego uprawnień do otrzymania odsetek ustawowych i do odstąpienia. Podkreślenia wymaga również, ze zgodnie z Subklauzulą 16.1 jeżeli wykonawca dozna opóźnienia lub poniesie Koszt w rezultacie zawierzenia prac lub Robót to przedłoży Inżynierowi powiadomienie i będzie uprawniony do przedłużenia czasu na ukończenie jeżeli ukończenie jest lub przewiduj się, że będzie opóźnione oraz płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej. Odwołujący pominął w swojej argumentacji fakt, że Subklauzula 16.2 reguluje uprawnienie wykonawcy, co oznacza, że wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Kontraktu, gdy Inżynier nie wystawi Świadectwa Płatności – tym samym uwzględniając skutek jaki niesie za sobą przekroczenie tego terminu należy podkreślić, że dla Zamawiającego sankcja za jego niedotrzymanie jest dolegliwa. Jednocześnie Odwołujący również nie wskazuje jakiejkolwiek argumentacji, która choćby uprawdopodobniała, że realizacja obowiązków ciążących na Inżynier we wskazanym terminie jest niczym niepodyktowana. Wskazany wniosek o zmianę nie został obudowany zasadnymi twierdzeniami, nawet odniesienie się do przepisów podatkowych nie zostało uzasadnione jako podstawa takiej zmiany. Zaznaczyć należy bowiem, że zgodnie z tą Subklauzulą niedokonanie wskazanych czynności powoduje poswatanie prawa do odstąpienia natomiast w żaden sposób nie stanowi podstawy do wypłaty, a to nie uzasadnia odniesienia się Odwołującego do obowiązku podatkowego po stronie wykonawcy. Uwzględniając powyższe w zakresie Subklauzuli 16.2 pkt a, Izba zarzut oddaliła.

Odwołujący wniósł o wykreślenie ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2. w brzmieniu: „W przypadkach opisanych powyżej wykonawca może odstąpić od Kontraktu po uprzednim wezwaniu zamawiającego do spełnienia takiego zobowiązania, wyznaczając jednocześnie odpowiedni termin, nie krótszy niż 5 dni od daty doręczenia zamawiającemu. Wskazane w zdaniu poprzednim wezwanie zamawiającego oraz upływ wyznaczonego terminu nastąpić muszą nie później niż w terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie".
W tym zakresie Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, w faktycznej argumentacji odniósł się do przepisów art. 395 § 1 i art. 492 k.c. podnosząc, że kwestionowane brzmienie ww. ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2 stanowi kompilację wypowiedzenia umowy, odstąpienia od umowy w trybie art. 395 § 1 k.c. i odstąpienia od umowy w trybie 492 k.c.. W trakcie rozprawy Odwołujący podniósł, że 14-dniowy termin na odstąpienie w zasadzie skraca się do 9 dni, bowiem zamawiający ma 5-dniowy termin na spełnienie świadczenia.

Zgodnie z art. 395 § 1 k.c., który reguluje zagadnienie umownego prawa odstąpienia, można w umowie zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Umowne prawo odstąpienia ma charakter czynności konsensualnej, tak więc powstaje wskutek uzgodnienia przez strony. W doktrynie wskazuje się, że „umowne prawo odstąpienia przybrać może także postać uwarunkowaną, jeżeli mianowicie zgodnie z zastrzeżeniem jedna ze stron może je wykonać wtedy, gdy druga spełni swoje świadczenie nienależycie albo w ogóle go nie wykona (lex commissoria)". Znajduje to odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2014 roku sygn. akt I Aca 1357/13: „lex *commissoria* jest szczególnym przypadkiem umownego prawa odstąpienia i wymaga wskazania terminu". Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 maja 2004 roku sygn. akt II CK 261/03 w uzasadnieniu orzeczenie w zakresie odstąpienia w związku ze zwłoką w zapłacie wskazał, że „Przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia, a więc także takiego, w którym odstąpienie od umowy uzależniono od zdarzenia przyszłego (w tym niewykonania określonego obowiązku)". Uwzględniając stanowisko przedstawiane w doktrynie, choć sporne, Izba wskazuje, że „przy poddaniu całej instytucji umownego prawa odstąpienia regułą wykładni funkcjonalnej (Z. Radwański, Uwagi o wykładni…, str. 321 in.) można na gruncie art. 353 1 obronić tezę, że stroną wolno także uzgodnić inne przesłanki odstąpienia, zacieśniając tym samym uprawnionemu do odstąpienia pole swobody decyzyjnej (zob. M. Kuźniak, Umowne prawo odstąpienia…, s.511 in.)". Podkreśla się w doktrynie, że nie można mylić tej postaci umownego prawa odstąpienia z ustawowym prawem odstąpienia. Przyjmując za punkt odniesienia obowiązującą w polskim prawie zasadę *pacta sunt serwanda* (umów należy dotrzymywać) to instytucja odstąpienia zawsze będzie wyjątkiem dlatego tak istotne znaczenie ma zdefiniowanie i określenie przyczyn i przesłanek odstąpienia w umowie.
Przenosząc powyższe rozważania na grunt tej sprawy Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, w faktycznej argumentacji odniósł się do przepisów art. 395 § 1 i art. 492 k.c. podnosząc, że kwestionowane brzmienie ww. ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2 stanowi kompilację wypowiedzenia umowy, odstąpienia od umowy w trybie art. 395 § 1 k.c. i odstąpienia od umowy w trybie 492 k.c. nakładając na wykonawcę obowiązek wezwania Zamawiającego do spełnienia świadczenia, wyznaczenia 5 dniowego terminu na spełnienie świadczenia oraz złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w maksymalni 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie. Tym samym zarzut, czyli podanie podstawy prawnej oraz uzasadnienia faktycznego w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazał granice orzekania.

W trakcie rozprawy Odwołujący podniósł, że 14-dniowy termin na odstąpienie w zasadzie skraca się do 9 dni, bowiem Zamawiający ma 5-dniowy termin na spełnienie świadczenia. W ocenie Izby, tak ukształtowane postanowienia Subklauziul 16.2 nie naruszają wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa. Zaznaczyć bowiem należy, że treść całej Subklauzuli 16.2 w sposób jednoznaczny określa kto w jakim czasie zobowiązany jest do określonych zachowań, jak również wskazuje jakie skutki może rodzić niedochowanie tych obowiązków i jakie zatem rodzi uprawnienia po drugiej stronie umowy. Odwołujący podniósł, że 14 dniowy termin na odstąpienie od umowy może być niemożliwy do dotrzymania z przyczyn niezależnych od wykonawcy jednocześnie nie wskazał żadnego argumentu, dlaczego miałby być niemożliwy do dotrzymania – w ocenie Izby nie jest uzasadnieniem niedotrzymania terminu wskazywana niezgodność Subklauzuli z art. 492 k.c.. Podkreślić również należy, że niewykonanie ciążących na Zamawiającym obowiązków - które stają się podstawą rozpoczęcia biegu 14 dniowego terminu na odstąpienie od umowy – określone jest również terminami a skutkiem ich niedochowania jest np.: brak wystawienia Świadectwa Płatności czy też brak otrzymania przez Wykonawcę należnej kwoty. W zasadzie nie sposób uwierzyć, wyobrazić sobie nawet, że wykonawca nie będzie miał wiedzy o tym czy dana kwota należna wpłynęła na jego konto albo zostało wystawione Świadectwo Płatności. Nie wpływa również na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu konieczność uprzedniego wezwania Zamawiającego do spełnienia zobowiązania w terminie nie krótszym niż 5 dni od daty doręczenia Zamawiającemu. Izba zaznacza, że w argumentacji Odwołującego nie pojawił się ani raz argument dotyczący kontaktów pomiędzy stronami, określony w Kontrakcie sposób

składania oświadczeń, bądź brak regulacji w tym zakresie - dlatego też Izba przyjęła, że nie są one kwestionowane. Słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, że zgodnie ze zdaniem drugim kwestionowanego akapitu Subkaluzuli 16.2, sprowadza się do tego, że na złożenie oświadczenia o odstąpieniu oraz wezwania Zamawiającego do spełnienia zobowiązania wykonawca ma 9 dni, ale jednocześnie nie wyjaśnił Odwołujący w jaki sposób narusza to obowiązujące przepisy prawa. W zasadzie to argumentacja Odwołującego przeczy interesom wykonawcy, który składa wezwanie Zamawiającego do spełnienia świadczenia, bowiem tak określone terminy korzystne są dla wykonawcy, który w bardzo krótkim czasie uzyska stosowne dokumenty bądź kwoty należne.
W podsumowaniu Izba wskazuje, że zgodnie z powyższym możliwym jest w umowie określenie klauzuli odstąpienia od umowy, na podstawie której termin na odstąpienie liczony będzie od zaistnienia danego zdarzenia bądź od upływu terminu na jego usunięcie.
W rozpoznawanym przypadku mamy, w postanowieniach Subklauzuli został jednoznacznie określony termin na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu po zaistnieniu danego zdarzenia ale jednocześnie zastrzeżone zostało, że wykonawca musi wyznaczyć dodatkowy termin na spełnienie zobowiązania, który musi zmieścić się w terminie 14 dniowym

82

---

na odstąpienie. Jest to niewątpliwie specyficzna konstrukcja, jednakże nie stanowi ona naruszenia przepisów obowiązującego prawa.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że poza przedmiotem sporu pozostaje kwestia określenia terminu, w czasie biegu którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia, a którego określenie zgodnie z art. 395 §1 k.c. jest niezbędne dla stwierdzenia ważności tej klauzuli umownej.
Izba podkreśla, że zgodnie z obowiązującymi przepisami w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań),* odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."*
Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W *zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi,* że *odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu.*

83

(…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są

ściśle *określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."*
W obliczu powyższego na podstawie art. 179 ust 1 ustawy i zawartego w tym przepisie odniesienia do przepisów ustawy (Prawo zamówień publicznych) Izba wskazuje na art. 14 ustawy, do którego również referował Odwołujący, i dalej na art. 395 § 1 k.c. który wymaga dla ważności klauzuli umownego odstąpienia podania terminu, przy czym termin odnosi się do wskazania terminu uprawniającego do skorzystania z prawa odstąpienia.
Za wyrokiem Sądu Najwyższego z 18 października 2012 roku sygn. akt V CSK 417/11: *„Treść* klauzuli odstąpienia musi zawierać oznaczenie terminu, w czasie biegu którego będzie możliwe skorzystanie z prawa odstąpienia. Termin ten może być określony w taki sposób, iż już w chwili zastrzegania prawa odstąpienia jego upływ jest dokładnie umiejscowiony w czasie (dies *cetrus an, certus quando,* np. ustalenie daty kalendarzowej lub czasu wyrażonego w dniach, miesiącach). Wskazanie terminu może również polegać na odwołaniu się przez strony do zdarzenia przyszłego, acz pewnego, choć niedającego się jednoznacznie umiejscowić w czasie (dies *cetrus an, incertus quando).* Nie jest natomiast skuteczne określenie tego terminu przez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich niewątpliwe (dies *incertus an, incertus quando).* W takim zastrzeżeniu brak bowiem elementu pewności co do wystąpienia zdarzenia wyznaczającego kres terminu (skutek *ad quem).* Określenie terminu końcowego do wykonania prawa odstąpienia może być powiązane z wystąpieniem zdarzenia przyszłego (stanowiącego przedmiot zastrzeżenia warunku - art. 89 k.c.), jeśli dodanie tego elementu nie doprowadzi do naruszenia funkcji terminu końcowego związanej z ograniczeniem stanu niepewności co do skorzystania z tego uprawnienia kształtującego."
Odwołując się do powyższego, podkreślając, że nie było to objęte zarzutem odwołania (czyli Izba w tym zakresie nie mogła wyrzec) ale z uwagi na fakt, że odnosi się to przepisów bezwzględnie obowiązujących, art. 395 § 1 zd. 1 k.c. który określa istotne elementy prawa odstąpienia ma charakter *ius cogentis,* dlatego za niedopuszczalne należy uznać zaniechanie oznaczenia przez strony terminu w którym prawo to wygasa – brak tego terminu skutkuje nieważnością zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia na podstawie art. 58 § 3 k.c..

W zakresie zarzutu dotyczącego
Subklauzuli 20.1 akapit 1 i 2 [Odstąpienie przez Wykonawcę].

84

W zakresie Subklauzuli 20.1 akapit 1 i 2 Warunków Szczególnych Kontraktu - Izba zarzut w tym zakresie oddaliła.

Izba oddaliła zarzuty odwołania (pkt 7 zarzutów odwołania) art. 353^1 w związku z art. 353, 627, 647, 487 § 2 i art. 5 k.c., art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 k.c., w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 a), art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi w art. **art. 58** § **3 k.c.,** przez ukształtowanie treści SIWZ **-** Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK - dotyczących zasad dochodzenia roszczeń Wykonawcy w sposób sprzeczny z: (1) właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane, (2) wyżej wymienionymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz (3) zasadami współżycia społecznego, przez przyjęcie, iż warunkiem powstania roszczeń wykonawcy w zakresie: (i) przedłużenia terminu wykonania robót, (ii) wykonania Kamienia Milowego oraz (iii) dodatkowej płatności, jest powiadomienie przez Wykonawcę Inżyniera Kontraktu o roszczeniu opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia, które może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności, co narusza również bezwzględnie wiążące przepisy o przedawnieniu roszczeń. Istnienie roszczenia cywilnoprawnego nie jest bowiem uzależnione od powiadomienia kogokolwiek o tym fakcie, zaś rozpoczęcie biegu przedawnienia następuje od dnia, w którym roszczenie to stało się wymagalne, a umowny przepis proceduralny nie może prowadzić do zniweczenia istniejących praw podmiotowych. Całość zaskarżonej regulacji skutkuje częściową nieważnością w/w postanowień umowy, zgodnie z art. 58 § 3 K.c..

Subklauzula 20.1 (akapit 1 i 2) Warunków Szczególnych Kontraktu –
„Strony postanawiają, że Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiejkolwiek dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że jest ono Wykonawcy należne zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy o:
(i) przedłużenie Czasu na Ukończenie lub
(ii) zmianę wykonania Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania lub
(iii) dodatkową płatność
według jakiejkolwiek klauzuli niniejszych Warunków Kontraktu lub z innego tytułu w związku z Kontraktem jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia. Powiadomienie takie może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub

powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności.
Jeżeli Wykonawca nie zgłosi Inżynierowi powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni to roszczenie nie powstaje. Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wymagana Minimalna Ilość Wykonania nie będzie zmieniona, a Wykonawca nie będzie uprawniony do jakiejkolwiek dodatkowej płatności.”

Izba wskazuje, że w zakresie tego zarzutu kwestionowane jest przez Odwołującego ustanowione w Subklauzuli 20.1 akapit 1 i 2 postanowienie kontraktu, w zasadzie o charakterze proceduralnym (procedura zachowań, czynności stron kontraktu) „powstania roszczenia” narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa wynikające z umowy wzajemnej i z tego względu prowadzi do częściowej nieważności omawianej Subklauzuli. Odwołujący wniósł o (1) zastąpienie sformułowania: „Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy” sformułowaniem: „W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu” oraz (2) skreślenie sformułowania: „to roszczenie nie powstaje.”

W ocenie Izby, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia kontraktu zawarte w Subklauzuli 20.1 akapit 1 i 2 Warunków Szczególnych Kontraktu nie odnoszą się, nie dotyczą roszczeń związanych z *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. Nadal bowiem umowa ma charakter wzajemny, jak również nadal pozostaje umową odpłatną. Postanowienia Subklauzuli 20.1 nie odnoszą się do określonego warunkami kontraktu wynagrodzenia wykonawcy jakie w wyniku złożenia oferty zostanie przez strony kontraktu przyjęty. Argumentacja Odwołującego odnosząca się do powstania wierzytelności o zapłatę wynagrodzenie z kontraktu nie znajduje uzasadnienia w zakresie kwestionowanego postanowienia kontraktu. Podkreśla Izba ponownie, że Subklauzula 20.1 akapit 1 i 2 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczy warunków powstania roszczenia wykonawcy o: przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmianę wykonania Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania lub dodatkową płatność. W sposób jednoznaczny wskazane zostało, że dotyczy elementów kontraktu nieokreślonych w dniu jego zawierania ale przewidzianych na przyszłość, takich które mogą mieć miejsce jak również, które mogą nie wydarzyć się w całym ciągu realizacji kontraktu. Podkreślić należy, że roszczenia jakie mogą powstać w oparciu o postanowienia Subklauzuli 20.1 dotyczą elementów o charakterze dodatkowym a nie podstawowym.
Odwołujący swoją argumentację zawartą w odwołaniu odniósł do powstania wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane, czyli w zakresie tego co zostało ujęte w postanowieniach kontraktu, natomiast w odniesieniu do roszczenia o dodatkową płatność, do której odnosi się Subklauzula 20.1, a która dotyczy zapłaty za wykonanie robót, które

nie zostały ujęte w przewidzianym w kontrakcie wynagrodzeniu wykonawcy Odwołujący nie przedstawił w ocenie Izby faktycznej argumentacji, która uzasadniałaby naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa. Również pozostałe dwa roszczenia wymienione w omawianej subklauzuli, dla których określono tą samą procedurę nie znajdują uzasadnienia faktycznego w uzasadnieniu odwołania; nie sposób uznać bowiem za takie

uzasadnienie faktyczne zarzutu odwołania wskazujące na faktyczne podstawy naruszenia obowiązujących przepisów lakonicznego zdania, że określone postanowienie umowne godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o dzieło oraz umowa o roboty budowlane oraz jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego i jako taka stanowi nadużycie prawa. Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazujące sprzeczność Subklauziuli 20.1 z przepisami obowiązującego prawa. Ogólne odniesienie się przez Odwołującego do celu stosunku zobowiązaniowego jakim jest umowa o dzieło i umowa o roboty budowlane i ustanowienia warunku dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granic swobody umów skutkujące nieważności postanowień kontraktu w tej części, również nie stanowi jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, nie wskazuję bowiem dlaczego w zakresie dodatkowych, nie stanowiących podstawowego zakresu kontraktu określonego w umowie, nieodnoszącego się do wymagalność roszczeń odnośnie zobowiązań określonych w kontrakcie w jaki sposób naruszają regulacje prawne odnośnie swobody postanowień umów zawartych pomiędzy stronami. Podkreślić bowiem należy, że w literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasada swobody umów wiąże się z czterema zasadniczymi cechami: istnieniem swobody zawarcia lub niezawarcia umowy, istnieniem możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, możliwością kształtowania przez strony treści umowy w zasadzie w sposób dowolny a forma umowy zależy w zasadzie od woli stron. Zaznaczyć należy, ze strony mogą zawrzeć umowę nienazwaną, natomiast w przypadku wyboriu jednej z umów nazwanych, czyli przewidzianych i uregulowanych np. w samym Kodeksie cywilnym mogą ustalić treść konkretnej umowy w taki sposób, że postanowienia jej będą odbiegać od wzorca normatywnego. W takim przypadku jedynym ograniczeniem swobody są przepisy dotyczące danego rodzaju umowy o charakterze *iuris cogentis.* Jednakże, co również podkreśla się w doktrynie nie można rozpatrywać zagadnienia swobody umów jedynie w kontekście treści konkretnych przepisów kodeksu, bowiem podstawą, punktem wyjścia jest założenie, że możność uregulowania, swobodnego ułożenia stosunku zobowiązaniowego co do kwestii rulowanych dyspozytywnie wynika z ogólnej normy kompetencyjnej (art. 353 1 k.c.). W związku z tym, jako przepisy bezwzględnie obowiązujące należy stosować te z redakcji których wynika to w sposób jednoznaczny albo te, których treść jest upostaciowieniem zasady moralnej lub odzwierciedleniem jakiegoś istotnego celu społeczno – gospodarczego. Tym samym zasad powinno być uznanie przepisów regulujących umowne stosunki zobowiązaniowe za przepisy dyspozytywne. W uzasadnieniu uchwały z dnia 22 maja 1991

roku sygn. akt III CZP 15/91 Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów wskazał: „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyrażą ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażając ich interesy. (…) W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku tylko jednej strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków.”. W omawianej Subklauzuli 20.1 została ukształtowana procedura, co podkreślić należy ponownie, która nie odnosi się do podstawowych, określonych umową zobowiązań lecz dodatkowych, mogących się pojawić dopiero na etapie realizacji okoliczności, które w wyniku współdziałania stron kontraktu, spowodują powstanie roszczenia. Podkreślić należy, że powstanie roszczenia w konkretnych, bardzo zindywidualizowanych przypadkach, stanowi uprawnienie wykonawcy a jego powstanie jest zależne od woli tylko i wyłączenie wykonawcy, który zgłosi je Inżynierowi w określonym terminie 28 dni od momentu kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okolicznościach. W uzasadnieniu przywołanej powyżej uchwały Sąd Najwyższy wskazał również, że ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego w efekcie skutkujący nieważnością ma miejsce, jeżeli klauzula umowna dopuszcza dokonywanie jednostronnej zmiany treści umowy w dowolnym czasie. W omawianym przypadku każda ze stron kontraktu wie, ma w sposób jednoznaczny określone w przypadku zaistnienia skonkretyzowanych, jednoznacznie określonych i enumeratywnie wskazanych przyczyn stanowiących podstawę powstania roszczenia o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmianę wykonania Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania lub dodatkową płatność wraz ze wskazaniem konkretnej procedury, zachować które mają się zadziać w określonym terminie aby powstało roszenie, czego nie sposób uznać za przekroczenie granic swobody umów. Podkreślić bowiem należy, że zgłoszenie takiego roszczenia, dodatkowego roszczenia w celu jego dochodzenia

na warunkach kontraktu nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem wykonawcy. Jeżeli zatem wykonawca, w związku z określonym zdarzeniem uprawniającym go do zgłoszenia takiego roszczenia (np. uprawniającym do żądania przedłużenia Czasu na Ukończenie) zaniecha wykonania przysługującego mu uprawnienia, to strony mogą w umowie przewidzieć taki skutek tego zaniechania, jakim jest właśnie brak powstania wspomnianego, niezgłoszonego, roszczenia.
Izba wskazuje również, odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, że instytucja zgłoszenia roszczenia a instytucja przedawnienia roszczenia to dwa zupełnie odrębne zagadnienia. Roszczenie, czyli żądanie, aby mogło powstać, zaistnieć muszą okoliczności, które warunkują jego powstanie jak również muszą zostać wyartykułowane wobec dłużnika. Zaznaczyć należy, że w omawianym przypadku, gdyby dochodziło

do powstania roszczenia w przypadku elementów określonych w Subklauzuki 20.1 o charakterze dodatkowym a nie podstawowym bez uprzedniego ich zgłoszenia (zgłoszenia w określonym czasie) Zamawiającemu prowadziłoby to niewątpliwie do wypaczenia natury stosunku zobowiązaniowego jak również stanowiło przekroczenie granicy swobody umów. Przyjęta przez Zamawiającego procedura, że do powstania roszczenia wymagane jest jego zgłoszenie w określonym terminie nie niweczy ta formuła samej wymagalności roszczenia od ziszczenia się określonych danym stosunkiem okoliczności. Słusznie w ocenie Izby wskazuje się również w orzecznictwie, że przewidziane przez Zamawiającego akty staranności dotyczą roszczeń, których źródłem są postanowienia umowy, co nie wyłącza, chociażby w zakresie żądania dodatkowej płatności, oparcia go o przepisy kodeksu cywilnego dotyczące materii bezpodstawnego wzbogacenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego
Subklauzuli 20.1 akapit 6 [Odstąpienie przez Wykonawcę].

W zakresie Subklauzuli 20.1 akapit 6 Warunków Szczególnych Kontraktu - Izba zarzut w tym zakresie oddaliła.

Izba oddaliła zarzuty odwołania (pkt 7 zarzutów odwołania) **naruszenia art. 353^1 w związku z art. 455 i art. 5 k.c., w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy, ze skutkami określonymi**
w art. 58 § 3 Kc, przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ - Tom II - warunki kontraktu - Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, akapit szósty - zasad rozpatrywania przez Zamawiającego roszczeń Wykonawcy naruszający zasadę prawną, iż jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania, podczas gdy powołane postanowienia Subklauzuli 20.1 WSK są tak skonstruowane, że nie wynika z nich żaden termin nie tylko spełnienia świadczenia, ale nawet odniesienia się do tego roszczenia przez Zamawiającego i złożenia przez niego odpowiedniego oświadczenia woli.

Subklauzula 20.1 (akapit 6) Warunków Szczególnych Kontraktu –
„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również

zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie.”

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Subklauzula 20.1 (akapit 6) Warunków Szczególnych Kontraktu dodając następującą treść:
„Zamawiający podejmie decyzję w terminie 90 dni od dnia doręczenia stanowiska Inżyniera Kontraktu wraz wszystkimi wymaganymi dokumentami i informacjami. Zamawiający jest

uprawniony do żądania od Inżyniera Kontraktu lub Wykonawcy dalszych niezbędnych informacji. Przedstawienie żądania przez Zamawiającego przerywa bieg 90-dniowego terminu."
Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu dowołania a Odwołujący odwołanie w podniesionym na wstępie zakresie podtrzymał.
Izba podkreśla, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 17 listopada br. natomiast pismem z 29 listopada br. Zamawiający wprowadził zmiany postanowień zawartych w Subklauzuli 20.1 Warunków Szczególnych Kontraktu w ww. sposób. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności Zamawiającego spowodowały usunięcie bądź zmianę postanowień objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania. Uwzględniając powyższe, w związku z dokonaną przez Zamawiającego zmianą postawienia Subklauzuli 20.1 akapit 6 przez wprowadzenie dodatkowej treści, tym samym braku w dniu wyrokowania podstawy faktycznej wniesionego odwołania Izba oddaliła.
Izba podkreśla, że w uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący wskazywał, że postanowienie Subklauzuli 20.1 akapit 6 jest niezgodne z art. 455 kc w zakresie, w jakim nie określa

żadnego terminu na spełnienie świadczenia, którego termin nie wynika z treści stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, a jednocześnie nie uprawnia wykonawcy do wniesienia sporu do Komisji Rozjemstwa Sporów i wniósł o nadanie brzemienia przez dodanie zdania: „Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że zamawiający akceptuje propozycje Inżyniera."
Izba dla porządku zaznacza, że Zamawiający modyfikując postanowienia Subklauzuli 20.1 akapit 6 wprowadził termin na zajecie przez Zamawiającego stanowiska, tym samym podstawa uzasadnienia wniesionego zarzutu tj. brak określenia terminu odpadła. Przy czym Zamawiający dokonał modyfikacji w inny sposób niż oczekiwał tego Odwołujący wyznaczając termin dla siebie 90 dni przewidział możliwość żądania jeszcze niezbędnych dokumentów, których doręczenie przerywa bieg 90- dniowego termin. Jednakże ta modyfikacja postanowień Subklauzuli 20.1 akapit 6 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi nową treść, która może podlegać badaniu i ocenie w przypadku jej kwestionowania w odrębnym postępowaniu.

IV.
W zakresie zarzutów mających źródło **w treści Tomu III SIWZ**

Izba wskazuje na wstępie, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet" każdego z postępowań o udzielnie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał *- Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej*

potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata

Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(…).
Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do opisania 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, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: *Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (…) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., syg. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym "(...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Rozwój technologii, a wślad za tym postąp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanych przez niego parametrach w nowoczesnej technologii, czyli w okolicznościach sprawy, nawierzchni ze sztucznej trawy bez wypełnienia. W tym też zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomiką wydatkowania* środków *publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości obiektu sportowego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu utrudniania uczciwej konkurencji przez dążenie do uzyskania*

boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy". (…) Powtórzyć trzeba, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany *przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-879/07).*
Natomiast w wyroku Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13 zostało wyartykułowane, że *Celem postępowania jest nabycie przez zamawiającego rzeczy (praw, usług), które odpowiadają jego potrzebom. Zasadnie podnosi*

skarżący, iż stosowanie zasady uczciwej konkurencji nie może prowadzić do nabycia dostaw czy usług, które nie odpowiadają potrzebom zamawiającego. Przez sformułowanie potrzeb zamawiającego w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy należy, w ocenie Sądu, rozumieć nie tylko określenie rodzaju urządzeń, które zamawiający zamierza nabyć oraz zasad serwisu gwarancyjnego tych urządzeń. Zmawiający ma prawo, a jako jednostka sektora finansów publicznych i obowiązek, planowania racjonalnej pod względem finansowym i użytkowym eksploatacji urządzeń również po okresie gwarancyjnym, w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element.
Również Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są potrzeby Zamawiającego, obiektywie skonkretyzowane w przygotowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia, jednakże co należy podkreślać, opis przedmiotu zamówienia musi być precyzyjny i jednoznaczny, dający się zidentyfikować i określić, a obowiązki te Zamawiający wykonać winien rzetelnie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 *opis przedmiotu zamówienia powinien być* na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Natomiast za wyrokiem *Sadu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13 czytamy,* że w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. *Zgodnie z literalną wykładnią art. 29 ust. 2* ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" *stanowi o tym,* że dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio, co jest ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie. W odniesieniu do dyspozycji art. *29 ust. 1 ustawy,* należy zaznaczyć, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który *zapewnia,* że *wykonawcy będą w stanie, bez*

---

dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że *wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione oraz również jednoznacznie podane. Pamiętać bowiem należy,* że *to* opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom, którzy zamierzają złożyć w postępowaniu oferty, na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Tym samym wykonawcy muszą mieć wiedzę na temat czynników wpływających na kalkulację ceny oferty i nie mogą ich się domyślać czy też wyinterpretowywać, ewentualnie czynić jakieś hipotetyczne założenia. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być *konkretne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.*

Zgodnie z art. 2 pkt 8 oraz art. 31 ust. 2 ustawy system "zaprojektuj i wybuduj" to formuła, w ramach której, jeden podmiot wykonuje prace projektowe, jak i budowlane w jednym zadaniu na podstawie jednego zamówienia. W przypadku takiego zamówienia realizowanego w systemie "zaprojektuj i wybuduj", to na jednym wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 954/13). Nadto, Izba podnosi, że podzieliła stanowisko zgodnie z którym: "(…) ustawodawca rozróżnił, przez sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, dwa rodzaje procedur przetargowych na roboty budowlane, na tzw. "klasyczną" wynikająca z przepisu art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie na zamawiającym spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej oraz na wynikającą z przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp procedurę w systemie "zaprojektuj i wybuduj", w której to z kolei na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia m.in. dokumentacji projektowej." (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1787/09).
W rezultacie stosownie do dyspozycji art. 2 pkt 8 ustawy pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych

określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c ustawy lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W okolicznościach, gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego obiektu (dalej:PFU), obejmującego opis zadania budowlanego, który stanowi przedmiot zamówienia (art. 31 ust. 2

---

i 3 ustawy). W programach funkcjonalno-użytkowych określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia w formule "Zaprojektuj i wybuduj" obejmuje:
a) fazę projektową - opracowanie projektu obiektu budowlanego na podstawie posiadanej przez Zamawiającego koncepcji funkcjonalno-przestrzennej i dokumentacji geotechnicznej,
b) fazę wykonawczą - wykonanie robót budowlanych.
Ustalając, z kolei, wartość zamówienia Zamawiający opiera swoją kalkulację finansową o planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych. Zasady opracowania obu powyższych wyliczeń określa Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. *w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym* (Dz. U. z 2004 r., nr 130, poz. 1389) (porównaj wyrok KIO sygn. akt 59/16).
Program funkcjonalno – użytkowy został zdefiniowany przez wskazanie celów, których realizacji ma służyć, a wynikających z § 15 ww. rozporządzenia, służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych a zawartość merytoryczna programu funkcjonalno-użytkowego opisana została w § 18 i 19 ww. rozporządzenia przez wskazanie na elementy składowe części opisowej i informacyjnej tego dokumentu. Zgodnie z § 18 ust. 1 ww. rozporządzenia część opisowa zawiera (1) opis ogólny przedmiotu zamówienia i (2) opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ramach opisu ogólnego przedmiotu zamówienia podaje się informacje dotyczące charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych, aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia, ogólnych i szczegółowych właściwości funkcjonalno-użytkowych (§ 18 ust. 2 rozporządzenia). Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia definiowane są przez opis wymagań dotyczących przygotowania terenu budowy, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia i zagospodarowania terenu, obejmujący cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych i warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadające zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (§ 18 ust. 3 i 4 rozporządzenia). Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego scharakteryzowana została w § 19 rozporządzenia przez wskazanie na jej niezbędne elementy w postaci dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, przepisów prawnych i norm związanych z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia

---

budowlanego i innych posiadanych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych.
Izba wskazuje, że zestawienie powyżej wskazanych regulacji prowadzi, w ocenie składu orzekającego, do wniosku, że program funkcjonalno – użytkowy jest dokumentem stanowiącym w pewnej mierze ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu (ad *casum* drogi), co odróżnia go od dokumentacji projektowej określającej szczegółowo zakres i sposób wykonania przedmiotu zamówienia (por. przepisy Rozdziału II rozporządzenia). Dla przykładu powyższe można zilustrować wskazują na § 19 pkt 4 ww. rozporządzenia, który stanowi o posiadanych przez Zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących, czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych w zakresie przykładowo wskazanym w lit. a – i. Tym samym stwierdzić należy, że opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego

zakłada pewną niedookreśloność tego opisu wynikającą z uprawnienia wykonawcy do określenia szczegółowych rozwiązań technicznych na etapie sporządzania projektu budowlanego. Odpowiedzialność Zamawiającego ogranicza się zatem do przygotowania programu funkcjonalno – użytkowego w zgodzie z przytoczonymi powyżej przepisami rozporządzenia, wobec czego zarzuty stawiane opisowi przedmiotu zamówienia muszą wskazywać na ich naruszenie.
Reasumując tą część Izba podkreśla, ze za niewystarczające w ocenie Izby jest jedynie ogólne odwołanie się do przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, stanowiącego generalne wytyczne zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych a dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, bowiem te regulacje skonkretyzowane zostały w rozpoznawanym przypadku w przepisach ww. rozporządzenia. Odwołujący jedynie hasłowo, ogólnie odwołała się do art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz do § 15 ww. rozporządzenia zawierającego funkcjonalną definicję programu funkcjonalno - użytkowego, nie wskazał zasadniczo na naruszenie przepisów ww. rozporządzenia charakteryzujących program funkcjonalno - użytkowy.

Izba wskazuje również, ze dokonując oceny poprawności opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie można pomijać przyjętej przez Zamawiającego formuły wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku ryczałtu, przez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy, zastosowanie znajduje przepis art. 632 § 1 k.c., z którego wynika, że wykonawca nie może żądać od Zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac. Dowodzi to, że nieujęcie wszystkich elementów kosztotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia nie musi pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy, co jest szczególnie widoczne w przypadku zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj, która – wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach

---

jego opisu wynikającego z programu funkcjonalno - użytkowego – wręcz zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia. Z wynagrodzeniem ryczałtowym wiąże się obciążające wykonawcę ryzyko wyrażające się koniecznością określenia wynagrodzenia, które później, co do zasady, nie będzie podlegało zmianie. Należy jednak zauważyć, że element ten został pozostawiony całkowitej swobodzie wykonawcy i jest swoistym remedium na nierówność uprawnień i obowiązków stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w której wynagrodzenie ma charakter ryczałtu. Trzeba mieć wreszcie na względzie i ten skutek przyjęcia ryczałtowego modelu wynagradzania wykonawcy, że w sytuacji, gdy wykona on jakieś roboty w zakresie mniejszym niż zakładany na etapie sporządzania oferty, bądź nie wykona jakichś robót w ogóle (chociażby z uwagi na ich zbędność dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia ujawnioną na etapie wykonania umowy), to należne mu będzie wynagrodzenie w pierwotnej ustalonej przez niego wysokości.
Odnośnie opisu przedmiotu zamówienia przez pryzmat podniesionych przez Odwołującego przepisów art. 353^1 k.c. oraz art. 5 k.c. Izba zwraca uwagę, że samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów. Trzeba mieć bowiem na względzie, że nawet w klasycznych (tj. powstających poza sferą zamówień publicznych) stosunkach cywilnoprawnych faktyczna nierówność stron umowy nie wymaga żadnego uzasadnienia, jeżeli sytuacja taka objęta jest ich zgodną wolą. O ile jednak we wspomnianej powyżej sferze jest to jedynie jedna z ewentualności, o tyle na gruncie zamówień publicznych nierówność stron stanowi regułę, której źródła – czego odwołujący nie biorą niejednokrotnie pod uwagę – upatrywać należy nie tylko w szczególnym statusie Zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych, ale również w okoliczności, że co do zasady Zamawiający nie ma swobody wyboru kontrahenta, z którym zawrze umowę o udzielenie zamówienia publicznego.
W konsekwencji li tylko stwierdzenie istnienia nieproporcjonalności, czy też obarczenia wykonawcę większością, bądź nawet wszystkimi ryzykami związanymi z realizacją zamówienia, nie jest wystarczające. Konieczne jest wykazanie, że powyższy stan rzeczy narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczny z naturą stosunku lub jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązujących przy stosunkach danego rodzaju. Odwołanie które na takie naruszenia nie

wskazuje uznać należy jedynie za wyraz dążenia do ukształtowania stosunku obligacyjnego w sposób bardziej korzystny dla Odwołującego, stanowi swoistą próbę negocjacji warunków kontraktu przez Odwołującego, co wyklucza możliwość jego uwzględnienia. Należy przy tym pamiętać, że pozycja wykonawcy, nawet w zamówieniach publicznych, nie jest całkowicie

przymusowa, tzn. jest on wyłącznie uprawniony do podjęcia decyzji w przedmiocie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, podkreślić również należy, że to Odwołujący ma swobodę w ustalaniu wysokości wynagrodzenia, które zamierza uzyskać za jego realizację, z czym również musi liczyć się Zamawiający.

Ad. 1 – Audyt BRD

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom III Rozdział I – Część opisowa podrozdział 1.4.1.11 (Organizacja ruchu) i zastąpił istniejące postanowienie: „Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24i ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji." następującym: „Wymagania Zarządcy Drogi uwzględniające wyniku Audytu BRD przeprowadzone na etapie projektowania, na etapie oddania do ruchu i zapisy decyzji pozwoleń na użytkowanie (warunki w nich zawarte), wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej" Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu dowołania a Odwołujący odwołanie w podniesionym na wstępie zakresie podtrzymał.
Izba podkreśla, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 17 listopada br. natomiast pismem z 29 listopada br. Zamawiający wprowadził ww. zmiany dokumentacji. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności Zamawiającego spowodowały usunięcie bądź zmianę postanowień objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania. Uwzględniając powyższe, w związku

z dokonaną przez Zamawiającego zmianą, tym samym braku w dniu wyrokowania podstawy faktycznej wniesionego odwołania Izba zarzut oddaliła.

Ad. 2 – Zakres przebudowy dróg kolidujących

W zakresie tego zarzutu, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, zarówno w piśmie procesowym jak również na rozprawie, że w programie funkcjonalno – użytkowym w pkt 1.4.1.3.2. *Skrzyżowania, przejazdy i drogi obsługujące przyległy teren,* zostały określone wymagania techniczne oraz zakres prac dotyczących przebudowy dróg kolidujących ze wskazaniem takich informacji jak długość tych odcinków, parametry techniczne drogi i inne niezbędne umożliwiające zaprojektowanie i wykonanie dróg innych niż obwodnica miasta Stalowej Woli i Niska.
Zamawiający wskazał również, że postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie

projektuj i buduj, co oznacza, że pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Natomiast wykonawca jest uprawniony do zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanym kształcie. Wskazać również należy, że Zamawiający w toku opracowania Koncepcji Programowej dokonał wstępnych uzgodnień rozwiązań projektowych a wszystkie opinie i uzgodnienia znajdują się w SIWZ w Tomie V „Koncepcja Programowa + Materiały Informacyjne". Zamawiający stwierdził, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz Zamawiającego decyzji ZRID. I to na tym etapie, tj. wykonywania projektu budowlanego oraz uzyskiwania decyzji ZRID wykonawca będzie zobowiązany, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (Prawo budowlane, specustawa drogowa, tj. ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, Dz.U.2015.2031 j.t. ze zm.), do uzyskania wszystkich wymaganych prawem decyzji i uzgodnień. Zamawiający wskazał również, że chcąc ułatwić wykonawcy właściwe skalkulowanie oferty wskazał w pkt 1.4.1.1 PFU na podstawie jakich dokumentów i wymagań (wszystkie wymagania określone w PFU) należy wycenić przedmiotowy zakres prac. W ocenie Zamawiającego profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątpienia są podmioty zaproszone do składania ofert są wstanie bez większych problemów wycenić ten zakres projektu i robót. Przedmiotowy zakres prac jest standardem w zamówieniach realizowanych w systemie projektuj i buduj. Zamawiający wskazał, że jest uprawniony, także w ramach zamówienia realizowanego w systemie projektuj i buduj do wskazania swoich wymagań, które muszą być przez wykonawcę zachowane. Zamawiający

stwierdził również, że dokonując oceny tego, czy sposób określenia przedmiotu zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, należy brać pod uwagę całokształt postanowień SIWZ, a nie jedynie ich fragmenty. Nie ma bowiem wątpliwości, iż kontekst, w jakim dane wyrażenia zostały użyte determinuje ich znaczenie i w jego ramach oceniać należy stopień jednoznaczności.
W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem jak suszenie wskazał Zamawiający formuła jaka została przyjęta dla realizacji zamówienia pozwala Zamawiającemu na wskazanie określonych informacji jednakże te określone w Tomie V stanowią wynik koncepcji przyjętej przez Zamawiającego, którą wykonawca może uwzględnić a na pewno posłużyć się przedstawionymi tam dokumentami przy tworzeniu własnych założeń. W ocenie Izby nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Odwołującego odnosząca się do tego, że w treści programu funkcjonalno – użytkowego w pkt 1.4.1.3.2. *Skrzyżowania, przejazdy i drogi obsługujące przyległy teren* jest odniesienie do „m.in." co nie charakteryzuje katalogu zamkniętego. Odwołującemu wskazał, że chodzi mu o domknięcie i dookreślenie opisu czego w ocenie Izby nie sposób uznać za właściwe podejście w tym postępowaniu, bo przecież przyjęta przez wykonawcę koncepcja może powodować zmiany również w zakresie przebudowy dróg kolidujących, co przy jak to określił domkniętym a w ocenie Izby sztywnym opisie wypacza istotę przyjętej formuły realizacji zamówienia a jednocześnie w zasadzie ogranicza wykonawcą swobodę przy tworzeniu założeń do projektowania.
Wskazywany przez Odwołującego brak odwołania się na str. 11 tiret 5 programu funkcjonalno – użytkowego do pkt 1.4.1.3.2 programu funkcjonalno – użytkowego Izba również uznała za chybiony. Na stronie 9 programu funkcjonalno – użytkowego w punkcie 1.4 zawarto ogólny opis przedmiotu zamówienia, następnie w punkcie 1.4.1. określono Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres Robót, w punkcie 1.4.1.3. Parametry projektowanych dróg a w punkcie 1.4.1.3.2. Skrzyżowania, przejazdy i drogi obsługujące przyległy teren, gdzie zostały zawarte informacje na temat zaprojektowania i wykonania przebudowy dróg kolidujących. Dokumentacja ta stanowi całość, którą należy czytać zgodnie z jej treścią.
Izba wskazuje również, że Odwołujący nie odniósł się do naruszeń przepisów rozporządzenia, które zostało omówione przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia wyroku w punkcie IV.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad. 3 – Optymalizacja

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom III Rozdział I – Część opisowa podrozdział 1.4.1.1 (Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania) i zastąpił istniejące postanowienie:
„*Podczas* projektowania należy uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi krajowej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji.
W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu" następującym:
„*Podczas* projektowania należy dążyć optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi krajowej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu".

Dokonana przez Zamawiającego zmiana ww. postanowień nie odniosła się, nie dotyczyła zasadniczego zakresu zarzutu Odwołującego. Zdaniem składu orzekającego, nawet przy uwzględnieniu przywołanej przez Zamawiającego zmiany treści pkt 1.4.1.1 programu funkcjonalno - użytkowego, wykonawca nie ma wiedzy jakie okoliczności stanowić mogą podstawę odmowy zatwierdzenia proponowanych przez niego rozwiązań, niezależnie od tego, czy mają one charakter innowacyjny, czy też nie. W ocenie Izby niezbędne jest doprecyzowanie, sprecyzowanie postanowień przez wskazanie na okoliczności, które będą uprawniały Zamawiającego do odmowy zatwierdzenia koncepcji proponowanej przez wykonawcę.
W odniesieniu do ukształtowanego wymagania przedstawienia Zamawiającemu instrukcji utrzymania i przewidywanych kosztów eksploatacji rozwiązania innowacyjnego Izba uznała ten wymóg za uzasadniony, jako że w takich przypadkach Zamawiający może nie mieć wiedzy o szczegółach proponowanego mu rozwiązania, co z kolei może spowodować niezasadną odmowę jego zatwierdzenia. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że nie został w odwołaniu sformułowany zarzut braku definicji rozwiązania innowacyjnego, w tym zakresie Izba nie orzeka (art. 192 ust. 7 ustawy).

Izba zarzut ten uznała za zasadny i nakazała Zamawiającemu wprowadzenie w punkcie 1.4.1.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego katalogu okoliczności uprawniających

Zamawiającego do odmowy zatwierdzenia przedstawionych przez wykonawcę rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji.

Ad. 4 – Tymczasowy łącznik

W zakresie tego zarzutu, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego.
Zamawiający w pkt 1.4.1.3.2 lit. s) Programu Funkcjonalno – Użytkowego wskazał:
„Tymczasowy łącznik należy zaprojektować na końcu drogi obwodowej w m. Przędzel, w miejscu przyszłej lokalizacji węzła „Rudnik", projektowanego w ramach budowy drogi ekspresowej S-19 (na terenie objętym decyzją DUŚ dla S-19). (...) Podczas projektowania i ewentualnego wykonawstwa tymczasowego łącznika na końcu drogi obwodowej, należy dążyć do optymalizacji rozwiązań projektowych, uwzględniających minimalizację robót traconych, związanych z przyszłą budową węzła „Rudnik". Zamawiający zastrzega sobie prawo do zaniechania budowy tego elementu, w przypadku równoległego wykonywania docelowego połączenia obwodnicy z S-19 w ramach budowy węzła „Rudnik". W *takim przypadku Wykonawca obwodnicy podejmie współpracę z* Wykonawcą węzła w celu ujednolicenia technologii oraz skorelowania zakresów i terminów wykonywania robotna styku

obydwu inwestycji".
Izba wskazuje również na treść Subklauzuli 4.6 Warunków Szczególnych Kontraktu, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązuje się, przy udziale Zamawiającego, do współpracy z wykonawcami sąsiednich odcinków lub innymi wykonawcami (np. systemów poboru opłat, Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem itp.) celem minimalizowania utrudnień w zakresie realizacji Robót objętych opisem przedmiotu zamówienia. w przypadku niezastosowania się do powyższego, Wykonawca będzie odpowiedzialny za zasadach ogólnych za szkody wyrządzone na skutek swojego działania lub zaniechania."
Słusznie w ocenie Izby wskazał Zamawiający, że kluczowym dla tego punktu jest fakt, że koordynacja prac będzie zależna od Zamawiającego, przy udziale którego wykonawcy sąsiednich odcinków zobowiązani zostali ze sobą współpracować. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że do budowy łącznika jak i do budowy węzła Rudnik mogą być wykorzystane różne technologie przy czym wykonawcom znane są podstawowe parametry techniczne zarówno łącznika jak i węzła Rudnik. Zamawiający dodał również, że zarządcą drogi S19, w ramach której realizowany będzie węzeł Rudnik, jest sam Zamawiający co pozwala mu na takie koordynowanie prac wykonawców, które wykluczy kolizje wykonania i realizacji prac. Również Zamawiający wyjaśnił, że postępowanie przetargowe związane z budową drogi ekspresowej S-19 jest w toku. Podkreślenia wymaga również, na co wskazał

Zamawiający, że tymczasowy łącznik, o którym mowa w tym zarzucie, będzie wykonany jedynie w sytuacji, gdy opóźnią się prace na drodze S19, i będzie to około 100 metrów drogi, która to droga będzie jedynie tymczasowa. Również sam Odwołujący zwrócił uwagę ta to, że prace te w zasadzie w ogóle nie muszą zostać wykonane. Zaznaczyć należy również, że współprac wykonawców dotyczy „styku obydwu inwestycji".
W ocenie Izby przyjęta formuła realizacji inwestycji, w tym wypadku obu inwestycji nie wymusza na Zamawiający określania innych ponad te zawarte w dokumentacji postanowień. Izba wskazuje również, że Odwołujący nie odniósł się do naruszeń przepisów rozporządzenia, które zostało omówione przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia wyroku w punkcie IV jak również nie określił nawet w sposób przykładowy jak miałby wyglądać w inny niż wskazany przez Zamawiającego sposób koordynacji jak również nie wskazał, w jakim zakresie nastąpi wskazane przez Odwołującego ewentualne nakładanie się prac projektowych i budowlanych.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad. 5 – Uzgodnienia z zarządcami cieków
Ad 6 – Uzgodnienia – zbiorniki
Ad 7 – Uzgodnienia – umowy

W zakresie wskazanych zarzutów, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego.
Zamawiający w pkt 1.4.1.5 Programu Funkcjonalno – Użytkowego wskazał: *„Ostateczne* ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będzie wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków. Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, *nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.*
W pkt 1.4.1.6. Programu Funkcjonalno – Użytkowego czytamy: *„Ostateczna* ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków."

W pkt 1.4.1.7. Programu Funkcjonalno – Użytkowego Zamawiający podał: „W warunkach i

uzgodnieniach wstępnych, wskazanych w poniższych punktach 1.4.1.7.1 - 1.4.1.7.6, w okresie po ich wydaniu mogły nastąpić zmiany w zakresie kolidujących sieci. Dodatkowo w przypadku niektórych wydanych warunków i uzgodnień, wydająca je instytucja określiła horyzont czasowy ich obowiązywania. W związku z powyższym, na etapie wykonania Projektu Budowlanego i Wykonawczego, należy wystąpić o wydanie warunków technicznych na budowę, przebudowę, zabezpieczenie i likwidację sieci do wszystkich właścicieli/administratorów sieci, a następnie o uzgodnienie ostatecznych rozwiązań projektowych w tym zakresie. Zmiany w zakresie przebudowy sieci nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Uzyskane warunki techniczne jw., należy, każdorazowo po ich przeanalizowaniu w aspekcie ich zasadności i zgodności z obowiązującymi przepisami prawa, przekazywać wraz z opinią Projektanta w tej sprawie, Inżynierowi i Zamawiającemu do akceptacji. Po uzyskaniu przedmiotowej akceptacji, należy opracować dokumentację projektową niezbędną do uzyskania zezwoleń na realizację i do realizacji Robót. W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, z Inwestorem, należy wszelkie regulujących wzajemne zobowiązania uregulować
formalności z tym związane oraz przedstawić uzgodnione projekty umów, za pośrednictwem Inżyniera, do podpisania Zamawiającemu. Zamawiający niezwłocznie podpisze i przekaże Wykonawcy ww. umowy. Przedmiotowe projekty powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. *Wszelkie koszty i* czynności wynikające z w/w umów (porozumień) należy skalkulować i zawrzeć w Cenie Kontraktowej.
Należy uzyskać opinie, uzgodnienia, pozwolenia i inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi i zezwolenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej (ZRID)".
Izba wskazuje, że Zamawiający odniósł się w swoim stanowisku pisemnym do stawianych zarzutów podniósł, że przyjęta formuła realizacji inwestycji tj. w systemie projektuj i buduj wskazuje, że rozwiązania technologiczne techniczne i projektowe mogą być na etapie prowadzenia postępowania jedynie sugerowane przez Zamawiającego a po stronie wykonawcy istnieje uprawnienie do ich zaproponowani i zrealizowania w ostatecznym kształcie ujmującym wymagania zawarte w dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego (SIWZ). Zamawiający kolejny raz zaznaczył, że w toku opracowania koncepcji programowej dokonał wstępnych uzgodnień rozwiązań projektowych a opinie i uzgodnienia zawarł w Tomie V Koncepcja Programowa + Materiały Informacyjne.
Zamawiający wskazał, że w pkt 1.4.1.5 i 1.4.1.6 programu funkcjonalno – użytkowego, co w ogóle pomija Odwołujący, podał w celu łatwiejszego skalkulowania oferty na podstawie

---

jakich dokumentów oraz wymagań należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Podkreślił również Zamawiający, że wymagania właścicieli/zarządców cieków dotyczą jedynie warunków technicznych prac do wykonania. W żadnym razie nie można uznać, iż tak określony obowiązek wykonawcy narusza przepisy ustawy. Zamawiający również wskazał, że to od ostatecznych rozwiązań projektowych zaproponowanych przez wykonawcę będzie zależeć kształt systemu odwodnienia itp. a Zamawiający jest uprawniony również w ramach zamówienia realizowanego w formule projektuj i buduj do wskazania wymagań, które muszą być przez wykonawcę zachowane. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątpienia są podmioty zaproszone do składania ofert, są w stanie bez większych problemów wycenić ten zakres projektu i robót. Przedmiotowy zakres prac jest standardem w zamówieniach tego typu. Zamawiający również wskazał, że zgodnie z art. 32 ustawy o drogach publicznych koszty przebudowy urządzeń gestorów sieci i wszelkie uzgodnienia oraz wymagania gestorów nie mogą być sprzeczne z tym przepisem. W sytuacji, w której gestor sieci będzie wymagał wykonania prac wykraczających poza fizyczne przełożenie instalacji technicznej będzie zobowiązany do poniesienia kosztów z tym związanych.

Izba mając na względzie argumentację zawartą we wstępnej części uzasadnienia wyroku w punkcie IV oraz stanowisko prezentowane przez Zamawiającego jak również (w szczególności) argumentację Odwołującego, która nie odnosi się w zasadzie do informacji zawartych w kwestionowanych postanowieniach programu funkcjonalno – użytkowego jak również w całej dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego uznała zarzuty za

niezasadne. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że ww. postanowienia wskazują na to, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny. W ocenie Izby to stanowisko Odwołującego jest wybiórcze a brak podniesienia argumentacji w odwołaniu w zakresie przedstawionych przez Zamawiającego informacji pozwala na uznanie, że działanie Odwołującego jest nakierunkowane jedynie na wprowadzenie postanowień pozwalających na zwiększanie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużanie Czasu na Ukończenie w zasadzie jako zabezpieczenie Odwołującego – wykonawców w przypadku niewłaściwego, nieprawidłowego określenia na etapie projektowania koncepcji niezbędnych wymagań. Izba ponownie wskazuje, że w tego typu formule projektuj i buduj Zamawiający zobowiązany jest podać jedynie pewne, istotne dla niego wytyczne, które muszą odpowiadać wymaganiom programu funkcjonalno-użytkowego. Podanie szczegółowych rozwiązań, w tym sporządzenie projektu w uzgodnieniu z zarządcami dróg, gestorami sieci czy właścicielami bądź zarządcami cieków, należy do obowiązków wykonawcy. Wymagania dotyczące przeprowadzenia uzgodnień z zarządcami innych dróg, gestorami sieci czy zarządcami cieków są typowymi wymaganiami w zamówieniach, w których obowiązek sporządzenia projektu spoczywa na wykonawcy.

105

Oczywistym jest, że na etapie sporządzenia programu funkcjonalno- użytkowego, który ze swej istoty zawiera jedynie kierunki i wytyczne nie jest możliwym przeprowadzenie i przewidzenie wszystkich niezbędnych do realizacji zamówienia uzgodnień. Zamawiający w trakcie rozprawy dodał również, że koszty ulepszeń ponosi gestor a Zamawiający jest koordynatorem wszystkich tych prac i czuwa nad ewentualnymi zmianami. Zamawiający wskazał również, że niejednokrotnie umowy z gestorami zawierane są jako umowy trójstronne, gdzie jedną z tych stron jest Zamawiający, w tym zakresie Odwołujący nie zajął stanowiska w trakcie rozprawy.
Izba wskazuje, że zgodnie z art. 32 ustawy o drogach publicznych zasadą jest (ust. 1), że to na zarządcy drogi ciąży obowiązek przywrócenia poprzedniego stanu lub dokonanie zmiany infrastruktury sieciowej spowodowanej inwestycją drogową. Jednakże zasada ta podlega modyfikacjom określonym w ust. 2-4. Koszty przyłączy w pasie drogowym zgodnie z ust. 2 tego przepisu zarządca drogi ponosi koszty odtworzenia przyłączy w granicach pasa drogowego, a poza nim ponosi je przedsiębiorstwo sieciowe (właściciel infrastruktury), przy czym ewentualne uzgodnione z przedsiębiorstwem sieciowym ulepszenie przyłączy dokonane przez zarządcę drogi w pasie drogowym pokrywane jest przez przedsiębiorstwo sieciowe. Natomiast zgodnie z ust. 3 zarządca drogi ponosi koszty przełożenia urządzeń liniowych w pasie drogowym w wysokości odpowiadającej ich wartości i przy zachowaniu dotychczasowych właściwości użytkowych oraz parametrów technicznych, a przedsiębiorstwo sieciowe pokrywa uzgodnione z zarządcą drogi ulepszenia (ust. 4). W ust. 4 ustawodawca rozstrzygnął, że przedsiębiorstwo sieciowe zwraca koszty uzgodnionych z zarządcą drogi ulepszeń. Izba wskazuje, że w tym zakresie również nie przedstawił swojego stanowiska Odwołujący a niewątpliwie nie sposób uznać aby nie były mu znane ww. przepisu o drogach publicznych.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad 8 – Współpraca z zarządcami innych dróg

W zakresie wskazanego zarzutu, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego

Zamawiający w pkt 1.5.2.1. Programu Funkcjonalno – Użytkowego wskazał: ***„W*** *celu opracowania rozwiązań projektowych* dla dróg innych kategorii niż drogi krajowe, przewidzianych przez Zamawiającego do przebudowy w ramach niniejszego zadania, *należy podjąć współpracę z zarządcami tych dróg.* Należy dokonać obliczeń zaproponowanych konstrukcji jezdni w punkcie 2.1.2. PFU".

106

Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że kwestionowanie przez Odwołującego postanowienie jest standardowym w zamówieniach realizowanych w formule projektuj i buduj. Jako oczywiste wskazał, że wykonawca w trakcie przygotowania

dokumentacji projektowej drogi ekspresowej musi zaprojektować przebudowę dróg innych kategorii przecinających się z projektowaną i budowaną obwodnicą, a by właściwe tego dokonać zgodnie z postanowieniami SWIZ musi podjąć współpracę z zarządcami tych dróg i uzgodnić z nimi warunki przebudowy. Zamawiający w punkcie 1.4.1.3.2 programu funkcjonalno – użytkowego zawarł wymagania techniczne i zakres prac jaki dotyczy wstępnie uzgodnionych rozwiązań dotyczących przebudowy tych dróg, a który Zamawiający wstępnie uzgodnił w toku opracowywania koncepcji programowej. Nie zwalania to jednak wykonawcy w świetle obowiązujących przepisów w ramach opracowania projektu budowlanego do uzgodnienia z właściwymi podmiotami przyjętych przez siebie rozwiązań.
W uzupełnieniu stanowiska Zamawiającego, które Izba podziela oraz mając na uwadze argumentację przedstawioną przez Izbę w uzasadnieniu wyroku w punkcie IV zważeń Izby, Izba wskazuje, że w celu właściwego zaprojektowania przebudów dróg niższych kategorii wykonawca musi nawiązać współpracę z zarządcami tych dróg i ostatecznie uzgodnić warunki przebudowy. Nie sposób uznać za prawidłowe narzucanie wykonawcy w tej formule realizacji inwestycji jakiekolwiek uzgodnienia z kimkolwiek, tym bardziej, że optymalizacja realizacji zamówienia, sposób i koncepcja są w tej formule kluczowymi elementami, które pozwalają każdemu wykonawcy, przy uwzględnieniu wytycznych Zamawiającego, do przygotowania oferty w sposób najbardziej zgodny z wiedzą i umiejętnościami wykonawcy oraz zindywidualizowany w zakresie realizacji. Również cena realizacji inwestycji mają odzwierciedlenie także w realizacji przebudowy innych dróg i dlatego Zamawiający w celu minimalizacji tych kosztów (ceny) pozostawia tę kwestię do rozwiązania wykonawcy bez deklarowania zmiany wynagrodzenia czy przesuwania terminu wykonania zamówienia.
Izba podkreśla, że Odwołujący ponowione nie odniósł się do postanowień całej dokumentacji a wybiórczo i selektywnie do określonego jej fragmentu co ponownie sprowadza się do wnioskowania o określenie minimalnego zakresu przebudowy dróg oraz dopuszczenie zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktu oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie jeżeli wymagania zarządców dróg wykroczyłby poza minimalny określony przez Zamawiającego zakres. Odwołujący pomija w zupełności, nie odnosi się do punktu 1.4.1.3.2 programu funkcjonalno – użytkowego zawierającego informacje techniczne, organizacyjne i inne oraz jak również dokumentów tam przywołanych a zawierających ustalenia, porozumienia z zarządcami dróg. Izba ponownie wskazuje, że działanie Odwołującego takie nieprecyzyjne bardzo ogólnikowe i nie odnoszące się w zasadzie do istoty sprawy nakierunkowane jest

na zmianę postawień programu funkcjonalno – użytkowego przez negocjowanie ich a nie wykazywanie ich niezgodności z obowiązującymi przepisami prawa.
Izba wskazuje również, że Odwołujący nie odniósł się do naruszeń przepisów rozporządzenia, które zostało omówione przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia wyroku w punkcie IV jak również nie określił nawet w sposób przykładowy jak miałby wyglądać w inny niż wskazany przez Zamawiającego sposób współpracy z zarządcami innych dróg. Odwołujący jako profesjonalista powinien był choćby spróbować podjąć się określenia granic takiej współpracy ale nie uczynił tego, co pozwala przesądzić, ze w formule projektuj i buduj taka regulacja nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, tym bardziej w obliczu profesjonalizmu wykonawców zaproszonych do składania ofert jak również zawartych w programie funkcjonalno – użytkowym informacji, które Odwołujący zdaje się celowo pominął.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad 9 – Odstępstwa

W zakresie wskazanego zarzutu, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego

Zamawiający w pkt 1.5.2.1. Programu Funkcjonalno – Użytkowego wskazał:
„W przypadku potrzeby procedowania w myśl Art. 9 ustawy z dnia 7 Upca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. f poz. 290) Wykonawca jest zobowiązany uzyskać odstępstwa od przepisów techniczno- budowlanych *w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie".*

Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że oczywiste jest, że wykonawca w trakcie przygotowania dokumentacji projektowej może przyjąć rozwiązania projektowe, które mogą wymagać uzyskania odstępstwa zgodnie z art. 9 ustawy Prawo budowlane. Słusznie w ocenie Izby podniósł Zamawiający, że do ewentualnej procedury odstępstwa dojdzie wyłącznie na podstawie przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych. Izb podkreśla, że tym samym uzasadnione jest wymaganie od wykonawcy wycenienia ryzyka ewentualnego wystąpienia przez wykonawcę o odstępstwo na podstawie jego własnych rozwiązań projektowych. Izba wskazuje, że treść uzasadnienia odwołania dla rozpatrywanego zarzutu ma dość oryginalny wydźwięk, bowiem Odwołujący zdaje się zarzucać Zamawiającemu, że ma wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i nakłada jednocześnie Zamawiający na wykonawców wymóg uzyskania w

---

razie potrzeby odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty oraz Czasu na Ukończenie. Tym samym po raz kolejny uwidacznia się intencja Odwołującego, który nie dokonuje argumentacji merytorycznie opartej na faktycznych naruszeniach lecz ponowie stara się negocjować warunki umowy w zakresie Kwoty Kontraktu i czasu na Ukończenie. Odwołujący wskazał, że postanowienia dokumentacji nie regulują kwestii braku uzyskania stosownego odstępstwa bez winy Wykonawcy, lecz co istotne, Odwołujący nawet nie stara się wykazać jaka mogłaby to być okoliczność. Natomiast gdy organ nie wyda zgody na odstępstwo powstałe z inicjatywy wykonawcy, to zrealizuje on projekt zgodnie z przepisami techniczno-budowlanymi, co jest wymagane zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Przepisy prawa i rozporządzenia wiążące wykonawcę podał Zamawiający w programie funkcjonalno – użytkowym w Rozdziale II pkt 2.1, ppkt 3) Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U.2016.124). Podkreślenia wymaga również, że przypadku braku zgody na odstępstwo lub opóźnień w uzyskiwaniu odstępstwa wynikającego z winy urzędu będą miały zastosowanie odpowiednie postanowienia Szczególnych Wanków Kontraktu, gdzie w Subklauzuli 8.5 – Opóźnienia spowodowane przez władzę, zawarte zostało uprawnienie dla wykonawcy do przedłużenie Czasu na Ukończenie.
Izba wskazuje również, że Odwołujący nie odniósł się do naruszeń przepisów rozporządzenia, które zostało omówione przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia wyroku w punkcie IV. Odwołujący jako profesjonalista nie powinien był pomijać postanowień dokumentacji, które mają znaczenie dla rozpoznania tego zarzutu a do których referował Zamawiający. Brak argumentacji Odwołującego w tym zakresie prowadzi do wniosku, że po raz kolejny celem Odwołującego nie jest zmiana postanowień z uwagi na ich niezgodność z obowiązującymi przepisami lecz próba wynegocjowania innych warunków kontraktu.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad 10 – Sieci teletechniczne

W zakresie wskazanego zarzutu, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego

Zamawiający w pkt 2.1.1.1.3 Programu Funkcjonalno – Użytkowego wskazał: *„Sieć teletechniczna ma służyć do komunikacji poszczególnych urządzeń i systemów w pasie drogowym i należy ją zrealizować poprzez:*

- zaprojektowanie oraz wykonanie kanałów technologicznych stanowiących ciąg osłonowych elementów obudowy, studni kablowych oraz innych obiektów lub urządzeń służących umieszczaniu tub eksploatacji urządzeń infrastruktury technicznej dia całego odcinka drogi ekspresowej wraz z obszarem przyległym w zakresie niezbędnym do podłączenia instalowanych i docelowych systemów drogowych do CZR. Wykonana kanalizacja teletechniczna powinna mieć przekrój 4x110 mm, a w przypadku stwierdzenia niewystarczającej przepustowości należy zaprojektować przekrój zapewniający 50% wolnej przestrzeni po wprowadzeniu niezbędnego okablowania. Dla wyżej wymienionych kanałów

technologicznych należy wykonać odrębną wycenę kosztów budowy w Zasadniczym Przedmiarze Robót Stałych”

Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, że wskazane w tym punkcie wymagania są zgodne z rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 21 kwietnia 2015 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać kanały technologiczne (Dz.U.2015.680). Izba ponownie podkreśla, że realizacja zamówienia w tej formule implikuje, że pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Pozostaje również aktualna w zakresie tego zarzutu argumentacja, że to wykonawca zaproponuje ostateczny sposób realizacji inwestycji i będzie zobligowany uzyskać wszystkie decyzje i pozwolenia.
W ocenie Izby w oparciu o kwestionowane postanowienia programu funkcjonalno - użytkowego nie sposób twierdzić o niebezpieczeństwie otrzymania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert, w oparciu o co budował swoją argumentację w tym zarzucie Odwołujący. W ocenie Izby również wnioskowana przez Zamawiającego zmiana postanowień w proponowany sposób, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie usuwa stanu rzeczy do jakiego referował w uzasadnieniu Odwołujący.
Izba wskazuje również, że Odwołujący nie odniósł się do naruszeń przepisów rozporządzenia, które zostało omówione przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia wyroku w punkcie IV. W ocenie Izby po raz kolejny celem Odwołującego nie jest zmiana postanowień z uwagi na ich niezgodność z obowiązującymi przepisami lecz próba wynegocjowania innych warunków kontraktu a mających na celu ponownie możliwość zwiększania Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad 11 – Analiza wielokryterialna

W zakresie wskazanego zarzutu, mając również na uwadze cały przeprowadzony przez Izbę we wstępnej części uzasadnienia rozpoznania zarzutów w pkt IV uzasadnienia wyroku wywód, Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego

Zamawiający w pkt 1.5.1.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego wskazał: *„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych opisanych w powyższej decyzji, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Ilość ekranów podana w decyzji* środowiskowej *jest wartością orientacyjną, a ostateczne ilości zostaną określone po opracowaniu Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na* środowisko, *Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego. W ramach oceny oddziaływania na* środowisko *należy przeprowadzić wieiokryteriainą analizę w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz* środków *ochrony przed hałasem. Analiza ta musi zostać szczegółowo opisana w Raporcie”.*
W pkt 2.1.10 Programu Funkcjonalno – Użytkowego czytamy: *„W celu ochrony przed ponadnormatywnym oddziaływaniem akustycznym drogi ekspresowej wzdłuż odcinków trasy zlokalizowanych w sąsiedztwie terenów podlegających ochronie akustycznej, dla których prognozowane są przekroczenia standardów* środowiska *w zakresie dopuszczalnych poziomów hałasu, należy zaprojektować i wykonać zabezpieczenia przeciwhałasowe (np. ekrany akustyczne, wały ziemne). Zaprojektowanie oraz wykonanie zabezpieczeń przeciwhałasowych poprzedzone musi być wykonaniem analizy wielokryterialnej w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz* środków *ochrony przed hałasem. Zamawiający preferuje stosowanie wałów ziemnych i ekranów ziemnych (konstrukcja ekranu wypełniona gruntem), chyba, że nie jest to uzasadnione warunkami techniczno-ekonomicznymi. Przez warunki techniczno-ekonomiczne uzasadniające ww. rozwiązania należy rozumieć takie, które nie powodują wzrostu kosztów nabycia gruntów i wzrostu kosztów utrzymania po stronie Zamawiającego".*

Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że jednoznacznie określił w pkt 1.4 programu funkcjonalno - użytkowego „Opis ogólny przedmiotu zamówienia”, 1.5.1.2 „Ustalenie lokalizacji i parametrów urządzeń ochrony środowiska” i 2.1.10 „Zabezpieczenia

akustyczne", że obliguje wykonawcę do przeprowadzenia analizy wielokryterialnej w zakresie hałasu. Zalecane kryteria oraz wytyczne konieczne do wykonania przedmiotowej analizy zostały podane w treści specyfikacji SP.10.30.10 „Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko wymagany do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej". Zamawiający wskazał również, że jednoznacznie określono, że

ustalenie wag kryteriów jest obowiązkiem wykonawcy w porozumieniu z Zamawiającym. W ocenie Izby niezmierni istotne jest również to, że mając na względzie zobowiązanie wykonawcy do sporządzenia projektu budowlanego i nie znając ostatecznych rozwiązań projektowych Zamawiający dopuścił zastosowanie innych kryteriów niż zalecane, co jednocześnie uniemożliwia ustalenie wag na obecnym etapie. W ocenie Izby wymaga również podkreślenia, że Zamawiający zaznaczył, że wielokryterialną analizę należy przeprowadzić w celu ustalenia optymalnych metod oraz środków ochrony przed hałasem i, że analiza ta musi zostać szczegółowo opisana w Raporcie o oddziaływaniu na środowisko wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.
Bezsprzecznie najistotniejszym elementem jest fakt, że w oparciu o wyniki analizy wielokryterialnej nie jest dokonywana wycena oferty. W pkt 1.4.1.1 programu funkcjonalno – użytkowego Zamawiający jednoznacznie określił, że decyzja środowiskowa jest wiążąca, tj. na jej podstawie wykonawca dokonuje wyceny oferty, jednocześnie dopuszczając możliwość dokonania przez wykonawcę zmiany w lokalizacji i ilości m.in. zabezpieczeń akustycznych, które to zmiany należy usankcjonować w Ponownej Ocenie Oddziaływania Przedsięwzięcia na Środowisko.
Wyniki analizy wielokryterialnej są instrumentem ułatwiającym wykonawcy podjęcie decyzji o zastosowaniu optymalnych rozwiązań zabezpieczających, zarówno pod względem funkcjonalnym jak i finansowym.
W ocenie Izby stanowisko Odwołującego o możliwości przyjęcia przez wykonawców różnych wag dla kryteriów odnoszących się do analizy było błędne.
Bezsprzecznie kwestionowane przez Odwołującego postanowienia programu funkcjonalno – użytkowego dotyczą wykonawcy, który uzyskał (uzyska) zamówienie w wyniku wyboru jego oferty a nie odnosi się do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Analiza wielokryterialna dotyczy, bowiem etapu po zawarciu umowy nie zaś etapu przygotowania oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.
Na uwagę również zasługuje fakt, że obowiązek współpracy Zamawiającego i wykonawcy w ustaleniu wag dla przyjętych w analizie kryteriów nie został obwarowany żadną sankcją, wobec czego należy go poczytywać za zobowiązanie stron umowy do współdziałania, co wynika z wzajemnego charakteru zawieranej umowy na realizacje przedmiotowej inwestycji.
Mając na uwadze powyższe Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Ad 12 – System poboru opłat

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2016 roku dokonał następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom III Rozdział II – Opis wymagań Zamawiającego 2.1.14.5 (System poboru opłat) i zastąpił istniejące postanowienie: „Realizacją projektu, budowy, eksploatacji i modyfikacji Krajowego Systemu Poboru Opłat (dalej jako KSPO) na odcinku drogi będącym przedmiotem inwestycji zajmuje się wskazany przez Zamawiającego - wykonawca i operator KSPO (dalej jako Operator KSPO). W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wprowadzeniu poboru opłat na odcinku drogi, będącym przedmiotem inwestycji, co będzie skutkowało budową KSPO jeszcze w trakcie trwania realizacji inwestycji, Wykonawca drogi zostanie o tym fakcie poinformowany przez Zamawiającego. Wykonawca inwestycji drogowej jest zobowiązany do współpracowania z Operatorem KSPO w szczególności w zakresie:
- zapewnienia bezzwłocznego dostępu do terenu realizowanej przez Wykonawcę inwestycji drogowej na potrzeby przeprowadzenia wizji lokalnej i dokonania ewentualnych pomiarów przez Operatora KSPO na każdy wniosek Zamawiającego lub wniosek Operatora KSPO,
- określenia, czy w miejscu wskazanym przez Operatora KSPO nie występuje kolizja z

infrastrukturą podziemną, np. umocnienia terenu, kanalizacja teletechniczna, itp., która może wpływać na możliwość dokonania przez Operatora KSPO odwiertów pod przyszłą infrastrukturę KSPO oraz na możliwość budowy infrastruktury KSPO, w tym przyłączy energetycznych,
- zapewnienia każdorazowego i bezzwłocznego dostępu Operatorowi KSPO do terenu realizowanej przez Wykonawcę inwestycji drogowej w celu umożliwienia Operatorowi KSPO wykonania przyłączy energetycznych oraz posadowienia infrastruktury KSPO.
Prace wykonane przez Operatora KSPO, bądź jego podwykonawcę, nie spowodują zmian warunków Gwarancji Jakości udzielonej przez Wykonawcę inwestycji drogowej, jeżeli działania Operatora KSPO lub jego podwykonawcy nie będą miały wpływu na zmniejszenie funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Ewentualna utrata uprawnień Zamawiającego z tytułu Gwarancji Jakości, spowodowana realizacją prac przez Operatora KSPO związanych z budową KSPO (w tym infrastruktury przydrożnej KSPO, w szczególności, bramownic i przyłączy energetycznych), będzie mieć wyłącznie charakter częściowy, tj. ograniczony do konkretnych uszkodzeń spowodowanych bezpośrednio lub pośrednio przez Operatora KSPO bądź jego podwykonawcę. Wykonawca inwestycji drogowej, w celu ewentualnego (częściowego) zwolnienia się od odpowiedzialności z tytułu Gwarancji Jakości, będzie zobowiązany do wykazania, że ewentualne wady nie wynikają z przyczyny tkwiącej w rzeczy lub że nastąpiły na skutek działania Operatora KSPO bądź jego podwykonawcy.”
następującą treścią:
„W fazie przygotowawczej, przed przystąpieniem do prac Wykonawca zobowiązany jest do:

- weryfikacji i ustalenia w porozumieniu z Zamawiającym oraz Wykonawcą i Operatorem KSPO czy planowane prace związane z inwestycją będą miały wpływ na działanie Systemu Poboru Opłat funkcjonującego w układzie drogowym związanym z realizacją drogi/inwestycji, w tym na wystąpienie kolizji zakresu realizowanej inwestycji drogowej w nowym układzie drogowym z infrastrukturą KSPO.
- bezzwłocznie i każdorazowo zgłaszanie do Zamawiającego i Operatora KSPO na każdym etapie realizacji inwestycji drogowej, w tym przygotowania inwestycji, projektowania i budowy, wszelkich przewidywanych do pojawienia się kolizji zakresu realizowanej inwestycji drogowej z istniejącą infrastrukturą KSPO na co najmniej 5 miesięcy przed planowanym terminem konieczności zmiany lokalizacji danej infrastruktury KSPO.

Realizacją projektu, budowy i modyfikacji Krajowego Systemu Poboru Opłat (dalej KSPO) na odcinku drogi będącym przedmiotem inwestycji zajmuje się wskazany przez Zamawiającego – Wykonawca i Operator KSPO (dalej jako Operator KSPO). W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wprowadzeniu poboru opłat na odcinku drogi, będącym przedmiotem inwestycji, co będzie skutkowało budową KSPO jeszcze w trakcie trwania realizacji inwestycji, Wykonawca drogi zostanie o tym fakcie poinformowany przez Zamawiającego. Wykonawca inwestycji drogowej jest zobowiązany do współdziałania z Operatorem KSPO w szczególności w zakresie:
- zapewnienia bezzwłocznego dostępu do terenu realizowanej przez Wykonawcę inwestycji drogowej na potrzeby przeprowadzenia wizji lokalnej i dokonania ewentualnych pomiarów przez Operatora KSPO na każdy wniosek Zamawiającego lub wniosek Operatora KSPO,
- określenia, czy w miejscu wskazanym przez Operatora KSPO nie występuje kolizja z infrastrukturą podziemną, np. umocnienia terenu, kanalizacja teletechniczna, itp., która może wpływać na możliwość dokonania przez Operatora KSPO odwiertów pod przyszłą infrastrukturę KSPO oraz na możliwość budowy infrastruktury KSPO, w tym przyłączy energetycznych,
- zapewnienia każdorazowego i bezzwłocznego dostępu Operatorowi KSPO do terenu realizowanej przez Wykonawcę inwestycji drogowej w celu umożliwienia Operatorowi KSPO wykonania przyłączy energetycznych oraz posadowienia infrastruktury KSPO.
Prace wykonane przez Operatora KSPO, bądź jego podwykonawcę, nie spowodują zmian warunków Gwarancji Jakości udzielonej przez Wykonawcę inwestycji drogowej, jeżeli działania Operatora KSPO lub jego podwykonawcy nie będą miały wpływu na zmniejszenie funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Ewentualna utrata uprawnień Zamawiającego z tytułu Gwarancji Jakości, spowodowana realizacją prac przez Operatora KSPO związanych z budową KSPO (w tym infrastruktury przydrożnej KSPO, w szczególności, bramownic i

przyłączy energetycznych), będzie mieć wyłącznie charakter częściowy, tj. ograniczony do

konkretnych uszkodzeń spowodowanych bezpośrednio lub pośrednio przez Operatora KSPO bądź jego podwykonawcę. Wykonawca inwestycji drogowej, w celu ewentualnego (częściowego) zwolnienia się od odpowiedzialności z tytułu Gwarancji Jakości, będzie zobowiązany do wykazania, że ewentualne wady nie wynikają z przyczyny tkwiącej w rzeczy lub że nastąpiły na skutek działania Operatora KSPO bądź jego podwykonawcy."

Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu dowołania a Odwołujący odwołanie w podniesionym na wstępie zakresie podtrzymał.

Izba podkreśla, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 17 listopada br. natomiast pismem z 29 listopada br. Zamawiający wprowadził ww. zmiany dokumentacji. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności Zamawiającego spowodowały usunięcie bądź zmianę postanowień objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania. Uwzględniając powyższe, w związku z dokonaną przez Zamawiającego zmianą, tym samym braku w dniu wyrokowania podstawy faktycznej wniesionego odwołania Izba zarzut oddaliła.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania o istnieniu dużego ryzyka konieczności wprowadzenia przez wykonawcę zmian do harmonogramu realizacji i opracowanej dokumentacji, będących następstwem współpracy z operatorem KSPO, były chybione niezależnie od dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji. Izba wskazuje na postanowienie Subklauzuli 4.6 pkt (iii) Warunków Szczególnych Kontraktu, z którego wynika, że wykonawca będzie ściśle współpracował z operatorem i jego podwykonawcami w zakresie robót związanych z projektowaniem, budową i utrzymaniem

urządzeń przydrożnych KSPO. Operator będzie musiał uzgodnić i skoordynować wszelkie swoje rozwiązania techniczne i harmonogramy robót, w jakikolwiek sposób związane z infrastrukturą przydrożną, z wykonawcą i przedkładać Zamawiającemu do zatwierdzenia po uprzedniej informacji Inżyniera Kontraktu. Rozwiązania techniczne Operatora nie mogą wpływać na zmianę Warunków Kontraktu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……...

……...