Sygn. akt: KIO 2211/12
Sygn. akt: KIO 2212/12
Sygn. akt: KIO 2223/12
Sygn. akt: KIO 2224/12

WYROK
z dnia 29 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 12 października 2012 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., 01–040 Warszawa, ul. Stawki 40** (sygn. akt KIO 2211/12)
B. w dniu 12 października 2012 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., 01–040 Warszawa, ul. Stawki 40** (sygn. akt KIO 2212/12)
C. w dniu 12 października 2012 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05–900 Pruszków, ul. Parzniewska 10** (sygn. akt KIO 2223/12)
D. w dniu 12 października 2012 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05–900 Pruszków, ul. Parzniewska 10** (sygn. akt KIO 2224/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00–848 Warszawa, Ul. ślazna 59, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, 85-085 Bydgoszcz, ul. Fordońska 6**

przy udziale:

A. wykonawcy **BUNTE Polska Sp. z o.o. , 01–681 Warszawa ul. Raduńska 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12 po stronie odwołującego,
B. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., 05–900 Pruszków, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2211/12, KIO 2212/12 po stronie odwołującego,
C. wykonawcy **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02–672 Warszawa, ul. 50A** swoje do postępowań **Domaniewska** zgłaszającego przystąpienie odwoławczych o sygn. akt KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12 po stronie odwołującego,
D. wykonawcy **EUROVIA Polska S.A., 05–040 Kobierzyce, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12 po stronie odwołującego,
E. wykonawcy **BUDIMEX S.A., 01–040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2223/12, KIO 2224/12 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
1.1. zmianę w Rozdziale I SIWZ opracowanej w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300

do km 186+366" treści pkt 6 przez wprowadzenie 11 miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, oraz stosowne przedłużenie terminów określonych w pkt. 6 ppkt. 1-3 SIWZ,

1.2. zmianę w Rozdziale I SIWZ opracowanej w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" treści pkt 6

przez wprowadzenie 12 miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, oraz stosowne przedłużenie terminów określonych w pkt. 6 lit. a-d SIWZ,

1.3. zmianę treści Subklauzuli 1.1.3.7. (c) Warunków Szczególnych Kontraktu w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366" oraz w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" przez usunięcie postanowienia: „- obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy",

1.4. zmianę treści ostatniego akapitu Subklauzuli 4.1. Warunków Szczególnych Kontraktu w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366" oraz w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" w następujący sposób:
„Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót „Odtworzenie Dróg Dostępu do Placu Budowy". Naprawa zgłoszonych przez zarządców dróg szkód wyrządzonych w czasie prowadzenia Robót oraz wywiązanie się z umów zawartych z zarządcami dróg nastąpi w terminach wskazanych w ww. umowach."
oraz zmianę treści akapitu drugiego Subklauzuli 10.1. Warunków Szczególnych Kontraktu w obu ww. postępowaniach w następujący sposób:
„Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dopóki Zamawiający nie otrzyma od Wykonawcy wymaganego Kontraktem dokumentu Gwarancji Jakości oraz jeżeli Wykonawca nie wykona odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy w zakresie określonym w przedmiarze robót",

1.5. zmianę treści Subklauzuli 4.2. Warunków Szczególnych Kontraktu w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366" oraz w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł

Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" przez usunięcie postanowienia: „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem.",

1.6. zmianę treści Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366" oraz w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" przez usunięcie postanowień: „oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów" i „Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatność na rzecz Wykonawcy",

1.7. zmianę treści Tomu IV SIWZ Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366" oraz w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" pkt 1.5.4. Wymagań Ogólnych przez usunięcie postanowienia:
„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 6 tygodni przed terminem rozpoczęciem danej roboty. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót",
1.8. modyfikację treści ogłoszeń o zamówieniu w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366" oraz w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" w sytuacji, kiedy ww. zmiany SIWZ prowadzą do zmiany treści ogłoszenia

o zamówieniu, stosownie do dyspozycji art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00–848 Warszawa, Ul. ślazna 59, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, 85-085 Bydgoszcz, ul. Fordońska 6** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 80 000 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), w tym:
2.1.1. kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., 01–040 Warszawa, ul. Stawki 40** (sygn. akt KIO 2211/12, KIO 2212/12) tytułem wpisów od odwołań,
2.1.2. kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05–900 Pruszków, ul. Parzniewska 10** (sygn. akt KIO 2223/12, KIO 2224/12) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00–848 Warszawa, Ul. ślazna 59, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, 85-085 Bydgoszcz, ul. Fordońska 6** kwotę 80 000 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), w tym:
2.2.1. na rzecz wykonawcy **BUDIMEX S.A., 01–040 Warszawa, ul. Stawki 40** kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2211/12 i KIO 2212/12 poniesione z tytułu wpisów od odwołań,
2.2.2. na rzecz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., 05–900 Pruszków, ul. Parzniewska 10** kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2223/12 i KIO 2224/12 poniesione z tytułu wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 2211/12
Sygn. akt: KIO 2212/12
Sygn. akt: KIO 2223/12
Sygn. akt: KIO 2224/12

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia na:
- Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366,
- Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850.
Ogłoszenia o ww. zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2012 r. pod poz. odpowiednio 2012/S 190-312170 i 2012/S 190-312171.

Sprawa o sygn. akt KIO 2211/12:

W postępowaniu na kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366 wykonawca Budimex S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Budimex S.A. zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa *Pzp")* w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 41 pkt 6 ustawy Pzp, art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez ustalenie nierealnego i niemożliwego do wykonania terminu realizacji zamówienia (tj. Czasu na Ukończenie) oraz terminów pośrednich (tj. Kamieni Milowych).

Odwołujący wniósł o zmianę terminu realizacji zamówienia i terminów realizacji Kamieni Milowych tj. o zmianę punktu 6 SIWZ i nadanie mu poniższego brzmienia (oraz odpowiednio zmianę stosownych zapisów w pozostałych warunkach kontraktowych):

- Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 20 miesięcy od daty podpisania umowy w tym:
  a) wykonanie w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy i odebrane Roboty o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej;
  b) wykonanie w terminie 17 miesięcy od podpisania Umowy - 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady), węzłach i łącznikach;
  c) kompleksowe wykonanie w terminie 18 miesięcy od podpisania Umowy Stacji Poboru Opłat i stacji Poboru Opłat Pikutkowo.

2. naruszenie art. 147 ustawy Pzp, art. 150 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353^1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę w subklauzuli 4.2. Warunków Szczególnych umowy obowiązku utrzymywania Zabezpieczenia Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem, tj. w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto, przez cały okres obowiązywania umowy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z subklauzuli 4.2. Warunków Szczególnych zdania w brzmieniu „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem.”.
3. naruszenie art. 5 KC, art. 353 1 KC, art. 647 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp, oraz art. 147 § 2 ustawy Pzp poprzez:
- modyfikację subklauzuli 4.4. Warunków Ogólnych umowy i rozszerzenie obowiązku zgłaszania zamawiającemu przez wykonawcę podwykonawców, przy pomocy których będzie realizował zamówienie o:
    a) obowiązek zgłaszania przez wykonawcę każdego dostawcy i usługodawcy, przy pomocy których realizuje zamówienie;
    b) obowiązek comiesięcznego aktualizowania wykazu dostawców i usługodawców;
    c) obowiązek wskazywania w zgłoszeniu, o którym mowa w lit. (a) nazwy dostawcy/usługodawcy, kopii zawartej umowy, zakresu rzeczowego i wartości świadczeń, tj. danych, które w praktyce obejmowane są klauzulami poufności pod rygorem zastosowania sankcji finansowych w przypadku niedochowania przez strony ww. klauzuli.
- zastrzeżenie w subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych umowy na rzecz zamawiającego uprawnienia do bezprawnego i nieuzasadnionego z perspektywy ryzyka i zakresu odpowiedzialności zamawiającego:
    a) prawa do wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy w całości lub w części;

    b) prawa potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy kwot odpowiadających wartości wynagrodzenia dostawcy/usługodawcy;
    c) prawa do uiszczenia wynagrodzenia dostawcy/usługodawcy z zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia udzielonego na podstawie art. 150 ustawy Pzp przez wykonawcę.
- nieuzasadnioną i nieznajdującą podstaw prawnych ingerencję zamawiającego w treść umów cywilnoprawnych zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami i nałożenie na wykonawcę w subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych umowy akapit przedostatni, obowiązku zamieszczenia wskazanych przez zamawiającego postanowień w umowach z podwykonawcami.
Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ poprzez zmianę subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych kontraktu w ten sposób, iż:
- akapit pierwszy zdanie drugie i trzecie otrzyma brzmienie: „Wykonawca jest zobowiązany do terminowego regulowania wszelkich zobowiązań wobec Podwykonawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją Kontraktu. Nieterminowe regulowanie wymagalnych zobowiązań wobec wyżej wskazanych podmiotów stanowi nienależyte wykonywanie Umowy i uprawnia Zamawiającego do dokonania wypłaty na rzecz Podwykonawcy z uwzględnieniem zasad rozliczeń i potrąceń wynikających z umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą, a Podwykonawcą. Zamawiający potrąci wysokość wymagalnych zobowiązań uiszczonych na rzecz Podwykonawcy z wynagrodzenia należnego Wykonawcy”;
- akapit drugi litera (a) zdanie drugie subklauzuli zaczynające się od słów „...Ponadto Wykonawca zobowiązany jest przedstawić odpis z Krajowego Rejestru Sądowego...” zostanie wykreślony;
- akapit trzeci rozpoczynający się od słów „Nie wypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych powyżej...” zostanie wykreślony;
- akapit czwarty subklauzuli 4.4 zostanie wykreślony;
- w akapicie piątym subklauzuli 4.4 zostaną wykreślone słowa „Dostawca”, „Usługodawca” w każdej z użytych form.
4. naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 353 1 KC, art. 556 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dodatkowych subklauzul 1.1.3.7. (c) - (e) i zdefiniowanie w nich pojęcia „Wada”, „Wada istotna”, „Wada nieistotna” przy użyciu pojęć nieostrych, niedookreślonych i niejednoznacznych, bez wskazania obiektywnych kryteriów, cech oraz parametrów, które będą miały decydujący wpływ na stwierdzenie zaistnienia Wady oraz pozwalających na jednoznaczne zakwalifikowanie

wady jako Wady istotnej i Wady nieistotnej w oparciu o ustalone kryteria obiektywne.
Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści subklauzuli 1.1.3.7. lit. (c) zwrotów:
- „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy";
- „...lub inną szkodę w Przedmiocie Umowy"
- „Za wadę uznaje się również:
    • sytuacje, w której Przedmiot Umowy nie stanowi własności Wykonawcy;
    • sytuację, w której Przedmiot Umowy jest obciążony prawem lub prawami osób trzecich".
- wykreślenie z subkllauzli 1.1.3.7 (d) zwrotu albo ze względu na niewłaściwą formę zewnętrzną".

5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art.473 KC, art. 353 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dodatkowej subklauzuli 1.1.3.7. (a) tj. wprowadzenie „Okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu" bez określenia roli i funkcji ww. pojęcia, jak i bez określenia relacji, jaka istnieje pomiędzy ww. pojęciem, a wprowadzonym w subklauzuli 1.1.3.7. (f) pojęciem „Rękojmi za wady" i wprowadzonym w subklauzuli 1.1.3.7. (g) pojęciem „Gwarancji jakości". Powyższe prowadzi, w ocenie odwołującego, do niejasności i niespójności zapisów proponowanego przez zamawiającego wzorca umowy co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy i przyznaje zamawiającemu prawo do naliczania kar umownych i występowania z roszczeniami wobec wykonawcy na podstawie różnych zapisów umowy za jedno zdarzenie, tj. do nieuzasadnionego kumulowania roszczeń wynikających z tytułu jednego zdarzenia.
Odwołujący wniósł o:
Wykreślenie pojęcia „Okres przeglądów i rozliczeń kontraktu" z dokumentów kontraktowych i przetargowych (tj. wyeliminowanie nieokreślonego co do zakresu i funkcji dodatkowego reżimu odpowiedzialności wykonawcy).

6. Naruszenie art. 353 1 KC, art. 647 KC, 654 KC, art. 487 § 2 KC, art. 491 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp poprzez wykreślenie subklauzuli 8.10, co prowadzi w praktyce do:

a) pozornego wyłącznie przyznania wykonawcy prawa zawieszenia prac z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, tj. z powodu niezastosowania się przez zamawiającego do jego obowiązków wynikających z subklauzuli 14.6. i subklauzulą 14.7., tj. obowiązku wydania dokumentów stanowiących podstawę rozliczenia i zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia;

b) pozbawienia wykonawcy prawa do żądania pokrycia przez zamawiającego kosztów nabycia urządzeń i materiałów, które wykonawca zobligowany był zapewnić i dostarczyć zgodnie z harmonogramem na teren budowy;

Odwołujący wniósł o przywrócenie subklauzuli 8.10. do warunków kontraktu.

7. naruszenie art. 353 1 KC, art.487 § 2 KC, art. 491 KC, art. 492 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy prawa do złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy z uwagi na brak terminowej płatności wynagrodzenia przez zamawiającego dopiero w sytuacji, w której zamawiający opóźnia się z zapłatą ponad 84 dni (kiedy termin zapłaty wynosi 30) i gdy opóźnienie Inżyniera w wystawieniu dokumentów rozliczeniowych przekracza 56 dni (kiedy Inżynier zobowiązany jest do wystawiania przedmiotowych dokumentów w ciągu 28 dni). Powyższe zapisy zobowiązują wykonawcę do realizacji zamówienia, pomimo braku należnego mu świadczenia wzajemnego ze strony zamawiającego. W praktyce umowa nakazuje wykonawcy angażowanie własnych środków, prowadzenie robót, regulowanie płatności na rzecz podmiotów trzecich, przy pomocy których realizuje on zamówienia (pod rygorem zastosowania przewidzianych w umowie sankcji finansowych przez zamawiającego i użycia środków z udzielonego Zabezpieczenia Wykonania) w okresie opóźnienia zamawiającego w regulowaniu płatności należnych wykonawcy, pomimo iż zamawiający dysponuje środkami finansowymi na realizację zamówienia, a więc ewentualne opóźnienie w realizowaniu płatności na rzecz wykonawcy może być jedynie konsekwencją złej woli zamawiającego i braku sankcji finansowych (w wysokości adekwatnej do sankcji finansowych możliwych do zastosowania wobec wykonawcy), w przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań wzajemnych przez zamawiającego;
Odwołujący wniósł o przyznanie wykonawcy prawa do odstąpienia od umowy w przypadku,

gdy zamawiający nie dokonuje zapłaty należności w ustalonych w umowie terminach oraz w przypadku, w którym Inżynier nie wydaje wykonawcy dokumentów rozliczeniowych w terminie 28 dni tj. zgodnie z subklauzulą 14.6.

8. naruszenie, art. 353 1 KC, art. 473 KC, art. 577 i nast. KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp, art. 7 § 1 ustawy Pzp, art. 147 § ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy (punkt 1 ppkt 1.1 litera (b) Załącznika nr 1 do umowy) do udzielenia zamawiającemu gwarancji jakości na zakres robót wykonanych w ramach kontraktu „Budowa Autostrady A-1 Toruń - Stryków, Odcinek III Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850 oraz poprzednich Wykonawców", tj. za roboty budowlane realizowane na podstawie umowy, której wykonawca realizujący zamówienie nie był stroną, a więc za roboty budowlane i urządzenia, których jakości wykonawca zamówienia nie zna, nie może ocenić ich jakości

i zgodności z przedmiotem realizowanego zamówienia w ramach ww. kontraktu, z uwagi na brak dokumentów opisujących przedmiotowy zakres umowy. Przedmiotowy zapis nakłada na wykonawcę obowiązek ponoszenia odpowiedzialności za zakres prac nieznanych wykonawcy oraz za ryzyka niemożliwe do zidentyfikowania, oceny i oszacowania przez wykonawcę.
Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia zawartego w Załączniku nr 1 do umowy w punkcie 1 ppkt 1.1 lit. (b).
9. naruszenie art. 353 1 KC, art. 577 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do udzielenia zamawiającemu pełnomocnictwa do wykonywania uprawnień z gwarancji jakości przysługującej wykonawcy (punkt 3 Załącznika nr 1 do umowy) od jego dostawców, usługodawców, producentów, co prowadzi w konsekwencji do pozbawienia wykonawcy prawa do samodzielnego występowania z roszczeniami z tytułu gwarancji jakości wobec ww. podmiotów, tj. do skorzystania z praw uzyskanych na podstawie zawiązanych przez wykonawcę stosunków cywilnoprawnych. Ponadto zamawiający nie uregulował w treści umowy ani Załącznika nr 1 do umowy wpływu jego wystąpienia z roszczeniami z tytułu gwarancji jakości wobec dostawców, usługodawców i podwykonawców wykonawcy na odpowiedzialność wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji jakości wobec zamawiającego. Narzucanie wykonawcy zarówno obowiązku ustanowienia pełnomocnika, jak i podmiotu, który ma występować w roli pełnomocnika nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, ogranicza w sposób istotny swobodę wykonawcy w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i doboru osób/podmiotów uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu i na rzecz wykonawcy. Powyższe rozwiązanie pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami współżycia społecznego tj. zasadą słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.
Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści Załącznika nr 1 do umowy punktu 3.

10. naruszenie art. 353 1 KC, art. 483 §1 KC, art. 484 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez:
- zastrzeżenie w treści Załącznika nr 1 do Umowy, tj. w punkcie 2 ppkt. 2.1 lit. (d), kary umownej za „nieterminowe potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia Wady oraz za nie określenie sposobu usunięcia Wady."
- zastrzeżenie w treści subklauzuli 8.7. lit. (f) kary umownej za „nieterminowego usunięcie szkód w Okresie Przeglądów i Rozliczeń".
Odwołujący wniósł o wykreślenie 2 ppkt. 2.1 lit. (d) z treści Załącznika nr 1 do Umowy oraz o wykreślenie słów „lub szkód" z treści subklauzuli 8.7. lit. (f).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:
Ad. 1)
Odwołujący podniósł, iż wskazany przez zamawiającego czas realizacji zamówienia jest czasem nierealnym z perspektywy czasu trwania procedur przetargowych, czasu na wnoszenie środków ochrony prawnej, czasu rozpatrywania wniesionych środków ochrony prawnej, czasu przeprowadzenia obligatoryjnej kontroli uprzedniej oraz faktycznego czasu pozostałego na prowadzenie robót budowlanych zgodnie z warunkami kontraktu, normami technicznymi i obowiązującymi przepisami prawa. Przyjmując założenia, że termin składania ofert nie ulegnie zmianie (08.11.2012 r.) oraz że wykonawca zostanie wyłoniony w okresie

minimalnym (bez wnoszenia środków ochrony prawnej przez wykonawców), odwołujący wyliczył, iż podpisanie umowy nastąpić może najwcześniej w połowie grudnia 2012 r. Biorąc pod uwagę Czas na Ukończenie wynoszący 8 miesięcy odwołujący stwierdził, że przedmiot zamówienia należy zakończyć w okresie do połowy września 2013 r.
Odwołujący wyjaśnił, iż Czas na Ukończenie rozpoczyna swój bieg od daty podpisania umowy, tj. czas na realizację zamówienia biegnie w czasie, w którym wykonawca nie dysponuje terenem budowy i nie ma możliwości podjęcia jakichkolwiek działań, choćby działań o charakterze przygotowawczym.
Zgodnie z subklauzulą 8.1. Data Rozpoczęcia nastąpi nie później niż w ciągu 28 dni od daty zawarcia umowy. W konsekwencji zamawiający uprawniony jest do powstrzymywania się od wyznaczenia Daty Rozpoczęcia przez okres 28 dni, bez ujemnych na niego konsekwencji, jednocześnie ograniczając faktyczny czas realizacji zamówienia, zabierając aż 28 dni, w których wykonawca mógłby prowadzić prace. W subklauzuli 8.1. zamawiający jednoznacznie wskazał, iż wykonawca może rozpocząć prace po Dacie Rozpoczęcia, tj. nawet po upływie 28 dni czasu wliczanego do Czasu na Ukończenie. Ponadto, do zakresu obowiązków wykonawcy należy także uzyskanie w zastępstwie zamawiającego (Inwestora) pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z przepisami prawa budowlanego, przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, niezbędne jest przeprowadzenie obowiązkowej kontroli w celu stwierdzenia zgodności realizowanych prac z przepisami prawa. Organ kompetentny do przeprowadzenia przedmiotowej kontroli poprzedzającej wydanie pozwolenia na użytkowanie ma aż 21 dni od daty otrzymania stosownego wniosku. Czas przeprowadzenia kontroli i czas wydania decyzji w przedmiocie udzielenia pozwolenia na użytkowanie to czas, który skraca faktyczne wykonywanie prac budowlanych. Mając na uwadze postanowienia kontraktowe oraz terminy na przeprowadzenie czynności formalno-prawnych, niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie należy uznać, iż z dziewięciu miesięcy przeznaczonych przez zamawiającego na wykonanie zamówienia,

na wykonywanie robót budowlanych pozostaje *de facto* maksymalnie 6 miesięcy.
Ponadto, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, do czasu realizacji umowy należy wliczyć również okresy zimowe. Okres zimowy oraz przystające do niego dni obniżonych temperatur wraz z innymi niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (opady deszczu) prowadzą do wniosku, że w terminie umownym wystąpi co najmniej 2,5 miesiąca, w których nie będzie możliwe prowadzenie robót budowlanych (w szczególności z uwagi na obowiązujące normy i przepisy). Powyższe w dalszym ciągu skraca wykonawcy możliwość prowadzenia robót do 4,5 miesięcy. Według obliczeń odwołującego, w ciągu tych 4,5 miesiąca należy wyprodukować i wbudować ponad 520 tys. t. mas bitumicznych, czyli około 4570 t. mas bitumicznych dziennie.
Dodatkowo, jak wskazał odwołujący, w okresie poprzedzającym rozpoczęcie robót zamawiający nie uwzględnił uzyskania wymaganych zezwoleń lokalnej sieci dróg.
Odwołujący stwierdził, iż nie jest możliwe przewidzenie czasu, w jakim zostaną uzyskane stosowne zezwolenia z uwagi na fakt, że żaden z obowiązujących przepisów prawnych nie nakłada obowiązku wydania takiego zezwolenia, jego warunków oraz czasu w jakim dany zarządca drogi winien uzgodnić. W efekcie przekłada się to na Datę Rozpoczęcia, która w opinii wykonawcy jest uzależniona od wydania stosownych zezwoleń. Brak uzgodnionych dróg dojazdowych do budowy powoduje brak możliwości prowadzenia transportu materiałów na budowę. Z kolei brak materiałów uniemożliwia terminowe rozpoczęcie robót.
Odwołujący zwrócił też uwagę na fakt, że poprzedni wykonawca przedmiotowego zadania do chwili obecnej nie wywiązał się z porozumień zawartych z Zarządami Dróg. W efekcie Zarządy Dróg będą wymagały od wykonawcy wyłonionego w toku niniejszego postępowania przetargowego wywiązania się z zobowiązań złożonych przez poprzedniego wykonawcę. Jest to niezgodne z Warunkami Kontraktowymi i podniesie w znaczny sposób cenę kontraktową. Z kolei uzgodnienie dróg i uzyskanie stosownych zezwoleń na zasadach opisanych w Kontrakcie doprowadzi do takiej sytuacji, w której Zarząd nie udzieli pozwolenia na ich użytkowanie, co uniemożliwi wykonawcy realizację robót.
Ponadto, odwołujący zauważył, że przedstawiony powyżej czas niezbędny na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przedstawiono jako okres minimalny, niezbędny na oraz dokumentów przygotowanie dokumentacji powykonawczej niezbędnych do zgłoszenia budowy do odbioru. W czasie tym nie można uwzględnić czynników

niezależnych od wykonawcy, tj.:
• czasu niezbędnego na oklauzulowanie geodezyjnej mapy powykonawczej przez odpowiedni Ośrodek Geodezji i Kartografii (uzgadnianie trwa nawet kilka miesięcy)

• czasu wymaganego na zwołanie przez Nadzór Budowlany odbioru budowy.
Odnosząc się do braku realnej możliwości wykonania wskazanych przez zamawiającego zakresów robót w terminach pośrednich tj. wykonania narzuconych Kamieni Milowych, odwołujący wyjaśnił, iż:
- wykonanie w terminie 4 miesięcy od podpisania Umowy i odebrane o wartości nie mniejszej niż 40 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej
Przy rozpoczęciu robót 15.12.2012 r. warunek ten musi być spełniony do dnia 15.04.2013 r., czyli 15 dni po upływie okresu zimowego. Wymagania postawione w tym punkcie zmuszają wykonawcę do prowadzenia robót w warunkach zimowych, czy w okresie obniżonych temperatur, czyli niezgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej, norm budowlanych i specyfikacji technicznej.
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od podpisania Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady
Przy rozpoczęciu robót 15.12.2012 r. warunek ten musi być spełniony do dnia 15.06.2013 r. czyli 2,5 miesiąca po skończeniu okresu zimowego. Biorąc pod uwagę brak możliwości wykonania robót bitumicznych w okresie zimowym, według obliczeń odwołującego, w ciągu 2,5 miesiąca należy wyprodukować i wbudować ponad 380 tys. t mas bitumicznych, czyli około 5 800 t. mas bitumicznych dziennie. Przeszkodą w dotrzymaniu tego kamienia milowego jest nie tylko ilość mas bitumicznych do wbudowania, ale także konieczność dokończenia odwodnienia i robót branżowych, które muszą być skończone przed układaniem mas bitumicznych. Zdaniem odwołującego, warunek ten jest nierealny pod względem technologicznym z uwagi na konieczność wykonania wcześniej konstrukcji mostów w ciągu głównym autostrady. Czas wykonania tych obiektów waha się w czasie od 3 do 5 miesięcy, a prace te ze względów technologicznych konieczne są do realizacji w okresie letnim. Termin wykonania tych obiektów wykracza poza czas na wykonanie podbudowy zasadniczej w ciągu autostrady.
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od podpisanie Umowy SPO Odolin i SPO Czerniewice
Przy rozpoczęciu robót 15.12.2012 r. warunek ten musi być spełniony do dnia 15.06.2013 r., czyli 3,5 miesiąca po skończeniu okresu zimowego. Odwołujący zwrócił uwagę, że zakres SPO obejmuje wykonanie szeregu robót wykończeniowych, których nie można wykonać w warunkach zimowych, czy w obniżonej temperaturze. Wymagania postawione w tym punkcie z założenia zmuszają wykonawcę do prowadzenia robót niezgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej, norm budowlanych i specyfikacji technicznej. Zdaniem odwołującego, realizacja przedmiotu zamówienia jest możliwa w okresie 13 miesięcy, jednak

tylko i wyłącznie pod warunkiem, że czas ten będzie dostępny wykonawcy do prowadzenia robót.
Do tego czasu nie może być wliczony:
• minimum jeden miesiąc, na który składa się: okres poprzedzający rozpoczęcie robót (mobilizacja zasobów wykonawcy, przygotowanie niezbędnych dokumentów przed rozpoczęciem prac, czas potrzebny na zatwierdzenie podstawowych materiałów),
• okres zimowy oraz przystające okresy obniżonych temperatur uniemożliwiające prowadzenie większości robót zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznej,
• minimum jeden miesiąc, na który składa się: przygotowanie dokumentacji powykonawczej wraz z przygotowaniem niezbędnej dokumentacji do zgłoszenia do odbioru budowy wymaganym organom.
Na dowód powyższych twierdzeń, odwołujący złożył Harmonogram pierwotny (ustalony na podstawie założeń zamawiającego), harmonogram uwzględniający realną i rzeczywistą możliwość wykonania zamówienia uwzględnieniem ryzyk kontraktowych.
Ad. 2)
Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 150 ustawy Pzp zamawiający uprawniony jest

do żądania udzielenia przez wykonawcę, z którym podpisuje umowę na realizację zamówienia publicznego, zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ustawodawca sprecyzował w sposób jednoznaczny formę, w jakiej wykonawca może udzielić zabezpieczenia oraz minimalną i maksymalną wartość udzielanego zabezpieczenia. Odwołujący podkreślił, iż w świetle ustawy Pzp zamawiający nie może żądać tytułem zabezpieczenia kwoty wyższej niż 10% wartości zamówienia brutto. Z powyższego odwołujący wywiódł, iż zapis zobowiązujący wykonawcę do utrzymywania zabezpieczenia na poziomie 10% ceny całkowitej brutto wskazanej w ofercie wykonawcy, jest niezgodny z art. 150 ustawy Pzp. W konsekwencji, postanowienie umowy nakładające na wykonawcę obowiązek, o którym mowa powyżej, w świetle art. 58 KC nie może mieć mocy obowiązującej. Mając na uwadze fakt, iż zamawiający uprawniony jest do jednostronnego, samodzielnego i bezwarunkowego przeznaczenia, będącego w jego swobodnej dyspozycji, zabezpieczenia należytego wykonania dla pokrycia jego ewentualnych roszczeń wobec wykonawcy, należy uznać, iż zobowiązanie wykonawcy do utrzymywania zabezpieczenia na stałym poziomie 10% ceny ofertowej brutto, w konsekwencji prowadziłoby do zobowiązania wykonawcy do udzielenia zabezpieczenia w wysokości wyższej

niż maksymalna i dopuszczalna wysokość zabezpieczenia przewidziana przez ustawę Pzp.
Ad. 3)
Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z art. 647_1 KC, zamawiający w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek wskazanych w ww. przepisie prawa, będzie ponosił (wraz z wykonawcą) solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom zatrudnionym w ramach realizacji zamówienia przez wykonawcę. Mając na uwadze zasady odpowiedzialności solidarnej oraz powstanie po stronie zamawiającego odpowiedzialności solidarnej z mocy prawa (w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 647_1 KC) należy przyjąć za zasadne i znajdujące pokrycie w przepisach obowiązującego prawa, zastrzeżenie w warunkach umowy prawa zamawiającego do potrącenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy, kwot uiszczonych w ramach odpowiedzialności solidarnej przez zamawiającego na rzecz podwykonawców zatrudnionych przez wykonawcę. śądanie uzyskania przez zamawiającego informacji o zakresie prac powierzonych do wykonania poszczególnym podwykonawcom, jak i wartości należnego im wynagrodzenia, także znajduje uzasadnienie w przepisach prawa regulujących zasady ponoszenia i powstania odpowiedzialności solidarnej po stronie zamawiającego.
W ocenie odwołującego, brak jednak podstaw prawnych do przyznania zamawiającemu prawa do wyeliminowania z realizacji prac budowlanych podwykonawcy realizującego roboty na podstawie stosunku cywilnoprawnego zawartego z wykonawcą, który za działania i zaniechania zatrudnionych podwykonawców odpowiada jak za własne działania i zaniechania. Wykonawca podnosi pełną odpowiedzialność za należyte i terminowe wykonanie zamówienia wobec zamawiającego. Wykonawca jest profesjonalistą w zakresie robót realizowanych w celu wykonania zamówienia, posiada wiedzę i doświadczenie (które podlegało ocenie zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia), które umożliwiają mu dobór podwykonawców gwarantujących należytą jakość i terminowość realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, skoro wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność za działania i zaniechania zatrudnionych podwykonawców, to powinien mieć swobodę w wyborze podmiotów, za które odpowiada.
Zaniechanie przedłożenia przez wykonawcę projektu umowy, czy też umowy określającej zakres prac danego podwykonawcy i wysokość ustalonego na jego rzecz wynagrodzenia nie może, w opinii odwołującego, uprawniać zamawiającego do usunięcia podwykonawcy z terenu budowy. Jak zauważył odwołujący, powyższe działanie zamawiającego będzie miało wpływ na czas realizacji zamówienia przez wykonawcę, który zobligowany zostanie do poszukiwania kolejnego podwykonawcy zdolnego do wykonania konkretnego zakresu prac w sposób należyty, tj. podwykonawcy, który zostanie przez profesjonalnego

i doświadczonego wykonawcę uznany za pomiot gwarantujący należyte wykonanie powierzonych mu robót, tak, jakby przedmiotowy zakres wykonywał sam wykonawca.

Odwołujący stwierdził, iż brak jest podstaw prawnych do przyznania zamawiającemu prawa usunięcia podwykonawcy, za którego odpowiada wykonawca tylko i wyłącznie z powodu niezachowania przez wykonawcę formalnej procedury przedłożenia umowy podpisanej z podwykonawcą. Nie przedłożenie zamawiającemu projektu umowy, czy też umowy zawartej z podwykonawcą prowadzi w skutkach i konsekwencjach prawnych po stronie zamawiającego jedynie do nie powstania po stronie zamawiającego odpowiedzialności solidarnej (wraz z wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, w oparciu o stosunek cywilnoprawny nawiązany pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą. Zgoda zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy nie warunkuje skuteczności nawiązania stosunku cywilnoprawnego między wykonawcą a podwykonawcą, nie wpływa na jego ważność. Przedmiotowa zgoda lub jej brak ma znaczenie wyłącznie dla ewentualnego powstania odpowiedzialności solidarnej zamawiającego. W ocenie odwołującego, brak jest podstaw prawnych do przyznania zamawiającemu *de facto* prawa do „zerwania" stosunku cywilnoprawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą i narażenia wykonawcy na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów wynikających z uniemożliwienia podwykonawcy (przez zamawiającego tj. podmiot trzeci dla jego i obowiązków z podwykonawcy) realizacji świadczeń wynikających umowy podwykonawczej na i Powyższe prowadzi rzecz, rachunek ryzyko wykonawcy. do konieczności uwzględnienia w cenie ofertowej ww. nieograniczonego i niemożliwego do oszacowania ryzyka i dodatkowego finansowego czasowego wykonawcy, a w konsekwencji do złożenia ofert nieporównywalnych.
Odwołujący stwierdził, że brak jest także podstaw prawnych do żądania przedłożenia zamawiającemu odpisu dokumentów formalno-prawnych podwykonawców. Skutki braku umocowania, czy też nienależytego umocowania osób podpisujących umowę podwykonawczą po stronie podwykonawcy nie mają znaczenia dla realizacji zamówienia, za którego wykonanie odpowiedzialność ponosi wykonawca (nawet jeśli wykonuje zamówienie przy udziale podmiotów trzecich, gdyż ich działania i zaniechania z perspektywy zamawiającego są traktowane jak działania i zaniechania wykonawcy). Odwołujący zwrócił uwagę, iż wszelkie odpisy z rejestru przedsiębiorców (w zależności od formy są powszechnie w organizacyjnoprawnej podwykonawcy) dostępne serwisach elektronicznych i internetowych, m.in. na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości. W świetle art. 4aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym dokumenty formalne uzyskane drogą elektroniczną mają moc dokumentów znajdujących się w aktach rejestrowych podmiotu. Zamawiający może w każdej chwili, bez ponoszenia dodatkowych kosztów zapoznać się

z dokumentami formalno-prawnymi konkretnego podmiotu. Brak jest podstaw prawnych do nakładania na wykonawcę odpowiedzialnego za realizację zamówienia, dodatkowych obowiązków formalnych i przekazywania dokumentów, do których zamawiający ma bezpośredni i nieograniczony dostęp. Odwołujący podnosi, iż celem umowy zawartej na realizację zamówienia jest wykonanie robót zgodny budowlanych w sposób z obowiązującymi przepisami i normami technicznymi i ten zakres działań winien mieć znaczenie priorytetowe i pierwszorzędne. Zamawiający nie ma podstaw prawnych do nakładania na wykonawcę dodatkowych obowiązków o charakterze administracyjnym i biurokratycznym (jak zgłaszanie dostawców, usługodawców, dostarczanie dostępnych dokumentów formalnych), których zaniechanie nie prowadzi do powstania jakiegokolwiek ryzyka, w szczególności ryzyka finansowego po stronie zamawiającego.
Mając na uwadze fakt, iż ewentualna odpowiedzialność solidarna zamawiającego może powstać tylko i wyłącznie w zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, tj. podmiotom realizującym część robót budowlanych, które stają się częścią zamówienia przekazywanego zamawiającemu, zamawiający nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego dostawcom i usługodawcom, przy pomocy których wykonawca realizuje zamówienie. Odpowiedzialność solidarna wobec dostawcy i usługodawcy nie powstaje *ex lege* (w sposób analogiczny do odpowiedzialności wynikającej z art. 647_1 § 5 KC). Brak jest także zapisów we wzorze umowy proponowanym przez zamawiającego, w świetle których i zgodnie z art. 369 KC, zamawiający zobowiązałby się solidarnie z wykonawcą do zapłaty wynagrodzenia należnego dostawcom i usługodawcom uczestniczącym w realizacji zamówienia, które uzasadniałyby żądanie zamawiającego

w zakresie zgłaszania i aktualizowania listy ww. podmiotów.
Zdaniem odwołującego, z uwagi na brak jakiejkolwiek relacji i odpowiedzialności zamawiającego wobec dostawców i usługodawców świadczących usługi na rzecz wykonawcy, na warunkach łączących ich stosunków cywilnoprawnych, zastrzeżenie w umowie prawa do skorzystania z udzielonego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia (w sytuacji wskazanej w subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych) pozostaje w sprzeczności z celem udzielenia zabezpieczenia przez wykonawcę, narusza art. 150 ustawy Pzp.
W opinii odwołującego, treść subklauzuli 4.4. w zakresie kwestionowanym przez odwołującego jest niedopuszczalna z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.
Zdaniem odwołującego, nadmierna i nie znajdująca podstaw w przepisach prawa ingerencja zamawiającego w treść stosunków cywilnoprawnych wykonawcy i podmiotów trzecich,

możliwość samodzielnego i nieuzasadnionego z perspektywy zakresu ponoszonej przez zamawiającego odpowiedzialności wobec podmiotów świadczących usługi na rzecz i ryzyko wykonawcy wyeliminowania ich z procesu realizacji prac, nie koreluje z obowiązkiem przestrzegania i poszanowania przez zamawiającego takich zasad, jak zachowanie równej pozycji stron, oparcie stosunku prawnego na zaufaniu do drugiej strony, zasady słuszności kontraktowej itd. Powyższe ogranicza jedynie swobodę prowadzenia działalności przez wykonawcę, swobodę doboru podmiotów trzecich przez wykonawcę, który odpowiada za ich działania i zaniechania wobec zamawiającego jak za działania i zaniechania własne.
Z uwagi na brak ryzyka finansowego zamawiającego za zobowiązania dostawców i usługodawców oraz brak ryzyka finansowego za zobowiązania podwykonawców, w przypadku nieziszczenia się przesłanek ustawowych wskazanych w art. 647^1 KC, oraz mając na uwadze zakres i skalę ryzyka finansowego, jakie w umowie nakłada zamawiający na wykonawcę z uwagi na niewywiązywanie się ze stosunków cywilnoprawnych przez wykonawcę, zawieranych w ramach realizacji zamówienia należy uznać, w ocenie odwołującego, iż stosowany przez zamawiającego i narzucany jednostronnie wzór umowy narusza ww. zasady współżycia społecznego i nie znajduje uzasadnienia ani w celu, w jakim zawierana jest umowa na realizację zamówienia, ani w naturze przedmiotowej umowy.
Odwołujący podniósł dodatkowo, iż wykonawcy nie mają możliwości negocjowania warunków umów, które są jednostronnie narzucane przez zamawiających. Wykonawcy mogą jedynie występować do zamawiających z prośbą o wyjaśnienie zapisów umów. dialog z proponowanych Obiektywny zamawiającego wykonawcami zainteresowanymi realizacją zamówień w trybie ustawy Pzp nie występuje. Wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wykonywania robót budowlanych chcąc prowadzić działalność i utrzymywać się na rynku zmuszeni są do adhezyjnego i bezdyskusyjnego przystępowania do narzucanych im przez zamawiających warunków umów. Odwołujący dodatkowo wskazał, że ograniczenie swobody ustalania przez wykonawcę relacji z podmiotami trzecimi, które angażuje na swoje ryzyko i odpowiedzialność oraz włączanie ww. relacji w treść umowy na realizację zamówienia, pozostaje w sprzeczności także z naturą stosunku prawnego łączącego wykonawcę i zamawiającego.
Zdaniem odwołującego, na uwagę zasługuje również fakt, iż w praktyce, w obrocie gospodarczym stosowane są powszechnie klauzule poufności, w świetle których strony zobowiązują się do nieujawniania warunków zawieranych umów. Powyższe znajduje uzasadnienie z uwagi na możliwość oferowania materiałów i usług na różnych warunkach, w tym finansowych, w stosunku do różnych kontrahentów. Zobowiązanie wykonawcy

do przedkładania zamawiającemu umów zawieranych z dostawcami i usługodawcami prowadzić może do zobowiązania wykonawcy do naruszenia warunków kontraktowych ustalonych z dostawcami i usługodawcami i poniesienia wysokich konsekwencji finansowych. Powyższy fakt ma także wpływ na wysokość oferowanej ceny kontraktowej i jest wyceniany i uwzględniany przez wykonawców w sposób indywidualny i subiektywny co prowadzi do składania ofert nieporównywalnych. Ponadto przedmiotowe działanie

zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w obowiązku racjonalnego dysponowania środkami publicznymi, gdyż nakładane na wykonawców dodatkowe i niezasadne z perspektywy zakresu odpowiedzialności zamawiającego obowiązki prowadza jedynie do wzrostu oferowanych cen.
Ad. 4)
Odwołujący podniósł, iż walory estetyczne nie mieszczą się w granicach funkcjonalności i mają charakter subiektywny. Szkoda w przedmiocie umowy nie jest pojęciem tożsamym z wadą, a wykonawca nie może zobowiązać się do naprawienia szkód powstałych w przedmiocie umowy w ramach odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości i rękojmi. Pozostaje to w sprzeczności z ideą i celem instytucji prawnych jakimi są rękojmia i gwarancja jakości.
Ad. 5)
Odwołujący wskazał, że przepisy prawa polskiego przewidują dwa reżimy odpowiedzialności wykonawcy w okresie następującym po wykonaniu umowy. Są to odpowiedzialność z tytułu rękojmi oraz odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości (której udzielenie przez wykonawcę oraz przyjęcie przez zamawiającego jest wymagane dla wejścia w życie i obowiązywania między stronami przedmiotowego reżimu odpowiedzialności). Zamawiający niezależnie od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, która została w istotny sposób rozszerzona w stosunku do odpowiedzialności kodeksowej) oraz odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości wprowadził do warunków proponowanego wzorca umowy tzw. „Okres przeglądów i rozliczeń kontraktu" wskazując jedynie czas jego trwania. Ww. okres bliżej nie sprecyzowanej i niezidentyfikowanej co do celu i znaczenia, odpowiedzialności wykonawcy rozpoczyna się z dniem wydania Świadectwa Przejęcia (analogicznie do rozpoczęcia się okresu gwarancji jakości i rękojmi) i kończy się z dniem wydania Ostatecznego Świadectwa Płatności (tj. analogicznie do daty zakończenia okresu gwarancji jakości i rękojmi, którego kres i w konsekwencji zwrot pozostałej części zabezpieczenia także związany jest z wydaniem Ostatecznego Świadectwa Płatności). Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo do naliczania kar z tytułu niedotrzymania terminu usunięcia wad i szkód w Okresie przeglądów i rozliczeń (subklauzla 8.7. lit. (f)) w wysokości 10 000 zł za każdy dzień zwłoki.

Ponadto zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo naliczenia kary umownej z tytułu nieterminowego usuwania wad w okresie gwarancji jakości (punkt 2 ppkt 2.1 lit. (e) w wysokości 0,01% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej). W konsekwencji powyższego, zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo do naliczania kar umownych w różnej wysokości z tytułu tych samych zdarzeń, tj. nieterminowego usunięcia wad zaistniałych po zakończeniu realizacji zamówienia. Powyższe ukształtowanie relacji między wykonawcą, a zamawiającym narusza zasadę równości stron, słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, a w konsekwencji przekracza dopuszczalne ramy swobody kształtowania stosunków prawnych, w tym swobody narzucania rozwiązań umownych przez zamawiających, redagujących stosowane przez nich wzorce umowne. Wprowadzanie dodatkowych reżimów odpowiedzialności, bez jednoczesnego sprecyzowania ich wzajemnych relacji i funkcji, jaką mają pełnić w toku współpracy między wykonawcą a zamawiającym, nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, ani też obowiązujących i powszechnie stosowanych zwyczajach. Powyższe narusza podstawowe zasady współżycia społecznego, tj. zasadę słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, wzajemnego poszanowania stron i równości stron nawiązanego stosunku prawnego.
Ad. 6)
Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zgodnie z brzmieniem klauzuli 8.8. Warunków Ogólnych kontraktu Inżynier ma nieograniczone prawo do zawieszenia prac wykonawcy w każdej chwili. Warunki kontraktu nie nakładają na Inżyniera obowiązku powiadomienia wykonawcy o przyczynach zawieszenia prac. Klauzula 8.8. Warunków Ogólnych przyznaje Inżynierowi prawo powiadomienia o przyczynie zawieszenia prac, a nie zobowiązuje go do jej wskazania. Z treści klauzuli 8.8. Warunków Ogólnych wynika także brak prawa wykonawcy do żądania zapłaty za Materiały i Sprzęt, których na budowę nie dostarczono z uwagi na zawieszenie prac, jeśli do zawieszenia doszło z przyczyn zależnych od wykonawcy. Jak wynika z powyższego, klauzula 8.10. Warunków Ogólnych kontraktu ma zastosowanie wyłącznie do przypadków zawieszenia prac z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wykreślenie przedmiotowej klauzuli 8.10. jest równoznaczne

z zobowiązaniem wykonawcy do pokrycia kosztów Sprzętu i Materiału, który nie został dostarczony na teren budowy z uwagi na zawieszenie prac z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Przy istnieniu nieograniczonego prawa zawieszenia prac przez Inżyniera, niesprecyzowanego co do przyczyn i okoliczności uzasadniających jego zastosowanie, zobowiązanie wykonawcy do ponoszenia kosztów Sprzętu i Materiału nie dostarczonego na teren budowy narusza zasadę równości i poszanowania stron, zasadę lojalności, sprawiedliwości i słuszności kontraktowej. W sytuacji bowiem pominięcia części robót, czy odstąpienia od umowy z uwagi na przedłużający się okres zawieszenia prac

(na podstawie klauzuli 8.11. w zw. z klauzulą 13 Warunków Ogólnych lub klauzulą 16.2.) Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości uzyskania zwrotu kosztów poniesionych dla realizacji zamówienia, a nie zaangażowanych w realizację zamówienia z przyczyn od niego niezależnych.
Ad. 7)
Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie w umowie prawa do odstąpienia od niej przez wykonawcę w okolicznościach wskazanych w subklauzuli 16.2. Warunków Szczególnych, na tle okoliczności uzasadniających prawo do odstąpienia od umowy przez zamawiającego, godzi w zasadę równości stron, słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, jak również pozostaje w sprzeczności z celem i naturą prawa odstąpienia. Zdaniem odwołującego, decydując się na przyznanie obu stronom umowy prawa odstąpienia należy w taki sposób określić warunki odstąpienia, by zachowane zostały ww. podstawowe zasady stosunków kontraktowych. Przyznanie wykonawcy prawa do odstąpienia z uwagi na wystąpienie 84-dniowego opóźnienia w realizowaniu płatności przez zamawiającego w sytuacji, w której płatności winny być realizowane w terminie 30 dni, nie chroni wykonawcy przed koniecznością finansowania realizacji zamówienia. Zamawiający nie ponosi żadnych konsekwencji (za wyjątkiem odsetek ustawowych, których wysokość jest nieadekwatna do kosztów ponoszonych przez wykonawcę w okresie oczekiwania na zapłatę) z tytułu nienależytego wykonywania podstawowego obowiązku umownego, jakim jest obowiązek terminowej zapłaty. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż po stronie zamawiającego, poza jego złą wolą, brak jest podstaw do nieterminowego regulowania płatności, bowiem środki na realizację zamówienia publicznego są w dyspozycji zamawiającego już na etapie udzielenia zamówienia. W konsekwencji, brak jest po stronie zamawiającego ryzyka braku możliwości terminowego pokrywania należności wykonawcy, a więc brak jest uzasadnionych podstaw do wydłużania czasu finansowania realizacji zamówienia przez wykonawcę, uzasadniającego odstąpienie od realizacji zamówienia. Skoro wykonawca ma obowiązek realizowania prac w ustalonych terminach pod rygorem zastosowania sankcji finansowych w postaci kar umownych, pod rygorem dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, pod rygorem zastępczego wykonania prac przez podmiot trzeci na ryzyko i koszt wykonawcy, pod rygorem odstąpienia od umowy przez zamawiającego w przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań, to działając zgodnie z zasadą słuszności i sprawiedliwości kontraktowej oraz równości stron należy przyznać wykonawcy prawo do odstąpienia od umowy w przypadku nie uzyskania płatności w ustalonych umową i przepisami prawa terminach.

Ad. 8)
Odwołujący wskazał, że przepisy prawa regulujące instytucję gwarancji jakości rozróżniają gwarancję sprzedawcy i gwarancję wytwórcy. W praktyce powszechnie występują i mają zastosowanie gwarancje wytwórcy danej rzeczy. Wytwórca (tu wykonawca) udziela gwarancji poprzez wydanie dokumentu, który może być dokumentem imiennym lub dokumentem na okaziciela. Przedmiotowy dokument ma charakter znaku legitymacyjnego stwierdzającego obowiązek świadczenia. Ustawodawca dopuszcza więc możliwość korzystania z uprawnień ustalonych w dokumencie gwarancyjnym przez każdy podmiot, który będzie w posiadaniu przedmiotowego dokumentu (w przypadku gwarancji na okaziciela). Przepisy obowiązującego prawa, oprócz gwarancji wytwórcy i sprzedającego nie przewidują możliwości wystawiania dokumentu gwarancji (czy to imiennego, czy to na okaziciela) przez podmiot, który nie jest (w zależności od okoliczności) wytwórcą, czy też sprzedawcą rzeczy,

której dotyczy wystawiany znak legitymacyjny. Odwołujący zauważył, iż podmiot trzeci w stosunku do wytwórcy czy sprzedawcy konkretnego przedmiotu nie może gwarantować należytej jakości rzeczy, której nie zna. Wykonawca realizacji zamówienia nie może udzielić gwarancji jakości na zakres prac realizowanych w ramach innego zamówienia publicznego, udzielonego w toku innego i odrębnie się toczącego postępowania w trybie ustawy Pzp. Powyższe pozostawałoby w sprzeczności z ideą gwarancji jakości, która sprowadza się do zapewnienia, iż dana rzecz jest odpowiedniej jakości. Wykonawca, który nie jest wytwórcą, czy sprzedawcą danej rzeczy, nie posiada informacji o jakości danej rzeczy, nie może zagwarantować jej należytego funkcjonowania.
Do powstania gwarancji jakości wymagane jest złożenie stosownego oświadczenia przez wytwórcę, sprzedawcę (tu wykonawcę) i jego przyjęcie przez nabywcę danej rzeczy.
W konsekwencji do skutecznego udzielenia gwarancji jakości dochodzi poprzez zgodne oświadczenie woli właściwych stron tj. poprzez zawarcie umowy, która jest umową o charakterze akcesoryjnym. Byt gwarancji jakości zależy od istnienia i ważności stosunku podstawowego, jakim jest umowa sprzedaży, dostawy (tu umowa o wykonanie konkretnego zamówienia publicznego).
Odwołujący wyjaśnił, iż nałożenie na wykonawcę obowiązku udzielenia gwarancji jakości do zakresu prac, których wytwórcą, ani sprzedawcą nie jest wykonawca pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa odnoszącymi się do instytucji gwarancji jakości. Ponadto, przedmiotowe działanie zamawiającego przekracza granice swobody ustalania (tu narzucania) kontraktowych poprzez naruszenie zasady słuszności warunków i sprawiedliwości kontraktowej, równości stron, ich wzajemnego poszanowania oraz lojalności kontraktowej. Powyższe, jak stwierdził odwołujący, pozostaje również w sprzeczności

z art. 473 § 1 KC, który co do zasady dopuszcza możliwość rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jednakże dotyczy to odpowiedzialności kontraktowej, tj. w zakresie ponoszonej dłużnika (tu wykonawcę) w toku realizacji odpowiedzialności przez umowy/zamówienia i w stosunku do odpowiedzialności wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Ponadto dopuszczalność rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika jest uwarunkowana jednoznacznym sprecyzowaniem zakresu rozszerzonej odpowiedzialności oraz granicą swobody kontraktowania.
Rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy poprzez nałożenie obowiązku udzielenia gwarancji jakości na nieznany (zarówno co do zakresu, sposobu wykonania, jakości użytych materiałów i jakości wykonanych prac) zakres robót budowlanych nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa.
Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp i prawa cywilnego winien dysponować stosownym dokumentem gwarancji jakości co do zakresu prac wykonanych przez innych wykonawców w ramach realizacji zamówienia pn. „Budowa Autostrady A-1 Toruń-Stryków, Odcinek III Brzezie-Kowal od km 186+348 do km 215+850”, które zostały przez zamawiającego odebrane, i za które wykonawcy uzyskali stosowne wynagrodzenie.
Ad. 9)
Odwołujący podniósł, iż zgodnie z warunkami umowy na realizację zamówienia, wykonawca zobligowany jest do wydania zamawiającemu dokumentu gwarancji o charakterze imiennego znaku legitymacyjnego. W przypadku wystąpienia okoliczności i zdarzeń objętych gwarancją jakości udzieloną przez wykonawcę, zamawiający będzie uprawniony, stosownie do treści dokumentu gwarancji do żądania od wykonawcy stosownych działań i zachowań. Ponadto zamawiający będzie dysponował finansowym zabezpieczeniem należytego wywiązania się przez wykonawcę z obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji jakości.
W zgodnie konsekwencji powyższego, interes zamawiającego jest zabezpieczony z wymaganiami ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, brak jest podstaw prawnych do żądania od wykonawcy udzielenia zamawiającemu pełnomocnictwa do wykonywania uprawnień wykonawcy, przysługujących mu wobec dostawców, usługodawców i podwykonawców z tytułu uzyskanych od nich gwarancji jakości. W konsekwencji narzucenia ww. obowiązku, zamawiający ogranicza swobodę prowadzenia działalności przez wykonawcę w szczególności w zakresie prawa do samodzielnego wykonywania przysługujących mu uprawnień (a nie przez narzuconego pełnomocnika), jak w zakresie swobody doboru osób, które będą umocowane do składania oświadczeń woli w imieniu, na rzecz i ryzyko oraz

ze skutkiem dla wykonawcy. Powyższe, w opinii odwołującego, stanowi naruszenie zasady

swobody prowadzenia działalności przez wykonawcę, zasady wzajemnego poszanowania stron umowy wzajemnej, zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Takie działanie zamawiającego istotnie wykracza poza dopuszczalny zakres swobody kontraktowej.
Ad. 10)
Odwołujący wyjaśnił, iż zastrzeżenie przez zamawiającego kary umownej stanowiącej istotną sankcję finansową dla wykonawcy z tytułu zdarzeń, które nie narażają zamawiającego na jakąkolwiek szkodę, pozostaje w sprzeczności z ideą kary umownej i jest przejawem nadużywania przez zamawiającego pozycji dominującej w zakresie wpływu na treść umowy (de *facto* adhezyjnej) zawieranej na realizację zamówienia. Powyższe stanowi także naruszenie zasady swobodnego kształtowania stosunków prawnych poprzez naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, wzajemnego szacunku i zaufania oraz równości stron. W okresie odpowiedzialności za wady z tytułu gwarancji jakości, priorytetowe znaczenie ma przede wszystkim sprawne usunięcie zaistniałej wady. Mając na uwadze krótkie terminy na usuwanie wad (72 godz.) wykonawca niezwłocznie po otrzymaniu zgłoszenia winien przystąpić do angażowania i organizowania środków, sprzętu i ludzi do usunięcia zaistniałej wady. Usunięcie wady w terminie powinno mieć znaczenie naczelne wobec formalnych wymogów nakładanych przez zamawiającego na wykonawcę. Ponadto odwołujący podniósł, iż narzucony przez zamawiającego dokument gwarancji nie wskazuje sposobu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia. Punkt 6.1 dokumentu gwarancji stanowi wyłącznie o sposobie zawiadomienia wykonawcy o wadach, nie określa sposobu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia. Zaniechanie potwierdzenia otrzymania zgłoszenia o wadzie (przy jednoczesnym dysponowaniu przez zamawiającego dowodami przekazania zgłoszenia), w szczególności w sytuacji niezwłocznego przystąpienia do usuwania wad zgodnie z treścią gwarancji, pozostaje w sprzeczności z ideą kary umownej i przyznaje zamawiającemu niewspółmierne do jego ryzyka prawo stosowania dotkliwych sankcji finansowych wobec wykonawcy (nawet w sytuacji należytego wypełnienia obowiązku gwarancyjnego tj. terminowego usunięcia wady).
Zobowiązanie wykonawcy, pod rygorem stosowania sankcji finansowych w postaci kar umownych za nieterminowe usuwanie szkód, w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej również stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania treści zobowiązań umownych stron, wykracza poza zasadę swobody kontraktowania i narusza podstawowe zasady współżycia społecznego, o których mowa powyżej. W ramach odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawca odpowiada za jakość wykonanego zamówienia i zobligowany jest do usuwania ewentualnych wad. Odpowiedzialność za szkody, jakich może doznać przedmiot zamówienia podlega ogólnym zasadom odpowiedzialności przewidzianej

w przepisach prawa. W ramach odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawca nie może być zmuszony do usuwania szkód, w szczególności bez doprecyzowania rodzaju i charakteru szkód, których usunięcia żąda zamawiający. Powyższe oznacza bowiem obowiązek usunięcia przez wykonawcę każdej szkody powstałej w przedmiocie zamówienia w okresie jego odpowiedzialności gwarancyjnej, bez względu na podmiot, który szkodę wyrządził. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż zamawiający nie określił terminu na usuwanie tych wszelkich, niesprecyzowanych szkód. Przedmiotowe rozszerzenie odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy w sposób nie dający się zidentyfikować i oszacować nie tylko pozostaje w sprzeczności z ideą odpowiedzialności gwarancyjnej, ale także z podstawowymi zasadami współżycia społecznego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy BUNTE Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o., Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i EUROVIA Polska S.A.

Sprawa o sygn. akt KIO 2212/12:

W postępowaniu na kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348÷215+850 wykonawca Budimex S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści

ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Budimex S.A. zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa *Pzp")* w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 41 pkt 6 ustawy Pzp, art. 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez ustalenie nierealnego i niemożliwego do wykonania terminu realizacji zamówienia (tj. Czasu na Ukończenie) oraz terminów pośrednich (tj. Kamieni Milowych).

Odwołujący wniósł o zmianę terminu realizacji zamówienia i terminów realizacji Kamieni Milowych tj. o zmianę punktu 6 SIWZ i nadanie mu poniższego brzmienia (oraz odpowiednio zmianę stosownych zapisów w pozostałych warunkach kontraktowych):

- Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 20 miesięcy od daty podpisania umowy w tym:
  a) wykonanie w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy i odebrane Roboty o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej;
  b) wykonanie w terminie 17 miesięcy od podpisania Umowy - 100% podbudowy

zasadniczej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady), węzłach i łącznikach;
  c) kompleksowe wykonanie w terminie 18 miesięcy od podpisania Umowy Stacji Poboru Opłat i stacji Poboru Opłat Pikutkowo,
  d) wykonanie w terminie 20 miesięcy od rozpoczęcia Czasu na Ukończenie odcinka autostrady A1 od km 186+348 do km 188+200 wraz z węzłem Brzezie i odcinkiem drogi wojewódzkiej nr 252 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie dla całego odcinka autostrady.

2. naruszenie art. 147 ustawy Pzp, art. 150 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353^1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę w subklauzuli 4.2. Warunków Szczególnych umowy obowiązku utrzymywania Zabezpieczenia Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem, tj. w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto, przez cały okres obowiązywania umowy.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z subklauzuli 4.2. Warunków Szczególnych zdania w brzmieniu „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem.".

3. naruszenie art. 5 KC, art. 353^1 KC, art. 647^1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp, oraz art. 147 § 2 ustawy Pzp poprzez:

- modyfikację subklauzuli 4.4. Warunków Ogólnych umowy i rozszerzenie obowiązku zgłaszania zamawiającemu przez wykonawcę podwykonawców, przy pomocy których będzie realizował zamówienie o:
  a) obowiązek zgłaszania przez wykonawcę każdego dostawcy i usługodawcy, przy pomocy których realizuje zamówienie;
  b) obowiązek comiesięcznego aktualizowania wykazu dostawców i usługodawców;
  c) obowiązek wskazywania w zgłoszeniu, o którym mowa w lit. (a) nazwy dostawcy/usługodawcy, kopii zawartej umowy, zakresu rzeczowego i wartości świadczeń, tj. danych, które w praktyce obejmowane są klauzulami poufności pod rygorem zastosowania sankcji finansowych w przypadku niedochowania przez strony ww. klauzuli.
- zastrzeżenie w subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych umowy na rzecz zamawiającego uprawnienia do bezprawnego i nieuzasadnionego z perspektywy ryzyka i zakresu odpowiedzialności zamawiającego:
  a) prawa do wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy w całości lub w części;

b) prawa potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy kwot odpowiadających wartości wynagrodzenia dostawcy/usługodawcy;
  c) prawa do uiszczenia wynagrodzenia dostawcy/usługodawcy z zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia udzielonego na podstawie art. 150 ustawy Pzp przez wykonawcę.
- nieuzasadnioną i nieznajdującą podstaw prawnych ingerencję zamawiającego w treść

umów cywilnoprawnych zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami i nałożenie na wykonawcę w subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych umowy akapit przedostatni, obowiązku zamieszczenia wskazanych przez zamawiającego postanowień w umowach z podwykonawcami.
Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ poprzez zmianę subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych kontraktu w ten sposób, iż:
- akapit pierwszy zdanie drugie i trzecie otrzyma brzmienie: „Wykonawca jest zobowiązany do terminowego regulowania wszelkich zobowiązań wobec Podwykonawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją Kontraktu. Nieterminowe regulowanie wymagalnych zobowiązań wobec wyżej wskazanych podmiotów stanowi nienależyte wykonywanie Umowy i uprawnia Zamawiającego do dokonania wypłaty na rzecz Podwykonawcy z uwzględnieniem zasad rozliczeń i potrąceń wynikających z umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą, a Podwykonawcą. Zamawiający potrąci wysokość wymagalnych zobowiązań uiszczonych na rzecz Podwykonawcy z wynagrodzenia należnego Wykonawcy";
- akapit drugi litera (a) zdanie drugie subklauzuli zaczynające się od słów „...Ponadto Wykonawca zobowiązany jest przedstawić odpis z Krajowego Rejestru Sądowego..." zostanie wykreślony;
- akapit trzeci rozpoczynający się od słów „Nie wypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych powyżej..." zostanie wykreślony;
- akapit czwarty subklauzuli 4.4 zostanie wykreślony;
- w akapicie piątym subklauzuli 4.4 zostaną wykreślone słowa „Dostawca", „Usługodawca" w każdej z użytych form.
4. naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 353 1 KC, art. 556 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dodatkowych subklauzul 1.1.3.7. (c) - (e) i zdefiniowanie w nich pojęcia „Wada", „Wada istotna", „Wada nieistotna" przy użyciu pojęć nieostrych, niedookreślonych i niejednoznacznych, bez wskazania obiektywnych kryteriów, cech oraz parametrów, które będą miały decydujący wpływ na stwierdzenie zaistnienia Wady oraz pozwalających na jednoznaczne zakwalifikowanie

wady jako Wady istotnej i Wady nieistotnej w oparciu o ustalone kryteria obiektywne.
Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści subklauzuli 1.1.3.7. lit. (c) zwrotów:
- „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy";
- „...lub inną szkodę w Przedmiocie Umowy"
- „Za wadę uznaje się również:
    - sytuacje, w której Przedmiot Umowy nie stanowi własności Wykonawcy;
    - sytuację, w której Przedmiot Umowy jest obciążony prawem lub prawami osób trzecich".
- wykreślenie z subklauzuli 1.1.3.7 (d) zwrotu albo ze względu na niewłaściwą formę zewnętrzną".
5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 473 KC, art. 353 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie dodatkowej subklauzuli 1.1.3.7. (a) tj. wprowadzenie „Okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu" bez określenia roli i funkcji ww. pojęcia, jak i bez określenia relacji, jaka istnieje pomiędzy ww. pojęciem, a wprowadzonym w subklauzuli 1.1.3.7. (f) pojęciem „Rękojmi za wady" i wprowadzonym w subklauzuli 1.1.3.7. (g) pojęciem „Gwarancji jakości". Powyższe prowadzi, w ocenie odwołującego, do niejasności i niespójności zapisów proponowanego przez zamawiającego wzorca umowy co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy i przyznaje zamawiającemu prawo do naliczania kar umownych i występowania z roszczeniami wobec wykonawcy na podstawie różnych zapisów umowy za jedno zdarzenie, tj. do nieuzasadnionego kumulowania roszczeń wynikających z tytułu jednego zdarzenia.
Odwołujący wniósł o:
Wykreślenie pojęcia „Okres przeglądów i rozliczeń kontraktu" z dokumentów kontraktowych i przetargowych (tj. wyeliminowanie nieokreślonego co do zakresu i funkcji dodatkowego reżimu odpowiedzialności Wykonawcy).
6. naruszenie art. 353 1 KC, art. 647 KC, 654 KC, art. 487 § 2 KC, art. 491 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp poprzez wykreślenie subklauzuli 8.10., co prowadzi w praktyce do:
a) pozornego wyłącznie przyznania wykonawcy prawa zawieszenia prac z przyczyn

leżących po stronie zamawiającego, tj. z powodu niezastosowania się przez zamawiającego do jego obowiązków wynikających z subklauzuli 14.6. i subklauzulą 14.7., tj. obowiązku wydania dokumentów stanowiących podstawę rozliczenia i zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia;

b) pozbawienia wykonawcy prawa do żądania pokrycia przez zamawiającego kosztów nabycia urządzeń i materiałów, które wykonawca zobligowany był zapewnić i dostarczyć zgodnie z harmonogramem na teren budowy;

Odwołujący wniósł o przywrócenie subklauzuli 8.10. do warunków kontraktu.

7. naruszenie art. 353 1 KC, art.487 § 2 KC, art. 491 KC, art. 492 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy prawa do złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy z uwagi na brak terminowej płatności wynagrodzenia przez zamawiającego dopiero w sytuacji, w której zamawiający opóźnia się z zapłatą ponad 84 dni (kiedy termin zapłaty wynosi 30) i gdy opóźnienie Inżyniera w wystawieniu dokumentów rozliczeniowych przekracza 56 dni (kiedy Inżynier zobowiązany jest do wystawiania przedmiotowych dokumentów w ciągu 28 dni). Powyższe zapisy zobowiązują wykonawcę do realizacji zamówienia, pomimo braku należnego mu świadczenia wzajemnego ze strony zamawiającego. W praktyce umowa nakazuje wykonawcy angażowanie własnych środków, prowadzenie robót, regulowanie płatności na rzecz podmiotów trzecich, przy pomocy których realizuje on zamówienia (pod rygorem zastosowania przewidzianych w umowie sankcji finansowych przez zamawiającego i użycia środków z udzielonego Zabezpieczenia Wykonania) w okresie opóźnienia zamawiającego w regulowaniu płatności należnych wykonawcy, pomimo iż zamawiający dysponuje środkami finansowymi na realizację zamówienia, a więc ewentualne opóźnienie w realizowaniu płatności na rzecz wykonawcy może być jedynie konsekwencją złej woli zamawiającego i braku sankcji finansowych (w wysokości adekwatnej do sankcji finansowych możliwych do zastosowania wobec wykonawcy), w przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań wzajemnych przez zamawiającego;

Odwołujący wniósł o przyznanie wykonawcy prawa do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy zamawiający nie dokonuje zapłaty należności w ustalonych w umowie terminach oraz w przypadku, w którym Inżynier nie wydaje wykonawcy dokumentów rozliczeniowych w terminie 28 dni tj. zgodnie z subklauzulą 14.6.

8. naruszenie, art. 353 1 KC, art. 473 KC, art. 577 i nast. KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp, art. 7 § 1 ustawy Pzp, art. 147 § ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy (punkt 1 ppkt 1.1 litera (b) Załącznika nr 1 do umowy) do udzielenia zamawiającemu gwarancji jakości na zakres robót wykonanych w ramach kontraktu „Budowa Autostrady A-l Toruń - Stryków, Odcinek lll Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850 oraz poprzednich Wykonawców", tj. za roboty budowlane realizowane na podstawie umowy, której wykonawca realizujący zamówienie nie był stroną, a więc za roboty budowlane i urządzenia, których jakości wykonawca zamówienia nie zna, nie może ocenić ich jakości

i zgodności z przedmiotem realizowanego zamówienia w ramach ww. kontraktu, z uwagi na brak dokumentów opisujących przedmiotowy zakres umowy. Przedmiotowy zapis nakłada na wykonawcę obowiązek ponoszenia odpowiedzialności za zakres prac nieznanych wykonawcy oraz za ryzyka nie możliwe do zidentyfikowania, oceny i oszacowania przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu zawartego w Załączniku nr 1 do umowy w punkcie 1 ppkt 1.1 lit. (b).

9. naruszenie art. 353 1 KC, art. 577 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do udzielenia zamawiającemu pełnomocnictwa do wykonywania uprawnień z gwarancji jakości przysługującej wykonawcy (punkt 3 Załącznika nr 1 do umowy) od jego dostawców, usługodawców, producentów, co prowadzi w konsekwencji do pozbawienia wykonawcy prawa do samodzielnego występowania z roszczeniami z tytułu gwarancji jakości wobec ww. podmiotów, tj. do skorzystania z praw uzyskanych na podstawie zawiązanych przez wykonawcę stosunków cywilnoprawnych. Ponadto zamawiający nie uregulował w treści umowy ani Załącznika nr 1 do umowy wpływu

jego wystąpienia z roszczeniami z tytułu gwarancji jakości wobec dostawców, usługodawców i podwykonawców wykonawcy na odpowiedzialność wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji jakości wobec zamawiającego. Narzucanie wykonawcy zarówno obowiązku ustanowienia pełnomocnika, jak i podmiotu, który ma występować w roli pełnomocnika nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, ogranicza w sposób istotny swobodę wykonawcy w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i doboru osób/podmiotów uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu i na rzecz wykonawcy. Powyższe rozwiązanie pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami współżycia społecznego tj. zasadą słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.
Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści Załącznika nr 1 do umowy punktu 3.

10. naruszenie art. 353 1 KC, art. 483 §1 KC, art. 484 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez:
- zastrzeżenie w treści Załącznika nr 1 do Umowy, tj. w punkcie 2 ppkt. 2.1 lit. (d), kary umownej za „nieterminowe potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia Wady oraz za nie określenie sposobu usunięcia Wady."
- zastrzeżenie w treści subklauzuli 8.7. lit. (f) kary umownej za „nieterminowego usunięcie szkód w Okresie Przeglądów i Rozliczeń".
Odwołujący wniósł o wykreślenie 2 ppkt. 2.1 lit. (d) z treści Załącznika nr 1 do Umowy oraz o wykreślenie słów „lub szkód" z treści subklauzuli 8.7. lit. (f).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:
Ad. 1)
Odwołujący podniósł, iż wskazany przez zamawiającego czas realizacji zamówienia jest czasem nierealnym z perspektywy czasu trwania procedur przetargowych, czasu na wnoszenie środków ochrony prawnej, czasu rozpatrywania wniesionych środków ochrony prawnej, czasu przeprowadzenia obligatoryjnej kontroli uprzedniej oraz faktycznego czasu pozostałego na prowadzenie robót budowlanych zgodnie z warunkami kontraktu, normami technicznymi i obowiązującymi przepisami prawa. Przyjmując założenia, że termin składania ofert nie ulegnie zmianie (08.11.2012 r.) oraz że wykonawca zostanie wyłoniony w okresie minimalnym (bez wnoszenia środków ochrony prawnej przez wykonawców), odwołujący wyliczył, iż podpisanie umowy nastąpić może najwcześniej w połowie grudnia 2012 r. Biorąc pod uwagę Czas na Ukończenie wynoszący 9 miesięcy odwołujący stwierdził, że przedmiot zamówienia należy zakończyć w okresie do połowy października 2013 r.
Odwołujący wyjaśnił, iż Czas na Ukończenie rozpoczyna swój bieg od daty podpisania umowy, tj. czas na realizację zamówienia biegnie w czasie, w którym wykonawca nie dysponuje terenem budowy i nie ma możliwości podjęcia jakichkolwiek działań, choćby działań o charakterze przygotowawczym. Zgodnie z subklauzulą 8.1. Data Rozpoczęcia nastąpi nie później niż w ciągu 28 dni od daty zawarcia umowy. W konsekwencji, zamawiający uprawniony jest do powstrzymywania się od wyznaczenia Daty Rozpoczęcia przez okres 28 dni, bez ujemnych na niego konsekwencji, jednocześnie ograniczając faktyczny czas realizacji zamówienia, zabierając aż 28 dni, w których wykonawca mógłby prowadzić prace. W subklauzuli 8.1. zamawiający jednoznacznie wskazał, iż wykonawca może rozpocząć prace po Dacie Rozpoczęcia, tj. nawet po upływie 28 dni czasu wliczanego do Czasu na Ukończenie. Ponadto, do zakresu obowiązków wykonawcy należy także uzyskanie w zastępstwie zamawiającego (Inwestora) pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z przepisami prawa budowlanego, przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, niezbędne jest przeprowadzenie obowiązkowej kontroli w celu stwierdzenia zgodności realizowanych prac z przepisami prawa. Organ kompetentny do przeprowadzenia przedmiotowej kontroli poprzedzającej wydanie pozwolenia na użytkowanie ma aż 21 dni od daty otrzymania stosownego wniosku. Czas przeprowadzenia kontroli i czas wydania decyzji w przedmiocie udzielenia pozwolenia na użytkowanie to czas, który skraca faktyczne wykonywanie prac budowlanych. Mając na uwadze postanowienia kontraktowe oraz terminy na przeprowadzenie czynności formalno-prawnych, niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie należy uznać, iż z dziewięciu miesięcy przeznaczonych przez zamawiającego na wykonanie zamówienia, na wykonywanie robót budowlanych pozostaje

de facto maksymalnie 6 miesięcy.
Ponadto, jak zauważył odwołujący, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, do czasu realizacji umowy należy wliczyć również okresy zimowe. Okres zimowy oraz przystające do niego dni obniżonych temperatur wraz z innymi niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (opady deszczu) prowadzą do wniosku, że w terminie umownym wystąpi co najmniej 2,5 miesiąca, w których nie będzie możliwe prowadzenie robót budowlanych (w szczególności z uwagi na obowiązujące normy i przepisy). Powyższe w dalszym ciągu skraca wykonawcy możliwość prowadzenia robót do 5,5 miesięcy. Według obliczeń odwołującego, w ciągu tych 5,5 miesiąca należy wyprodukować i wbudować ponad 496 tys. t. mas bitumicznych, czyli około 3600 t. mas bitumicznych dziennie. Przed wbudowaniem mas bitumicznych należy zakończyć roboty mostowe, których czas realizacji w okresie letnim wykracza poza czas na wykonanie kontraktu.
W okresie poprzedzającym rozpoczęcie robót zamawiający nie uwzględnił uzyskania wymaganych zezwoleń lokalnej sieci dróg (Wymagania ogólne DMU.00.00.00, pkt. 1.5.14.). Nie jest możliwe przewidzenie czasu, w jakim zostaną uzyskane stosowne zezwolenia z uwagi na fakt, że żaden z obowiązujących przepisów prawnych nie nakłada obowiązku wydania takiego zezwolenia, jego warunków oraz czasu w jakim dany zarządca drogi winien uzgodnić. W efekcie przekłada się to na Datę Rozpoczęcia, która w opinii wykonawcy jest uzależniona od wydania stosownych zezwoleń. Brak uzgodnionych dróg dojazdowych do budowy powoduje brak możliwości prowadzenia transportu materiałów na budowę. Z kolei brak materiałów uniemożliwia terminowe rozpoczęcie robót.
Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że poprzedni wykonawca przedmiotowego zadania do chwili obecnej nie wywiązał się z porozumień zawartych z Zarządami Dróg. W efekcie Zarządy Dróg będą wymagały od wykonawcy wyłonionego w toku niniejszego postępowania przetargowego wywiązania się ze zobowiązań złożonych przez poprzedniego wykonawcę. Jest to niezgodne z Warunkami Kontraktowymi i podniesie w znaczny sposób cenę kontraktową. Z kolei uzgodnienie dróg i uzyskanie stosownych zezwoleń na zasadach opisanych w Kontrakcie doprowadzi do takiej sytuacji, w której Zarząd nie udzieli pozwolenia na ich użytkowanie, co uniemożliwi wykonawcy realizację robót.
Ponadto, odwołujący stwierdził, że przedstawiony powyżej czas niezbędny na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, przedstawiony został jako okres minimalny, niezbędny na przygotowanie dokumentacji powykonawczej oraz niezbędnych dokumentów do zgłoszenia budowy do odbioru. W czasie tym nie można uwzględnić czynników niezależnych od wykonawcy, tj.:
• czasu niezbędnego na oklauzulowanie geodezyjnej mapy powykonawczej przez

odpowiedni Ośrodek Geodezji i Kartografii (uzgadnianie trwa nawet kilka miesięcy)
• czasu wymaganego na zwołanie przez Nadzór Budowlany odbioru budowy.
Odnosząc się do braku realnej możliwości wykonania wskazanych przez zamawiającego zakresów robót w terminach pośrednich tj. wykonania narzuconych Kamieni Milowych, odwołujący wyjaśnił, iż:
- wykonanie w terminie 5 miesięcy od podpisania Umowy i odebrane o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.
Przy rozpoczęciu robót 15.12.2012 r. warunek ten musi być spełniony do dnia 15.05.2013 r. czyli 1,5 dni po upływie okresu zimowego. Wymagania postawione w tym punkcie z założenia zmuszają wykonawcę do prowadzenia robót w warunkach zimowych czy w okresie obniżonych temperatur, czyli niezgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej, norm budowlanych i specyfikacji technicznej.
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od podpisania Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady.
Przy rozpoczęciu robót 15.12.2012 r. warunek ten musi być spełniony do dnia 15.06.2013 r. czyli 2,5 miesiąca po skończeniu okresu zimowego. Biorąc pod uwagę brak możliwości wykonania robót bitumicznych w okresie zimowym według naszych obliczeń w ciągu 2,5 miesiąca należy wyprodukować i wbudować ponad 173 tys. t mas bitumicznych czyli około 2 600 t. mas bitumicznych dziennie. Warunek ten, zdaniem odwołującego, jest nierealny pod względem technologicznym z uwagi na konieczność wykonania wcześniej konstrukcji mostów w ciągu głównym autostrady. Czas wykonania tych obiektów waha się w czasie od 3 do 9 miesięcy, a prace te ze względów technologicznych konieczne są do realizacji w okresie

letnim. Termin wykonania tych obiektów wykracza poza czas na wykonanie podbudowy zasadniczej w ciągu autostrady.
- wykonanie w terminie 7 miesięcy od podpisanie Umowy SPO Brzezie i SPO Pikutkowo. Przy rozpoczęciu robót 15.12.2012 r. warunek ten musi być spełniony do dnia 15.07.2013 r., czyli 3,5 miesiąca po skończeniu okresu zimowego. Odwołujący zwrócił uwagę, że zakres SPO obejmuje wykonanie szeregu robót wykończeniowych, których nie można wykonać w warunkach zimowych, czy w obniżonej temperaturze. Wymagania postawione w tym punkcie z założenia zmuszają wykonawcę do prowadzenia robót niezgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej, norm budowlanych i specyfikacji technicznej. Zdaniem odwołującego, realizacja przedmiotu zamówienia jest możliwa w okresie 13 miesięcy, jednak tylko i wyłącznie pod warunkiem, że czas ten będzie dostępny wykonawcy do prowadzenia robót.

Do tego czasu nie może być, w opinii odwołującego, wliczony:
• minimum jeden miesiąc, na który składa się: okres poprzedzający rozpoczęcie robót (mobilizacja zasobów wykonawcy, przygotowanie niezbędnych dokumentów przed rozpoczęciem prac, czas potrzebny na zatwierdzenie podstawowych materiałów),
• okres zimowy oraz przystające okresy obniżonych temperatur uniemożliwiające prowadzenie większości robót zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznej,
• minimum jeden miesiąc, na który składa się: przygotowanie dokumentacji powykonawczej wraz z przygotowaniem niezbędnej dokumentacji do zgłoszenia do odbioru budowy wymaganym organom.
Na dowód powyższych twierdzeń, odwołujący złożył Harmonogram pierwotny (ustalony na podstawie założeń zamawiającego), harmonogram uwzględniający realną i rzeczywistą możliwość wykonania zamówienia z uwzględnieniem ryzyk kontraktowych oraz zestawienie obiektów.
Ad. 2)
Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 150 ustawy Pzp zamawiający uprawniony jest do żądania udzielenia przez wykonawcę, z którym podpisuje umowę na realizację zamówienia publicznego, zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ustawodawca sprecyzował w sposób jednoznaczny formę, w jakiej wykonawca może udzielić zabezpieczenia oraz minimalną i maksymalną wartość udzielanego zabezpieczenia. Odwołujący podkreślił, iż w świetle ustawy Pzp zamawiający nie może żądać tytułem zabezpieczenia kwoty wyższej niż 10% wartości zamówienia brutto. Z powyższego odwołujący wywiódł, iż postanowienie zobowiązujące wykonawcę do utrzymywania zabezpieczenia na poziomie 10% ceny całkowitej brutto wskazanej w ofercie wykonawcy, jest niezgodne z art. 150 ustawy Pzp. W konsekwencji, zapis umowy nakładający na wykonawcę obowiązek, o którym mowa powyżej, w świetle art. 58 KC nie może mieć mocy obowiązującej. Mając na uwadze fakt, iż zamawiający uprawniony jest do jednostronnego, samodzielnego i bezwarunkowego przeznaczenia, będącego w jego swobodnej dyspozycji, zabezpieczenia należytego wykonania dla pokrycia jego ewentualnych roszczeń wobec wykonawcy, należy uznać, iż zobowiązanie wykonawcy do utrzymywania zabezpieczenia na stałym poziomie 10% ceny ofertowej brutto, w konsekwencji prowadziłoby do zobowiązania wykonawcy do udzielenia zabezpieczenia w wysokości wyższej niż maksymalna i dopuszczalna wysokość zabezpieczenia

przewidziana przez ustawę Pzp.
Ad. 3)
Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z art. 647^1 KC, zamawiający w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek wskazanych w ww. przepisie prawa, będzie ponosił (wraz z wykonawcą) solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom zatrudnionym w ramach realizacji zamówienia przez wykonawcę. Mając na uwadze zasady odpowiedzialności solidarnej oraz powstanie po stronie zamawiającego odpowiedzialności solidarnej z mocy prawa (w przypadku ziszczenia się przesłanek

wskazanych w art. 647 1 KC) należy przyjąć za zasadne i znajdujące pokrycie w przepisach obowiązującego prawa, zastrzeżenie w warunkach umowy, prawa zamawiającego do potrącenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy, kwot uiszczonych w ramach odpowiedzialności solidarnej przez zamawiającego na rzecz podwykonawców zatrudnionych przez wykonawcę. śądanie uzyskania przez zamawiającego informacji o zakresie prac powierzonych do wykonania poszczególnym podwykonawcom, jak i wartości należnego im wynagrodzenia, także znajduje uzasadnienie w przepisach prawa regulujących zasady ponoszenia i powstania odpowiedzialności solidarnej po stronie zamawiającego.
W ocenie odwołującego, brak jednak podstaw prawnych do przyznania zamawiającemu prawa do wyeliminowania z realizacji prac budowlanych podwykonawcy realizującego roboty na podstawie stosunku cywilnoprawnego zawartego z wykonawcą, który za działania i zaniechania zatrudnionych podwykonawców odpowiada jak za własne działania i zaniechania. Wykonawca podnosi pełną odpowiedzialność za należyte i terminowe wykonanie zamówienia wobec zamawiającego. Wykonawca jest profesjonalistą w zakresie robót realizowanych w celu wykonania zamówienia, posiada wiedzę i doświadczenie (które podlegało ocenie zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia), które umożliwiają mu dobór podwykonawców gwarantujących należytą jakość i terminowość realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, skoro wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność za działania i zaniechania zatrudnionych podwykonawców, to powinien mieć swobodę w wyborze podmiotów, za które odpowiada.
Zaniechanie przedłożenia przez wykonawcę projektu umowy, czy też umowy określającej zakres prac danego podwykonawcy i wysokość ustalonego na jego rzecz wynagrodzenia nie może uprawniać zamawiającego do usunięcia podwykonawcy z terenu budowy.
Jak zauważył odwołujący, powyższe działanie zamawiającego będzie miało wpływ na czas realizacji zamówienia przez wykonawcę, który zobligowany zostanie do poszukiwania kolejnego podwykonawcy zdolnego do wykonania konkretnego zakresu prac w sposób należyty, tj. podwykonawcy, który zostanie przez profesjonalnego i doświadczonego

wykonawcę uznany za pomiot gwarantujący należyte wykonanie powierzonych mu robót, tak, jakby przedmiotowy zakres wykonywał sam wykonawca.
Odwołujący stwierdził, iż brak jest podstaw prawnych do przyznania zamawiającemu prawa usunięcia podwykonawcy, za którego odpowiada wykonawca tylko i wyłącznie z powodu niezachowania przez wykonawcę formalnej procedury przedłożenia umowy podpisanej z podwykonawcą. Nie przedłożenie zamawiającemu projektu umowy, czy też umowy zawartej z podwykonawcą, prowadzi w skutkach i konsekwencjach prawnych po stronie zamawiającego jedynie do nie powstania po stronie zamawiającego odpowiedzialności solidarnej (wraz z wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, w oparciu o stosunek cywilnoprawny nawiązany pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą. Zgoda zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy nie warunkuje skuteczności nawiązania stosunku cywilnoprawnego między wykonawcą a podwykonawcą, nie wpływa na jego ważność. Przedmiotowa zgoda lub jej brak ma znaczenie wyłącznie dla ewentualnego powstania odpowiedzialności solidarnej zamawiającego.
W ocenie odwołującego, brak jest podstaw prawnych do przyznania zamawiającemu *de facto* prawa do „zerwania" stosunku cywilnoprawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcę i narażenie wykonawcy na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów wynikających z uniemożliwienia podwykonawcy (przez zamawiającego tj. podmiot trzeci dla jego i obowiązków z podwykonawcy) realizacji świadczeń wynikających umowy podwykonawczej na i Powyższe prowadzi rzecz, rachunek ryzyko wykonawcy. do konieczności uwzględnienia w cenie ofertowej ww. nieograniczonego i niemożliwego do oszacowania ryzyka i dodatkowego finansowego czasowego wykonawcy, a w konsekwencji do złożenia ofert nieporównywalnych.
Odwołujący stwierdził, że brak jest także podstaw prawnych do żądania przedłożenia zamawiającemu odpisu dokumentów formalno-prawnych podwykonawców. Skutki braku umocowania, czy też nienależytego umocowania osób podpisujących umowę podwykonawczą po stronie podwykonawcy nie mają znaczenia dla realizacji zamówienia, za którego wykonanie odpowiedzialność ponosi wykonawca (nawet jeśli wykonuje zamówienie przy udziale podmiotów trzecich, gdyż ich działania i zaniechania z perspektywy zamawiającego są traktowane jak działania i zaniechania wykonawcy). Odwołujący zwrócił

uwagę, iż wszelkie odpisy z rejestru przedsiębiorców (w zależności od formy są powszechnie w organizacyjnoprawnej podwykonawcy) dostępne serwisach
elektronicznych i internetowych, m.in. na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości. W świetle art. 4aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym dokumenty formalne uzyskane drogą elektroniczną mają moc dokumentów znajdujących się w aktach rejestrowych podmiotu.

38

Zamawiający może w każdej chwili, bez ponoszenia dodatkowych kosztów zapoznać się z dokumentami formalno-prawnymi konkretnego podmiotu. Brak jest podstaw prawnych do nakładania na wykonawcę odpowiedzialnego za realizację zamówienia, dodatkowych obowiązków formalnych i przekazywania dokumentów, do których zamawiający ma bezpośredni i nieograniczony dostęp. Odwołujący podnosi, iż celem umowy zawartej na realizację zamówienia jest wykonanie robót zgodny budowlanych w sposób z obowiązującymi przepisami i normami technicznymi i ten zakres działań winien mieć znaczenie priorytetowe i pierwszorzędne. Zamawiający nie ma podstaw prawnych do nakładania na wykonawcę dodatkowych obowiązków o charakterze administracyjnym i biurokratycznym (jak zgłaszanie dostawców, usługodawców, dostarczanie dostępnych dokumentów formalnych), których zaniechanie nie prowadzi do powstania jakiegokolwiek ryzyka, w szczególności ryzyka finansowego po stronie zamawiającego.
Mając na uwadze fakt, iż ewentualna odpowiedzialność solidarna zamawiającego może powstać tylko i wyłącznie w zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, tj. podmiotom realizującym część robót budowlanych, które stają się częścią zamówienia przekazywanego zamawiającemu, zamawiający nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego dostawcom i usługodawcom, przy pomocy których wykonawca realizuje zamówienie. Odpowiedzialność solidarna wobec dostawcy i usługodawcy nie powstaje *ex lege* (w sposób analogiczny do odpowiedzialności wynikającej z art. 647^1 § 5 KC). Brak jest także zapisów we wzorze umowy proponowanym przez zamawiającego, w świetle których i zgodnie z art. 369 KC, zamawiający zobowiązałby się solidarnie z wykonawcą do zapłaty wynagrodzenia należnego dostawcom i usługodawcom uczestniczącym w realizacji zamówienia, które uzasadniałyby żądanie zamawiającego w zakresie zgłaszania i aktualizowania listy ww. podmiotów.
Zdaniem odwołującego, z uwagi na brak jakiejkolwiek relacji i odpowiedzialności zamawiającego wobec dostawców i usługodawców świadczących usługi na rzecz wykonawcy, na warunkach łączących ich stosunków cywilnoprawnych, zastrzeżenie w umowie prawa do skorzystania z udzielonego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia (w sytuacji wskazanej w subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych) pozostaje w sprzeczności z celem udzielenia zabezpieczenia przez wykonawcę, narusza art. 150 ustawy Pzp.
W opinii odwołującego, treść subklauzuli 4.4. w zakresie kwestionowanym przez odwołującego jest niedopuszczalna z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.
Zdaniem odwołującego, nadmierna i nie znajdująca podstaw w przepisach prawa ingerencja

39

---

zamawiającego w treść stosunków cywilnoprawnych wykonawcy i podmiotów trzecich, możliwość samodzielnego i nieuzasadnionego z perspektywy zakresu ponoszonej przez zamawiającego odpowiedzialności wobec podmiotów świadczących usługi na rzecz i ryzyko wykonawcy wyeliminowania ich z procesu realizacji prac, nie koreluje z obowiązkiem przestrzegania i poszanowania przez zamawiającego takich zasad, jak zachowanie równej pozycji stron, oparcie stosunku prawnego na zaufaniu do drugiej strony, zasady słuszności kontraktowej itd. Powyższe ogranicza jedynie swobodę prowadzenia działalności przez wykonawcę, swobodę doboru podmiotów trzecich przez wykonawcę, który odpowiada za ich działania i zaniechania wobec zamawiającego jak za działania i zaniechania własne.
Z uwagi na brak ryzyka finansowego zamawiającego za zobowiązania dostawców i usługodawców oraz brak ryzyka finansowego za zobowiązania podwykonawców, w przypadku nieziszczenia się przesłanek ustawowych wskazanych w art. 647^1 KC, oraz mając na uwadze zakres i skalę ryzyka finansowego, jakie w umowie nakłada zamawiający

na wykonawcę z uwagi na niewywiązywanie się ze stosunków cywilnoprawnych przez wykonawcę, zawieranych w ramach realizacji zamówienia należy uznać, w ocenie odwołującego, iż stosowany przez zamawiającego i narzucany jednostronnie wzór umowy narusza ww. zasady współżycia społecznego i nie znajduje uzasadnienia ani w celu, w jakim zawierana jest umowa na realizację zamówienia, ani w naturze przedmiotowej umowy.
Odwołujący podniósł dodatkowo, iż wykonawcy nie mają możliwości negocjowania warunków umów, które są jednostronnie narzucane przez zamawiających. Wykonawcy mogą jedynie występować do zamawiających z prośbą o wyjaśnienie zapisów umów. dialog z proponowanych Obiektywny zamawiającego wykonawcami zainteresowanymi realizacją zamówień w trybie ustawy Pzp nie występuje. Wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wykonywania robót budowlanych chcąc prowadzić działalność i utrzymywać się na rynku zmuszeni są do adhezyjnego i bezdyskusyjnego przystępowania do narzucanych im przez zamawiających warunków umów. Odwołujący dodatkowo wskazał, że ograniczenie swobody ustalania przez wykonawcę relacji z podmiotami trzecimi, które angażuje na swoje ryzyko i odpowiedzialność oraz włączanie ww. relacji w treść umowy na realizację zamówienia, pozostaje w sprzeczności także z naturą stosunku prawnego łączącego wykonawcę i zamawiającego.
Zdaniem odwołującego, na uwagę zasługuje również fakt, iż w praktyce, w obrocie gospodarczym stosowane są powszechnie klauzule poufności, w świetle których strony zobowiązują się do nieujawniania warunków zawieranych umów. Powyższe znajduje uzasadnienie z uwagi na możliwość oferowania materiałów i usług na różnych warunkach,

w tym finansowych, w stosunku do różnych kontrahentów. Zobowiązanie wykonawcy do przedkładania zamawiającemu umów zawieranych z dostawcami i usługodawcami prowadzić może do zobowiązania wykonawcy do naruszenia warunków kontraktowych ustalonych z dostawcami i usługodawcami i poniesienia wysokich konsekwencji finansowych. Powyższy fakt ma także wpływ na wysokość oferowanej ceny kontraktowej i jest wyceniany i uwzględniany przez wykonawców w sposób indywidualny i subiektywny co prowadzi do składania ofert nieporównywalnych. Ponadto przedmiotowe działanie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w obowiązku racjonalnego dysponowania środkami publicznymi, gdyż nakładane na wykonawców dodatkowe i niezasadne z perspektywy zakresu odpowiedzialności zamawiającego obowiązki prowadza jedynie do wzrostu oferowanych cen.
Ad. 4)
Odwołujący podniósł, iż walory estetyczne nie mieszczą się w granicach funkcjonalności i mają charakter subiektywny. Szkoda w przedmiocie umowy nie jest pojęciem tożsamym z wadą, a wykonawca nie może zobowiązać się do naprawienia szkód powstałych w przedmiocie umowy w ramach odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości i rękojmi. Pozostaje to w sprzeczności z ideą i celem instytucji prawnych jakimi są rękojmia i gwarancja jakości.
Ad. 5)
Odwołujący wskazał, że przepisy prawa polskiego przewidują dwa reżimy odpowiedzialności wykonawcy w okresie następującym po wykonaniu umowy. Są to odpowiedzialność z tytułu rękojmi oraz odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości (której udzielenie przez wykonawcę oraz przyjęcie przez zamawiającego jest wymagane dla wejścia w życie i obowiązywania między stronami przedmiotowego reżimu odpowiedzialności). Zamawiający niezależnie od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, która została w istotny sposób rozszerzona w stosunku do odpowiedzialności kodeksowej) oraz odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości wprowadził do warunków proponowanego wzorca umowy tzw. „Okres przeglądów i rozliczeń kontraktu” wskazując jedynie czas jego trwania. Ww. okres bliżej nie sprecyzowanej i niezidentyfikowanej co do celu i znaczenia, odpowiedzialności wykonawcy rozpoczyna się z dniem wydania Świadectwa Przejęcia (analogicznie do rozpoczęcia się okresu gwarancji jakości i rękojmi) i kończy się z dniem wydania Ostatecznego Świadectwa Płatności (tj. analogicznie do daty zakończenia okresu gwarancji jakości i rękojmi, którego kres i w konsekwencji zwrot pozostałej części zabezpieczenia także związany jest z wydaniem Ostatecznego Świadectwa Płatności). Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo do naliczania kar z tytułu niedotrzymania terminu usunięcia wad i szkód w Okresie

przeglądów i rozliczeń (subklauzla 8.7. lit. (f)) w wysokości 10 000 zł za każdy dzień zwłoki. Ponadto zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo naliczenia kary umownej z tytułu nieterminowego usuwania wad w okresie gwarancji jakości (zapis punktu 2 ppkt 2.1 lit. (e) w wysokości 0,01% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej). W konsekwencji powyższego zamawiający zastrzegł na swoją rzecz prawo do naliczania kar umownych w różnej wysokości z tytułu tych samych zdarzeń, tj. nieterminowego usunięcia wad zaistniałych po zakończeniu realizacji zamówienia. Powyższe ukształtowanie relacji między wykonawcą, a zamawiającym narusza zasadę równości stron, słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, a w konsekwencji przekracza dopuszczalne ramy swobody kształtowania stosunków prawnych, w tym swobody narzucania rozwiązań umownych przez zamawiających, redagujących stosowane przez nich wzorce umowne. Wprowadzanie dodatkowych reżimów odpowiedzialności, bez jednoczesnego sprecyzowania ich wzajemnych relacji i funkcji, jaką mają pełnić w toku współpracy między wykonawcą a zamawiającym, nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, ani też obowiązujących i powszechnie stosowanych zwyczajach. Powyższe narusza podstawowe zasady współżycia społecznego, tj. zasadę słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, wzajemnego poszanowania stron i równości stron nawiązanego stosunku prawnego.
Ad. 6)
Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zgodnie z brzmieniem klauzuli 8.8. Warunków Ogólnych kontraktu Inżynier ma nieograniczone prawo do zawieszenia prac wykonawcy w każdej chwili. Warunki kontraktu nie nakładają na Inżyniera obowiązku powiadomienia wykonawcy o przyczynach zawieszenia prac. Klauzula 8.8. Warunków Ogólnych przyznaje Inżynierowi prawo powiadomienia o przyczynie zawieszenia prac, a nie zobowiązuje go do jej wskazania. Z treści klauzuli 8.8. Warunków Ogólnych wynika także brak prawa wykonawcy do żądania zapłaty za Materiały i Sprzęt, których na budowę nie dostarczono z uwagi na zawieszenie prac, jeśli do zawieszenia doszło z przyczyn zależnych od wykonawcy. Jak wynika z powyższego, klauzula 8.10. Warunków Ogólnych kontraktu ma zastosowanie wyłącznie do przypadków zawieszenia prac z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wykreślenie przedmiotowej klauzuli 8.10. jest równoznaczne z zobowiązaniem wykonawcy do pokrycia kosztów Sprzętu i Materiału, który nie został dostarczony na teren budowy z uwagi na zawieszenie prac z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Przy istnieniu nieograniczonego prawa zawieszenia prac przez Inżyniera, niesprecyzowanego co do przyczyn i okoliczności uzasadniających jego zastosowanie, zobowiązanie wykonawcy do ponoszenia kosztów Sprzętu i Materiału nie dostarczonego na teren budowy narusza zasadę równości i poszanowania stron, zasadę lojalności,

sprawiedliwości i słuszności kontraktowej. W sytuacji bowiem pominięcia części robót, czy odstąpienia od umowy z uwagi na przedłużający się okres zawieszenia prac (na podstawie klauzuli 8.11. w zw. z klauzulą 13 Warunków Ogólnych lub klauzulą 16.2.) Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości uzyskania zwrotu kosztów poniesionych dla realizacji zamówienia, a nie zaangażowanych w realizację zamówienia z przyczyn od niego niezależnych.
Ad. 7)
Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie w umowie prawa do odstąpienia od niej przez wykonawcę w okolicznościach wskazanych w subklauzuli 16.2. Warunków Szczególnych, na tle okoliczności uzasadniających prawo do odstąpienia od umowy przez zamawiającego, godzi w zasadę równości stron, słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, jak również pozostaje w sprzeczności z celem i naturą prawa odstąpienia. Zdaniem odwołującego, decydując się na przyznanie obu stronom umowy prawa odstąpienia należy w taki sposób określić warunki odstąpienia, by zachowane zostały ww. podstawowe zasady stosunków kontraktowych. Przyznanie wykonawcy prawa do odstąpienia z uwagi na wystąpienie 84-dniowego opóźnienia w realizowaniu płatności przez zamawiającego w sytuacji, w której płatności winny być realizowane w terminie 30 dni, nie chroni wykonawcy przed koniecznością finansowania realizacji zamówienia. Zamawiający nie ponosi żadnych konsekwencji (za wyjątkiem odsetek ustawowych, których wysokość jest nieadekwatna do kosztów ponoszonych przez wykonawcę w okresie oczekiwania na zapłatę) z tytułu

nienależytego wykonywania podstawowego obowiązku umownego, jakim jest obowiązek terminowej zapłaty. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż po stronie zamawiającego, poza jego złą wolą, brak jest podstaw do nieterminowego regulowania płatności, bowiem środki na realizację zamówienia publicznego są w dyspozycji zamawiającego już na etapie udzielenia zamówienia. W konsekwencji, brak jest po stronie zamawiającego ryzyka braku możliwości terminowego pokrywania należności wykonawcy, a więc brak jest uzasadnionych podstaw do wydłużania czasu finansowania realizacji zamówienia przez wykonawcę, uzasadniającego odstąpienie od realizacji zamówienia. Skoro wykonawca ma obowiązek realizowania prac w ustalonych terminach pod rygorem zastosowania sankcji finansowych w postaci kar umownych, pod rygorem dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, pod rygorem zastępczego wykonania prac przez podmiot trzeci na ryzyko i koszt wykonawcy, pod rygorem odstąpienia od umowy przez zamawiającego w przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań, to działając zgodnie z zasadą słuszności i sprawiedliwości kontraktowej oraz równości stron należy przyznać wykonawcy prawo do odstąpienia od umowy w przypadku nie uzyskania płatności w ustalonych umową i przepisami prawa terminach.

Ad. 8)
Odwołujący wskazał, że przepisy prawa regulujące instytucję gwarancji jakości rozróżniają gwarancję sprzedawcy i gwarancję wytwórcy. W praktyce powszechnie występują i mają zastosowanie gwarancje wytwórcy danej rzeczy. Wytwórca (tu wykonawca) udziela gwarancji poprzez wydanie dokumentu, który może być dokumentem imiennym lub dokumentem na okaziciela. Przedmiotowy dokument ma charakter znaku legitymacyjnego stwierdzającego obowiązek świadczenia. Ustawodawca dopuszcza więc możliwość korzystania z uprawnień ustalonych w dokumencie gwarancyjnym przez każdy podmiot, który będzie w posiadaniu przedmiotowego dokumentu (w przypadku gwarancji na okaziciela). Przepisy obowiązującego prawa, oprócz gwarancji wytwórcy i sprzedającego nie przewidują możliwości wystawiania dokumentu gwarancji (czy to imiennego, czy to na okaziciela) przez podmiot, który nie jest (w zależności od okoliczności) wytwórcą, czy też sprzedawcą rzeczy, której dotyczy wystawiany znak legitymacyjny. Odwołujący zauważył, iż podmiot trzeci w stosunku do wytwórcy czy sprzedawcy konkretnego przedmiotu nie może gwarantować należytej jakości rzeczy, której nie zna. Wykonawca realizacji zamówienia nie może udzielić gwarancji jakości na zakres prac realizowanych w ramach innego zamówienia publicznego, udzielonego w toku innego i odrębnie się toczącego postępowania w trybie ustawy Pzp. Powyższe pozostawałoby w sprzeczności z ideą gwarancji jakości, która sprowadza się do zapewnienia, iż dana rzecz jest odpowiedniej jakości. Wykonawca, który nie jest wytwórcą, czy sprzedawcą danej rzeczy, nie posiada informacji o jakości danej rzeczy, nie może zagwarantować jej należytego funkcjonowania.
Do powstania gwarancji jakości wymagane jest złożenie stosownego oświadczenia przez wytwórcę, sprzedawcę (tu wykonawcę) i jego przyjęcie przez nabywcę danej rzeczy. W konsekwencji do skutecznego udzielenia gwarancji jakości dochodzi poprzez zgodne oświadczenie woli właściwych stron tj. poprzez zawarcie umowy, która jest umową o charakterze akcesoryjnym. Byt gwarancji jakości zależy od istnienia i ważności stosunku podstawowego, jakim jest umowa sprzedaży, dostawy (tu umowa o wykonanie konkretnego zamówienia publicznego).
Odwołujący wyjaśnił, iż nałożenie na wykonawcę obowiązku udzielenia gwarancji jakości do zakresu prac, których wytwórcą, ani sprzedawcą nie jest wykonawca pozostaje w sprzeczności z przepisami prawa odnoszącymi się do instytucji gwarancji jakości. Ponadto, przedmiotowe działanie zamawiającego przekracza granice swobody ustalania (tu narzucania) kontraktowych poprzez naruszenie zasady słuszności warunków i sprawiedliwości kontraktowej, równości stron, ich wzajemnego poszanowania oraz lojalności kontraktowej. Powyższe, jak stwierdził odwołujący, pozostaje również w sprzeczności z art.

473 § 1 KC, który co do zasady dopuszcza możliwość rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jednakże dotyczy to odpowiedzialności kontraktowej, tj. w zakresie ponoszonej dłużnika (tu wykonawcę) w toku realizacji odpowiedzialności przez

umowy/zamówienia i w stosunku do odpowiedzialności wynikającej z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Ponadto, dopuszczalność rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika jest uwarunkowana jednoznacznym sprecyzowaniem zakresu rozszerzonej odpowiedzialności oraz granicą swobody kontraktowania.
Rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy poprzez nałożenie obowiązku udzielenia gwarancji jakości na nieznany (zarówno co do zakresu, sposobu wykonania, jakości użytych materiałów i jakości wykonanych prac) zakres robót budowlanych nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa.
Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp i prawa cywilnego winien dysponować stosownym dokumentem gwarancji jakości co do zakresu prac wykonanych przez innych wykonawców w ramach realizacji zamówienia pn. „Budowa Autostrady A-1 Toruń-Stryków, Odcinek III Brzezie-Kowal od km 186+348 do km 215+850", które zostały przez zamawiającego odebrane, i za które wykonawcy uzyskali stosowne wynagrodzenie.
Ad. 9)
Odwołujący podniósł, iż zgodnie z warunkami umowy na realizację zamówienia, wykonawca zobligowany jest do wydania zamawiającemu dokumentu gwarancji o charakterze imiennego znaku legitymacyjnego. W przypadku wystąpienia okoliczności i zdarzeń objętych gwarancją jakości udzieloną przez wykonawcę, zamawiający będzie uprawniony, stosownie do treści dokumentu gwarancji do żądania od wykonawcy stosownych działań i zachowań. Ponadto zamawiający będzie dysponował finansowym zabezpieczeniem należytego wywiązania się przez wykonawcę z obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji jakości.
interes jest zgodnie konsekwencji powyższego, zamawiającego zabezpieczony z wymaganiami ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, brak jest podstaw prawnych do żądania od wykonawcy udzielenia zamawiającemu pełnomocnictwa do wykonywania uprawnień wykonawcy, przysługujących mu wobec dostawców, usługodawców i podwykonawców z tytułu uzyskanych od nich gwarancji jakości. W konsekwencji narzucenia ww. obowiązku, zamawiający ogranicza swobodę prowadzenia działalności przez wykonawcę w szczególności w zakresie prawa do samodzielnego wykonywania przysługujących mu uprawnień (a nie przez narzuconego pełnomocnika), jak w zakresie swobody doboru osób, które będą umocowane do składania oświadczeń woli w imieniu, na rzecz i ryzyko oraz ze skutkiem dla wykonawcy. Powyższe, w opinii odwołującego, stanowi naruszenie zasady

swobody prowadzenia działalności przez wykonawcę, zasady wzajemnego poszanowania stron umowy wzajemnej, zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Takie działanie zamawiającego istotnie wykracza poza dopuszczalny zakres swobody kontraktowej.
Ad. 10)
Odwołujący wyjaśnił, iż zastrzeżenie przez zamawiającego kary umownej stanowiącej istotną sankcję finansową dla wykonawcy z tytułu zdarzeń, które nie narażają zamawiającego na jakąkolwiek szkodę, pozostaje w sprzeczności z ideą kary umownej i jest przejawem nadużywania przez zamawiającego pozycji dominującej w zakresie wpływu na treść umowy (de *facto* adhezyjnej) zawieranej na realizację zamówienia. Powyższe stanowi także naruszenie zasady swobodnego kształtowania stosunków prawnych poprzez naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, wzajemnego szacunku i zaufania oraz równości stron. W okresie odpowiedzialności za wady z tytułu gwarancji jakości, priorytetowe znaczenie ma przede wszystkim sprawne usunięcie zaistniałej wady. Mając na uwadze krótkie terminy na usuwanie wad (72 godz.) wykonawca niezwłocznie po otrzymaniu zgłoszenia winien przystąpić do angażowania i organizowania środków, sprzętu i ludzi do usunięcia zaistniałej wady. Usunięcie wady w terminie powinno mieć znaczenie naczelne wobec formalnych wymogów nakładanych przez zamawiającego na wykonawcę. Ponadto odwołujący podniósł, iż narzucony przez zamawiającego dokument gwarancji nie wskazuje sposobu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia. Punkt 6.1 dokumentu gwarancji stanowi wyłącznie o sposobie zawiadomienia wykonawcy o wadach, nie określa sposobu potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia. Zaniechanie potwierdzenia otrzymania zgłoszenia o wadzie (przy jednoczesnym dysponowaniu przez zamawiającego dowodami przekazania zgłoszenia), w szczególności w sytuacji niezwłocznego przystąpienia do usuwania wad zgodnie z treścią gwarancji, pozostaje w sprzeczności z ideą kary umownej i przyznaje zamawiającemu niewspółmierne do jego ryzyka prawo stosowania dotkliwych sankcji

finansowych wobec wykonawcy (nawet w sytuacji należytego wypełnienia obowiązku gwarancyjnego tj. terminowego usunięcia wady).
Zobowiązanie wykonawcy, pod rygorem stosowania sankcji finansowych w postaci kar umownych za nieterminowe usuwanie szkód, w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej również stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do kształtowania treści zobowiązań umownych stron, wykracza poza zasadę swobody kontraktowania i narusza podstawowe zasady współżycia społecznego, o których mowa powyżej. W ramach odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawca odpowiada za jakość wykonanego zamówienia i zobligowany jest do usuwania ewentualnych wad. Odpowiedzialność za szkody, jakich może doznać przedmiot zamówienia podlega ogólnym zasadom odpowiedzialności przewidzianej

w przepisach prawa. W ramach odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawca nie może być zmuszony do usuwania szkód, w szczególności bez doprecyzowania rodzaju i charakteru szkód, których usunięcia żąda zamawiający. Powyższe oznacza bowiem obowiązek usunięcia przez wykonawcę każdej szkody powstałej w przedmiocie zamówienia w okresie jego odpowiedzialności gwarancyjnej, bez względu na podmiot, który szkodę wyrządził. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż zamawiający nie określił terminu na usuwanie tych wszelkich, niesprecyzowanych szkód. Przedmiotowe rozszerzenie odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy w sposób nie dający się zidentyfikować i oszacować nie tylko pozostaje w sprzeczności z ideą odpowiedzialności gwarancyjnej, ale także z podstawowymi zasadami współżycia społecznego.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy BUNTE Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o., Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i EUROVIA Polska S.A.

Sprawa o sygn. akt KIO 2223/12:

W postępowaniu na kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366 wykonawca Strabag Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowania postanowień ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób niezgodny z prawem tj.

1. postanowień pkt VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 6 SIWZ — Termin realizacji przedmiotu zamówienia, pkt 5 Formularza Umowy, pkt 1.1.3.3. i 8.13. Formularza 2.1. Załącznika do oferty oraz pozostałych postanowień SIWZ i ogłoszenia w zakresie, w jakim przewidują one, że:

a) zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 8 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na ukończenie), w tym:
- w terminie 4 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40%,
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach), węzłach i łącznicach,
- kompleksowe wykonanie w terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice,

2. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.1. w zakresie, w jakim wzór umowy przewiduje, że „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót, naprawi zgłoszone przez zarządców dróg szkody wyrządzone w czasie prowadzenia robót oraz wywiąże się z umów z zarządcami dróg".

3. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. w zakresie, w jakim wzór umowy przewiduje, że „Umowa z Podwykonawcą nie może może zawierać postanowień

a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od wykonawcy
od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót,
od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego

zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę łub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę (...) ”

4. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. w zakresie, w jakim wzór umowy przewiduje, że „(...) jeżeli w terminie 7 dni od otrzymania wezwania Inżyniera w zakresie zaległych zobowiązań wobec Dostawców łub Usługodawców, Wykonawca nie dostarczy dowodów, że należne im sumy zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę to (i) Zamawiający może w całości (...) wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy”

5. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 1 - Formularz Umowy Załącznika nr 1 - Gwarancja jakości, w zakresie, w jakim zamawiający wymaga przejęcia przez przyszłego wykonawcę umowy zobowiązań gwarancyjnych za poprzednich wykonawców robót objętych Kontraktem, tj.

- pkt 1.1.b) w zakresie, w jakim zamawiający wymaga od wykonawcy udzielenia gwarancji na „Zakres robót wykonanych przez Wykonawcę Kontraktu „Budowa Autostrady Al Toruń - stryków, odcinek I Czerniewice — Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion Brzezie od km 163+300 do km 186+366” oraz poprzednich wykonawców” oraz
- pkt 1.2 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga złożenia oświadczenia i zapewnienia, że wykonany przez wykonawcę cały Przedmiot Gwarancji, o którym mowa w pkt 1.1 został wykonany prawidłowo, zgodnie ze zobowiązaniem wykonawcy, o którym mowa w Subklauzuli 7.1. Warunków Kontraktu, a także zgodnie z najlepszą wiedzą Gwaranta.
- pkt 1.3 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga przejęcia przez wykonawcę wszelkiej

odpowiedzialności za Przedmiot Umowy, w tym za Dokumenty Wykonawcy i części Przedmiotu Umowy zrealizowane przez podwykonawców.

6. postanowień Tomu IV SIWZ - Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, pkt 1.5.4. Wymagań Ogólnych Zgodność Robót z Dokumentacją Projektową i SST, w zakresie, w jakim przewiduje on, że „Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 6 tygodni przed terminem rozpoczęciem danej roboty. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami łub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”.

Ad. 1)

Zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu i SIWZ zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 8 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na ukończenie), w tym:

- w terminie 4 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach), węzłach i łącznicach,
- kompleksowe wykonanie w terminie 6 miesięcy od podpisania Umowy Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice.

W ocenie odwołującego, tak określony termin wykonania przedmiotu zamówienia, jak również terminy wykonania poszczególnych etapów robót (Minimalne ilości wykonania) są obiektywnie niemożliwe do dotrzymania już od momentu zawarcia umowy. Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 387 §1 KC.

Przez Czas na ukończenie rozumieć należy (subklauzula 8.2.) czas na ukończenie całości robot i każdego odcinka, włączając w to:

a) przejście z powodzeniem przez Próby Końcowe,
b) ukończenie całej pracy, która jest podana w kontrakcie jako wymagana (...),
c) sporządzenie i dostarczenie do Inżyniera dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami subklauzuli 4.1.,
d) uzyskanie w imieniu i na rzecz zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,
e) zawiadomienie WIOŚ zgodnie z ustawą Prawo ochrony środowiska i wykonanie

zgłoszonych Uwag.
Do czasu na ukończenie wliczone zostały okresy zimowe (pkt 1.1.3.3 Załącznika do Oferty Formularz 2.1).
Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami umowy, fizyczne rozpoczęcie robót poprzedzone jest następującymi czynnościami:
- przekazanie placu budowy - na co zgodnie z subklauzulą 2.1. Szczególnych Warunków Kontraktu oraz Załącznikiem do Oferty - Formularz 2.1, przewidziane zostało 14 dni,
- wyznaczenie daty rozpoczęcia - zgodnie z subklauzulą 8.1. Szczególnych Warunków Kontraktu oraz Załącznikiem do Oferty - Formularz 2.1 przewidziane zostało na 28 dni od daty zawarcia umowy,
- złożenie PZJ - zgodnie z subklauzulą 4.9. Szczególnych Warunków Kontraktu, 7 dni od Daty Rozpoczęcia,
- zatwierdzenie PZJ - zgodnie z pkt 1.5.3.3 STWiOR 00.00.00 - 28 dni od złożenia.
Po fizycznym zakończeniu robót, w Czasie na ukończenie, muszą zostać wykonane następujące czynności:
- przygotowanie i skompletowanie dokumentacji odbiorowej,
- weryfikacja dokumentacji odbiorowej przez Inżyniera - na którą zgodnie z pkt 1.5.3.3 STWiOR 00.00.00 przewidziane zostało 28 dni,
- konieczne na 30 dni przed zakończeniem budowy zgłoszenie wykonania do WIOŚ,
- konieczność złożenia aktualizacji map w ośrodku geodezji i kartografii w celu zatwierdzenia (przyjęcia do zbioru),
- konieczność zgłoszenia, zgodnie z art. 56 Prawa Budowlanego, Państwowej Straży Pożarnej i Państwowej Inspekcji Sanitarnej zakończenia robót w celu zajęcia przez organ stanowiska w przedmiocie zgodności wykonania robót z projektem,
- konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie.
Odwołujący obliczył, iż odejmując od przewidzianego Czasu na Ukończenie (8 miesięcy) czas na ww. czynności poprzedzające rozpoczęcie prowadzenia prac oraz czas konieczny na dokonanie czynności po fizycznym ukończeniu robót, jak również uwzględniając sezon zimowy, który stanowić będzie naturalną przeszkodę w realizacji robót na prowadzenie robót, w 8-o miesięcznym Czasie na Ukończenie wykonawcy pozostaje 48 dni na wykonywanie robót. Wpływ opisanych okoliczności na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w obowiązującym aktualnie Czasie na ukończenie, odwołujący przedstawił na załączonym

harmonogramie pn. Harmonogram Realizacji Umowy Autostrada A-1 Toruń - Stryków, Odcinek 3 Brzezie - Kowal. Odwołujący złożył też harmonogram przedstawiający czas konieczny dla wykonania samych tylko Robót (bez przewidzianych w umowie czynności poprzedzających ich rozpoczęcie i następujących po ich fizycznym zakończeniu) składających się na wykonanie zamówienia pn. „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł Kowal (bez węzła) km 186+348÷215+850”, który to czas wynosi 9 miesięcy. Harmonogram przygotowany został przy uwzględnieniu:
a) ilości robót podanych przez zamawiającego w przedmiarach,
b) wydajności prowadzonych robót wynikających z wymaganych przez zamawiającego ilości sprzętu i ludzi.
Połączenie czasu na wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia z czasem koniecznym na wykonanie pozostałych przewidzianych umowną obowiązków wykonawcy, które dopełnione powinny zostać w Czasie na Ukończenie odwołujący przedstawił na kolejnym załączonym do odwołania Harmonogramie - Realizacja Umowy A-1 Toruń Stryków, odcinek 3 Brzezie - Kowal. Możliwe wykonanie.
Nawet pobieżna analiza każdego z przedstawionych harmonogramów wskazuje, zdaniem odwołującego, że nie jest możliwe wykonanie w terminie 9 miesięcy od daty podpisania umowy wszystkich nałożonych umową obowiązków wykonawcy składających się na wykonanie przedmiotu umowy. Odpowiednio, jak wskazał odwołujący, nie jest też możliwe dotrzymanie terminów dla wykonania tzw. Minimalnych Ilości Wykonania. Kamień milowy „Kompleksowe wykonanie w terminie 6 miesięcy od podpisania Umowy Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice ma na celu udostępnienie przyszłemu operatorowi Stacji Poboru Opłat z dwumiesięcznym wyprzedzeniem w stosunku do terminu ukończenia kontraktu tak, aby umożliwić operatorowi wykonanie swoich działań dla

uruchomienia poboru opłat. W związku z określeniem nowego, realnego terminu ukończenia zasadne jest, aby ten kamień milowy określić jako kompleksowe wykonanie Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice Brzezie i Stacji Poboru Opłat Pikutowo, na dwa miesiące przed Czasem na Ukończenie całej Umowy.
Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonych postanowień ogłoszenia i SIWZ, w ten sposób, że:
„Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 21 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na Ukończenie), w tym:
- w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie

mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej
- wykonanie w terminie 19 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jednia), węzłach i łącznicach”
- kompleksowe wykonanie w terminie nie później niż 2 miesiące przed upływem Czasu na Ukończenie Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice.
W opinii odwołującego, jedynie tak określony termin wykonania będzie możliwy do wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu postanowień umowy i nie narazi z góry wykonawcy na konieczność płacenia wysokich kar umownych przewidzianych przez zamawiającego.
Ad. 2)
Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.1. „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót, naprawi zgłoszone przez zarządców dróg szkody wyrządzone w czasie prowadzenia robót oraz wywiąże się z umów z zarządcami dróg”. Jednocześnie, jak zauważył odwołujący, zgodnie z subklauzulą 10.1. Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dopóki zamawiający nie otrzyma od wykonawcy wymaganego kontraktem dokumentu Gwarancji Jakości oraz nie wypełni zobowiązań wynikających z porozumień lub umów zawartych przez wykonawcę z zarządcami dróg i jeżeli nie wykona odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy w zakresie określonym w przedmiarze robót.”. Oznacza to, zdaniem odwołującego, że zamawiający do czasu ukończenia wlicza odtworzenie dróg dojazdowych. Tymczasem jest oczywiste, w opinii odwołującego, że wykonawca w celu wykonania przedmiotu umowy musi korzystać do samego zakończenia robót budowlanych z dróg lokalnych w celu dowiezienia materiałów na budowę. Co za tym idzie, do samego końca wykonania robót może postępować ewentualna degradacja dróg lokalnych. Naprawa ich ma sens dopiero po zakończeniu kontraktu. Z tych względów, w ocenie odwołującego, zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 139 w zw. z art. 353¹ KC.
Odwołujący wniósł o usunięcie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu. Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.1. zdania
- „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót, naprawi zgłoszone przez zarządców dróg szkody wyrządzone w czasie prowadzenia robót oraz wywiąże się z umów z zarządcami dróg”
oraz o usuniecie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne

Kontraktu (część II), subklauzuli 10.1. słów „(...) nie wypełni zobowiązań wynikających z porozumień łub umów zawartych przez Wykonawcę z zarządcami dróg i jeżeli nie wykona odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy w zakresie określonym w przedmiarze robót (…)”.
Ad. 3)
Zgodnie z postanowieniami Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. „Umowa z Podwykonawcą nie może zawierać postanowień a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera -Oodbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę łub od dokonania przez Zamawiającego

na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę (...)". W ocenie odwołującego, zamawiający bezpodstawnie sformułował postanowienia kontraktowe w odniesieniu podwykonawców w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty za wykonane roboty bez wcześniejszego zaakceptowania przez zamawiającego zakresu robót, obejmującego wykonane przez podwykonawcę roboty. Sytuacja powyższa powoduje, zdaniem odwołującego, ujemną sytuację po stronie wykonawcy, który niejako zobowiązany byłby do kredytowania inwestycji uzależnionej od prawidłowego odbioru wykonanych prac przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że postanowienie to jest również sprzeczne z tą częścią subklauzuli 4.4., która przewiduje, że „Jeżeli zatwierdzony przez Zamawiającego zgodnie z Warunkami Kontraktu Podwykonawca bądź zgłoszony Dostawca łub Usługodawca wystąpi na piśmie z oświadczeniem do Zamawiającego, że Wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane Roboty, które zostały odebrane i poświadczone do zapłaty w Świadectwie Płatności przez Inżyniera, usługi lub dostawy i udokumentuje zasadność takiego żądania dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, usług łub dostaw', to Inżynier wezwie Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że poświadczone przez Inżyniera sumy należne Podwykonawcy za Roboty oraz wynagrodzenie należne, Dostawcy lub Usługodawcy, zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę.". Zgodnie z tym zdaniem wprost uzależnia bowiem możliwość zapłaty od wcześniejszego zatwierdzenia robót przez przedstawiciela zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 139 w zw. z art. 353¹ KC oraz 647¹ Kc.
Odwołujący wniósł o usuniecie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. lit a), tj. uzależniających uzyskanie przez

Podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera -Odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę (...)".
Ad.4)
Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4 „(...) jeżeli w terminie 7 dni od otrzymania wezwania Inżyniera w zakresie zaległych zobowiązań wobec Dostawców łub Usługodawców, Wykonawca nie dostarczy dowodów, że należne im sumy zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę to (i) Zamawiający może w całości (...) wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy". Przywołane postanowienie daje zamawiającemu możliwość zatrzymania całości płatności na rzecz wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie dokonana wcześniejszej zapłaty na rzecz swojego podwykonawcy. W ocenie odwołującego, o ile za racjonalne i uzasadnione można uznać wstrzymanie zapłaty w części odpowiadającej wysokości zgłoszonego przez podwykonawcę roszczenia (choć z uwagi na liczne przewidziane w umowie zabezpieczenia przewidziane za wypadek zaistnienia takiej okoliczności i to wydaje się być wygórowane), to brak uzasadnienia dla wstrzymywania całości zapłaty. Odnieść trzeba się bowiem do celu, jakiemu służyć ma takie zatrzymanie. Ma ono, jak zakłada odwołujący, zabezpieczyć zamawiającego przed koniecznością zapłaty za roboty, na podstawie art. 647¹ KC wykonawcy, a następnie podwykonawcy. Innymi słowy, ma zabezpieczyć zamawiającego przed „płaceniem dwa razy" i koniecznością dochodzenia regresu od wykonawcy. Taki cel spełni zatrzymanie wynagrodzenia w części odpowiadającej zgłoszonym roszczeniom podwykonawcy. Zatrzymanie całości należnego wynagrodzenia w takiej sytuacji nie tylko będzie nieuzasadnione - bo oprócz spornej części obowiązek zapłaty po stronie zamawiającego będzie istniał, to prowadzić może do nadużyć polegających na wstrzymywaniu płatności faktur na kwoty liczone w milionach w sytuacji, gdy spore należności podwykonawców wynosić będą jedynie promil tej wartości. Dodatkowo, po stronie wykonawcy będzie to powodowało konieczność kredytowania inwestycji i ponoszenia z tego tytułu dodatkowych kosztów. Odwołującego stwierdził, że zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 139 w zw. z art. 353¹ oraz 647 kc.
Odwołujący wniósł o osunięcie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki

Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. słów „w całości”.

Ad) 5
Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 1 - Formularz Umowy załącznika nr 1 - Gwarancja jakości, zamawiający wymaga przejęcia przez przyszłego wykonawcę umowy zobowiązań gwarancyjnych za poprzednich wykonawców robót objętych kontraktem, tj.
- pkt 1.1.b) w zakresie, w jakim zamawiający wymaga od wykonawcy udzielenia gwarancji na „Zakres robót wykonanych przez Wykonawcą Kontraktu „Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, odcinek 1 Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion Brzezie od km 163+300 do km 186+366 ” oraz poprzednich wykonawców” oraz
- pkt 1.2 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga złożenia oświadczenia i zapewnienia, że wykonany przez wykonawcę cały Przedmiot Gwarancji, o którym mowa w pkt 1.1 został wykonany prawidłowo, zgodnie ze zobowiązaniem wykonawcy, o którym mowa w subklauzuli 7.1. Warunków Kontraktu, a także zgodnie z najlepszą wiedzą Gwaranta.
- pkt 1.3 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga przejęcia przez wykonawcę wszelkiej odpowiedzialności za Przedmiot Umowny, w tym za Dokumenty wykonawcy i części Przedmiotu Umowy zrealizowane przez podwykonawców.
Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami dokumentacji, przedmiotem gwarancji są nie tylko roboty wykonane przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia, ale również roboty wykonywane przez inne podmioty w ramach realizacji robót na kontrakcie „Budowa autostrady A1 Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186 + 366”. W zakresie tak zdefiniowanego przedmiotu gwarancji zamawiający wymaga od wykonawcy oświadczenia o ich prawidłowym wykonaniu oraz przejęcia wszelkiej odpowiedzialności za te roboty. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko wykonanie robót objętych umową pn. „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń -Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek 11 Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366” i udzielenie na nie gwarancji, ale również udzielenie gwarancji na roboty innych wykonawców, wykonane w ramach zadania „Budowa autostrady A1 Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186 + 366”. Powszechnie wiadomo, zdaniem odwołującego, że wykonawcą robót na tym odcinku było konsorcjum firm SRB Civil Engineering Ltd - Lider, PBG S.A., APRIVIA S.A., HYDROBUDOWA POLSKA S.A., John Sisk&Son Ltd., z którym zamawiający rozwiązał umówię.
Odwołujący wskazał na treść art. 29 ust 1 ustawy Pzp i stwierdził, że zamawiający nie

zamieścił w dokumentacji przetargowej żadnych informacji na temat wykonanego przez innych wykonawców przedmiotu umowy „Budowa autostrady A1 Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186 + 366”. Zamawiający nie załączył dokumentacji przetargowej np. inwentaryzacji robót po poprzednim wykonawcy, która pozwoliłaby na ocenę stanu robót, na jakie udzielona ma być gwarancja, nie przedstawił dokumentacji powykonawczej dla robót wykonanych przez innego wykonawcę. Odwołujący podkreślił, iż gwarancja jest zobowiązaniem podmiotu do wykonania określonego świadczenia. Jakkolwiek jest możliwe udzielenie gwarancji na roboty wykonane przez podmiot trzeci, to konieczne jest dla zaciągnięcia takiego zobowiązania posiadanie wiedzy na temat jego przedmiotu, tj. posiadanie wiedzy na temat tego, co jest przedmiotem gwarancji. Brak podania informacji na temat przedmiotu, za którego jakość i sposób wykonania gwarantować ma wykonawca umowy „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek 11 Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366” po pierwsze powoduje, że wykonawca *de facto* nie wie, co jest przedmiotem udzielonej przez niego gwarancji, po drugie, nie ma możliwość oszacowania kosztów udzielenia takiej gwarancji. W ocenie odwołującego, zaskarżone postanowienie jest niezgodny z art. 29 ustawy Pzp oraz art. 139 w zw. z art. 577 Kc.
Odwołujący wniósł o usunięcie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 1 - Formularz

Umowy załącznika nr 1 - Gwarancja jakości postanowień przewidujących obowiązek udzielenia gwarancji na roboty wykonane przez podmioty trzecie w ramach robót budowlanych polegających na budowie autostrady A1 Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186 + 366.

Ad) 6

Jak zauważył odwołujący, zgodnie z postanowieniami Tomu IV SIWZ - Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, pkt 1.5.4. Wymagań Ogólnych Zgodność Robót z Dokumentacją Projektową i SST, zamawiający przewidział, że wykonawca ma „sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 6 tygodni przed terminem rozpoczęciem danej roboty. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.". Wskazane postanowienie umowy przenosi na wykonawcę obowiązek sprawdzenia poprawności przygotowania dokumentacji oraz wymaga takiego projektowej opracowanej przez zamawiającego dokonania

sprawdzenia w określonym terminie, pod rygorem utraty możliwości powoływania się na istniejące błędy w dokumentacji, przez co wskazane postanowienie jest sprzeczne z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i 651 Kc.

Obowiązkiem zamawiającego jest, jak wskazał odwołujący, przekazanie wykonawcy robót kompletnego i prawidłowego projektu budowlanego oraz innych dokumentów niezbędnych do realizacji inwestycji. Oczywiście, jak stwierdził odwołujący, wyrazem współpracy stron przy wykonywaniu umowy jest informowanie zamawiającego przez wykonawcę o wykrytych i ujawnionych w takcie wykonywania robót błędach w przekazanej dokumentacji projektowej. Niemniej wykonawca umowy o roboty budowlane nie musi posiadać specjalistycznej wiedzy w zakresie projektowania, która pozwoliłaby wykryć wszystkie błędy w projekcie. Jak też, nie musi dysponować wiedzą, która pozwoli mu wykryć takie błędy nie na etapie realizacji robót, ale przed przystąpieniem do ich wykonania - jak wymaga wskazany zapis.

Odwołujący podkreślił, że również w tym konkretnym postępowaniu analiza stawianych wykonawcom warunków podmiotowych udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem odpowiedniej kadry technicznej wskazuje, że zamawiający nie wymaga dla wykonania zamówienia dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia projektowe. Tymczasem sprawdzenie projektu w myśl art. 12 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego oraz art. 20 ust. 2 Prawa budowlanego jest pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tj. funkcji projektanta i wiąże się z koniecznością posiadania odpowiednich uprawnień budowlanych. Zdaniem odwołującego, nałożenie na wykonawcę umowy o roboty budowlane obowiązku 1) sprawdzenia Dokumentacji Projektowej oraz 2) zgłoszenia wszystkich uwag 3) przed przystąpieniem do wykonywania robót jest nadmierne i nieuzasadnione w świetle roli, jaką w procesie inwestycyjnym pełni wykonawca.

Zdaniem odwołującego, istotne w tym przypadku jest, że niniejsze zamówienie nie jest realizowane na zasadzie „zaprojektuj - zbuduj". W związku z powyższym, za nieuzasadnione należy uznać obciążenie wykonawców obowiązkiem sprawdzania (za zamawiającego i Projektanta) przekazanych wykonawcom projektów oraz obciążanie ich negatywnymi konsekwencjami wystąpienia w nich błędów, za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca.

Odwołujący wniósł o usunięcie zaskarżonego postanowienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy BUNTE Polska Sp. z o.o., Budimex S.A., Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i EUROVIA Polska S.A.

Sprawa o sygn. akt KIO 2224/12:

W postępowaniu na kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850 wykonawca Strabag Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec

dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowania postanowień ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób niezgodny z prawem tj.

1. postanowień pkt VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu, pkt 6 SIWZ — Termin realizacji przedmiotu zamówienia, pkt 5 Formularza Umowy, pkt 1.1.3.3. i 8.13. Formularza 2.1. Załącznika do oferty oraz pozostałych postanowień SIWZ i ogłoszenia w zakresie, w jakim przewidują one, że:

a) zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 9 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na ukończenie), w tym:

- w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40%,
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% podbudowy zasadniczej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady), węzłach i łącznicach,
- wykonanie w terminie 8 miesięcy od rozpoczęcia Czasu na Ukończenie odcinka autostrady A1 od km 186+348 do km 188+200 wraz z węzłem Brzezie i odcinka drogi wojewódzkiej nr 252 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie dla tego odcinka autostrady,

2. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.1. w zakresie, w jakim wzór umowy przewiduje, że „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót, naprawi zgłoszone przez zarządców dróg szkody wyrządzone w czasie prowadzenia robót oraz wywiąże się z umów z zarządcami dróg".

3. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. w zakresie, w jakim wzór umowy przewiduje, że „Umowa z Podwykonawcą nie może może zawierać postanowień

a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych robót, przez Podwykonawcę od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę łub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę (...) ",

4. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. w zakresie, w jakim wzór umowy przewiduje, że „(...) jeżeli w terminie 7 dni od otrzymania wezwania Inżyniera w zakresie zaległych zobowiązań wobec Dostawców łub Usługodawców, Wykonawca nie dostarczy dowodów, że należne im sumy zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę to (i) Zamawiający może w całości (...) wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy",

5. postanowień Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 1 - Formularz Umowy Załącznika nr 1 - Gwarancja jakości, w zakresie, w jakim zamawiający wymaga przejęcia przez przyszłego wykonawcę umowy zobowiązań gwarancyjnych za poprzednich wykonawców robót objętych Kontraktem, tj.

- pkt 1.1.b) w zakresie, w jakim zamawiający wymaga od wykonawcy udzielenia gwarancji na „Zakres robót wykonanych przez Wykonawcę Kontraktu „Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, odcinek III - Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850 oraz poprzednich wykonawców" oraz
- pkt 1.2 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga złożenia oświadczenia i zapewnienia, że wykonany przez wykonawcę cały Przedmiot Gwarancji, o którym mowa w pkt 1.1 został wykonany prawidłowo, zgodnie ze zobowiązaniem wykonawcy, o którym mowa w Subklauzuli 7.1. Warunków Kontraktu, a także zgodnie z najlepszą wiedzą Gwaranta.
- pkt 1.3 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga przejęcia przez wykonawcę wszelkiej odpowiedzialności za Przedmiot Umowy, w tym za dokumenty wykonawcy i części Przedmiotu Umowy zrealizowane przez podwykonawców,

6. postanowień Tomu IV SIWZ - Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, pkt 1.5.4. Wymagań Ogólnych Zgodność Robót z Dokumentacją Projektową i SST, w zakresie, w jakim przewiduje on, że „Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 6 tygodni przed terminem rozpoczęciem danej roboty. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować

opóźnieniami łub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”.
Ad. 1)
Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu i SIWZ zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 9 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na ukończenie), w tym:

- w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% podbudowy zasadniczej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady), węzłach i łącznicach,
- wykonanie w terminie 8 miesięcy od rozpoczęcia Czasu na Ukończenie odcinka autostrady A1 od km 186+348 do km 188+200 wraz z węzłem Brzezie i odcinka drogi wojewódzkiej nr 252 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie dla tego odcinka autostrady.
W ocenie odwołującego, tak określony termin wykonania przedmiotu zamówienia, jak również terminy wykonania poszczególnych etapów robót (Minimalne ilości wykonania) są obiektywnie niemożliwe do dotrzymania już od momentu zawarcia umowy. Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 387 §1 Kc.
Przez Czas na ukończenie rozumieć należy (subklauzula 8.2.) czas na ukończenie całości robot i każdego odcinka, włączając w to:

a) przejście z powodzeniem przez Próby Końcowe,
b) ukończenie całej pracy, która jest podana w kontrakcie jako wymagana (...),
c) sporządzenie i dostarczenie do Inżyniera dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami subklauzuli 4.1.,
d) uzyskanie w imieniu i na rzecz zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,
e) zawiadomienie WIOŚ zgodnie z ustawą Prawo ochrony środowiska i wykonanie zgłoszonych Uwag.

Do czasu na ukończenie wliczone zostały okresy zimowe (pkt 1.1.3.3 Załącznika do Oferty Formularz 2.1).
Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami umowy, fizyczne rozpoczęcie robót poprzedzone jest następującymi czynnościami:
- przekazanie placu budowy - na co zgodnie z subklauzulą 2.1. Szczególnych Warunków Kontraktu oraz Załącznikiem do Oferty - Formularz 2.1, przewidziane zostało 14 dni,
- wyznaczenie daty rozpoczęcia - zgodnie z subklauzulą 8.1. Szczególnych Warunków Kontraktu oraz Załącznikiem do Oferty - Formularz 2.1 przewidziane zostało na 28 dni od daty zawarcia umowy,
- złożenie PZJ - zgodnie z subklauzulą 4.9. Szczególnych Warunków Kontraktu, 7 dni od Daty Rozpoczęcia,
- zatwierdzenie PZJ - zgodnie z pkt 1.5.3.3 STWiOR 00.00.00 - 28 dni od złożenia.

- złożenie i weryfikacja dokumentów technicznych wykonawcy – zgodnie z pkt 1.5.3.2. STWiOR 00.00.00 – 6 tygodni przed rozpoczęciem prac.
Po fizycznym zakończeniu robót, w Czasie na ukończenie, muszą zostać wykonane następujące czynności:
- przygotowanie i skompletowanie dokumentacji odbiorowej,
- weryfikacja dokumentacji odbiorowej przez Inżyniera - na którą zgodnie z pkt 1.5.3.3 STWiOR 00.00.00 przewidziane zostało 28 dni,
- konieczne na 30 dni przed zakończeniem budowy zgłoszenie wykonania do WIOŚ,
- konieczność złożenia aktualizacji map w ośrodku geodezji i kartografii w celu zatwierdzenia (przyjęcia do zbioru),
- konieczność zgłoszenia, zgodnie z art. 56 Prawa Budowlanego, Państwowej Straży Pożarnej i Państwowej Inspekcji Sanitarnej zakończenia robót w celu zajęcia przez organ stanowiska w przedmiocie zgodności wykonania robót z projektem,
- konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie.
Odejmując od przewidzianego Czasu na Ukończenie (9 miesięcy) czas na ww. czynności poprzedzające rozpoczęcie prowadzenia prac oraz czas konieczny na dokonanie czynności

po fizycznym ukończeniu robót, jak również uwzględniając sezon zimowy, który stanowić będzie naturalną przeszkodę w realizacji robót, w 9-cio miesięcznym Czasie na Ukończenie wykonawcy pozostaje, jak wskazał odwołujący,, 77 dni. Wpływ opisanych okoliczności na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w obowiązującym aktualnie Czasie na ukończenie, odwołujący przedstawił na załączonym harmonogramie pn. Harmonogram Realizacji Umowy Autostrada A-1 Toruń - Stryków, Odcinek 3 Brzezie - Kowal. Odwołujący złożył też harmonogram przedstawiający czas konieczny do wykonania samych tylko Robót (bez przewidzianych w umowie czynności poprzedzających ich rozpoczęcie i następujących po ich fizycznym zakończeniu) składających się na wykonanie zamówienia pn. „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł Kowal (bez węzła) km 186+348 + 215+850", który to czas wynosi 9 miesięcy. Harmonogram przygotowany został przy uwzględnieniu ilości robót podanych przez zamawiającego w przedmiarach i wydajności prowadzonych robót wynikających z wymaganych przez zamawiającego ilości sprzętu i ludzi.
Połączenie czasu na wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia z czasem koniecznym na wykonanie pozostałych przewidzianych umową obowiązków wykonawcy, które dopełnione powinny zostać w Czasie na Ukończenie odwołujący przedstawił na kolejnym załączonym do odwołania Harmonogramie - Realizacja Umowy A-1 Toruń

Stryków, odcinek 3 Brzezie - Kowal. Możliwe wykonanie.
Nawet pobieżna analiza każdego z przedstawionych harmonogramów wskazuje, zdaniem odwołującego, że nie jest możliwe wykonanie w terminie 9 miesięcy od daty podpisania umowy wszystkich nałożonych umową obowiązków wykonawcy składających się na wykonanie przedmiotu umowy. Odpowiednio, jak wskazał odwołujący, nie jest też możliwe dotrzymanie terminów dla wykonania tzw. Minimalnych Ilości Wykonania. Kamień milowy „Kompleksowe wykonanie w terminie 7 miesięcy od zawarcia Umowy Stacji Poboru Opłat Brzezie i Stacji Poboru Opłat Pikutowo" ma na celu udostępnienie przyszłemu operatorowi Stacji Poboru Opłat z dwumiesięcznym wyprzedzeniem w stosunku do terminu ukończenia kontraktu tak, aby umożliwić operatorowi wykonanie swoich działań dla uruchomienia poboru opłat. W związku z określeniem nowego, realnego terminu ukończenia, zasadne jest, aby ten kamień milowy określić jako kompleksowe wykonanie Stacji Poboru Opłat Brzezie i Stacji Poboru Opłat Pikutowo, na dwa miesiące przed Czasem na Ukończenie całej Umowy. Kamień milowy „wykonanie w terminie 8 miesięcy od rozpoczęcia Czasu na Ukończenie odcinka autostrady A1 od km 186+348 do km 188+200 wraz z węzłem Brzezie i odcinka drogi wojewódzkiej nr 252 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie dla tego odcinka autostrady" jest zasadny, w przypadku wcześniejszego ukończenia i oddania do ruchu odcinka 1, 2. Ponieważ przetarg na odcinki 1, 2 jest przedmiotem osobnego odwołania, w którym wskazano, że obydwa odcinki powinny mieć jednakowy czas realizacji, kamień milowy jest, w ocenie odwołującego, bezzasadny. Odwołujący wniósł o jego anulowanie.
Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonych postanowień ogłoszenia i SIWZ, w ten sposób, że:
„Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 21 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na Ukończenie), w tym:
- w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej
- wykonanie w terminie 19 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% podbudowy zasadniczej w ciągu głównym autostrady (na obu jezdniach autostrady), węzłach i łącznicach"
- kompleksowe wykonanie w terminie nie później niż 2 miesiące przed upływem Czasu na Ukończenie Stacji Poboru Opłat Brzezie i Stacji Poboru Opłat Pikutowo,
oraz usunięcie postanowienia „wykonanie w terminie 8 miesięcy od rozpoczęcia Czasu na Ukończenie odcinka autostrady A1 od km 186+348 do km 188+200 wraz z węzłem Brzezie i odcinka drogi wojewódzkiej nr 252 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie

dla tego odcinka autostrady".
Ad. 2)

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.1. „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót, naprawi zgłoszone przez zarządców dróg szkody wyrządzone w czasie prowadzenia robót oraz wywiąże się z umów z zarządcami dróg". Jednocześnie, jak zauważył odwołujący, zgodnie z subklauzulą 10.1. Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dopóki zamawiający nie otrzyma od wykonawcy wymaganego kontraktem dokumentu Gwarancji Jakości oraz nie wypełni zobowiązań wynikających z porozumień lub umów zawartych przez wykonawcę z zarządcami dróg i jeżeli nie wykona odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy w zakresie określonym w przedmiarze robót.". Oznacza to, zdaniem odwołującego, że zamawiający do czasu ukończenia wlicza odtworzenie dróg dojazdowych. Tymczasem jest oczywiste, w opinii odwołującego, że wykonawca w celu wykonania przedmiotu umowy musi korzystać do samego zakończenia robót budowlanych z dróg lokalnych w celu dowiezienia materiałów na budowę. Co za tym idzie, do samego końca wykonania robót może postępować ewentualna degradacja dróg lokalnych. Naprawa ich ma sens dopiero po zakończeniu kontraktu. Z tych względów, w ocenie odwołującego, zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 139 w zw. z art. 353¹ KC.
Odwołujący wniósł o usunięcie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu. Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.1. zdania
- „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót, naprawi zgłoszone przez zarządców dróg szkody wyrządzone w czasie prowadzenia robót oraz wywiąże się z umów z zarządcami dróg"
oraz o usuniecie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 10.1. słów „(...) nie wypełni zobowiązań wynikających z porozumień łub umów zawartych przez Wykonawcę z zarządcami dróg i jeżeli nie wykona odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy w zakresie określonym w przedmiarze robót (…)".
Ad. 3)
Zgodnie z postanowieniami Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. „Umowa z Podwykonawcą nie może zawierać postanowień a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności

od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera - Oodbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę (...)". W ocenie odwołującego, zamawiający bezpodstawnie sformułował postanowienia kontraktowe w odniesieniu podwykonawców w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty za wykonane roboty bez wcześniejszego zaakceptowania przez zamawiającego zakresu robót, obejmującego wykonane przez podwykonawcę roboty. Sytuacja powyższa powoduje, zdaniem odwołującego, ujemną sytuację po stronie wykonawcy, który niejako zobowiązany byłby do kredytowania inwestycji uzależnionej od prawidłowego odbioru wykonanych prac przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że postanowienie to jest również sprzeczne z tą częścią subklauzuli 4.4., która przewiduje, że „Jeżeli zatwierdzony przez Zamawiającego zgodnie z Warunkami Kontraktu Podwykonawca bądź zgłoszony Dostawca lub Usługodawca wystąpi na piśmie z oświadczeniem do Zamawiającego, że Wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane Roboty, które zostały odebrane i poświadczone do zapłaty w Świadectwie Płatności przez Inżyniera, usługi lub dostawy i udokumentuje zasadność takiego żądania dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, usług lub dostaw, to Inżynier wezwie Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że poświadczone przez Inżyniera sumy należne Podwykonawcy za Roboty oraz wynagrodzenie należne, Dostawcy lub Usługodawcy, zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę.". Powyższe zdanie wprost uzależnia możliwość zapłaty od wcześniejszego zatwierdzenia robót przez przedstawiciela zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 139 w zw. z art. 353¹ KC oraz 647¹ KC.

Odwołujący wniósł o usuniecie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. lit a), tj. uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera - Odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub od dokonania przez zamawiającego na rzecz wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę (...)".

Ad.4)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4 „(...) jeżeli w terminie

7 dni od otrzymania wezwania Inżyniera w zakresie zaległych zobowiązań wobec Dostawców łub Usługodawców, Wykonawca nie dostarczy dowodów, że należne im sumy zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę to (i) Zamawiający może w całości (...) wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy". Przywołane postanowienie daje zamawiającemu możliwość zatrzymania całości płatności na rzecz wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie dokonana wcześniejszej zapłaty na rzecz swojego podwykonawcy. W ocenie odwołującego, o ile za racjonalne i uzasadnione można uznać wstrzymanie zapłaty w części odpowiadającej wysokości zgłoszonego przez podwykonawcę roszczenia (choć z uwagi na liczne przewidziane w umowie zabezpieczenia przewidziane za wypadek zaistnienia takiej okoliczności i to wydaje się być wygórowane), to brak uzasadnienia dla wstrzymywania całości zapłaty. Odnieść trzeba się bowiem do celu, jakiemu służyć ma takie zatrzymanie. Ma ono, jak zakłada odwołujący, zabezpieczyć zamawiającego przed koniecznością zapłaty za roboty, na podstawie art. 647¹ KC wykonawcy, a następnie podwykonawcy. Innymi słowy, ma zabezpieczyć zamawiającego przed „płaceniem dwa razy" i koniecznością dochodzenia regresu od wykonawcy. Taki cel spełni zatrzymanie wynagrodzenia w części odpowiadającej zgłoszonym roszczeniom podwykonawcy. Zatrzymanie całości należnego wynagrodzenia w takiej sytuacji nie tylko będzie nieuzasadnione - bo oprócz spornej części obowiązek zapłaty po stronie zamawiającego będzie istniał, to prowadzić może do nadużyć polegających na wstrzymywaniu płatności faktur na kwoty liczone w milionach w sytuacji, gdy sporne należności podwykonawców wynosić będą jedynie promil tej wartości. Dodatkowo, po stronie wykonawcy będzie to powodowało konieczność kredytowania inwestycji i ponoszenia z tego tytułu dodatkowych kosztów. Odwołującego stwierdził, że zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 139 w zw. z art. 353¹ oraz 647 KC.

Odwołujący wniósł o osunięcie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 3 - Warunki Szczególne Kontraktu (część II), subklauzuli 4.4. słów „w całości".

Ad) 5

Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 1 - Formularz Umowy załącznika nr 1 - Gwarancja jakości, zamawiający wymaga przejęcia przez przyszłego wykonawcę umowy zobowiązań gwarancyjnych za poprzednich wykonawców robót objętych kontraktem, tj.

- pkt 1.1.b) w zakresie, w jakim zamawiający wymaga od wykonawcy udzielenia gwarancji na „Zakres robót wykonanych przez Wykonawcą Kontraktu „Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, odcinek III – Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850 oraz poprzednich wykonawców" oraz

- pkt 1.2 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga złożenia oświadczenia i zapewnienia, że wykonany przez wykonawcę cały Przedmiot Gwarancji, o którym mowa w pkt 1.1 został wykonany prawidłowo, zgodnie z zobowiązaniem wykonawcy, o którym mowa w subklauzuli 7.1. Warunków Kontraktu, a także zgodnie z najlepszą wiedzą Gwaranta.
- pkt 1.3 w zakresie, w jakim zamawiający wymaga przejęcia przez wykonawcę wszelkiej odpowiedzialności za Przedmiot Umowny, w tym za Dokumenty wykonawcy i części Przedmiotu Umowy zrealizowane przez podwykonawców.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami dokumentacji, przedmiotem gwarancji są nie tylko roboty wykonane przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia, ale również

roboty wykonywane przez inne podmioty w ramach realizacji robót na kontrakcie „Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, Odcinek III – Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850". W zakresie tak zdefiniowanego przedmiotu gwarancji zamawiający wymaga od wykonawcy oświadczenia o ich prawidłowym wykonaniu oraz przejęcia wszelkiej odpowiedzialności za te roboty. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko wykonanie robót objętych umową pn. „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" i udzielenie na nie gwarancji, ale również udzielenie gwarancji na roboty innych wykonawców, wykonane w ramach zadania „Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, Odcinek III – Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850". Powszechnie wiadomo, zdaniem odwołującego, że wykonawcą robót na tym odcinku było konsorcjum firm PBG S.A. - Lider, APRIVIA S.A., HYDROBUDOWA POLSKA S.A., SRB Civil Engineering Ltd., John Sisk&Son Ltd., z którym zamawiający rozwiązał umówię.
Odwołujący wskazał na treść art. 29 ust 1 ustawy Pzp i stwierdził, że zamawiający nie zamieścił w dokumentacji przetargowej żadnych informacji na temat wykonanego przez innych wykonawców przedmiotu umowy „Budowa Autostrady A1 Toruń - Stryków, Odcinek III – Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850". Zamawiający nie załączył dokumentacji przetargowej np. inwentaryzacji robót po poprzednim wykonawcy, która pozwoliłaby na ocenę stanu robót, na jakie udzielona ma być gwarancja, nie przedstawił dokumentacji powykonawczej dla robót wykonanych przez innego wykonawcę. Odwołujący podkreślił, iż gwarancja jest zobowiązaniem podmiotu do wykonania określonego świadczenia. Jakkolwiek jest możliwe udzielenie gwarancji na roboty wykonane przez podmiot trzeci, to konieczne jest dla zaciągnięcia takiego zobowiązania posiadanie wiedzy na temat jego przedmiotu, tj. posiadanie wiedzy na temat tego, co jest przedmiotem gwarancji. Brak podania informacji na temat przedmiotu, za którego jakość i sposób wykonania gwarantować ma wykonawca umowy „Kontynuacja budowy autostrady A-1

Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850" po pierwsze powoduje, że wykonawca *de facto* nie wie, co jest przedmiotem udzielonej przez niego gwarancji, po drugie, nie ma możliwość oszacowania kosztów udzielenia takiej gwarancji. W ocenie odwołującego, zaskarżone postanowienie jest niezgodny z art. 29 ustawy Pzp oraz art. 139 w zw. z art. 577 Kc.
Odwołujący wniósł o usunięcie z Tomu II SIWZ - Warunki Kontraktu, Rozdziału 1 - Formularz Umowy załącznika nr 1 - Gwarancja jakości postanowień przewidujących obowiązek udzielenia gwarancji na roboty wykonane przez podmioty trzecie w ramach robót budowlanych polegających na budowie autostrady A1 Toruń - Stryków. Odcinek III - Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850.
Ad) 6
Jak zauważył odwołujący, zgodnie z postanowieniami Tomu IV SIWZ - Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, pkt 1.5.4. Wymagań Ogólnych Zgodność Robót z Dokumentacją Projektową i SST, zamawiający przewidział, że wykonawca ma „sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 6 tygodni przed terminem rozpoczęciem danej roboty. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.". Wskazane postanowienie umowy przenosi na wykonawcę obowiązek sprawdzenia poprawności przygotowania dokumentacji oraz wymaga takiego projektowej opracowanej przez zamawiającego dokonania
sprawdzenia w określonym terminie, pod rygorem utraty możliwości powoływania się na istniejące błędy w dokumentacji, przez co wskazane postanowienie jest sprzeczne z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 647 i 651 Kc.
Obowiązkiem zamawiającego jest, jak wskazał odwołujący, przekazanie wykonawcy robót kompletnego i prawidłowego projektu budowlanego oraz innych dokumentów niezbędnych do realizacji inwestycji. Oczywiście, jak stwierdził odwołujący, wyrazem współpracy stron przy wykonywaniu umowy jest informowanie zamawiającego przez wykonawcę o wykrytych i ujawnionych w takcie wykonywania robót błędach w przekazanej dokumentacji projektowej. Niemniej wykonawca umowy o roboty budowlane nie musi posiadać specjalistycznej wiedzy

w zakresie projektowania, która pozwoliłaby wykryć wszystkie błędy w projekcie, nie musi też dysponować wiedzą, która pozwoli mu wykryć takie błędy nie na etapie realizacji robót, ale przed przystąpieniem do ich wykonania - jak wymaga wskazane postanowienie. Odwołujący podkreślił, że również w tym konkretnym postępowaniu analiza stawianych wykonawcom warunków podmiotowych udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem

odpowiedniej kadry technicznej wskazuje, że zamawiający nie wymaga dla wykonania zamówienia dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia projektowe. Tymczasem sprawdzenie projektu w myśl art. 12 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego oraz art. 20 ust. 2 Prawa budowlanego jest pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tj. funkcji projektanta i wiąże się z koniecznością posiadania odpowiednich uprawnień budowlanych. Zdaniem odwołującego, nałożenie na wykonawcę umowy o roboty budowlane obowiązku 1) sprawdzenia Dokumentacji Projektowej oraz 2) zgłoszenia wszystkich uwag 3) przed przystąpieniem do wykonywania robót jest nadmierne i nieuzasadnione w świetle roli, jaką w procesie inwestycyjnym pełni wykonawca.
Zdaniem odwołującego, istotne w tym przypadku jest, że niniejsze zamówienie nie jest realizowane na zasadzie „zaprojektuj - zbuduj". W związku z powyższym, za nieuzasadnione należy uznać obciążenie wykonawców obowiązkiem sprawdzania (za zamawiającego i Projektanta) przekazanych wykonawcom projektów oraz obciążanie ich negatywnymi konsekwencjami wystąpienia w nich błędów, za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca.
Odwołujący wniósł o usunięcie zaskarżonego postanowienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy BUNTE Polska Sp. z o.o., Budimex S.A., Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i EUROVIA Polska S.A.

Odnosząc się do odwołań wniesionych w sprawach o sygn. akt KIO 2211/12 i KIO 2223/12 zamawiający wniósł o ich oddalenie w całości stwierdzając:

I. Odnośnie zarzutów Odwołującego Budimex S.A.:

Ad 1)

W ocenie zamawiającego, zarzut dotyczący terminu wykonania zamówienia jest niezasadny. Zamawiający stwierdził, że w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości określił w ogłoszeniu o zamówieniu termin realizacji zadania. Jednocześnie, zamawiający określił termin realizacji zamówienia na 8 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia. Stąd też, w ocenie zamawiającego, skoro wykonawcy na etapie ogłoszenia uznawali termin realizacji za realny, to odwołujący i przystępujący nie wykazali, że zastrzeżony przez zamawiającego termin jest niemożliwy do dotrzymania i nierealny w świetle określonego zakresu zamówienia. Zamawiający wskazał ponadto, że w związku z wniesieniem odwołania, dokonał ponownej analizy zakresu prac będących przedmiotem zamówienia. Weryfikacja została przeprowadzona pod kątem wymaganego terminu wykonania przedmiotu

zamówienia. W wyniku podjętych czynności zamawiający potwierdził, iż przewidziany w kontrakcie termin na wykonanie przedmiotu zamówienia pozostaje realny i możliwy do dotrzymania. Zamawiający przedstawił też uzasadnienie techniczne dotyczące terminu realizacji:
Czas niezbędny dla wykonania robót, w tym robót bitumicznych limitujących termin Czasu na Ukończenie, tj. warstwy podbudowy bitumicznej, warstwy wiążącej i warstw ścieralnych, przy założeniu optymalnej wydajności pracy dwóch wytwórni mas bitumicznych oraz z uwzględnieniem czasu dokonania inwentaryzacji geodezyjnej i badań - 5 - 5,5 miesiąca.
Roboty wykończeniowe i uzyskanie Pozwolenia na użytkowanie - 1 miesiąc.
Przy założeniu pracy dwóch zespołów do suszenia i otaczania o wydajności 250Mg na godzinę i pracy 10 godzin dziennie daje 5 tys. Mg dziennie. Planowana ilość wbudowania masy około 520 tys. Mg przy założeniu dziennej produkcji 5 tys. Mg. Przewidywany okres wykonania to 104 dni. Przyjmując pracę zespołów 22 dni w miesiącu, szacowany czas wbudowania masy wyniesie około 5 miesięcy. Dla każdej wytwórni mas przewidzieć należy jeden zespół do układania masy. Dodatkowo zaleca się rezerwowy, trzeci zespół na wypadek

awarii.
Przy założeniu pracy trzech zespołów do suszenia i otaczania o wydajności 250Mg na godzinę i pracy 10 godzin dziennie daje 7,5 tys. Mg dziennie. Planowana ilość wbudowania masy około 520 tys. Mg przy założeniu dziennej produkcji 7,5 tys. Mg, Przewidywany okres wykonania 70 dni. Przyjmując pracę zespołów 22 dni w miesiącu, szacowany czas wbudowania masy wyniesie około 3,5 miesiąca. Zakładając wykorzystanie 3-ego zespołu do układania mas na drogach poprzecznych (krajowe, wojewódzkie, powiatowe, dojazdowe), ze względu na rozproszenie oraz długości odcinków należy przyjąć okres okołoj4 miesięcy. Dla każdej wytwórni mas przewidzieć należy jeden zespół do układania masy. Dodatkowo zaleca się rezerwowy, czwarty zespół na wypadek awarii.
Zamawiający przedstawił również listę wytwórni mieszanek mineralno-bitumicznych znajdujących się w okolicy budowy wraz z szacunkową wydajnością oraz listę wytwórni mieszanek betonowych:
Wytwórnie mieszanek mineralno – bitumicznych:

1. PBDI Toruń, ul. Łukasiewicza, Toruń, wydajność 200 Mg/h,
2. Polski Asfalt, ul. Ceramiczna 6, Toruń, wydajność 160 Mg/h,
3. Eurovia, ul. Równinna 34, Toruń, wydajność 160 Mg/h,
4. Skanska, Ostaszewo k. Torunia, wydajność 240 Mg/h,
5. Skanska, Szubin k. Bydgoszczy, wydajność 320 Mg/h,

6. Kobylarnia, Kobylarnia 8, k. Bydgoszczy, wydajność 240 Mg/h,
7. Kobylarnia, ul. Witebska, Bydgoszcz, wydajność 120 Mg/h,
8. Drogi i Mosty H. Boczek, Stary Zbrachlin 10 k. Włocławka, wydajność 240 Mg/h,
9. Spec-Dróg, ul. Krzywa Góra 8, Włocławek, wydajność 160 Mg/h,
10. Kobylarnia, (mobilna) k. Kowala, wydajność 200 Mg/h,
11. PRD Płock, ul. Przemysłowa 23, Płock, wydajność 160 Mg/h,
12. Lagan Asfalt, Sójki koło Kutna, wydajność 300 Mg/h,
13. PRD Kutno, ul. Wyszyńskiego 13, 99-300 Kutno, wydajność 160 Mg/h,
14. PRD Gostynin, ul. Krośniewicka 5, 09-500 Gostynin, wydajność 160 Mg/h,
15. W PRD Włocławek, Aleja Jana Pawła II 7, Nowa Wieś, wydajność 120 Mg/h.

Wytwórnie mieszanek betonowych:
BYDGOSZCZ
- BETOR, ul. Toruńska 276, *[bez betonów mostowych]*
- BOSTA BETON, ul. Przemysłowa 30, ul. Toruńska 304
- GÓRAśDśE BETON, ul. Toruńska 111, *[bez betonów mostowych]*

LUBICZ DOLNY
- THOMAS BETON, ul. Grębocka lOc

TORUŃ:
- STRABAG, ul. Dwernickiego, z wydajnością 120m 3 /n
- BETOR, ul. Morwowa 6, *[bez betonów mostowych]*

WŁOCŁAWEK:
- BUDIZOL, ul. Komunalna 8

PŁOCK:
- BOSTA BETON, ul. Zglenickiego 42

NAKONOWO:
- BOSTA BETON, Nakonowo 9a.

Ad. 2)
Zamawiający wyjaśnił, iż ustalając treść przedmiotowej klauzuli kontraktu miał na celu ustalenie, utrzymywanie oraz korzystanie z Zabezpieczenia Wykonania zgodnie z postanowieniami art. 150 ustawy Pzp, w tym w szczególności w wysokości wynikającej z tej normy prawnej. W opinii zamawiającego, odwołujący nie udowodnił oraz nie wykazał, że przedmiotowa treść klauzuli 4.2 w jakikolwiek sposób narusza ustawę Pzp, w tym art. 147 ustawy Pzp, art. 150 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp.

Ad. 3)
Zamawiający oświadczył, iż zmienia postanowienia Subklauzuli 4.4. „Podwykonawcy, Dostawcy, Usługodawcy" poprzez wykreślenie z treści subklauzuli w akapicie 5 w zdaniu pierwszym słów: „..oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów.".
Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym zakresie zarzut odwołujących jest bezzasadny oraz w świetle zmiany dokonanej przez zamawiającego, nieaktualny. Dodatkowo zamawiający wskazał, że art. 647 1 KC czyni wykonawcę i podwykonawcę solidarnie odpowiedzialnymi w stosunku do podwykonawców. Ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych także zobowiązuje zamawiającego do dokonania zapłaty na rzecz dostawców i usługodawców (spełniających określone w ustawie kryteria), można więc powiedzieć, że także stwarza warunki dla uznania solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i zamawiającego. Zamawiający stając przed hipotetyczną koniecznością realizowania zapłaty na rzecz podmiotów z którymi nie wiąże go węzeł prawny, ma pełne prawo, aby relacje pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, usługodawcami i dostawcami były określone postanowieniami umowy (zawartymi w klauzuli 4.4). W istocie w pewnym sensie narusza to zasadę swobody umów (pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą, dostawcą i usługodawcą), ale ta swoboda ograniczona jest już ustawowo poprzez umieszczenie przez ustawodawcę zapisu art. 647 1 KC.
Umieszczenie postanowień ograniczających swobodę wykonawcy, jest korzystne, zdaniem zamawiającego, dla wszystkich podmiotów zaangażowanych w realizowaną inwestycję. Istniejące w klauzuli 4.4 zapisy pozwalają zamawiającemu na stałe prowadzenie monitoringu nad wszystkimi podmiotami uczestniczącymi w procesie budowlanym, nad przepływem pieniędzy wydatkowanych ze środków publicznych pomiędzy tymi podmiotami, a także w miarę potrzeby, na reakcję w przypadku niekorzystnego dla zamawiającego rozwoju sytuacji na budowie.
Zamawiający wyjaśnił, iż rozbudowane zapisy klauzuli 4.4 dot. udzielania przez zamawiającego informacji w zakresie jego umów z podmiotami i sankcje za niewywiązywanie się z obowiązków wynikają z doświadczeń zamawiającego przede wszystkim na budowie autostrady A-1 na odcinkach budowanych na terenie województwa kujawsko-pomorskiego, gdzie doszło do odstąpienia przez zamawiającego od umów z przyczyn zawinionych przez wykonawcę budowy.
W ramach zasady swobody umów, zamawiający ma prawo do kształtowania stosunku prawnego z wykonawcą w dowolny sposób, o ile nie narusza to dobrych obyczajów i obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający wskazuje, że zarzut odwołania w zakresie treści klauzuli 4.4 Kontraktu nie znajduje oparcia w obowiązującym stanie prawnym i pozostaje bezzasadny. Wyjaśnił, iż jego zamiarem przy wprowadzeniu do klauzuli 4.4. Kontraktu regulacji dotyczącej dostawców i usługodawców pozostawało „zrównanie sytuacji prawnej podmiotów biorących udział w procesie inwestycyjnym w budownictwie: dostawców i biur projektowych.". Działanie takie pozostaje dopuszczalne w ramach swobody umów określonej w treści art. 353¹ KC, obejmującej w szczególności swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego.
Ad. 4)
Zamawiający oświadczył, iż zmienia zapisy Subklauzuli 1.1.3.7 (c) „Definicje" SWK -„Wada" poprzez wykreślenie z treści subklauzuli podpunktów: „- obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy;"
Zdaniem zamawiającego, w przedmiotowym zakresie zarzut odwołujących jest bezzasadny oraz w świetle zmiany dokonanej przez zamawiającego, nieaktualny.
Dodatkowo zamawiający wskazał, że pojęcie „wady" w rozumieniu kodeksu cywilnego (bez modyfikacji umownych) odnoszone jest w doktrynie do cech funkcjonalnych przedmiotu umowy, zgodności z celem umowy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, jak zauważył zamawiający, „że dla oceny, czy rzecz sprzedana ma wadę fizyczną, decydujące jest nie kryterium normatywno-techniczne, lecz kryterium funkcjonalne. Pojęcie wady fizycznej rzeczy należy rozumieć szeroko. W związku ze sformułowaniem art. 556 § 1 KC trzeba nawiązać do znanego rozróżnienia między wartością użytkową i handlową. Najczęściej wada fizyczna występuje w obu tych postaciach. Należy jednak podkreślić, że wystarczy, jeżeli wada fizyczna występuje tylko w jednej z nich. Zatem wada fizyczna

występuje wtedy, gdy wartość lub użyteczność rzeczy została zmniejszona, biorąc pod uwagę cel oznaczony w umowie, albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia rzeczy, jak również jeżeli rzecz nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, lub rzecz została kupującemu wydana w stanie niezupełnym.
Zamawiający podniósł, iż zgodnie z regulacjami kodeksu cywilnego pojęcie i zakres wad, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w ramach rękojmi lub udzielonej gwarancji jakości może być modyfikowane postanowieniami umownymi stron. Zatem zamawiający sprecyzował okoliczności, które wyznaczają zakres wad, za które odpowiada odwołujący. Regulacja klauzuli 1.1.3.7 (c) Kontraktu, mimo, że pozostaje umownym wyznaczeniem granic rozumienia wady, odpowiada kryteriom określenia i rozumienia pojęcia „wada" o treści wyznaczonej przepisami kodeksu cywilnego.
Ponadto zamawiający wskazał, że ocena wystąpienia Wady, jej zgłoszenie i usuwanie będzie

następowało zgodnie z postanowieniami Kontraktu, w tym w szczególności przez osoby i w terminach przewidzianych zapisami Kontraktu.
Zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołującego są bezzasadne. Odwołujący nie wykazał oraz nie udowodnił naruszenia przepisów prawa, w tym w szczególności art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 353¹, art. 556 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający zauważył, że przedmiotowe zapisy subklauzuli 1.1.3.7. (c) Izba analizowała, czemu dała wyraz w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia, nie uznając ich za niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.
Ad. 5)
Zamawiający stwierdził, że „Okres przeglądów i rozliczenia kontraktu" nie jest nowym dodatkowym reżimem kontraktowym. W istocie swej odnosi się do „Okresu zgłaszania wad". Zamawiający uznał, że w sposób dostateczny określił jego zakres. Wskazał, że „...stosowanie warunków FIDIC przy zawieraniu umów o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dla zamawiającego obowiązkowe - tym samym zamawiający, decydując się na skorzystanie z przedstawionego wzoru, nie musi stosować wszystkich klauzul lub może je zmieniać, a także może wprowadzać nowe postanowienia umowne. Zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia (wyrok z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 767/09).
Zamawiający podniósł, że przywołany przez odwołującego art. 473 §2 KC ma charakter przepisu dyspozytywnego, zatem to od woli stron zależy wzajemne ukształtowanie łączących je stosunków. Zapisy postulowane przez zamawiającego nie zmieniają celu, który pragnie osiągnąć zamawiający, jakim jest wykonanie zamówienia publicznego.
Ad. 6)
Wykreślenie subklauzuli 8.10 z kontraktu powoduje, jak zauważył zamawiający, że wykonawca nie będzie mógł występować do zamawiającego z żądaniem zapłaty za materiały i urządzenia w okresie zawieszenia, ale wobec braku postanowień przeciwnych nie oznacza to, że wykonawca nie będzie mógł tych kosztów przedstawić do rozliczenia po osiągnięciu określonego zaawansowania robot co nie narusza więc przepisu 487 § 2 KC. Odwołujący nie kwestionował sposobu rozliczania się za materiały dostarczone na Plac Budowy. Nie kwestionował także wykreślenia subklauzuli 14.5, która nie będzie miała zastosowania w warunkach kontraktu, a jej logicznym następstwem jest wykreślenie subklauzuli 8.10. Zamawiający wskazał, że wykreślenie subklauzuli 8.10 nie narusza także natury stosunku umowy o roboty budowlane, tak więc zarzuty odwołującego o naruszenia

przepisów art. 647 i 654 i są bezzasadne. Nietrafny jest także, zdaniem zamawiającego, zarzut naruszenia art. 353 1 KC. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy.
Ad. 7)
Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zamawiający określa w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - a więc z samych przepisów prawa wynika, iż to zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego

potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Zamawiający stwierdził, że nie kwestionuje prawa wykonawcy od odstąpienia, uznając jednak, iż jest to sytuacja wyjątkowa, której ze względu na nadrzędny cel, jakim jest realizacja zamówienia publicznego możliwość wystąpienia podlegać powinna szczególnym regulacjom. Z tego także względu zamawiający wskazał, że zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353 1 KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający podkreślił, iż działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości.
Ad. 8)
W opinii zamawiającego, postanowienia kontraktu w zakresie gwarancji jakości nie są sprzeczne z przepisami KC, który stanowi, że gwarancji udziela sprzedający. Zgodnie z przepisami KC gwarancja jakości może być regulowana w sposób umowny, więc zapisy nie mogą być sprzeczne z innymi przepisami tak KC, jak i innych. Nie ma jakiejkolwiek sprzeczności w zapisach kontraktu z przepisami prawa, więc brak podstaw do zmiany postanowień dotyczących gwarancji.
Zamawiający wskazał, w odniesieniu do odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości, że zgodnie z art. 353¹ KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Podkreślił, że stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie. Powyższe oznacza, że warunki gwarancji jakości mogą odbiegać od regulacji kodeksowej, bowiem art. 577 KC ma charakter dyspozytywny. O zakresie gwarancji i świadczeń z niej wynikających decyduje treść umowy gwarancyjnej. Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że zobowiązanie gwaranta

ma charakter obiektywny, rodzi odpowiedzialność za skutek. Natomiast o skuteczności naprawy można mówić wówczas, gdy przywrócona zostaje pełna sprawność rzeczy objętej gwarancją. Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji KC, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).
W kwestii zarzutu naruszenia art. 353¹ KC zamawiający podniósł, że dla uznania, że treść umowy narusza tę zasadę niezbędne jest wykazanie, że sformułowania umowy w sposób obiektywny prowadzą do pokrzywdzenia jednej ze stron umowy. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie wskazał w jaki sposób postanowienia SIWZ prowadzą do pokrzywdzenia wykonawcy, jak również nie wskazał, z jaką zasadą współżycia społecznego przedmiotowe zapisy są sprzeczne. W ocenie zamawiającego, wprowadzenie we wzorze umowy warunków dotyczących gwarancji jakości nie narusza zasady swobody umów. Zamawiający zwrócił uwagę na cel wprowadzenia w umowie warunków, na jakich zostanie udzielona gwarancja jakości. Jednocześnie wskazał, że usunięcie ze wzoru umowy zapisów dotyczących gwarancji jakości pozbawiłoby zamawiającego instrumentu prawnego pozwalającego uzyskać odpowiednią jakość przedmiotu zamówienia a co za tym idzie, jego należyte wykonanie.
Oceniając sporne postanowienia SIWZ pod kątem zgodności ze wskazanymi przez odwołującego przepisami KC zamawiający zauważył, że ustawa Pzp ogranicza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ KC. Stwierdził, że zamawiający może zastrzec uprawnienia na rzecz zamawiającego. Zamawiający zostałby pozbawiony możliwości bieżącego realizowania istotnych zadań w interesie publicznej o niekwestionowanej znaczącej skali finansowej i liczbie uczestników w rozumieniu użytkowników systemu. Ryzyko zamawiającego przewyższa bowiem normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.
Ad. 9)
Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postanowienia nie naruszają przepisów prawa. Brak

podstaw prawnych, aby kwestionować żądanie takiego upoważnienia.
Ad. 10)
Zamawiający stwierdził, że w Załączniku nr 1 do Umowy pkt 5 ppkt. 5.1 jasno określił terminy, w jakich wykonawca ma potwierdzić przyjęcie zgłoszenia Wady oraz określić sposób usunięcia Wady. Są to terminy bezpośrednio związane z terminami usunięcia Wady bądź

zabezpieczenia dostępności drogi podlegające takim samym rygorom, jak terminy usunięcia Wady.
Zamawiający oświadczył, iż zmienia treść postanowień Subklauzuli 8.7.(e) i (f) poprzez wykreślenie słów „lub szkód".
Subklauzula 8.7 (f)
Dokument gwarancji jakości nie musi odpowiadać w treści zapisom części szczególnej kontraktu. Zobowiązania wynikające z dokumentu gwarancyjnego, jako pochodzące co do formalnej zasady od sprzedającego mogą iść dalej niż te określone bezpośrednio w kontrakcie. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do kwestionowania zapisu w pkt 2.2.1 załącznika nr 1 do umowy w kontekście klauzuli 8.7 (f) warunków szczególnych.
II. Odnośnie zarzutów Odwołującego Strabag Sp. z o. o.:
Ad 1)
Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w odpowiedzi dotyczącej zarzutu nr 1 w części dotyczącej Ad. 1 powyżej.
Ad. 2)
Zamawiający oświadczył, iż zmienia zapisy Subklauzuli 4.1. „Ogólne zobowiązania Wykonawcy".
Ostatni akapit otrzymuje brzmienie:
„Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót „ODTWORZENIE DRÓG DOSTĘPU DO PLACU BUDOWY". Naprawa zgłoszonych przez zarządców dróg szkód wyrządzonych w czasie prowadzenia Robót oraz wywiązanie się z umów zawartych z zarządcami dróg nastąpi w terminach wskazanych w w/w umowach.
Zamawiający zmienia zapisy Subklauzuli 10.1. „Przejęcie Robót i Odcinków" treść w akapicie drugim otrzymuje brzmienie:
„Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dopóki Zamawiający nie otrzyma Gwarancji oraz od Wykonawcy wymaganego Kontraktem dokumentu Jakości nie wykona dróg do Budowy odtworzenia Placu jeżeli Wykonawca dostępu w zakresie określonym w przedmiarze robót.
W opinii zamawiającego, powyższa modyfikacja przedmiotowych Subklauzul precyzuje obowiązki wykonawcy w tym zakresie, a tym samym usuwa wątpliwości odwołujących.
W związku z przedmiotową zmianą zarzuty odwołujących w tym zakresie pozostają

bezzasadne oraz nieaktualne.
Ad. 3)
Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezzasadny. Wskazał, że z treści art. 647¹ KC wynika uprawnienie zamawiającego do wyrażenia zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. Zamawiający ma przy tym prawo zgłosić zastrzeżenia lub sprzeciw wobec przedłożonej mu umowy lub jej projektu. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający posiada uprawnienie do oceny i zgłoszenia zastrzeżeń co do treści umowy z podwykonawcą lub też projektu umowy, co w ocenie Zamawiającego, oznacza możliwość wpływu zamawiającego na treść postanowień umowy o podwykonawstwo, w takim samym zakresie, jak przy określeniu przez zamawiającego w SIWZ generalnych wymagań co do treści umowy podlegającej jego akceptacji. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 23 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1467/09. Izba uznała, że podwykonawca nie jest „zwyczajną" osobą trzecią. Art. 647¹ KC stanowi z mocy ustawy pewne ograniczenie swobody umów określonej w art. 353¹ KC. Celem bowiem wprowadzenia 647¹ było zapewnienie podwykonawcom ochrony na wypadek bezprawnego zatrzymania należnego im wynagrodzenia przez wykonawców. W związku z powyższym, zamawiający wskazał, że postanowienia są zgodne

z celem przyjętym przez ustawodawcę przy wprowadzeniu tego przepisu i stanowią zabezpieczenie interesu podwykonawców w kontekście inwestycji znacznych rozmiarów.
Ad. 4)
Zamawiający oświadczył, iż dokonał zmiany postanowień Subklauzuli 4.4. przez wykreślenie w akapicie 4 słów:

i. Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy.

W związku z powyższą zmianą SIWZ w tym zakresie, zarzut jest, zdaniem zamawiającego, niezasadny oraz nieaktualny.
Ad. 5)
Zamawiający wskazał, że wykonanie stanowi przedmiot zamówienia czyli należy do obowiązków wykonawcy. Odpowiedzialność wykonawcy za wykonany przedmiot zamówienia wynika z ustawy Prawo budowlane. W taki też sposób należy oceniać odpowiedzialność wykonawcy za własne działania. Biorąc pod uwagę charakter instytucji gwarancji jakości zamawiający stwierdził, iż trudno sobie wyobrazić wyodrębnienie gwarancji za poszczególne tylko elementy niektórych robót, bez wzięcia odpowiedzialności za wykonanie prawidłowo całego przedmiotu umowy. Byłoby to niezgodne z charakterem stosunku zobowiązaniowego. Wykonawca robót budowlanych, jako profesjonalny podmiot,

winien wziąć odpowiedzialność za cały przedmiot umowy. W tym celu wykonawca ma obowiązek sprawdzić w niezbędnym zakresie roboty wykonane, za które będzie ponosić odpowiedzialność. Zamawiający zaznaczył, iż nie ogranicza wykonawcy w działaniach mających prowadzić do sprawdzenia robót budowlanych, za które wykonawca przejmuje odpowiedzialność. W tym celu wykonawca będzie miał dostęp do dokumentów wystawionych przez Inżyniera Kontraktu, ale także w przypadku wątpliwości będzie mógł przeprowadzać własne badania, jeżeli uzna je za konieczne.
W związku z powyższym należy uznać, w opinii zamawiającego, że zamawiający jako inwestor, zgodnie z ustawą Prawo budowlane, będzie miał prawo żądać od wykonawcy oświadczenia o prawidłowości całego przedmiotu umowy. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odpowiedzialności za przedmiot umowy i dokumenty wykonawcy zrealizowane przez podwykonawców, zamawiający wskazał, że odpowiedzialność wykonawcy w tym zakresie wynika z ogólnych przepisów KC - art. 474. Zgodnie z art. 578 KC gwarancja jakości, co do zasady obejmuje wady powstałe z przyczyn tkwiących w rzeczy, ale jest to norma o charakterze *ius dispositivi,* pozostawiająca woli stron umowy odmienne uregulowanie, zatem nie jest niedopuszczalne rozszerzenie zakresu odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy.
Zamawiający zauważył, że stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie. Powyższe oznacza, że warunki gwarancji jakości mogą odbiegać od regulacji kodeksowej, bowiem art. 577 KC ma charakter dyspozytywny, za czym przemawia zwrot „poczytuje się w razie wątpliwości". jednocześnie zamawiający zaznaczył, że zobowiązanie gwaranta ma charakter obiektywny, rodzi odpowiedzialność za skutek. Natomiast o skuteczności naprawy można mówić wówczas, gdy przywrócona zostaje pełna sprawność rzeczy objętej gwarancją.
Ad 6)
Zamawiający wskazał, że zarzut odwołujących jest bezzasadny. Obowiązek ten wynika z art. 651 KC, który stanowi, że jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia, nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. O tym, jaki jest zakres tego obowiązku, wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia w wyroku z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, (OSNC 2000, nr 9, poz. 173). W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że: „Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora

o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym,

że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. Chodzi o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Wykonawca robót nie musi bowiem specjalistyczną wiedzą z zakresu budowlanych dysponować projektowania. Musi umieć odczytać projekt, aby zrealizować inwestycję zgodnie z nim i sztuką budowlaną. Zamawiający stwierdził, że wykonawca powinien sprawdzić czy dostarczone dokumenty są kompletne, czy pozwolą na wszczęcie robót, czy są podpisane, zatwierdzone przez odpowiednie organy oraz czy nie zawierają wad, których wykrycie możliwe jest przy zachowaniu należytej staranności. Zawiadomienie inwestora o wadach powinno nastąpić niezwłocznie. W sytuacji, gdy wykonawca nie zawiadomi inwestora o wykrytych wadach projektu, albo gdy wady dokumentacji projektowej były oczywiste i wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł je wykryć, to wówczas będzie ponosił odpowiedzialność za szkody wynikłe wskutek wad robót budowlanych, będących następstwem tego rodzaju wad w projekcie.
Zamawiający stwierdził, że zgodnie z treścią art. 353_1 KC, 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. Natomiast przepis art. 473 § 1 KC wskazuje, że 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.
Zamawiający wskazał, że przepisy KC doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, które odsyłają do stosowania KC, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następnych przepisów działu IV ustawy. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że SIWZ zawiera 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. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353_1 KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia

uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.
Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne warunki umowy zostały określone przez zamawiającego i sformułowane w sposób jawny dla wszystkich wykonawców, przed upływem terminu składania ofert, zatem zamawiający nie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców. Postanowienia umowy nie stoją w sprzeczności z uczciwą konkurencją między wykonawcami.
Zamawiający stwierdził, że zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy (...) Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty będzie musiał zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy. Wykonawcy są tutaj równo traktowani przez Zamawiającego, gdyż otrzymali oni jednakowe specyfikacje i dlatego nie można mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy PZP i kodeksowej zasady równości stron.

Odnosząc się do odwołań wniesionych w sprawach o sygn. akt KIO 2212/12 i KIO 2224/12

zamawiający wniósł o ich oddalenie w całości stwierdzając:

I. Odnośnie zarzutów Odwołującego Budimex S.A.:

Ad 1)

Zamawiający uznał zarzut ten za niezasadny. Stwierdził, że w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości określił w ogłoszeniu o zamówieniu termin realizacji zadania. Jednocześnie zamawiający określił termin realizacji zamówienia na 9 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia. Stąd też, w ocenie zamawiającego, skoro wykonawcy na etapie ogłoszenia uznawali termin realizacji za realny, to odwołujący i przystępujący nie wykazali, że zastrzeżony przez zamawiającego termin jest niemożliwy do dotrzymania i nierealny w świetle określonego zakresu zamówienia. Zamawiający wskazał ponadto, że w związku z wniesieniem odwołania, dokonał ponownej analizy zakresu prac będących przedmiotem zamówienia. Weryfikacja została przeprowadzona pod kątem wymaganego terminu

wykonania przedmiotu zamówienia. W wyniku podjętych czynności zamawiający potwierdził, iż przewidziany w Kontrakcie termin na wykonanie przedmiotu zamówienia pozostaje realny i możliwy do dotrzymania.

Przedstawiając uzasadnienie techniczne zamawiający wskazał na następujące okoliczności:

Czas na mobilizację Wykonawcy z budową zaplecza, opracowaniem i zatwierdzeniem recept, zatwierdzeniem podwykonawców niezbędnych dla rozpoczęcia robót wynosi 1 miesiąc.

Kluczową sprawą dla wykonania całego zakresu robót w okresie 9 miesięcy jest czas potrzebny na wykonanie zakresu robót bitumicznych. Przy założeniu optymalnej wydajności pracy dwóch wytwórni mas bitumicznych oraz uwzględnieniu czasu wykonania inwentaryzacji geodezyjnej i badań to okres 6 miesięcy. Zakładając czas realizacji od 15 kwietnia do 15 października 2013 r., 25 dni roboczych na miesiąc, to przez 6 miesięcy daje nam 150 dni, które pomniejszone o 23 dni (10% opadów deszczu i 5% awarii sprzętu) przyjąć można 127 dni roboczych. Do wytworzenia i wbudowania mieszanki mineralno-asfaltowej różnych grubości od 3 cm do 14 cm jest potrzebne 400 000,00 ton. Dzienna wymagana produkcja powinna wynosić 3150 ton (400 000,00 ton/127 dni=3150 ton). Przy wymaganiach 200 ton/godz. 2-ch wytwórniach mas bitumicznych i pracy ciągłej 10 godz. otrzymujemy wynik 4000 ton/dzień, większy od ilości wymaganej. Wskazane byłoby uruchomienie trzeciej wytwórni mas bitumicznych do obsługi tylko dróg poprzecznych, lokalnych i dojazdowych. W zakresie pozostałych prac wykonawca powinien prowadzić roboty od godziny 6:00 do godz. 22:00 w systemie dwuzmianowym od poniedziałku do soboty (włącznie). Dla każdej wytwórni mas przewidzieć należy jeden zespół do układania masy. Dodatkowo zaleca się rezerwowy, czwarty zespół na wypadek awarii.

Biorąc pod uwagę obiekty inżynierskie, które zakończone są w większości w stanie deweloperskim (zakończone betony podpór i ustrojów nośnych) na ścieżce krytycznej pozostają do zakończenia dwa obiekty, tj. nad rzeką Zgłowiączką WA178, oraz na rzeką Lubieńką WA189. Zamawiający uznaje, że okres 7-u miesięcy na każdy obiekt jest rozsądny i do wykonania, ponieważ Inżynier potwierdza w trakcie budowy założenia Projektanta, wykonania 1 Segmentu w czasie 28 dni. Takie same założenie przyjęto do kontynuacji robót, pomimo małego doświadczenia poprzedniego wykonawcy w tej branży robót. Utrzymywał on podobne tempo robót jak to założono w dokumentacji. Z tego powodu nowy harmonogram (Załącznik 1, Załącznik 2) nie przyspiesza, ani nie spowalnia okresu realizacji. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że podłoża pod rusztowania zostały wykonane dla wszystkich Segmentów, co stanowi ułatwienie dla nowego wykonawcy, który powinien wykonać robotę w krótszym czasie niż założone 7 miesięcy.

Pozostałe elementy infrastruktury drogowej, zdaniem Inżyniera, powinny być ukończone w okresie 7-u miesięcy przy pracy od godziny 6:00 do godz. 22:00 w systemie dwuzmianowym od poniedziałku do soboty (włącznie).

Czas na procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie z doświadczenia Inżynier przyjmuje 1 miesiąc.

Podsumowując zamawiający wskazał: czas potrzebny na kontynuację robót autostradowych A-1 od Brzezia do Kowala to: mobilizacja 1 miesiąc, roboty drogowe 6 miesięcy

i równolegle roboty mostowe 7 miesięcy, roboty branżowe 7 miesięcy, zgłoszenie i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie 1 miesiąc. Razem 9 miesięcy.
Zamawiający przedstawił listę wytwórni mieszanek mineralno-bitumicznych znajdujących się w okolicy budowy wraz z szacunkową wydajnością oraz listę wytwórni mieszanek betonowych:
Wytwórnie mieszanek mineralno – bitumicznych:

1. PBDI Toruń, ul. Łukasiewicza, Toruń, wydajność 200 Mg/h,
2. Polski Asfalt, ul. Ceramiczna 6, Toruń, wydajność 160 Mg/h,
3. Eurovia, ul. Równinna 34, Toruń, wydajność 160 Mg/h,
4. Skanska, Ostaszewo k. Torunia, wydajność 240 Mg/h,
5. Skanska, Szubin k. Bydgoszczy, wydajność 320 Mg/h,
6. Kobylarnia, Kobylarnia 8, k. Bydgoszczy, wydajność 240 Mg/h,
7. Kobylarnia, ul. Witebska, Bydgoszcz, wydajność 120 Mg/h,
8. Drogi i Mosty H. Boczek, Stary Zbrachlin 10 k. Włocławka, wydajność 240 Mg/h,
9. Spec-Dróg, ul. Krzywa Góra 8, Włocławek, wydajność 160 Mg/h,
10. Kobylarnia, (mobilna) k. Kowala, wydajność 200 Mg/h,
11. PRD Płock, ul. Przemysłowa 23, Płock, wydajność 160 Mg/h,
12. Lagan Asfalt, Sójki koło Kutna, wydajność 300 Mg/h,
13. PRD Kutno, ul. Wyszyńskiego 13, 99-300 Kutno, wydajność 160 Mg/h,
14. PRD Gostynin, ul. Krośniewicka 5, 09-500 Gostynin, wydajność 160 Mg/h,
15. W PRD Włocławek, Aleja Jana Pawła II 7, Nowa Wieś, wydajność 120 Mg/h.

Wytwórnie mieszanek betonowych:

BYDGOSZCZ

- BETOR, ul. Toruńska 276, *[bez betonów mostowych]*
- BOSTA BETON, ul. Przemysłowa 30, ul. Toruńska 304
- GÓRAśDśE BETON, ul. Toruńska 111, *[bez betonów mostowych]*

LUBICZ DOLNY

- THOMAS BETON, ul. Grębocka l0c

TORUŃ:

- STRABAG, ul. Dwernickiego, z wydajnością 120m ^{3} /n
- BETOR, ul. Morwowa 6, *[bez betonów mostowych]*

WŁOCŁAWEK:

- BUDIZOL, ul. Komunalna 8

PŁOCK:

- BOSTA BETON, ul. Zglenickiego 42

NAKONOWO:

- BOSTA BETON, Nakonowo 9a

Ad. 2)
Zamawiający wyjaśnił, iż ustalając treść przedmiotowej klauzuli kontraktu miał na celu ustalenie, utrzymywanie oraz korzystanie z Zabezpieczenia Wykonania zgodnie z postanowieniami art. 150 ustawy Pzp, w tym w szczególności w wysokości wynikającej z tej normy prawnej. W opinii zamawiającego, odwołujący nie udowodnił oraz nie wykazał, że przedmiotowa treść klauzuli 4.2 w jakikolwiek sposób narusza ustawę Pzp, w tym art. 147 ustawy Pzp, art. 150 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp.
Ad. 3)
Zamawiający oświadczył, iż zmienia postanowienia Subklauzuli 4.4. „Podwykonawcy, Dostawcy, Usługodawcy" poprzez wykreślenie z treści subklauzuli w akapicie 5 w zdaniu pierwszym słów: „..oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów.".
Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym zakresie zarzut odwołujących jest bezzasadny oraz w świetle zmiany dokonanej przez zamawiającego, nieaktualny. Dodatkowo zamawiający wskazał, że art. 647 ^{1} KC czyni wykonawcę i podwykonawcę solidarnie odpowiedzialnymi w stosunku do podwykonawców. Ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych także zobowiązuje zamawiającego do dokonania zapłaty na rzecz dostawców i usługodawców (spełniających określone w ustawie kryteria), można

więc powiedzieć, że także stwarza warunki dla uznania solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i zamawiającego. Zamawiający stając przed hipotetyczną koniecznością realizowania zapłaty na rzecz podmiotów z którymi nie wiąże go węzeł prawny, ma pełne prawo, aby relacje pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, usługodawcami i dostawcami były określone postanowieniami umowy (zawartymi w klauzuli 4.4). W istocie w pewnym

sensie narusza to zasadę swobody umów (pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą, dostawcą i usługodawcą), ale ta swoboda ograniczona jest już ustawowo poprzez umieszczenie przez ustawodawcę zapisu art. 647 1 KC.
Umieszczenie postanowień ograniczających swobodę wykonawcy, jest korzystne, zdaniem zamawiającego, dla wszystkich podmiotów zaangażowanych w realizowaną inwestycję. Istniejące w klauzuli 4.4 zapisy pozwalają zamawiającemu na stałe prowadzenie monitoringu nad wszystkimi podmiotami uczestniczącymi w procesie budowlanym, nad przepływem pieniędzy wydatkowanych ze środków publicznych pomiędzy tymi podmiotami, a także w miarę potrzeby, na reakcję w przypadku niekorzystnego dla zamawiającego rozwoju sytuacji na budowie.
Zamawiający wyjaśnił, iż rozbudowane zapisy klauzuli 4.4 dot. udzielania przez zamawiającego informacji w zakresie jego umów z podmiotami i sankcje za niewywiązywanie się z obowiązków wynikają z doświadczeń zamawiającego przede wszystkim na budowie autostrady A-1 na odcinkach budowanych na terenie województwa kujawsko-pomorskiego, gdzie doszło do odstąpienia przez zamawiającego od umów z przyczyn zawinionych przez wykonawcę budowy.
W ramach zasady swobody umów, zamawiający ma prawo do kształtowania stosunku prawnego z wykonawcą w dowolny sposób, o ile nie narusza to dobrych obyczajów i obowiązujących przepisów prawa.
Zamawiający wskazuje, że zarzut odwołania w zakresie treści klauzuli 4.4 Kontraktu nie znajduje oparcia w obowiązującym stanie prawnym i pozostaje bezzasadny. Wyjaśnił, iż jego zamiarem przy wprowadzeniu do klauzuli 4.4. Kontraktu regulacji dotyczącej dostawców i usługodawców pozostawało „zrównanie sytuacji prawnej podmiotów biorących udział w procesie inwestycyjnym w budownictwie: dostawców i biur projektowych.”. Działanie takie pozostaje dopuszczalne w ramach swobody umów określonej w treści art. 353¹ KC, obejmującej w szczególności swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego.
Ad. 4)
Zamawiający oświadczył, iż zmienia zapisy Subklauzuli 1.1.3.7 (c) „Definicje” SWK -„Wada” poprzez wykreślenie z treści subklauzuli podpunktów: „- obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy;”
Zdaniem zamawiającego, w przedmiotowym zakresie zarzut odwołujących jest bezzasadny oraz w świetle zmiany dokonanej przez zamawiającego, nieaktualny.
Dodatkowo zamawiający wskazał, że pojęcie „wady” w rozumieniu kodeksu cywilnego (bez modyfikacji umownych) odnoszone jest w doktrynie do cech funkcjonalnych przedmiotu

umowy, zgodności z celem umowy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, jak zauważył zamawiający, „że dla oceny, czy rzecz sprzedana ma wadę fizyczną, decydujące jest nie kryterium normatywno-techniczne, lecz kryterium funkcjonalne. Pojęcie wady fizycznej rzeczy należy rozumieć szeroko. W związku ze sformułowaniem art. 556 § 1 KC trzeba nawiązać do znanego rozróżnienia między wartością użytkową i handlową. Najczęściej wada fizyczna występuje w obu tych postaciach. Należy jednak podkreślić, że wystarczy, jeżeli wada fizyczna występuje tylko w jednej z nich. Zatem wada fizyczna występuje wtedy, gdy wartość lub użyteczność rzeczy została zmniejszona, biorąc pod uwagę cel oznaczony w umowie, albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia rzeczy, jak również jeżeli rzecz nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, lub rzecz została kupującemu wydana w stanie niezupełnym.
Zamawiający podniósł, iż zgodnie z regulacjami kodeksu cywilnego pojęcie i zakres wad, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca w ramach rękojmi lub udzielonej gwarancji jakości może być modyfikowane postanowieniami umownymi stron. Zatem zamawiający sprecyzował okoliczności, które wyznaczają zakres wad, za które odpowiada odwołujący.

Regulacja klauzuli 1.1.3.7 (c) Kontraktu, mimo, że pozostaje umownym wyznaczeniem granic rozumienia wady, odpowiada kryteriom określenia i rozumienia pojęcia „wada" o treści wyznaczonej przepisami kodeksu cywilnego.
Ponadto zamawiający wskazał, że ocena wystąpienia Wady, jej zgłoszenie i usuwanie będzie następowało zgodnie z postanowieniami Kontraktu, w tym w szczególności przez osoby i w terminach przewidzianych zapisami Kontraktu.
Zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołującego są bezzasadne. Odwołujący nie wykazał oraz nie udowodnił naruszenia przepisów prawa, w tym w szczególności art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 353¹, art. 556 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający zauważył, że przedmiotowe zapisy subklauzuli 1.1.3.7. (c) Izba analizowała, czemu dała wyraz w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia, nie uznając ich za niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.
Ad. 5)
Zamawiający stwierdził, że „Okres przeglądów i rozliczenia kontraktu" nie jest nowym dodatkowym reżimem kontraktowym. W istocie swej odnosi się do „Okresu zgłaszania wad". Zamawiający uznał, że w sposób dostateczny określił jego zakres. Wskazał, że „...stosowanie warunków FIDIC przy zawieraniu umów o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dla zamawiającego obowiązkowe - tym samym zamawiający, decydując się na skorzystanie z przedstawionego wzoru, nie musi stosować wszystkich klauzul lub może je zmieniać, a także może wprowadzać nowe postanowienia umowne. Zamawiający

jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia (wyrok z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 767/09).
Zamawiający podniósł, że przywołany przez odwołującego art. 473 §2 KC ma charakter przepisu dyspozytywnego, zatem to od woli stron zależy wzajemne ukształtowanie łączących je stosunków. Zapisy postulowane przez zamawiającego nie zmieniają celu, który pragnie osiągnąć zamawiający, jakim jest wykonanie zamówienia publicznego.
Ad. 6)
Wykreślenie subklauzuli 8.10 z kontraktu powoduje, jak zauważył zamawiający, że wykonawca nie będzie mógł występować do zamawiającego z żądaniem zapłaty za materiały i urządzenia w okresie zawieszenia, ale wobec braku postanowień przeciwnych nie oznacza to, że wykonawca nie będzie mógł tych kosztów przedstawić do rozliczenia po osiągnięciu określonego zaawansowania robot co nie narusza więc przepisu 487 § 2 KC. Odwołujący nie kwestionował sposobu rozliczania się za materiały dostarczone na Plac Budowy. Nie kwestionował także wykreślenia subklauzuli 14.5, która nie będzie miała zastosowania w warunkach kontraktu, a jej logicznym następstwem jest wykreślenie subklauzuli 8.10. Zamawiający wskazał, że wykreślenie subklauzuli 8.10 nie narusza także natury stosunku umowy o roboty budowlane, tak więc zarzuty odwołującego o naruszenia przepisów art. 647 i 654 i są bezzasadne. Nietrafny jest także, zdaniem zamawiającego, zarzut naruszenia art. 353 ₁ KC. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy.
Ad. 7)
Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zamawiający określa w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - a więc z samych przepisów prawa wynika, iż to zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Zamawiający stwierdził, że nie kwestionuje prawa wykonawcy od odstąpienia, uznając jednak, iż jest to sytuacja wyjątkowa, której ze względu na nadrzędny cel, jakim jest realizacja zamówienia publicznego możliwość wystąpienia podlegać powinna szczególnym regulacjom. Z tego także względu zamawiający wskazał, że zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353 ₁ KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający podkreślił, iż działa w interesie publicznym, w celu

zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości.
Ad. 8)
W opinii zamawiającego, postanowienia kontraktu w zakresie gwarancji jakości nie są sprzeczne z przepisami KC, który stanowi, że gwarancji udziela sprzedający. Zgodnie z przepisami KC gwarancja jakości może być regulowana w sposób umowny, więc zapisy nie mogą być sprzeczne z innymi przepisami tak KC, jak i innych. Nie ma jakiejkolwiek sprzeczności w zapisach kontraktu z przepisami prawa, więc brak podstaw do zmiany postanowień dotyczących gwarancji.
Zamawiający wskazał, w odniesieniu do odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości, że zgodnie z art. 353¹ KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Podkreślił, że stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie. Powyższe oznacza, że warunki gwarancji jakości mogą odbiegać od regulacji kodeksowej, bowiem art. 577 KC ma charakter dyspozytywny. O zakresie gwarancji i świadczeń z niej wynikających decyduje treść umowy gwarancyjnej. Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że zobowiązanie gwaranta ma charakter obiektywny, rodzi odpowiedzialność za skutek. Natomiast o skuteczności naprawy można mówić wówczas, gdy przywrócona zostaje pełna sprawność rzeczy objętej gwarancją. Z ostrożności procesowej zamawiający wskazał, żezasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji KC, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).
W kwestii zarzutu naruszenia art. 353¹ KC zamawiający podniósł, że dla uznania, że treść umowy narusza tę zasadę niezbędne jest wykazanie, że sformułowania umowy w sposób obiektywny prowadzą do pokrzywdzenia jednej ze stron umowy. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie wskazał w jaki sposób postanowienia SIWZ prowadzą do pokrzywdzenia wykonawcy, jak również nie wskazał, z jaką zasadą współżycia społecznego przedmiotowe zapisy są sprzeczne. W ocenie zamawiającego, wprowadzenie we wzorze umowy warunków dotyczących gwarancji jakości nie narusza zasady swobody umów. Zamawiający zwrócił uwagę na cel wprowadzenia w umowie warunków, na jakich zostanie udzielona gwarancja jakości. Jednocześnie wskazał, że usunięcie ze wzoru umowy zapisów dotyczących

gwarancji jakości pozbawiłoby zamawiającego instrumentu prawnego pozwalającego uzyskać odpowiednią jakość przedmiotu zamówienia a co za tym idzie, jego należyte wykonanie.
Oceniając sporne postanowienia SIWZ pod kątem zgodności ze wskazanymi przez odwołującego przepisami KC zamawiający zauważył, że ustawa Pzp ogranicza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ KC. Stwierdził, że zamawiający może zastrzec uprawnienia na rzecz zamawiającego. Zamawiający zostałby pozbawiony możliwości bieżącego realizowania istotnych zadań w interesie publicznej o niekwestionowanej znaczącej skali finansowej i liczbie uczestników w rozumieniu użytkowników systemu. Ryzyko zamawiającego przewyższa bowiem normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.
Ad. 9)
Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postanowienia nie naruszają przepisów prawa. Brak podstaw prawnych, aby kwestionować żądanie takiego upoważnienia.
Ad. 10)
Zamawiający stwierdził, że w Załączniku nr 1 do Umowy pkt 5 ppkt. 5.1 jasno określił terminy, w jakich wykonawca ma potwierdzić przyjęcie zgłoszenia Wady oraz określić sposób usunięcia Wady. Są to terminy bezpośrednio związane z terminami usunięcia Wady bądź zabezpieczenia dostępności drogi podlegające takim samym rygorom, jak terminy usunięcia Wady.
Zamawiający oświadczył, iż zmienia treść postanowień Subklauzuli 8.7.(e) i (f) poprzez wykreślenie słów „lub szkód”.

Subklauzula 8.7 (f)
Dokument gwarancji jakości nie musi odpowiadać w treści zapisom części szczególnej kontraktu. Zobowiązania wynikające z dokumentu gwarancyjnego, jako pochodzące co do formalnej zasady od sprzedającego mogą iść dalej niż te określone bezpośrednio w kontrakcie. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do kwestionowania zapisu w pkt 2.2.1 załącznika nr 1 do umowy w kontekście klauzuli 8.7 (f) warunków szczególnych.

I. Odnośnie zarzutów Odwołującego Strabag Sp. z o. o.:

Ad 1)
Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w odpowiedzi dotyczącej zarzutu nr 1 w części dotyczącej Ad. 1 powyżej.
Ad. 2)

Zamawiający oświadczył, iż zmienia zapisy Subklauzuli 4.1. „Ogólne zobowiązania Wykonawcy".
Ostatni akapit otrzymuje brzmienie:
„Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót „ODTWORZENIE DRÓG DOSTĘPU DO PLACU BUDOWY". Naprawa zgłoszonych przez zarządców dróg szkód wyrządzonych w czasie prowadzenia Robót oraz wywiązanie się z umów zawartych z zarządcami dróg nastąpi w terminach wskazanych w w/w umowach.
Zamawiający zmienia zapisy Subklauzuli 10.1. „Przejęcie Robót i Odcinków" treść w akapicie drugim otrzymuje brzmienie:
„Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dopóki Zamawiający nie otrzyma Gwarancji oraz od Wykonawcy wymaganego Kontraktem dokumentu Jakości nie wykona dróg do Budowy odtworzenia Placu jeżeli Wykonawca dostępu w zakresie określonym w przedmiarze robót.
W opinii zamawiającego, powyższa modyfikacja przedmiotowych Subklauzul precyzuje obowiązki wykonawcy w tym zakresie, a tym samym usuwa wątpliwości odwołujących. W związku z przedmiotową zmianą zarzuty odwołujących w tym zakresie pozostają bezzasadne oraz nieaktualne.
Ad. 3)
Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezzasadny. Wskazał, że z treści art. 647^1 KC wynika uprawnienie zamawiającego do wyrażenia zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. Zamawiający ma przy tym prawo zgłosić zastrzeżenia lub sprzeciw wobec przedłożonej mu umowy lub jej projektu. Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający posiada uprawnienie do oceny i zgłoszenia zastrzeżeń co do treści umowy z podwykonawcą lub też projektu umowy, co w ocenie Zamawiającego, oznacza możliwość wpływu zamawiającego na treść postanowień umowy o podwykonawstwo, w takim samym zakresie, jak przy określeniu przez zamawiającego w SIWZ generalnych wymagań co do treści umowy podlegającej jego akceptacji. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 23 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1467/09. Izba uznała, że podwykonawca nie jest „zwyczajną" osobą trzecią. Art. 647^1 KC stanowi z mocy ustawy pewne ograniczenie swobody umów określonej w art. 353^1 KC. Celem bowiem wprowadzenia 647^1 było zapewnienie podwykonawcom ochrony na wypadek bezprawnego zatrzymania należnego im wynagrodzenia przez wykonawców. W związku z powyższym, zamawiający wskazał, że postanowienia są zgodne z celem przyjętym przez ustawodawcę przy wprowadzeniu tego przepisu i stanowią

zabezpieczenie interesu podwykonawców w kontekście inwestycji znacznych rozmiarów.
Ad. 4)
Zamawiający oświadczył, iż dokonał zmiany postanowień Subklauzuli 4.4. przez wykreślenie w akapicie 4 słów:

i. Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy.

W związku z powyższą zmianą SIWZ w tym zakresie, zarzut jest, zdaniem zamawiającego, niezasadny oraz nieaktualny.

Ad. 5)
Zamawiający wskazał, że wykonanie stanowi przedmiot zamówienia czyli należy do obowiązków wykonawcy. Odpowiedzialność wykonawcy za wykonany przedmiot zamówienia wynika z ustawy Prawo budowlane. W taki też sposób należy oceniać odpowiedzialność wykonawcy za własne działania. Biorąc pod uwagę charakter instytucji gwarancji jakości zamawiający stwierdził, iż trudno sobie wyobrazić wyodrębnienie gwarancji za poszczególne tylko elementy niektórych robót, bez wzięcia odpowiedzialności za wykonanie prawidłowo całego przedmiotu umowy. Byłoby to niezgodne z charakterem stosunku zobowiązaniowego. Wykonawca robót budowlanych, jako profesjonalny podmiot, winien wziąć odpowiedzialność za cały przedmiot umowy. W tym celu wykonawca ma obowiązek sprawdzić w niezbędnym zakresie roboty wykonane, za które będzie ponosić odpowiedzialność. Zamawiający zaznaczył, iż nie ogranicza wykonawcy w działaniach mających prowadzić do sprawdzenia robót budowlanych, za które wykonawca przejmuje odpowiedzialność. W tym celu wykonawca będzie miał dostęp do dokumentów wystawionych przez Inżyniera Kontraktu, ale także w przypadku wątpliwości będzie mógł przeprowadzać własne badania, jeżeli uzna je za konieczne.
W związku z powyższym należy uznać, w opinii zamawiającego, że zamawiający jako inwestor, zgodnie z ustawą Prawo budowlane, będzie miał prawo żądać od wykonawcy oświadczenia o prawidłowości całego przedmiotu umowy. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odpowiedzialności za przedmiot umowy i dokumenty wykonawcy zrealizowane przez podwykonawców, zamawiający wskazał, że odpowiedzialność wykonawcy w tym zakresie wynika z ogólnych przepisów KC - art. 474. Zgodnie z art. 578 KC gwarancja jakości, co do zasady obejmuje wady powstałe z przyczyn tkwiących w rzeczy, ale jest to norma o charakterze *ius dispositivi,* pozostawiająca woli stron umowy odmienne uregulowanie, zatem nie jest niedopuszczalne rozszerzenie zakresu odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy.

Zamawiający zauważył, że stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być co do zasady określona swobodnie. Powyższe oznacza, że warunki gwarancji jakości mogą odbiegać od regulacji kodeksowej, bowiem art. 577 KC ma charakter dyspozytywny, za czym przemawia zwrot „poczytuje się w razie wątpliwości". jednocześnie zamawiający zaznaczył, że zobowiązanie gwaranta ma charakter obiektywny, rodzi odpowiedzialność za skutek. Natomiast o skuteczności naprawy można mówić wówczas, gdy przywrócona zostaje pełna sprawność rzeczy objętej gwarancją.
Ad 6)
Zamawiający wskazał, że zarzut odwołujących jest bezzasadny. Obowiązek ten wynika z art. 651 KC, który stanowi, że jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia, nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. O tym, jaki jest zakres tego obowiązku, wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia w wyroku z 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, (OSNC 2000, nr 9, poz. 173). W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że: „Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. Chodzi o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Wykonawca robót nie musi bowiem specjalistyczną wiedzą z zakresu budowlanych dysponować projektowania. Musi umieć odczytać projekt, aby zrealizować inwestycję zgodnie z nim i sztuką budowlaną. Zamawiający stwierdził, że wykonawca powinien sprawdzić czy dostarczone dokumenty są kompletne, czy pozwolą na wszczęcie robót, czy są podpisane, zatwierdzone przez odpowiednie organy oraz czy nie zawierają wad, których wykrycie możliwe jest przy zachowaniu należytej staranności. Zawiadomienie inwestora o wadach powinno nastąpić niezwłocznie. W sytuacji, gdy wykonawca nie zawiadomi inwestora o wykrytych wadach projektu, albo gdy wady dokumentacji projektowej były oczywiste i wykonawca przy zachowaniu należytej staranności mógł je wykryć, to wówczas będzie

ponosił odpowiedzialność za szkody wynikłe wskutek wad robót budowlanych, będących następstwem tego rodzaju wad w projekcie.
Zamawiający stwierdził, że zgodnie z treścią art. 353 1 KC, 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. Natomiast przepis art. 473 § 1 KC wskazuje, że 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.
Zamawiający wskazał, że przepisy KC doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, które odsyłają do stosowania KC, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następnych przepisów działu IV ustawy. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp stanowi, że SIWZ zawiera 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. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353 1 KC), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.
Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych, zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotne warunki umowy zostały określone przez zamawiającego i sformułowane w sposób jawny dla wszystkich wykonawców, przed upływem terminu składania ofert, zatem zamawiający nie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców. Postanowienia umowy nie stoją w sprzeczności z uczciwą konkurencją między wykonawcami.
Zamawiający stwierdził, że zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze

umowy (...) Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty będzie musiał zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy. Wykonawcy są tutaj równo traktowani przez Zamawiającego, gdyż otrzymali oni jednakowe specyfikacje i dlatego nie można mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy PZP i kodeksowej zasady równości stron.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem przyjąć, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada interes w jego uzyskaniu. Podobnie, na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść. Wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na uwzględnienie zasługuje postawiony przez odwołujących Budimex S.A. i Strabag Sp. z o.o. zarzut dotyczący ustalenia przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówień, które są przedmiotem postępowań na kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek I Czerniewice-Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion-Brzezie od km 163+300 do km 186+366 oraz kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń-Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) – węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348÷215+850. Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę wskazywane przez odwołujących i uczestników postępowania okoliczności pogodowe, których nastanie jest prawdopodobne w okresie zimowym, a które uniemożliwiają realizację robót. Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę terminy ustawowe wyznaczone dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym terminy na składanie i rozpoznawanie środków ochrony prawnej, wysoce prawdopodobne jest, że umowa zostanie podpisana w okresie zimowym. Oświadczenie zamawiającego, iż umowa zostanie podpisana nie wcześniej niż 15 marca

2013 r. nie znajduje oparcia w treści dokumentacji, co daje wykonawcom podstawę do obaw, iż termin na wykonanie zamówienia będzie upływał w czasie, kiedy wykonywanie robót będzie niemożliwe ze względów pogodowych. Izba wzięła również pod uwagę, iż w ramach realizacji przedmiotu zamówienia niezbędne jest dokonanie czynności formalnych, w tym m.in. uzyskanie pozwolenia na użytkowanie czy uzyskanie zezwoleń zarządców lokalnej sieci dróg. Izba stwierdziła, że przedłużenie wyznaczonych przez zamawiającego w ramach obu postępowań o udzielenie zamówienia terminów o 3 miesiące jest wystarczające, biorąc pod uwagę oświadczenie zamawiającego, iż na odcinku I i II autostrady A1 do wykonania pozostało 40%, zaś na odcinku III autostrady A1 - 50%, przy czym roboty fundamentowe pod odcinki mostowe na odcinku III zostały wykonane w 100%. Przedłużony w ten sposób termin realizacji obu zamówień może, w ocenie Izby, spowodować konieczność wytężonej pracy po stronie wykonawców oraz zaangażowania stosownego potencjału ludzkiego i technicznego, co będzie miało niewątpliwie wpływ na zaoferowaną cenę, jednak termin ten pozwala na realizację zadań objętych przedmiotem zamówienia. Izba oddaliła wniosek odwołującego Strabag Sp. z o.o. o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność możliwości pod względem technicznym realizacji kontraktu w przewidzianych przez zamawiającego terminach z uwzględnieniem m.in. warunków pogodowych i wymagań zamawiającego zawartych w kontrakcie uznając, iż jego przeprowadzenie przyczyniłoby się jedynie do zwłoki w postępowaniu.

Izba uznała za zasadny zarzut postawiony przez odwołującego Budimex S.A. dotyczący wymogu utrzymania zabezpieczenia wykonania w pełnej wysokości przez cały okres obowiązywania umowy. Izba stwierdziła, że złożone na rozprawie oświadczenie, iż zamawiający nie będzie domagał się uzupełnienia zabezpieczenia do wartości 10%, a utrzymanie, o którym mowa w skarżonej subklauzuli 4.2. dotyczy ewentualnego przedłużonego terminu na wykonanie zamówienia, nie znajduje oparcia w treści postanowień subklauzuli 4.2. Poddając ocenie treść spornego postanowienia w brzmieniu: „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem." Izba stwierdziła, że jego treść wskazuje na wymóg utrzymania zabezpieczenia w wysokości 10% przez cały okres obowiązywania umowy. Powyższe potwierdza również okoliczność, że subklauzula 4.2. zawiera również osobne postanowienie o konieczności przedłużenia ważności Zabezpieczenia Wykonania o treści: „Jeżeli Zabezpieczenie Wykonania będzie wniesione w formie innej niż pieniężna, to Wykonawca będzie samodzielnie, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego przedłużał ważność Zabezpieczenia Wykonania, o ile w toku realizacji umowy okaże się to konieczne". Stwierdzony wymóg utrzymania przez wykonawcę Zabezpieczenia wykonania w wysokości 10% przez cały okres realizacji umowy jest

niezgodny z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp. Art. 150 ust. 2 ustawy ustala maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Przepis ten należy czytać przez pryzmat celu zabezpieczenia, jaki określił ustawodawca w art. 147 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wobec powyższego, skoro ustawodawca z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia, to brak jest podstaw do przyjęcia, że uprawnione jest podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w przypadku, gdy zamawiający pokrył częścią zabezpieczenia swoją szkodę. Takiej interpretacji ww. przepisów sprzeciwia się treść art. 150 ust.2 ustawy, a także cel ustanawiania zabezpieczenia.

Izba stwierdziła, że przepisy prawa nie zostały naruszone przez wprowadzone w subklauzuli 4.4. postanowienia dotyczące:
- obowiązku zgłaszania przez wykonawcę każdego dostawcy i usługodawcy,
- obowiązku wskazywania w zgłoszeniu nazwy dostawcy/usługodawcy, składania kopii zawartej umowy, zakresu rzeczowego i wartości świadczeń,
- prawa potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy kwot odpowiadających wartości wynagrodzenia dostawcy/usługodawcy,
- prawa do uiszczenia wynagrodzenia dostawcy/usługodawcy z zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia,
- prawa zamawiającego do wyeliminowania podwykonawcy z realizacji prac budowlanych, jak też
- obowiązku zamieszczenia wskazanych przez zamawiającego postanowień w umowach z podwykonawcami.

Izba uznała, że postawienie takich wymogów jest dopuszczalne w ramach swobody umów. Warto w tym miejscu wskazać, iż zasada swobody umów doznaje na gruncie ustawy Pzp pewnych ograniczeń – z ogólnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i poszczególnych przepisów ustawy Pzp wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów, zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody kształtowania stosunku umownego. Co do zasady, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje treść dokumentacji decydując o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy

innych obowiązkach umownych lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to 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, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia. Przywołania warte jest stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku zaprezentowane w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ Kc Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy

wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy" (sygn. akt XII Ga 314/11).

Ponadto Izba stwierdziła, że mimo braku obowiązku ponoszenia solidarnej odpowiedzialności przez zamawiającego i wykonawcę wobec dostawców i usługodawców, brak jest ustawowego zakazu przyjmowania na siebie przez zamawiającego odpowiedzialności za zobowiązania wykonawcy wobec dostawców i usługodawców. W interesie zamawiającego jest, aby dostawcy lub usługodawcy nie powstrzymywali się ze spełnianiem swoich świadczeń na rzecz wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie dokonuje zapłaty na ich rzecz, gdyż może to powodować trudności z utrzymaniem terminu realizacji inwestycji, co z kolei ma istotne znaczenie dla zamawiającego. Tym samym, nawet odpowiedzialność wykonawcy za utrzymanie terminu i działania osób, którymi się posługuje, czy zapłaty kar umownych, mogą nie zrekompensować zamawiającemu strat, jakie poniósłby zamawiający z tytułu niedotrzymania terminu. W ocenie Izby, uzasadniona jest zatem

potrzeba kontroli przez zamawiającego stosunków wykonawca – dostawca/zleceniodawca, a przyjęcie na siebie odpowiedzialności za zapłatę na rzecz dostawców lub usługodawców nie jest prawnie niedopuszczalne. Skoro zamawiający taką odpowiedzialność na siebie przyjmuje, w ocenie Izby, nie jest nadmiernym, ani nieuzasadnionym oczekiwanie, iż będzie mu znany krąg podmiotów, które mogą występować wobec niego z roszczeniami, jak też warunki zawartych umów. W tym stanie rzeczy Izba obowiązek zgłaszania dostawców/usługodawców zamawiającemu, zakresu rzeczowego, wartości świadczeń oraz składania kopii za potrzebami umów uznała uzasadniony usprawiedliwionymi zamawiającego.

Podobnie, zasady swobody umów nie naruszają wymagania dotyczące umów z podwykonawcami. W interesie zamawiającego jest, aby wykonawcy nie opóźniali wypłaty należnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców uzależniając je np. od odbioru robót przez Inżyniera, bowiem odwlekanie momentu zapłaty może mieć wpływ na realizację zamówienia. Izba wzięła przy tym pod uwagę okoliczność, iż nie każda robota wykonana przez podwykonawcę będzie podlegała odbiorowi przez Inżyniera – taka robota może być częścią danego etapu robót, który to dopiero będzie podlegał odbiorowi, co spowoduje swego rodzaju kredytowanie robót przez podwykonawcę. Wykonawcy posiadając wiedzę co do wymagań zamawiającego w tym zakresie mają możliwość ich uwzględnienia na etapie składania oferty, w tym dokonując stosownych szacunków w zakresie oferowanej ceny.

Za nie naruszające przepisów prawa Izba uznała zastrzeżenie możliwości usunięcia podwykonawcy przez zamawiającego lub żądania od wykonawcy usunięcia podwykonawcy z placu budowy w sytuacji zaniechania spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych w subklauzuli 4.4., w tym m.in. przedstawienia umowy z podwykonawcą lub jej projektu. Wobec zobowiązania się zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy w określonych okolicznościach, znajomość treści zawieranych umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami jest w pełni uzasadniona. Wykonawca jest przy tym zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu dotrzymania zobowiązań wynikających z umowy, a wszelkie ryzyko z tym związane powinien wliczyć do oferowanej ceny.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego Budimex S.A. również co do braku uprawnienia po stronie zamawiającego do żądania odpisu z KRS lub innego dokumentu właściwego ze względu na formę organizacyjną podwykonawcy. Zamawiający w sposób jednoznaczny w treści subklauzuli 4.4. określił, w jakim celu taki dokument jest wymagany wskazując na możliwość weryfikacji uprawnienia osób podpisujących umowę z wykonawcą w imieniu podwykonawcy do reprezentowania stron umowy. Izba uznała, że taki wymóg nie jest nadmierny, nie stwarza też nieuzasadnionej uciążliwości dla wykonawcy. Weryfikacja

prawidłowości reprezentacji partnera umowy jest czynnością konieczną w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami, mającą na celu uniknięcie możliwości zawarcia umowy z osobą nieupoważnioną lub nie mogącą reprezentować partnera. Sam wykonawca powinien mieć pewność ważności zawieranej umowy, a tym samym, uzyskać samodzielnie lub od partnera aktualny odpis z KRS lub innego organu rejestrowego partnera. Z uwagi na powyższe, przedstawienie takiego dokumentu zamawiającemu nie powinno stanowić nadmiernego

obciążenia.

Jednocześnie Izba za nadmierny i utrudniający wykonawcy realizację zamówienia, a nadto nie wynikający z rzeczywistych potrzeb zamawiającego uznała obowiązek comiesięcznej aktualizacji listy dostawców i usługodawców. Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca wypełnił swój obowiązek i zgłosił wykonawcę, to zamawiający zna podmiot, wobec którego jest zobowiązany. Ponadto, w interesie wykonawcy jest podanie informacji, kiedy zaprzestaje korzystać z danego dostawcy lub usługodawcy. Natomiast wytwarzanie co miesiąc dokumentu, w sytuacji, gdy będące w posiadaniu zamawiającego informacje nie ulegają zmianie, nie rodzi korzyści po stronie zamawiającego, a wykonawcy przysparza dodatkowego obowiązku. Zasadność tego zarzutu potwierdza również oświadczenie zamawiającego o jego uwzględnieniu.

Za zasadny Izba uznała również zarzut odnoszący się do przyznania zamawiającemu prawa do wstrzymania w całości lub w części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, w przypadku zgłoszenia przez dostawcę lub usługodawcę faktu zalegania mu przez wykonawcę z płatnościami. Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem subklauzuli 4.4., jeżeli w terminie 7 dni od otrzymania wezwania Inżyniera w zakresie zaległych zobowiązań wobec dostawców lub usługodawców wykonawca nie dostarczy dowodów, że należne im sumy zostały zapłacone albo że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż przez zapłatę, to:

i. Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatność na rzecz wykonawcy
ii. Zamawiający może dokonać spłaty należności wykonawcy wobec dostawcy lub usługodawcy i jest uprawniony potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności wykonawcy względem zamawiającego
iii. Zamawiający może dokonać spłaty należności wykonawcy wobec dostawcy lub usługodawcy z kwot pozyskanych z zabezpieczenia wykonania.

W ocenie Izby, wstrzymanie płatności na rzeczy wykonawcy nie służy zagwarantowaniu prawidłowego wykonania zamówienia. Ponadto, zamawiający nie określił kryteriów, jakimi będzie się kierował przy wykonaniu uprawnienia zawartego w pkt „i".

Zamawiający nie wskazał także, w jakich okolicznościach wstrzyma część, a w jakich całość płatności. Izba zważyła też, że uprawnienie do wstrzymania płatności może być wykonywane niezależnie od potrącenia z wynagrodzenia, czy z zabezpieczenia wykonania umowy, bowiem pomiędzy punktami „i", „ii", „iii" nie posłużono się alternatywą rozłączną. Izba stwierdziła, że uprawnienia zamawiającego opisane w punktach „ii" oraz „iii", w wystarczającym stopniu zabezpieczają roszczenia zamawiającego, a także szkodę, jaką mógłby zamawiający ponieść z tytułu wypłaty tym podmiotom świadczeń. Izba oceniła uprawnienie zamawiającego do wstrzymania wykonawcy wypłaty wynagrodzenia bez szczegółowego określenia w tym zakresie warunków takiego wstrzymania jako nadmierne i nieuzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Zasadność tego zarzutu przyznał również zamawiający przez złożenie oświadczenia o wykreśleniu postanowienia „Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatność na rzecz wykonawcy" z treści subklauzuli 4.4.

Izba uwzględniła zarzut odwołującego Strabag Sp. z o.o. dotyczący wymogu odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy, naprawy zgłoszonych przez zarządców dróg szkód oraz wywiązania się z umów z zarządcami dróg w zakresie, w jakim został on uwzględniony przez zamawiającego. Izba uznała, że zaproponowany przez zamawiającego sposób zmiany postanowień subklauzuli 4.1. oraz subklauzuli 10.1. w brzmieniu: „Wykonawca w Czasie na Ukończenie wykona odtworzenie dróg dostępu do Placu Budowy, zgodnie z załączonym przedmiarem robót „Odtworzenie Dróg Dostępu do Placu Budowy". Naprawa zgłoszonych przez zarządców dróg szkód wyrządzonych w czasie prowadzenia Robót oraz wywiązanie się z umów zawartych z zarządcami dróg nastąpi w terminach wskazanych w ww. umowach." (subklauzula 4.1.), oraz „Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dopóki Zamawiający nie otrzyma od Wykonawcy wymaganego Kontraktem dokumentu Gwarancji Jakości oraz jeżeli Wykonawca nie wykona odtworzenia dróg dostępu do Placu Budowy w zakresie określonym w przedmiarze robót" (subklauzula 10.1.) w wystarczającym stopniu zabezpiecza interesy wykonawców i mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk, które można na wykonawcę nałożyć.

Izba przychyliła się też do zarzutu podniesionego w odwołaniach Strabag Sp. z o.o.

dotyczącego nałożonego na wykonawców obowiązku sprawdzenia dokumentacji projektowej i zgłoszenia uwag z konsekwencją uznania ewentualnych wynikających z niezgłoszonych uchybień opóźnień jako występujących z winy wykonawcy. O ile Izba widzi zasadność nałożenia na wykonawcę powinności zgłaszania braków, nieścisłości czy błędów w dokumentacji projektowej, o tyle jednak nakładanie na wykonawcę odpowiedzialności za treść dokumentacji, do której opracowania wykonawca nie jest zobowiązany Izba uznała za zobowiązanie nadmierne, wykraczające poza przedmiot zamówienia.

99

Częściowo potwierdził się również zarzut podniesiony przez odwołującego Budimex S.A. dotyczący zdefiniowania przez zamawiającego pojęć „wada", „wada istotna", „wada nieistotna". Izba uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie w zakresie pojęcia „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy" użytego w subklauzuli 1.1.3.7. (c). Pojęcie „walory estetyczne" jest nieprecyzyjne, odnosi się do subiektywnego przekonania zamawiającego związanego z rodzajem wad, jakie mogą wystąpić w przedmiocie zamówienia. Pojęcie to może mieć wpływ na sporządzenie oferty, gdyż wykonawcy sporządzają wówczas ofertę w oparciu o własne przekonanie co do walorów estetycznych oferowanego przedmiotu zamówienia, co powoduje przeniesienie obowiązku opisu przedmiotu zamówienia na wykonawców i ewentualne poniesienie kosztów oceny estetyki Przedmiotu Umowy w sposób odmienny od zamawiającego. Zasadność tego zarzutu uznał też zamawiający w udzielonych odpowiedziach na odwołanie. W pozostałym zakresie Izba uznała, że użyte pojęcia są jednoznaczne i nie budzą wątpliwości.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez odwołującego Budimex S.A. przepisów prawa przy wprowadzeniu do dokumentacji pojęcia „okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu". Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zakres i funkcja tego pojęcia zostały określone – subklauzula 1.1.3.7. (a) wskazuje, że okres przeglądów i rozliczenia kontraktu jest okresem po wystawieniu świadectwa przejęcia do czasu wystawienia ostatecznego świadectwa płatności, obejmujący swym zakresem zobowiązania wykonawcy według kontraktu. Dodatkowo, w subklauzuli 1.1.3.7. zamawiający wskazał, że w każdym przypadku, gdy warunki kontraktu odnoszą się do okresu zgłaszania wad należy odnosić go do okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut dotyczący wykreślenia subklauzuli 8.10. Warunków Ogólnych Kontraktu, które stanowią „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Zamawiającego". W ocenie Izby, wykreślenie subklauzuli 8.10. z kontraktu powoduje, że wykonawca nie będzie mógł występować do zamawiającego z żądaniem zapłaty za materiały i urządzenia w okresie zawieszenia, ale wobec braku postanowień przeciwnych, postanowienie to nie wyklucza uprawnienia wykonawcy do przedstawienia tych kosztów do rozliczenia po osiągnięciu określonego zaawansowania robót. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie przez odwołującego.

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut dotyczący prawa odstąpienia przez wykonawcę od umowy z uwagi na brak terminowej płatności wynagrodzenia przez zamawiającego i opóźnienia Inżyniera w wystawieniu dokumentów rozliczeniowych w terminach przekraczających odpowiednio 84 dni i 28 dni. Izba za zasługującą

100

---

na uwzględnienie uznała argumentację zamawiającego, iż przedmiotowe postanowienia mają na celu zapewnienie trwałości stosunku łączącego wykonawcę z zamawiającym. Izba uznała, że prawo do złożenia oświadczenia o odstąpieniu w przypadku opóźnienia się zamawiającego z zapłatą ponad 84 dni, mimo 30-dniowego terminu płatności i w przypadku opóźnienia Inżyniera w wystawieniu dokumentów rozliczeniowych wynoszącego powyżej 56 dni, mimo zobowiązania Inżyniera do wystawienia tych dokumentów w ciągu 28 dni, nie narusza interesów wykonawcy. Przesunięcie uprawnienia do odstąpienia nie narusza prawa wykonawcy np. do wypłaty odsetek przez zamawiającego. W ocenie Izby, trwałość zawieranej umowy zasługuje na ochronę.

Nie zasługuje na uwzględnienie także podniesiony przez obu odwołujących zarzut odnoszący się do wymogu udzielenia gwarancji jakości na zakres robót wykonanych przez poprzednich wykonawców wykonujących roboty na poszczególnych odcinkach autostrady.

Izba za uzasadnione uznała stanowisko zamawiającego, iż zasadne jest uzyskanie przez zamawiającego gwarancji na cały obiekt. Zakres prac wykonanych w wyniku realizacji poprzednich umów jest znany wykonawcom na podstawie porównania przedmiarów robót i dokumentacji uprzednich postępowań. Izba uznała, że postawienie takiego wymogu nie wykracza poza kodeksowe ramy zasady swobody umów, nie jest świadczeniem niemożliwym czy nierealnym, a przede wszystkim mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk, które można na wykonawcę nałożyć. Ewentualne koszty wypływające z tak postawionych wymagań wykonawcy zobowiązani są wliczyć do oferowanej ceny, co Izba uznaje za możliwe. Warte zauważenia jest stanowisko Sądu Okręgowego we Wrocławiu, który stwierdził, iż „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. 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 przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron 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.” (wyrok z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08).

Za uprawnione i nie naruszające przepisów prawa Izba uznała nałożenie

na wykonawcę obowiązku udzielenia zamawiającemu pełnomocnictwa do wykonywania uprawnień z gwarancji jakości przysługującej wykonawcy wobec producentów urządzeń, podwykonawców, dostawców i usługodawców. Sporne wymaganie nie narusza interesów wykonawcy. Biorąc pod uwagę, że to zamawiający jest beneficjentem robót, dostaw czy usług i to zamawiający ponosi odpowiedzialność wobec użytkowników dróg, uzasadnione jest przyznanie zamawiającemu uprawnień o charakterze gwarancyjnym nie tylko wobec wykonawcy, ale także podwykonawców, dostawców i usługodawców.

Izba stwierdziła, że przepisy prawa nie zostały naruszone przez zamawiającego również przy określeniu postanowień umowy dotyczących kar umownych za nieterminowe potwierdzenie przyjęcia zgłoszenia wady, nieokreślenie sposobu usunięcia wady oraz nieterminowe usunięcie szkód w okresie przeglądów i rozliczeń. Zamawiający, jako gospodarz postępowania odpowiedzialny za wydatkowanie środków publicznych jest uprawniony do używania dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……