

Sygn. akt KIO 1529/12
KIO 1535/12
KIO 1546/12

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Barbara Bettman
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: Jakub Banasiak

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 i 9 sierpnia 2012r. w Warszawie odwołań wniesionych w Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A** W dniu 18 lipca 2012r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42**
- B** W dniu 19 lipca 2012r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10**
- C** W dniu 20 lipca 2012r. przez **wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Ślaska 59**

przy udziale :

1

-
- A** **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie Astaldi S.p.A z siedzibą we Włoszech, w Rzymie, Via Giulio Vincenzo Bona 65 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12, KIO 1546/12 po stronie odwołującego
 - B** **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1546/12 po stronie odwołującego,
 - C** **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1535/12, KIO 1546/12 po stronie odwołującego,
 - D** **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Energopol Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13 i VSTAL GDYNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 40 i MOSTMAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Zarzeczcu, ul. Łęgowa 1** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12, KIO 1546/12 po stronie odwołującego,
 - E** **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielaniech Wrocławskich, ul. Szwedzka 5 i Eurovia CS, a.s. z siedzibą w Czechach, w Pradze, Národní třída 10** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1546/12 po stronie odwołującego,

- F. wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne – Konsorcjum firm w składzie :Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A i Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18 Alcobendas** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 po stronie odwołującego,
- G. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie : Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty- Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52 i ERBUD Spółka Akcyjna z**

2

- siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 po stronie odwołującego,
- H. wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W i Mota-Engil Engenharia e Construção Spółka Akcyjna z siedzibą w Portugalii, w Amarante Casa da Calçada, Largo do Paco 6 – Cepelos** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 po stronie odwołującego,
- I. wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1546/12 po stronie odwołującego
- J. wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12 po stronie odwołującego

orzeka

1A. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42** i nakazuje zamawiającemu :

- a)** dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w pkt 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Części III SIWZ zakresu prac projektowych wymaganych przez zamawiającego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wskazać dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów, zamawiający wymaga jedynie sprawdzenia dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej w rozumieniu art. 651 kc, dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennnej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania pozwolenia na budowę; dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga opracowania zamiennnej w stosunku do dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością uzyskania nowego pozwolenia na budowę i dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji

3

- projektowej przez wykonawców w całości oraz uzyskania dla nich pozwolenia na budowę,
- b)** nakazuje zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozdziału IV Warunki Szczególne Kontraktu Części II poprzez:
- wykreślenie w subklauzuli 1.1.3.7 lit. c słów „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy”,
 - wykreślenie w subklauzuli 1.10 wykreślenie akapitu 3 oraz modyfikację akapitów 5 i 6 z uwzględnieniem wykreślenia akapitu 3 subklauzuli 1.10
 - wykreślenie w subklauzuli 4.4. akapicie 7 słów „oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów”, w akapicie 11 litery i
 - dodanie w subklauzuli 4.28 w akapicie 3 po słowach „w szczególności” słów „wynikających z dokumentacji otrzymanej od zamawiającego wraz z treścią niniejszej

siwz oraz prawidłowo wykonanych wykopów kontrolnych”, oraz sprecyzowanie w akapicie 2 tej klauzuli warunków, na których zamawiający uznawał będzie wykop kontrolny za prawidłowo wykonany poprzez określenie co najmniej obszaru wykonania wykopu, gęstości wykopów w siatce oraz ich głębokości,

- modyfikację subklauzuli 5.1. poprzez uwzględnienie danych podanych przez zamawiającego przy zakreśleniu granic oświadczenia Wykonawcy o prawidłowości i wystarczającym charakterze dokumentów dostarczonych przez zamawiającego dla zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem na mocy niniejszego wyroku pkt. 1A lit. a sentencji w pkt. 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego,
- modyfikacja subklauzuli 11.12 i 11.13w akapitach 1 w ten sposób, aby bieg terminu odpowiednio gwarancji jakości jak i rękojmi rozpoczynał się z datą wydania Świadectwa Przejęcia,
- w pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie,

1B uwzględnia odwołanie **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10** i nakazuje zamawiającemu

4

a) dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w pkt 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Części III SIWZ zakresu prac projektowych wymaganych przez zamawiającego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wskazać dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów, zamawiający wymaga jedynie sprawdzenia dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej w rozumieniu art. 651 kc, dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania pozwolenia na budowę; dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga opracowania zamiennej w stosunku do dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością uzyskania nowego pozwolenia na budowę i dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji projektowej przez wykonawców w całości oraz uzyskania dla nich pozwolenia na budowę,

b) nakazuje zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozdziału IV Warunki Szczególne Kontraktu Części II poprzez :

- wykreślenie w subklauzuli 1.1.3.7 lit. c słów „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy”,
- wykreślenie w subklauzuli 4.4. w akapicie 3 lit. a słów „oraz dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót”, w akapicie 7 słów „oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów”, w akapicie 11 litery i
- modyfikację subklauzuli 5.1. poprzez uwzględnienie danych podanych przez zamawiającego przy zakreśleniu granic oświadczenia Wykonawcy o prawidłowości i wystarczającym charakterze dokumentów dostarczonych przez zamawiającego dla zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem na mocy niniejszego wyroku pkt. 1B lit. a sentencji w pkt. 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego,
- modyfikację subklauzuli 8.4 akapit 5 poprzez zdefiniowanie pojęcia „niesprzyjające warunki pogodowe” i jego rozróżnienie od „wyjątkowo niesprzyjających warunków pogodowych”,

5

c) modyfikacji dokumentu Gwarancja jakości w §2 ust. 2 poprzez określenie jako daty rozpoczęcia biegu Gwarancji Jakości – daty wydania Świadectwa Przejęcia

- w pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie,

1C. uwzględnia odwołanie wykonawcy **Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a** i nakazuje zamawiającemu :

a) dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w pkt 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Części III SIWZ zakresu prac projektowych wymaganych przez zamawiającego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wskazać dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów, zamawiający wymaga jedynie sprawdzenia dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej w rozumieniu art. 651 kc, dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania pozwolenia na budowę; dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga opracowania zamiennej w stosunku do dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością uzyskania nowego pozwolenia na budowę i dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji projektowej przez wykonawców w całości oraz uzyskania dla nich pozwolenia na budowę,

b) nakazuje zamawiającemu modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozdziału IV Warunki Szczególne Kontraktu Części II poprzez :

- wykreślenie w subklauzuli 1.1.3.7 lit. c słów „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy”,
- wykreślenie w subklauzuli 1.10 wykreślenie akapitu 3 oraz modyfikację akapitów 5 i 6 z uwzględnieniem wykreślenia akapitu 3 subklauzuli 1.10
- wykreślenie w subklauzuli 4.4. akapicie 7 słów „oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów”, w akapicie 11 litery i
- modyfikację subklauzuli 5.1. poprzez uwzględnienie danych podanych przez zamawiającego przy zakreśleniu granic oświadczenia Wykonawcy o prawidłowości i wystarczającym charakterze dokumentów dostarczonych przez zamawiającego dla

6

zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem na mocy niniejszego wyroku pkt. 1 B lit. a w pkt. 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego,
- w pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. śelazna 59** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000zł. 00 gr. (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne **Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovia Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42; wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 oraz wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. śelazna 59** kwotę 62 583 zł. 00 gr (słownie: sześćdziesiąt dwa pięćset osiemdziesiąt trzy złote zero groszy) w tym:

- A. kwotę 20 000 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovia Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42** z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu,
- B. kwotę 22 583 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia dwa tysiące pięćset osiemdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo**

Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu i kosztów zastępstwa prawnego,

C. kwotę 20 000 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz

Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 1529/12

KIO 1535/12

KIO 1546/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na kontynuację projektowania i przebudowę drogi S8 odc. Powązkowska – Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. Węzeł Powązkowska – węzeł Modlińska zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. ślezańska 59 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej zamieszczonym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 grudnia 2011r. za numerem 2011/S 238-384108. W dniu 5 lipca 2012r. zamawiający przekazał za pośrednictwem Poczty Polskiej zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Sygn. akt KIO 1529/12

W dniu 18 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wobec treści siwz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonany w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wobec tego obarczanie wykonawców wszelkimi ryzykami, które winien uwzględnić w ofercie, a które na etapie przygotowywania oferty są niemożliwe do określenia i oszacowania na tym etapie postępowania, a także przez wadliwy opis przedmiotu doprowadzenie do naruszenia tożsamości świadczenia z oferta poprzez wprowadzenie możliwości rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionej w trakcie wykonywania umowy wady dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego.

2. przepisów art. 7 ust. 1 ustawy, art. 471 Kodeksu Cywilnego (dalej: kc), art. 5 kc, art. 353[1] kc, art. 556 kc, art. 559 kc, art. 568 §1 kc, art. 567 kc, art. 577 kc, art. 647 kc w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 55 Prawa budowlanego w zakresie

Warunków Szczególnych Kontraktu, ukształtowanych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego, powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł także, że niektóre z zapisów Warunków Szczególnych Kontraktu nakładają na wykonawcę obowiązki, które są niezgodne z przepisami ustawy Prawo budowlane.

Odwołujący stwierdził, że szczegółowo zarzuca :

- 1) naruszenie art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, oraz w związku z art. 11 a ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych i art. 71 i nast. ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko oraz w zw. art. 35 § 3 i 36 Kodeksu postępowania administracyjnego, a także naruszenia art. 647 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w szczególności biorąc pod uwagę przewidziane przepisami prawa okresy, w jakich stosowne organy administracyjne mają wydać przewidziane w SIWZ decyzje administracyjne oraz zwolnienia się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazanie terenu budowy co do przedłużenia czasu na wykonanie prac projektowych i robót budowlanych. Umowa o świadczenie niemożliwie jest nieważna, a zatem zamawiający przewidując krótki termin realizacji zamówienia pozbawia wykonawców możliwości jego uzyskania, czym narusza obowiązek przygotowania i przeprowadzenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – zarzut dotyczy punkt 6 Tomu I SIWZ, Rozdziału I, Instrukcji dla Wykonawców oraz subklauzuli 8.3 Formularza 2.1. Tomu I SIWZ, Rozdziału II Załącznika do oferty, oraz §3.1 Tomu II SIWZ, Rozdziału I Formularza Aktu Umowy oraz punktu 1.4.1.1 Tomu III SIWZ, Program Funkcjonalno - Użytkowy co do określenia czasu na wykonanie i minimalnych ilości wykonania i obowiązku uzyskania stosownych zgód i zezwoleń; gdzie termin wykonania zamówienia został określony na 27 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś wykonanie (optymalizacja) dokumentacji projektowej w ciągu 90 dni od Daty Rozpoczęcia.

10

- 2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 471 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także art. 647 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego poprzez bezpodstawnego zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową – zarzut dotyczy punktu 1.4.1 akapity od drugiego do czwartego i ostatni oraz punkt 1.4.2 Tomu III SIWZ, Program Funkcjonalno - Użytkowy (dalej: PFU) co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania „w przypadku wystąpienia w/w dokumentach błędnych i nieaktualnych rozwiązań... wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej...” bez prawa do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz bez prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej, co więcej z zrzeczeniem się roszczeń wobec zamawiającego.
- 3) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy w zakresie odnoszącym się do tego, że punkt 1.4.3.3 podpunkt k) i punkt 2.1 PFU w całości wzajemnie sprzeczne z punktami 2.2.1 akapit drugi i 2.2.2. podpunkt 5 w tabeli PFU, gdyż z jednej strony zamawiający przekazuje dokumentację projektową i wydaną na jej podstawie decyzję pozwolenie na budowę, z drugiej zaś strony zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek przygotowania dokumentacji projektowej. Nadto zamawiający odnosi się do decyzji pozwolenie na budowę jak w punkcie 1.4.1. PFU zdanie pierwsze, a jednocześnie w punkcie 1.4.1.1 podpunkt lit. x) wskazuje na decyzję ZRID. Sprzeczności te przekładają się bezpośrednio na sprzeczność zapisów warunków

kontraktowych. zamawiający przedkładając dokumentację projektową i pozwolenie na budowę jednocześnie wskazuje, jako obowiązujący między stronami, wzór warunków kontraktowych FIDIC przeznaczony dla robót projektowanych przez wykonawcę, tak zwany „żółty”, nie zaś wzór warunków kontraktowych FIDIC dla robót projektowanych przez zamawiającego, co logicznie winno mieć miejsce w przedmiotowym przypadku.

- 4) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 471 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a

11

także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także art. 647 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego poprzez bezpodstawnego zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową w zakresie Aktu Umowy, czego dotyczy punkt 1.5.8 PFU co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania stosownych decyzji administracyjnych w przypadku uznania niezgodności stanu obiektu z projektem budowlany bez prawa do zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych.

- 5) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 471 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy między innymi przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego czyli wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także art. 647 kc i art. 651 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego poprzez bezpodstawnego zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową czego dotyczy §2.2 Aktu Umowy umieszczenie Gwarancji Jakości jako dokumentu mającego pierwszeństwo nad Warunkami Kontraktu co powoduje drastyczne ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego przez zaburzenie hierarchii odpowiedzialności, gdzie zapis Gwarancji stanowi o wszelkiej odpowiedzialności za Przedmiot Umowy i ma on pierwszeństwo, nad przepisem subklauzuli 17.3 pkt g) stanowiącym o odpowiedzialności zamawiającego za dostarczoną dokumentację projektową.
- 6) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 556 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie kryterium całkowicie nieostrego i nieokreślonego zależnego od subiektywnych odczuć jednostki, nie wskazano czyich odczuć Inżyniera czy Generalnego Dyrektora czego dotyczy subklauzula 1.1.3.7 (c) w części definiującej wadę jako „obniżenie walorów estetycznych” Przedmiotu Zamówienia.

12

-
- 7) art. 31 ustawy i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, z którym sprzeczna jest subklauzula 1.9 dodane zdanie do akapitu drugiego,
- 8) naruszenia art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy - Pzp, ponieważ wykonanie obowiązku umownego przez Wykonawcę jest nadmiernie utrudnione, jeśli nie niemożliwe, biorąc pod uwagę rozległy zakres pojęcia „Dokumenty oraz fakt, że zgodnie z PFU wykonawcy”(klauzula 1.1.6.1) zapisami w odwołaniu) to ma (kwestionowanymi wykonawca powyżej niniejszym „modyfikować” projekt zamawiającego, czyli zgodnie z przepisami Prawa autorskiego sytuacja winna być odwrotna niż opisana w subklauzuli 1.10, w części przewidującej

- przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do Dokumentów wykonawcy oraz niewykonaniu autorskich praw osobistych
- 9) naruszenia art. 150 ustawy i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w subklauzuli 4.2 akapit czwarty w zakresie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej Aktem Umowy przez cały okres obowiązywania Umowy;
 - 10) naruszenia art. 353(1) k.c. i 647(1) kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w subklauzuli 4.4 w części dotyczącej Dostawców i Usługodawców,
 - 11) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 647 kc i art. 471 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w subklauzuli 4.28 w części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za uszkodzenia infrastruktury, która nie była zidentyfikowana na dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji, oraz obowiązku uzyskania koniecznych zgód i zezwoleń;
 - 12) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy dotyczący niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia, hipotetycznego obowiązku przygotowania dokumentacji projektowej; obowiązku weryfikacji dokumentacji przed złożeniem oferty w sytuacji, oraz odpowiedzialności za wady (błędy) dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, nadto nakładający na wykonawcę obowiązek pełnienia funkcji

13

- Projektanta co jest niezgodne z przepisami Prawa budowlanego, tj. art. 17 pkt 3 w zw. z art. 14 oraz art. 20 i art. 21, jak również przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, z których wynika, że projektantem jest osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w danej specjalności, wpisana na listę członków właściwej Izby samorządu zawodowego architektów, inżynierów budownictwa bądź urbanistów. Odwołując, podobnie jak gros wykonawców, jest natomiast osobą która projektanta, w Prawa prawną, funkcji rozumieniu budowlanego, pełnić nie może czego dotyczy subklauzula 5.1 w części zmienionej,
- 13) naruszenia art. 353(1) k.c. i 484 §2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez subklauzulę 8.7 i subklauzulę 15.2 odnośnie wysokości kar umownych i braku takich kar nałożonych na zamawiającego oraz ponieważ w wymienionych zapisach na rzecz zamawiającego zostało przyznane prawo do odszkodowania uzupełniającego, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy jakichkolwiek kar umownych, a w konsekwencji - odszkodowania uzupełniającego, co jest sprzeczne z właściwością, wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki;
 - 14) naruszenia art. 353(1) k.c. i 471 kc i 473 §2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez usunięcie subklauzuli 8.10
 - 15) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2, art. 140 ustawy i art. 151 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 353(1) kc, art. 548 kc, art. 559 kc, art. 576 kc, art. 577 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ zapisy subklauzuli 11.12 i subklauzuli 11.13 oraz subklauzuli 1.1.3.7 i 1.1.3.7a, w części wskazującej wystawienie Świadectwa Wykonania i wskazanej tam daty jako początek biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi oraz w zakresie braku określenia granicznego terminu dla Okresu przeglądu i rozliczenia Kontraktu w kontekście zakończenia go podpisaniem Świadectwa Wykonania uniemożliwiającym zdefiniowanie daty, od której uzależniony jest termin obowiązywania zabezpieczenia wykonania, zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, którego odpowiedzialność z powyższych tytułów ulega faktycznemu przedłużeniu i rozpoczyna się w trakcie eksploatacji obiektu przez zamawiającego (użytkowników drogi), a nie z chwilą jego przejścia przez

14

budowlane,

- 16) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez subklauzulę 14.3;
- 17) naruszenia art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ zamawiający pozbawia wykonawcę prawa do rozwiązania Kontraktu w przypadku istotnego niedopełnienia przez zamawiającego zobowiązań kontraktowych, co prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy i naruszenia przez zamawiającego zasad kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych poprzez skreślenie w subklauzuli 16.2 punktów lit. d) do g).

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych zapisów SIWZ w sposób podany w dalszej części odwołania; w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku
2. unieważnienie postępowania, gdyż zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania umowa będzie nieważna z mocy prawa;
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący szczegółowo wniósł o zmodyfikowanie zapisów SIWZ w następujący sposób:

Ad.1 i Ad.3 - poprzez zmianę wskazanych w punkcie 3 powyżej zapisów odnośnie obowiązku projektowania przez wykonawcę i nakazanie zamawiającemu zmiany Warunków Ogólnych Kontraktu na „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” tak zwany „czerwony FIDIC”, ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia powyższego przez poprzez zmodyfikowanie wskazanych w punkcie 1 powyżej zapisów przez określenie terminu na wykonanie zamówienia na 36 miesięcy, wykonania dokumentacji projektowej w ciągu 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;

15

Ad.2 - poprzez zmianę wskazanych tam zapisów dającą prawo wykonawcy do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej;

Ad.4 - poprzez zmianę wskazanych tam zapisów dającą prawo wykonawcy do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej;

Ad.5 - poprzez zmianę wskazanych tam zapisów nakazanie zamawiającemu zmiany kolejności dokumentów tak, aby Gwarancja Jakości była po Warunkach Ogólnych Kontraktu;

Ad.6 - wykreślenie zwrotu „obniżenie walorów estetycznych”;

Ad.7 - wykreślenie dodanego zdania;

Ad.8 - poprzez zastąpienie użytego w subklauzuli 1.10 Warunków Szczególnych Kontraktu pojęcie „Dokumenty wykonawcy” przez „Projekty Budowlane, w zakresie, w jakim stanowią utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994r, o prawie autorskim i prawach pokrewnych względnie przez zastąpienie obowiązku wykonawcy przeniesienia majątkowych praw autorskich do Dokumentów wykonawcy przez udzielenie licencji do Dokumentów wykonawcy oraz wprowadzenie oświadczenia zamawiającego, że wyraża zgodę na zmianę, modyfikację projektów przekazanych wykonawcy oraz, że posiada na to stosowne zgody autorów tychże projektów oraz przez wykreślenie zapisów odnoszących się do nie korzystania z autorskich praw osobistych oraz uzyskania zgód autorów do korzystania z autorskich prawa osobistych;

Ad.9 - wykreślenie akapitu czwartego z subklauzuli 4.2;

Ad. 10 - poprzez wykreślenie akapitów odnoszących się do Dostawców i Usługodawców;

Ad.11 - poprzez dodanie w akapicie trzecim po zwrocie „w szczególności”, zwrotu „uwidocznionych na stosownych planach” oraz dodanie na końcu akapitu czwartego. Zdania „Jeżeli wykonawca doznaje opóźnień i/lub ponosi Koszt na skutek konieczności uzyskania stosownych zgód i zezwoleń, wykonawca będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej.”;

Ad. 12 - przez wykreślenie dodanych zapisów akapitu pierwszego i akapitu trzeciego przywracając pierwotne brzmienie FIDIC, oraz dodanie na początku akapitu pierwszego do

Ad. 13 - poprzez istotne obniżenie wysokości kar umownych przewidzianych w subklauzuli 8.7 w szczególności w punkcie lit. (a) do 0,02%, w punkcie lit. (g) do 5 000 PLN, w punkcie lit. (h) do 5%, a ponadto wykreślenia ostatniego akapitu subklauzuli 8.7 i w to miejsce dodania zapisu o treści: „zamawiający zapłaci wykonawcy Kary umowne:

a) za opóźnienie w wykonaniu jakiegokolwiek obowiązku przewidzianego w niniejszych Warunkach w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień;
b) z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej;”

Ad. 14 - przywrócenia oryginalnego brzmienia subklauzuli 8.10;

Ad. 15 - wskazanie w Załączniku do Oferty oraz Warunkach Szczegółowych subklauzule 11.12 i 11.13 jako datę początkową biegu okresu rękojmi i gwarancji datę wydania Świadczenia Przejęcia oraz przywrócenie subklauzuli 1.1.3.7 oraz wykreślenie dodanej subklauzuli 1.1.3.7 (a);

Ad. 16 - wykreśleniu w całości zapisu dodanego na końcu subklauzuli 14.3;

Ad. 17 - przywrócenie oryginalnego zapisu FIDIC punktów lit. d) do g);

W uzasadnieniu wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz wniesieniu środka ochrony prawnej, gdyż jest podmiotem zajmującym się profesjonalnie realizacją robót budowlanych stanowiący przedmiot niniejszego postępowania. Jest w związku z tym zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu. Przeszedł prekwalifikację i przez zamawiającego został zaproszony do składania ofert pismem zamawiającego otrzymanym dnia 6 lipca 2012 r. Utrzymanie kwestionowanych przez odwołującego postanowień może narazić go na szkodę w dwójakiej sytuacji, tj. zarówno wtedy gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane zapisy. Wobec wadliwego opisu zamówienia odwołujący nie może w sposób racjonalny i poprawny przygotować oferty, gdyż między innymi nie może antycypować całkowicie hipotetycznych i niemożliwych do oszacowania okoliczności. W sytuacji gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Treść Warunków Kontraktu objętych SIWZ została ukształtowana przez zamawiającego w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. Podpisanie umowy w jej obecnym brzmieniu naraża odwołującego na szkodę m.in. wskutek zapisów dyskryminujących wykonawcę lub uniemożliwiających ocenę niego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Z kolei, zaniechanie przez odwołującego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, także podyktowane rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy zapisami umowy oraz niemożliwym do dotrzymania terminem wykonania zamówienia będzie oznaczać, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w niniejszym postępowaniu, a tym samym narażony na szkodę. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów wskazał, że przedmiotem odwołania jest czynność zamawiającego polegająca na ukształtowaniu przywołanych wyżej zapisów SIWZ z pogwałceniem przepisów ustawy w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia art. 39 i 31 ustawy oraz z drastycznym przekroczeniem granic swobody umów, wskazanych w art. 353(1) k.c., a także wbrew zasadom uczciwej konkurencji powołanym w art. 7 ustawy. Nadto, niektóre z obowiązków nałożonych na wykonawcę są sprzeczne z przepisami Prawa budowlanego, Prawa autorskiego, zaś terminy narzucone wykonawcy stoją w jawnej sprzeczności z terminami dla organów administracji wskazanymi w przepisach procedury administracyjnej. Odwołujący wskazał jak powinien być prawidłowo opisany przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 – 31 ustawy. Wskazał, że obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia m.in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na zamawiającym (por. wyrok Sadu Najwyższego z dnia 27.03.2000: III CKN 629/98, wyrok Izby z dnia 3 sierpnia 2007 r. UZP/ZO//0-937/07 540/08 oraz z dnia 12 listopada 2010 r. KIO/UZP 2350/10, wyrok z dnia

22 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 821/08, wyrok z dnia 14 maja 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO/UZP 412/08; KIO/UZP 424/08; wyrok z dnia 7 lutego 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO/UZP 43/08; wyrok z dnia 7 grudnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO/UZP 1579/09; wyrok z dnia 27 kwietnia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO 806/11; wyroku ZA z dnia 29 października 2003r. (sygn. akt: UZP/ZO/O-1736/03), wyrok z dnia 6 września 2006r. (sygn. akt: UZP/ZO/O- 2430/06) wyroki Izby z dnia 19 września 2011 r. KIO 1910/11 i KIO 1918/11. Podkreślił, że zapisy SIWZ zostały ukształtowane w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku cywilnoprawnego oraz zasadom współżycia społecznego, tj. z przekroczeniem granic swobody umów. Przede wszystkim, w ocenie odwołującego naruszona została równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki. Wskazane Warunki Szczególne Kontraktu sprzeciwiają się, zadaniem odwołującego, zasadom współżycia społecznego, które odwołujący utożsamia z zasadami sprawiedliwości

18

kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a tym samym są niedozwolone w świetle art. 353(1) k.c. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał wyrok SN z dnia 6 stycznia 1976r. I CR 713/75; wyrok SN z dnia 7 stycznia 1980r. II CR 464/79; uchwała SN z dnia 22 maja 1991r. IIICZP 15/31; uchwała SN z dnia 6 marca 1992 r. III CZP 141/91; wyrok SN z dnia 8 października 2004r. V CK 670/03; wyrok SN z dnia 23 czerwca 2005r. II CK 739/04. Zdaniem odwołującego, zamawiający tylko dla tego, że jest centralnym organem administracji rządowej nie jest uznawany za przedsiębiorcę w rozumieniu stosownych przepisów, ale co nie ulega żadnej wątpliwości zamawiający jest monopolistą w dziedzinie budowa autostrad i dróg szybkiego ruchu. Dokonane przez zamawiającego modyfikacje Warunków Ogólnych Kontraktu są narzuceniem uciążliwych warunków z jednoznaczną korzyścią dla zamawiającego i godzą w tzw. słuszość (sprawiedliwość) kontraktową, rozumianą jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy, w ocenie odwołującego, można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnej i rozważnej podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalszą przesłanką uznania umowy niezgodną z zasadami współżycia społecznego jest możliwość postawienia kontrahentowi osoby pokrzywdzonej zarzutu złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. W ocenie odwołującego zamawiający spełnia ten zarzut jako monopolista na rynku i w stosunkach gospodarczych jest stroną niewspółmiernie silniejszą niż odwołujący, oraz, że jest centralnym organem administracji rządowej, dlatego tym bardziej zasady współżycia i cel ustawowy oraz zaufanie do Państwa i jego organów winny być brane pod uwagę. Odwołujący przywołał wyroki SN z dnia 18 marca 2008 r. IV CSK 478/07 oraz z dnia 25 maja 2011 r. II CSK 528/10.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołujący podniósł następującą argumentację:

Ad. 1 - Zapisany w SIWZ termin jest w całości nierealny i niemożliwy do dotrzymania.

Przykładowo tylko odnośnie prac projektowych zamawiający przewiduje 90 dni na przygotowanie projektu i uzyskanie stosownych zgód organów administracji, czyniąc to w całkowitym oderwaniu od realiów i przepisów procedury w tym względzie. Chociażby z art. 11a ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych przewiduje termin 90 dniowy do wydania stosownej decyzji, czyli tyle samo ile zamawiający przewiduje na cały proces projektowy! Inne przywołane przepisy postępowania

19

także przewidują na wydanie decyzji terminy rzędu 30 czy 60 dni, a postępowanie jest dwuinstancyjne. Czyli biorąc pod uwagę tylko decyzje rozpoczynające i kończące przedsięwzięcie budowlane należy zakładać termin około minimum 6 do 9 miesięcy na uzyskanie stosownych decyzji. Dla porównywalnych inwestycji okres wymagany dla poprawnego projektowania jest przynajmniej roczny. Nadto do notorium zaliczyć trzeba, że

należy brać pod uwagę także zmienny stan wód rzeki Wisły. Budowa sąsiedniego Mostu Północnego z powodu powodzi w 2010 r. była przerywana co najmniej dwukrotnie, następnego zaś roku z powodu zbyt niskiego stanu wody niemożliwym był transport elementów konstrukcyjnych. Do notorium należy także zaliczyć stałe, coroczne występowanie w zimie okresów bardzo niskich temperatur rzędu do prawie -30 stopni C. Ad.2, Ad. 3, Ad. 4, Ad. 6, Ad. 7, Ad. 11, Ad. 12, Ad. 16 - wskazane zapisy SIWZ w całości przeczą zasadom wskazanym w ustawie i orzecznictwu Sądu Najwyższego i Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie opisu przedmiotu zamówienia i odpowiedzialności w tym zakresie zamawiającego i zakazu przerzucania ryzyka na wykonawcę przywołane i zacytowane powyżej. Z zapisów SIWZ trudno wywnioskować czy PFU zawiera pełen opis przedmiotu zamówienia i wszystkie wymagania zamawiającego w tym zakresie czy nie, gdyż inny zapis SIWZ stanowi, że jest to wyłącznie materiał informacyjny. Z SIWZ wynika, że zamawiający dysponuje projektem budowlanym i wydaną dla niego decyzją pozwolenie na budowę, lecz jednocześnie zleca projekt wykonawcy i nakłada na niego obowiązek uzyskania stosownych zgód i decyzji. Dalej w SIWZ mowa jest o tym, że ten projekt jest może być nieaktualny i wadliwy, ale w jakim zakresie zamawiający nie w żadnej mierze wskazuje. Wobec tego wykonawcy nie mogą oszacować tego hipotetycznego zakres prac projektowych i czasu potrzebnego i ryzyk z tym związanych. Zgodnie z zapisem punktu 8.1 Tomu I SIWZ oraz subklauzulą 14.1 wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Wykluczając możliwość stosownej korekty Czasu na Ukończenie oraz Kwoty Kontraktowej w sposób niedozwolony zamawiający przerzuca na wykonawców ryzyka związane z niewłaściwym opisem przedmiotu zamówienia i błędami dokumentacji projektowej, którą przekazuje wykonawcy. Nie jest możliwym w czasie wskazanym w SIWZ dokonać analizy tak obszernej dokumentacji, by próbować uwzględnić te hipotetyczne ryzyka w ofercie. Nadto niezrozumiały i sprzeczne z prawem jest m.in. żądanie od wykonawców sporządzenie obmiarów, gdy jest to ustawowy obowiązek zamawiającego. Podobnie z odpowiedzialność za uszkodzenie infrastruktury nie widniejącej w dokumentacji zamawiającego, to do obowiązków zamawiającego zgodnie z art. 647 należy przygotowanie i przekazanie placu budowy. Plac ten zresztą cały czas jest pod jego zarządem. zamawiający żąda zrzeczenia

20

się wobec niego przez wykonawcę roszczeń mogących być wynikiem gorszego stanu mostu przez Wisłę, niż to wynika z przekazanej dokumentacji.

Odwołującemu wydaje się, że wobec faktu przekazania wykonawcom dokumentacji projektowej i decyzji pozwolenie na budowę właściwym wzorcem Umowy FIDIC winien być wzorzec „czerwony”, gdzie projektowanie i odpowiedzialność w tym zakresie jest po stronie zamawiającego, zaś do obowiązków wykonawcy należy zgłaszanie zauważonych wad czy braków projektu. Wydaje się, że użycie w niniejszym postępowaniu „żółtego” wzorca FIDIC jest celowe i po raz kolejny wskazuje na zamiar zamawiającego przerzucenia wszelkich ryzyk na wykonawców. W ten sposób zamawiający, nie dając odpowiedniego czasu na sporządzenie projektu, prawa do jego przedłużenia ani też prawa do korekty kosztu, uwalnia się od odpowiedzialności za „materiał pogładowy” jakim jest przekazany wykonawcom sporządzony projekt i decyzja pozwolenie na budowę.

Ad.5 i Ad. 15 - Także umiejscowienie dokumentu gwarancji jakości nad zapisami kontraktu ma na celu, zdaniem odwołującego, niezasadne przerzucenie na wykonawcę całości odpowiedzialności za dokumenty i działania, które są obowiązkiem zamawiającego. Ponieważ dokument gwarancji ma pierwszeństwo nad umową, której efekt gwarantuje iluzoryczne staje się powoływanie na zapisy i procedury (powiadomienia i roszczenia) zawarte w Warunkach Kontraktowych. Nadto zamawiający wadliwie wskazał termin, od którego biegnie okres gwarancji i rękojmi i w tym zakresie odwołujący w całości przywołuje uzasadnienie wyroku KIO 1918/11. Nadto usunięcie „fidocowskiego” pojęcia subklauzli 1.1.3.7 Okres Zgłaszania Wad i zastąpienia go pojęciem Okres przeglądów i rozliczenia Kontraktu dodana subklauzula 1.1.3.7 (a) wprowadza po raz kolejny nieprecyzyjny i niedookreślony zapis, który nie pozwala ustalić końca tego okresu. Uzależnienie okresu gwarancji i rękojmi od Świadectwa Wykonania, a Okresu przeglądów od Ostatecznego Świadectwa Płatności, które zgodnie z subklauzulą 14.11 następuje po wydaniu Świadectwa Wykonania, nadto uzależnienie w subklauzuli 11.9 wydania Świadectwa Wykonania od protokołu Komisji Odbioru Robót, powoływanej także bez określenia granicznego terminu wyłącznie przez zamawiającego doprowadza do „totalnego zapętlenia” terminów i okresów, których

wcześniejsze są uzależnione od późniejszych, które za to także uzależnione są od jeszcze innych terminów i okresów. Powoduje to brak możliwości wykonawców prawidłowego skalkulowania w ofercie kosztów udzielanego zabezpieczenia, a ponadto powoduje brak możliwości określenia daty ważności zabezpieczenia należytego wykonania, co w przypadku gwarancji należytego wykonania jest konieczne aby istniała w ogóle możliwość jej wystawienia przez instytucje finansowe. Nadto powoduje to niemożność określenia

21

granicznego terminu pomiędzy w ust. 1 i ust. 2 art. 151 ustawy, gdyż jak wskazano wyżej oba terminy wzajemnie się przenikają i na siebie zachodzą.

Ad.8 - Ponieważ to zamawiający przekazuje wykonawcom dzieło, jakim jest projekt budowlany i zleca w niniejszym postępowaniu jego zmianę to zgodnie z art. 16, 46 i 49 prawa autorskiego to zamawiający, w ocenie odwołującego, winien w stosownym zakresie uzyskać i przekazać wykonawcy zgody autora/autorów. Nadto zapisy nakładające na wykonawcę obowiązek uzyskania zapewnień i zgód autorów, że nie będą korzystać z autorskich praw osobistych oraz uprawnienia do wykonywania autorskich prawa osobistych stanowi jawna próba obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy art. 16 prawa autorskiego, gdyż prawa osobiste z mocy tego przepisu są nieograniczone, niezbywalne i nie podlegające zrzeczeniu.

Ad.9 - Przepis ust. 2 art. 150 ustawy jednoznacznie stanowi, że zabezpieczenie ustanawia się w granicach od 2% do 10% ceny lub wartości zobowiązania. Zaproponowany przez zamawiającego przepis, zdaniem odwołującego, wprost służy obejściu tego bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy, gdyż w przypadku częściowego skorzystania z zabezpieczenia i jego uzupełnienia jego sumaryczna wartość przekroczy limit wskazany w ustawie.

Ad. 10 - zamawiający zbyt daleko ingeruje w istotę umowy o roboty budowlane jak zdefiniowano w Tytule XVI Kodeksu cywilnego. Praktycznie zapis ten oznacza, że wykonawca musi wskazać zamawiającemu i dostarczyć umowę z dostawcą/ sprzedawcą: gwoździ do szalunków, kawy i herbaty, papieru toaletowego, toi-toi i tak dalej. Nadto odwołujący wskazuje, że zapis podpunktu lit. (i) jest sprzeczny z art. 7 ustawy i 14 ustawy w związku z art. 5 kc i 353(1) kc, gdyż daje prawo zamawiającemu wstrzymanie wszystkich płatności na rzecz wykonawcy, gdy logicznym i zgodnym z zasadami współzycia społecznego było jedynie wstrzymanie w wysokości odpowiadającej ewentualnie zaległych płatności. Wskazać należy, że ten zapis oraz wysokość zaliczki przewidziana w SIWZ oznacza de facto, że to nadal wykonawcy kredytują Skarb Państwa, który narzucając niekorzystne warunki doprowadza do upadłości firmy budowlane.

Ad. 13 i Ad. 17 - w sposób drastyczny w subklauzuli 8.7, 15.2 oraz 16.2 naruszona jest zasada ekwiwalentności świadczeń i odpowiedzialności stron umowy. W tym zakresie odwołujący przywołuje orzecznictwo i argumenty zawarte powyżej w punkcie 3 uzasadnienia. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 stycznia 2012r. udzielonego przez Budimex S.A. jako lidera

22

konsorcjum i podpisanego przez prezesa zarządu lidera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 grudnia 2011r. udzielonego przez Ferrovial Agroman S.A. i podpisanego przez pełnomocnika tej spółki, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2011r. udzielonego przez członka zarządzającego i jednocześnie prokurenta spółki ujawnionego w Rejestrze Spółek Handlowych Miasta Madryt. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 lipca 2012r.

W dniu 19 lipca 2012r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 lipca 2012r. drogą elektroniczną zgłosiła swoje przystąpienie po stronie odwołującego Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen J. Zajączka 9. Wskazała, że interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż została zaproszona do składania ofert. Zgłoszenie zostało podpisane podpisem cyfrowym weryfikowanym

ważnym na dzień składania przystąpienia certyfikatem przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2012r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopie przystąpienia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 20 lipca 2012r. pisemnie zgłosił swoje przystąpienie po stronie odwołującego Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż przeszedł prekwalifikację i został zaproszony do składania ofert. Może także ponieść szkodę zarówno w sytuacji wybrania jego oferty jak i w sytuacji, gdy oferty nie złoży z uwagi na kwestionowane postanowienia siwz. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji przystępującego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 20 lipca 2012r.

W dniu 23 lipca 2012r. pisemnie zgłosili swoje przystąpienie po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamawiający w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji

23

oraz niejednoznaczny, niepełny i niewyczerpujący, bez uzasadnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty określił opis przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu nierealnych terminów składania ofert i realizacji zamówienia, co uniemożliwia przystępującemu złożenie oferty. Oświadczyli, że przekazali kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu, na dowód czego załączono raporty z transmisji faksowej z dnia 23 lipca 2012r. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 stycznia 2012r. udzielonego przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS partnera i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 23 lipca 2012r. swój udział po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech, w Rzymie, Via Giulio Vincenzo Bona 65 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o przedmiotowe zamówienia, zamawiający wadliwym sformułowaniem postanowień siwz, uniemożliwia im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 stycznia 2012r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego Astaldi S.p. A. ujawnionego w odpisie z Rejestru Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Rzymie i upoważnionego do jednoosobowej prezentacji w zakresie spraw objętych udzielonym pełnomocnictwem, w tym udzielania pełnomocnictw szczegółowych. Astaldi działała na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 27 stycznia 2012 r. udzielone przez członka zarządu PBDIM sp. z o.o. upoważnionego do samodzielnej reprezentacji.

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 23 lipca 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne – Konsorcjum firm w składzie :Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A i Acciona Infraestructuras Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18 Alcobendas. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zostali zaproszeni do składania ofert, a działania zamawiającego uniemożliwiają im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13

24

stycznia 2012r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez dwóch członków

zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu w dniu 13 stycznia 2012r. przez partnera i podpisanego przez pełnomocnika partnera, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 stycznia 2009r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez dwóch członków zarządzających partnera ujawnionych w Rejestrze Handlowym w Madrycie. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 lipca 2012r. W dniu 23 lipca 2012r. drogą elektroniczną zgłosili swój udział po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Energopol Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13 i VISTAL GDYNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 40 i MOSTMAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Zarzeczu, ul. Łęgowa 1. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o zamówienie, a nieprecyzyjny, niejasny, niekompletny opis przedmiotu zamówienia, oraz niezgodne z kodeksem cywilnym i prawem budowlanym postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu uniemożliwiają im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane podpisami cyfrowymi przez dwóch członków zarządu lidera przystępującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera VISTAL GDYNIA i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera MOSTMAR S.A. i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 lipca 2012r. W dniu 23 lipca 2012r. pisemnie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzewska 10. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego przejawiający się w tym, aby postanowienia siwz były zgodne z obowiązującymi przepisami, gdyż tylko takie umożliwiają złożenie prawidłowej oferty i prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 marca 2012r. udzielonego przez przystępującego i podpisanego przez dwóch członków zarządu przystępującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem 23 lipca 2012r.

25

W dniu 23 lipca 2012r. pisemnie zgłosili swój udział w sprawie po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie : Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty- Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52 i ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o zamówienie, a ich ocena postanowień siwz jest zbieżna z odwołującym. Kwestionowane postanowienia siwz mają wpływ na możliwość skonstruowania prawidłowej oferty, a tym samym na możliwość uzyskania i zrealizowania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez partnera i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 20 lipca 2012r. W dniu 23 lipca 2012r. pisemnie zgłosili swój udział po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W i Mota-Engil Engenharia e Construção Spółka Akcyjna z siedzibą w Portugalii, w Amarante Casa da Calçada, Largo do Paco 6 – Cepelos. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o zamówienie, a utrzymanie obecnej treści siwz spowoduje, że w razie wybrania przystępującego będzie on zobligowany do zawarcia umowy, której treść będzie z pokrzywdzeniem interesu prawnego przystępującego naruszała przepisy ustawy, i kodeksu cywilnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lipca 2012r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Lider działał

na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lipca 2012r. udzielonego mu przez partnera i podpisanego przez członka zarządu ujawnionego w Rejestrze Handlowym w Porto i pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu partnera ujawnionych w Rejestrze Handlowym w Porto. Sposób reprezentacji zgodny z odpisem z Rejestru Handlowego w Porto. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 lipca 2012r.

Sygn. akt KIO 1535/12

W dniu 19 lipca 2012r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie tj. Konsorcjum firm w składzie : Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i

26

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10.

Odwołujący wskazał, że odwołanie jest wnoszone wobec następujących czynności zamawiającego, podjętych w toku Postępowania, a polegających na niezgodnym z przepisami ustawy przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z naruszeniem art. 7 ust. 1 Ustawy, a w szczególności:

1. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) nie spełniającego wymagań Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, czym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy, oraz przepisy przedmiotowego Rozporządzenia dot. zakresu i formy programu funkcjonalno-użytkowego.
2. poprzez żądanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, mając na uwadze fakt, że nieprawidłowy i niekompletny opis przedmiotu zamówienia utrudnia lub wręcz uniemożliwia kalkulację ceny oferty, czym zamawiający utrudnił uczciwą konkurencję i naruszył art. 7 ust. 1 Ustawy,
3. poprzez żądanie zbyt krótkich terminów realizacji zamówienia, mając na uwadze fakt, że dokonanie skompletowania przez wykonawcę opisu przedmiotu zamówienia znacząco poszerzy zakres prac projektowych i robót budowlanych do wykonania, a tym samym wydłuży czas jego realizacji, czym zamawiający utrudnił uczciwą konkurencję i naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy,
4. poprzez przygotowanie warunków kontraktu, w sposób naruszający przepisy Ustawy oraz Kodeksu Cywilnego wskazane w uzasadnieniu odwołania, poprzez naruszenie innych przepisów Ustawy wymienionych w uzasadnieniu, które uniemożliwiają wykonawcy udział w postępowaniu oraz złożenie oferty i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, oraz odpowiednio zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

27

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż działania zamawiającego uniemożliwiają mu udział w przedmiotowym postępowaniu, złożenie konkurencyjnej oferty, wobec czego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz w sposób jednoznaczny, pełny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty określił opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, to wówczas odwołujący mógłby wziąć w nim udział, dotrzymując także ustalonych terminów składania ofert oraz realizacji zamówienia, zaś oferta odwołującego mogłaby otrzymać największą ilość punktów w ramach kryteriów i uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. W uzasadnieniu odwołujący podniósł :

I. W zakresie zarzutu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) nie spełniającego wymagań Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, czym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy, oraz przepisy przedmiotowego Rozporządzenia dot. zakresu i formy programu funkcjonalno-użytkowego, stwierdził, że zamawiający nie określił jednoznacznie zakresu przedmiotu zamówienia, ewidentnie przerzucając odpowiedzialność za dokonanie tej czynności na wykonawcę. Tym samym każdy z zaproszonych do złożenia ofert wykonawców będzie mógł dowolnie kształtować uzupełnianie braków w opisie przedmiotu zamówienia pod kątem oszacowania ceny oferty. Wskazał, że niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia wynika głównie z tego, że zamawiający dysponuje częściową dokumentacją projektową nie zweryfikowaną na dzień zaproszenia do składania ofert. Zamawiający wymaga tej czynności od wykonawców, a to oznacza, że zamawiający w zaproszeniu do składania ofert nie jest w stanie poinformować wykonawców, co należy wycenić i w jakim zakresie. Powyższa okoliczność ma, w ocenie odwołującego, zasadniczy i bezpośredni wpływ na dotrzymanie terminu złożenia ofert oraz terminu realizacji zamówienia. Jako uzasadniające swoje twierdzenia podał odwołujący następujące postanowienia PFU :

28

Z jednej strony (w pkt 1.4.1 Zakres zasadniczych robót budowlanych przewidzianych do wykonania) zamawiający wskazuje, że „wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi decyzjami o pozwolenie na budowę: (...) oraz wymagań zawartych w przedmiotowym Programie funkcjonalno-użytkowym (PFU). W - powyższych dokumentach zostały określone parametry techniczne dla prawidłowej realizacji przedmiotowej inwestycji”, z drugiej zaś (pkt 1.4.1) wskazuje na możliwe błędy w dokumentacji, nieaktualne rozwiązania, których usunięcie obciąża wykonawcę, w ramach sztywnej Ceny Kontraktowej, oraz bez możliwości przedłużenia czasu na ukończenie, narzuconego przez zamawiającego: „W przypadku wystąpienia w w/w dokumentach błędnych lub nieaktualnych rozwiązań wykonawca jest zobowiązany w ramach Ceny Kontraktowej do opracowania wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych przy czym czas niezbędny do ich uzyskania nie uprawnia wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych.”

Ponadto , w tym samym punkcie zamawiający wskazuje, że Pozwolenia na budowę są obowiązujące, i przedstawiają szczegółowy zakres rzeczowy robót budowlanych a następnie nie wyklucza konieczności uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Generalnie zamawiający w treści PFU często posługuje się zwrotami: „jeśli zajdzie taka potrzeba, bądź inżynier wyda takie polecenie”, wykonawca wtedy zostaje zobowiązany w ramach Ceny Kontraktowej do opracowywania wszelkiej niezbędnej na daną chwilę dokumentacji projektowej, uzgodnień, uzupełnień brakujących projektów i dokumentów, oraz innych prac - bez jakichkolwiek ograniczeń, nawet w sytuacji w której nie sposób było wcześniej przewidzieć konieczności ich wykonania. Ponadto, zobowiązany jest do wykonania robót wynikłych z dodatkowych opracowań projektowych, bez względu na ich zakres, wcześniej nie wiadomy. Wszystko odbywać się powinno w ramach niezmienniej Ceny Kontraktowej oraz w ramach stałego terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał na pkt 2 PFU Dokumenty Wykonawcy, pkt 2.1 i 2.2. Projekt budowlany, pkt. 2.2.1 Skład Dokumentów wykonawcy, pkt 2.2.2 Ogólne wymagania w stosunku do Dokumentów wykonawcy oraz 2.2.4.1 Przeznaczenie i ogólne zasady zastosowania Specyfikacji Technicznych. Podniósł, że art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wyraźnie precyzuje jaki jest należy sposób opisywania przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że wymagania co do PFU są ściśle określone w/w rozporządzeniem, natomiast zamawiający w PFU nie zawarł wymaganych rozporządzeniem opisów, informacji i wytycznych, które składają się na opis przedmiotu zamówienia niezbędny dla zakresu „zaprojektuj i wybuduj”, a które są podstawą

29

do obliczenia planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych, stanowiących podstawę określenia wartości umowy. Zamawiający żąda (dopiero na obecnym etapie) uzyskania od wykonawcy informacji, które zgodnie z rozporządzeniem powinny znajdować się już w PFU, takich jak: pomiary ruchu drogowego, porozumienia, zgody, warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do mediów, wytyczne inwestorskie, uwarunkowania związane z budową, wskazania zamawiającego dot. zachowania lub ewentualnie rozbiórki obiektów, itp. Cała faza przedprojektowa, którą powinien wykonać zamawiający, dla uzyskania danych do PFU w ramach innego wcześniejszego postępowania – spoczywa, w ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, na wykonawcy. Wskazał, że takie działanie zamawiającego, jest sprzeczne z ugruntowaną linią orzecniczą i powołał się na wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 961/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.05.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 442/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2008r. sygn. akt. KIO/UZP 1463/08.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez żądanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, mając na uwadze fakt, że nieprawidłowy i niekompletny opis przedmiotu zamówienia utrudnia lub wręcz uniemożliwia kalkulację ceny oferty, odwołujący stwierdził, że zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 20.08.2012r., co w świetle powyższego oznacza, że jest to termin nieadekwatny do zakresu czynności i prac, jaki wykonawca musi wykonać jeszcze przed składaniem ofert, a które są niezbędne dla oszacowaniu ceny oferty. Zgodnie z żądaniami PFU wykonawcy już na etapie oferty muszą przewidzieć wszystkie roboty, jakie mogą wystąpić przy realizacji kontraktu i je skalkulować, ponieważ w trakcie realizacji nie ma możliwości zmiany ceny ofertowej. W takim przypadku wykonawca na etapie składania ofert musi praktycznie sprawdzić całą dokumentację przekazaną przez zamawiającego i wykonać „optymalizację projektu” wraz z nowymi przedmiotami robót. (zamawiający natomiast przeznacza jedynie 3 miesiące po podpisaniu umowy na „optymalizację projektu”). W świetle powyższego ustalenie jedynie 6 tygodniowego terminu na składanie ofert całkowicie uniemożliwia wykonawcom, w ocenie odwołującego, należyte skalkulowanie ceny oferty. Podkreślił, że cenę ryczałtową stosuje się zwykle do umów, w których da się z dużym stopniem prawdopodobieństwa określić ilość i jakość robót do wykonania, a nie w przypadku gdy wykonawca powinien wykonać wszystkie badania i prognozy oraz opracować nowe projekty konstrukcji drogi oraz obiektów inżynierskich i wykonać kalkulację tych robót przed złożeniem oferty cenowej, wykonanie tego w terminie 6 tygodni jest niemożliwe. Wskazał na następujące postanowienia PFU :

30

Wielkość prognozowanego ruchu i obciążenie nawierzchni oraz 1.5.8 Drogowe obiekty inżynierskie.

Podsumowując, odwołujący twierdzi, że zamawiający określając termin składania ofert nie uwzględnił rozmiaru oraz charakteru inwestycji, która ma zostać zrealizowana oraz zakresu powierzanych prac (projektowanie i przeprojektowanie robót budowlanych oraz ich wykonanie), a w szczególności zamawiający ustalił zbyt krótki termin na składanie ofert w stosunku do konieczności oszacowania kosztów ewentualnego przeprojektowania robót budowlanych, co niekorzystnie wpływa na dostęp wykonawców do zamówienia, konkurencyjność postępowania i uzyskanie efektów ekonomicznych przez zamawiającego. Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu składania ofert o dodatkowe 3 m-ce tj do co najmniej 20 listopada 2012r.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, poprzez żądanie zbyt krótkich terminów realizacji zamówienia, podniósł, że dokonanie przez wykonawcę skompletowania opisu przedmiotu zamówienia znacząco poszerzy zakres prac projektowych i robót budowlanych do wykonania, a tym samym wydłuży czas jego realizacji. Wskazał, że zamawiający w treści SIWZ wyznaczył termin realizacji przedmiotu zamówienia, liczony jako 27 miesięcy od daty zawarcia umowy. Do czasu realizacji wliczał również okresy zimowe – wide pkt 6 siwz. W ocenie odwołującego, ustalony termin realizacji utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia wykonawcy zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia w oznaczonym terminie. Jeżeli zamawiający obarczył wykonawców pełną odpowiedzialnością za opisanie przedmiotu zamówienia na etapie „zaprojektuj i wybuduj” (co należy do obowiązków zamawiającego), a w konsekwencji za wykonanie robót budowlanych,

powinien przynajmniej rzetelnie przewidzieć i określić realne terminy umożliwiające wykonawcom należyte wykonanie zamówienia, biorąc pod uwagę jego rozmiar. Należy dodać, że wszystkie dotychczasowe postępowania przetargowe o podobnej skali trudności i wielkości były ogłaszane w cyklu 12 m-cy projekt plus 24 m-ce realizacja. Ponadto, w świetle zapisów PFU dot. obowiązku uzyskania nowego pozwolenia na budowę, a co za tym idzie uzyskanie wszelkich dodatkowych zezwoleń i pozwoleń, koniecznym jest przedłużenie czasu niezbędnego na optymalizację projektu.

Zatem odwołujący wniósł o przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia z 27 m-cy do co najmniej 36 m-cy.

Podkreślił, że w świetle żądań z PFU ustalone terminy na złożenie oferty oraz na wykonanie zadania są niemożliwe do dotrzymania, a zatem zaniechanie wydłużenia wskazanych

31

terminów utrudnia uczciwą konkurencję. Wskazał na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.02.2006 roku (sygn. UZP/ZO/0-533/06), wyrok Izby z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1123/10), wyrok Izby z dnia 12 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1246/10), wyrok Izby z dnia 2 września 2010r. sygn. akt KIO/1756/10. Odwołujący uznał, że zamawiający naruszył art. 7 i art. 29 ust. 2 Pzp. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czemu dał wyraz wprost w art. 7 ustawy Pzp. Konkretyzacja tych zasad znalazła odzwierciedlenie m.in. w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp *expressis verbis* zakazującym opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W przypadku nieuwzględnienia żądania przedłużenia terminów zarówno składania ofert jak i realizacji zamówienia o wskazany czas, odwołujący żądał nakazania zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający wykonawcom zidentyfikowanie pełnego zakresu prac i robót na podstawie uzupełnionego przez zamawiającego PFU, na etapie składania oferty, co pozwoli w ustalonych obecnie terminach na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty jak również na realizację zamówienia. W zakresie zarzutu naruszenia przepisów ustawy oraz Kodeksu Cywilnego, poprzez przygotowanie warunków kontraktu, odwołujący podniósł, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania postanowień umownych wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy, czego nie można utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy. Podobnie jak każdy inny zapis SIWZ (np. opis przedmiotu), podlega ustaleniu z wykonawcami, także z punktu widzenia przestrzegania fundamentalnej zasady kodeksu cywilnego jakim jest art. 5 k.c. Postanowienia kodeksu cywilnego mają zasadnicze znaczenie dla ukształtowania każdego stosunku umownego i umowy w sprawie zamówienia publicznego, z tego punktu widzenia, nie jest jakim wyjątkiem na gruncie kodeksu cywilnego. Odesłanie do KC w zakresie umów wynika wprost z przepisu art. 139 ust. 1 ustawy. W ten sposób dokonano transpozycji przepisu art. 353 i k.c. Z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, co jednak już po takim przygotowaniu projektu nie wyłącza ułożenia stosunku prawnego przez strony w toku postępowania, np. poprzez pytania, odwołania, czy modyfikacje. Zdaniem odwołującego zasada równości stron nie jest wyłączona, ani ograniczona na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie odwołującego następujące postanowienia wzoru umowy zostały ukształtowane z przekroczeniem granic swobody umów:

32

1) Rozdział 1 Akt Umowy, § 4 ust. 7 Aktu Umowy, stanowi naruszenie art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w świetle powyższego postanowienia, w razie podwyższenia stawki podatku VAT, zmniejszy się wynagrodzenie netto wykonawcy, tak aby możliwe było zapłacenie większej kwoty podatku VAT, skoro Maksymalna Wartość Zobowiązania nie podlega zmianom. Przerzucanie na wykonawcę ciężaru ewentualnego zwiększenia stawki podatku VAT świadczy o przekroczeniu przez zamawiającego granic swobody umów. Odwołujący żądał zmiany treści zapisu na: W przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą procentowej stawki podatku VAT, zaakceptowana Kwota kontraktowa brutto zostanie aneksem do niniejszej Umowy odpowiednio dostosowana. W takiej sytuacji Maksymalna Wartość Zobowiązania podlega zmianie uwzględniającej zmianę stawki

podatku VAT.

2) Rozdział 2 Gwarancja Jakości, pkt 2 stanowi naruszenie art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w postanowieniach umowy zaniechano określenia limitu kar umownych z tytułu gwarancji jakości, co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy; ponadto, brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy. Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów. Odwołujący wniósł o określenie limitu kar umownych z tytułu gwarancji jakości do wysokości 10%.

3) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 1.1 Definicje, Dodatkowa Subklauzula 1.1.3.7 (c) Wada, w zakresie następujących postanowień:

- zmniejszenie wartości Przedmiotu Umowy lub inną stratę zamawiającego z powodu zmniejszenia wartości Przedmiotu Umowy (uszczerpienie wartości finansowej Przedmiotu Umowy);

- obniżenie stopnia użyteczności Przedmiotu Umowy;

- obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy;

- obniżenie jakości lub inną szkodę w Przedmiocie Umowy;"

odwołujący zarzucił naruszenie art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ wprowadzona przez zamawiającego definicja Wady w zakresie przytoczonych powyżej tiret jest nieostra, niejednoznaczna i pozwala zamawiającemu w sposób uznaniowy rozstrzygać,

33

czy określone zdarzenie stanowi Wadę w rozumieniu umowy. Niejednoznaczność przywołanych postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy] może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego i stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów. Ponadto, ponieważ z wystąpieniem Wady wiąże się możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy kar umownych i odszkodowania zgodnie z Rozdziałem 2 Gwarancja Jakości, pkt 2, możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia przez zamawiającego, czy określone zdarzenie stanowi Wadę w rozumieniu umowy, prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy. Ponadto, nieostra i niejednoznaczna definicja Wady istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z ewentualnym naliczeniem kar umownych zgodnie z Rozdziałem 2 Gwarancja Jakości, pkt 2. Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów. Odwołujący zażądał uszczegółowienia definicji wady w zakresie powyżej przytoczonych tiret.

4) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 1.9 Błędy w Wymaganiach zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego PFU w zakresie zarówno części opisowej jak i informacyjnej, spoczywa na zamawiającym. Odwołujący zażądał, aby zdanie o treści: „Jeżeli zaistnieje jakakolwiek rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w części informacyjnej Programu funkcjonalno-użytkowego, a stanem faktycznym wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu. Część Informacyjną Programu funkcjonalno-użytkowego stanowi jedynie materiał poglądowy i pomocniczy.” zamienić na „Jeżeli zaistnieje rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w części informacyjnej Programu funkcjonalno-użytkowego, a stanem faktycznym wymagająca przedłużenia czasu na Ukończenie, lub dodatkowego Kosztu, wykonawca będzie uprawniony do Przedłużenia czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu”

5) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 4.4

Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy, w zakresie następujących postanowień:

34

„Każdorazowe skierowanie Podwykonawcy do wykonania Robót wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez zamawiającego i w związku z tym:

(a) wykonawca jest zobowiązany przedstawić Inżynierowi oraz zamawiającemu (kopię) dokumenty wymagane do akceptacji Podwykonawcy tj. umowę z Podwykonawcą lub jej projekt, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania Robót określonych w umowie lub projekcie oraz wynagrodzeniem. Ponadto wykonawca zobowiązany jest przedstawić odpis z Krajowego Rejestru Sądowego lub inny dokument, właściwy dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazujący na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron umowy oraz dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót.”, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 6471 § 2, § 6 i w konsekwencji art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca jest obowiązany przedstawić zamawiającemu wyłącznie umowę z podwykonawcą lub jej projekt, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. W świetle powyższych przepisów wykonawca nie ma zatem obowiązku przedstawiać zamawiającemu informacji na temat wynagrodzenia podwykonawcy, odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego lub innego dokumentu, właściwego dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazującego na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron umowy, jak i dokumentów, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót. Ponadto, zamawiający wymaga przedstawienia dokumentów, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót, bez żadnego bliższego ich określenia, co pozwala zamawiającemu w sposób uznaniowy rozstrzygać, czy przedstawione przez wykonawcę dokumenty są dokumentami wymaganymi w Warunkach Kontraktu [wzorzec umowy]. Niejednoznaczność przywołanych postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy]* może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego i stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów. Ponadto, ponieważ zgodnie z Subklauzulą 8.7 Kary umowne, lit. (g) wykonawca zapłaci zamawiającemu Kary umowne za niezgłoszenie, zgodnie z Subklauzulą 4.4, któregośkolwiek z Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców w wysokości 30 000 PLN (trzydzieści tysięcy złotych), za każdego niezgłoszonego Podwykonawcę, Dostawcę lub Usługodawcę, możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia przez zamawiającego, czy wykonawca przedstawił dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót, prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy. Ponadto,

możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia przez zamawiającego, czy wykonawca przedstawił dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót, istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z ewentualnym naliczeniem kar umownych zgodnie z Subklauzulą 8.7 Kary umowne, lit. (g). Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów.

Odwołujący wniósł o odstąpienie (ppkt (a) - od żądania: informacji na temat wynagrodzenia podwykonawcy, odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego lub innego dokumentu, właściwego dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazującego na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron umowy, jak i dokumentów, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót.

6) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 4.10 Dane o Placu Budowy, odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego programu funkcjonalno-użytkowego oraz dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez wykonawcę

spoczywa na zamawiającym. Wniósł o uzupełnienie przez zamawiającego pozostałych niezbędnych informacji o Placu Budowy, zawartych w Wymaganiach zamawiającego.

7) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe, w zakresie następujących postanowień:

„wykonawca oświadcza, że przed złożeniem Oferty zapoznał się z Wymaganiami zamawiającego oraz uznał zawarte tam informacje, wymagania, odniesienia, warunki, w szczególności informacje projektowe, wytyczne, ekspertyzy i dokumenty za prawidłowe i wystarczające do zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem. Gdyby wykonawca po Dacie Rozpoczęcia wg. Subklauzuli 8.1 napotkał w Wymaganiach zamawiającego błędy, wady lub nieprawidłowości, spoczywa na nim ciężar dowodu, że takiego błędu, wady lub nieprawidłowości doświadczony wykonawca nie mógł znaleźć przed złożeniem Oferty, Wówczas wykonawca jest zobowiązany dać Inżynierowi stosowne powiadomienie, a Inżynier jest uprawniony zwracać się o dodatkowe dowody, za każdym razem, kiedy uzna to za stosowne. W każdym przypadku Subklauzulę 1.9 stosuje się

36

odpowiednio.”, odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego programu funkcjonalno-użytkowego i dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez wykonawcę spoczywa na zamawiającym. Wniósł o usunięcie wpisanej w subklauzuli 5.1 treści:

„wykonawca oświadcza, że przed złożeniem Oferty zapoznał się z Wymaganiami zamawiającego oraz uznał zawarte tam informacje, wymagania, odniesienia, warunki, w szczególności informacje projektowe, wytyczne, ekspertyzy i dokumenty za prawidłowe i wystarczające do zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem. Gdyby wykonawca po Dacie Rozpoczęcia wg. Subklauzuli 8.1 napotkał w Wymaganiach zamawiającego błędy, wady lub nieprawidłowości, spoczywa na nim ciężar dowodu, że takiego błędu, wady lub nieprawidłowości doświadczony wykonawca nie mógł znaleźć przed złożeniem Oferty, Wówczas wykonawca jest zobowiązany dać Inżynierowi stosowne powiadomienie, a Inżynier jest uprawniony zwracać się o dodatkowe dowody, za każdym razem, kiedy uzna to za stosowne”.

8) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 6.8 Kierownictwo wykonawcy, w zakresie następujących postanowień:

„Zmiana w trakcie realizacji przedmiotu niniejszej Umowy którejkolwiek z osób, umocowanych lub uprawnionych do wykonywania projektów kierowania budową i do kierowania robotami musi być uzasadniona przez wykonawcę na piśmie i wymaga pisemnego zaakceptowania przez Inżyniera w porozumieniu z zamawiającym Inżynier zaakceptuje lub odrzuci taką zmianę w ciągu 7 dni od daty przedłożenia zmiany Zmiana taka nie będzie miała wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową wykonawca przedłoży Inżynierowi propozycję zmiany, nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem do wykonywania projektów, kierowania budową lub robotami którejkolwiek osoby Odmowa akceptacji zmiany przez Inżyniera wymaga pisemnego uzasadnienia Jakakolwiek przerwa w realizacji przedmiotu umowy wynikająca z braku projektanta kierownictwa budowy lub robót będzie traktowana jako przerwa wynikła z przyczyn zależnych od wykonawcy, co zostanie odnotowane w Dzienniku Budowy i nie będzie stanowić podstawy do przedłużenia Czasu na Ukończenie.” odwołujący zarzucił naruszenie art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp,

37

ponieważ w świetle powyższego postanowienia odmowa akceptacji zmiany przez Inżyniera wymaga jedynie pisemnego uzasadnienia, przy czym postanowienia Warunków Kontraktu [wzoru umowy] nie wskazują w żaden sposób, jakie mogą być konkretne podstawy odmowy akceptacji zmiany przez Inżyniera, a zatem pozostawiają tą kwestię do swobodnego uznania Inżyniera. Ponadto, ponieważ:

- jakakolwiek przerwa w realizacji przedmiotu umowy wynikająca z braku projektanta kierownictwa budowy lub robót będzie traktowana jako przerwa wynikła z przyczyn

zależnych od wykonawcy, co zostanie odnotowane w Dzienniku Budowy i nie będzie stanowić podstawy do przedłużenia Czasu na Ukończenie, oraz

- zgodnie z Subklauzulą 8.7 Kary umowne, lit. (a) wykonawca zapłaci zamawiającemu Kary umowne za przekroczenie Czasu na Ukończenie, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 0,05 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień zwłoki,

możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia przez zamawiającego, czy wykonawca przedstawił dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót, prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy. Ponadto, możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia przez Inżyniera, czy akceptuje zmiany, istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z ewentualnym naliczeniem kar umownych zgodnie z Subklauzulą 8.7 Kary umowne, lit. (a). Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów.

Odwołujący zażądał sprecyzowania podstaw odmowy akceptacji zmiany osób, przez Inżyniera

9) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 8.7 Kary umowne, odwołujący zarzucił naruszenie art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ wskazuje explicite jako przypadek upoważniający wykonawcę do postanowienia dochodzenia od zamawiającego kary umownej jedynie z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn zależnych od zamawiającego, przy czym z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie przez zamawiającego], Subklauzuli 15.5 [Uprawnienie zamawiającego do odstąpienia] i Subklauzuli 19.7 [Zwolnienie z wywiązywania się — zgodne z prawem] i art. 145 Prawa zamówień publicznych, oraz ponieważ w postanowieniu zaniechano przyznania wykonawcy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego

38

przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści. Biorąc powyższe pod uwagę, uzasadniona jest ocena, iż umowa rażąco dyskryminuje wykonawcę, a tym samym treść umowy została ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów.

Odwołujący wniósł o przyznanie wykonawcy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści.

10) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 16.2 Odstąpienie przez wykonawcę, odwołujący zarzucił naruszenie art. 395 § 1 w zw. z art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie przyznaje wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od Kontraktu w określonych przypadkach, nie określając jednak terminu na wykonanie tego uprawnienia. Tymczasem, zgodnie z art. 395 § 1 Kc, można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Wniósł o określenie terminu do odstąpienia od Kontraktu przez wykonawcę

11) Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 8.4 Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, w zakresie następujących postanowień:

„Strony zgadzają się, że dla Robót wynikających z kontraktu, ryzyko niesprzyjających warunków klimatycznych jest ryzykiem wykonawcy. wykonawca zapoznał się z charakterystyką klimatu, jego możliwymi zmianami i wahaniami temperatur, występowaniem opadów deszczu oraz śniegu w Kraju, takie ryzyko przyjął i w kalkulował w cenę Oferty oraz uwzględnił w Czasie na Ukończenie.” odwołujący zarzucił naruszenie art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ kwestionowane postanowienie jest przejawem składania wszelkiego ryzyka na jedną stronę stosunku obligacyjnego i obciążając wykonawcę ryzykiem niesprzyjających warunków klimatycznych wykracza poza granice swobody umów. Wniósł o usunięcie postanowienia o treści:

„Strony zgadzają się, że dla Robót wynikających z kontraktu, ryzyko niesprzyjających warunków klimatycznych jest ryzykiem wykonawcy. wykonawca zapoznał się z charakterystyką klimatu, jego możliwymi zmianami i wahaniami temperatur, występowaniem opadów deszczu oraz śniegu w Kraju, takie ryzyko przyjął i w kalkulował w cenę Oferty oraz uwzględnił w Czasie na Ukończenie.”

12) Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) pkt 8.6 i 8.7 oraz Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu, odwołujący zarzucił naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 Pzp, ponieważ zamawiający zawarł we wskazanych powyżej fragmentach SIWZ wykluczające się postanowienia dotyczące waloryzacji cen ryczałtowych, tj. z jednej strony wskazał, że ceny ryczałtowe, określone przez wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem sytuacji opisanej w Umowie (a zatem zgodnie z Subklauzulą 13.8), a z drugiej strony, że ceny ryczałtowe, określone przez wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji. Powyższe, sprzeczne informacje na temat sposobu obliczania ceny, uniemożliwiają wykonawcy właściwe skalkulowanie ceny, gdyż w ich świetle nie wiadomo, czy waloryzacja cen ryczałtowych będzie możliwa czy nie. Wniósł o jednoznaczne sprecyzowanie zapisów dot. waloryzacji cen ryczałtowych.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 stycznia 2012r. udzielonego przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS partnera i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 lipca 2012r.

W dniu 20 lipca 2012r. zamawiający drogą elektroniczną przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom, wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 lipca 2012r. pisemnie zgłosił swoje przystąpienie po stronie odwołującego Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż przeszedł prekwalifikację i został zaproszony do składania ofert. Może także ponieść szkodę zarówno w sytuacji wybrania jego oferty jak i w sytuacji, gdy oferty nie złoży z uwagi na kwestionowane postanowienia siwz. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji przystępującego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 23 lipca 2012r.

W dniu 23 lipca 2012r. swój udział po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech, w Rzymie, Via Giulio Vincenzo Bona 65 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i

Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o przedmiotowe zamówienia, zamawiający wadliwym sformułowaniem postanowień siwz, uniemożliwia im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 stycznia 2012 r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego Astaldi S.p. A. ujawnionego w odpisie z Rejestru Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Rzymie i upoważnionego do jednoosobowej prezentacji w zakresie spraw objętych udzielonym pełnomocnictwem, w tym udzielania pełnomocnictw szczegółowych. Astaldi działała na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 27 stycznia 2012 r. udzielone przez członka zarządu PBDIM sp. z o.o. upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 23 lipca 2012r. drogą elektroniczną zgłosili swój udział po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Energopol Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13 i VISTAL GDYNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 40 i MOSTMAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Zarzeczu, ul. Łęgowa 1. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o zamówienie, a nieprecyzyjny, niejasny, niekompletny opis przedmiotu zamówienia, oraz niezgodne z kodeksem cywilnym i prawem budowlanym postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu uniemożliwiają im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane

podpisami cyfrowymi przez dwóch członków zarządu lidera przystępującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera VISTAL GDYNIA i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera MOSTMAR S.A. i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 lipca 2012r.

W dniu 23 lipca 2012r. drogą elektroniczną zgłosili swój udział po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Energopol Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13 i VISTAL GDYNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 40 i MOSTMAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Zarzeczu, ul. Łęgowa 1. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o zamówienie, a nieprecyzyjny, niejasny, niekompletny opis przedmiotu zamówienia, oraz

41

niezgodne z kodeksem cywilnym i prawem budowlanym postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu uniemożliwiają im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane podpisami cyfrowymi przez dwóch członków zarządu lidera przystępującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera VISTAL GDYNIA i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera MOSTMAR S.A. i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 lipca 2012r.

W dniu 23 lipca 2012r. pisemnie zgłosili swój udział w sprawie po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferroviał Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42. Wskazali na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż biorą udział w postępowaniu, samodzielnie wnieśli odwołanie zbieżne w zarzutach z odwołaniem odwołującego Bilfinger. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 stycznia 2012r. udzielonego przez Budimex S.A. jako lidera konsorcjum i podpisanego przez prezesa zarządu lidera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 grudnia 2011r. udzielonego przez Ferroviał Agroman S.A. i podpisanego przez pełnomocnika tej spółki, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2011r. udzielonego przez członka zarządzającego i jednocześnie prokurenta spółki ujawnionego w Rejestrze Spółek Handlowych Miasta Madryt. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 lipca 2012r.

W dniu 7 sierpnia 2012r. odwołujący Bilfinger – Intercor wniósł pismo procesowe uzupełniające argumentację zawartą w odwołaniu. W piśmie wskazał na dodatkowe orzecznictwo i tak :

- wyrok Izby z dnia 5 lipca 2012r. sygn.akt KIO 1295/12, oraz podtrzymał swoje wywody dotyczące istotności dla postępowania prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i sporządzenia prawidłowego siwz.

42

W zakresie zarzutu niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia wskazał na wyrok Izby sygn. akt KIO 1480/09, wyrok Izby sygn. akt KIO 2649/11, wyrok Izby sygn. akt KIO 436/12, i podniósł, że w sytuacji, gdy wykonawcy zidentyfikowali braki PFU, niezgodności ze stanem faktycznym to zamawiający powinien je usunąć. Podtrzymał swoje stanowisko, co do tego, że przy obecnie określonym opisie przedmiotu zamówienia nie ma możliwości prawidłowo wycenić ryzyka i skalkulować oferty, a także określić rozmiaru i zakresu prac

niezbędnych do wykonania. Powołał się na Komentarz do KC pod red. E. Gniewka z 2011r. s.1120 oraz na wyrok Izby z dnia 20 lutego 2012r. sygn. akt KIO 256/12. W zakresie zarzutu odnoszącego się do nierealnego określenia terminu realizacji zamówienia wskazał na wyroki Izby sygn. akt KIO 1860/10, KIO 1910/11, KIO 1255/12 i podkreślił, że realne terminy realizacji prac projektowych i robót budowlanych związanych z przedmiotowym zamówieniem wyglądają w ocenie odwołującego następująco :

1. optymalizacja projektu – 3 m-ce,
2. Zaktualizowanie Projektu Budowlanego – 3 m-ce,
3. Uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę bez ponownej oceny środowiskowej – 2 m-ce
4. Uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę z ponowną oceną środowiskową – 6 m-cy,
5. Procedura uzyskania ZRID – dla wszystkich nowych elementów, których nie obejmuje Pozwolenie na Budowę oraz stara decyzja środowiskowa – 14 m-cy

Odwołujący uważa, że skoro wytyczne wynikające z Raportu z Audytu BRD oraz Opinii zespołu sprawdzającego GDDKiA sprowadzają na przyszłego wykonawcę wymóg uwzględnienia w projekcie szeregu rozwiązań znacznie ingerujących w geometrię drogi głównej i dróg dojazdowych oraz obiektów inżynierskich, wprowadzenie tych zmian będzie w kilku przypadkach skutkowało nawet wyjściem z geometrią drogi poza linie rozgraniczające teren inwestycji, a to będzie również wiązało się z prawdopodobnymi wielomiesięcznymi wywłaszczeniami terenów. Takie przypadki nie zostały ujęte w harmonogramie. Na tym etapie Wykonawca nie jest w stanie oszacować wymaganego czasu na wywłaszczenia i pozyskanie gruntów. Stąd konieczność przygotowania przez zamawiającego SMW w tym zakresie stosownych postanowień chroniących wykonawcę przed nienależytym lub nawet niewykonaniem przedmiotowej umowy. Odwołujący wskazał, że najbardziej prawdopodobnym terminem podpisania umowy z wykonawcą jest listopad 2012r. W takim

43

przypadku tylko część prac budowlanych można by rozpocząć na wiosnę 2013r. a prace wymagające uzyskania zamiennego Pozwolenie na budowę z ponowną oceną środowiskową w październiku/listopadzie 2013r. Taka sama sytuacja będzie dotyczyła również wszystkich nowych elementów których nie obejmuje Pozwolenie na Budowę i dla których trzeba będzie uzyskać ZRID te roboty będą mogły się rozpocząć dopiero na wiosnę 2014r. Pozostawiając termin 27 m-cy na realizację inwestycji (bez wyłączenia okresów zimowych) zamawiający wymusza na wykonawcy zakończenie robót do stycznia 2015r. czyli faktycznie wykonawca musi zakończyć główne prace przed zimą czyli na przełomie października i listopada 2014r. W takim przypadku część zasadniczych robót które będą wymagały uzyskania ZRID (być może wykonanie nowych obiektów - jeśli okaże się, że stare przeznaczone w pierwotnym projekcie do remontu będą jednak wymagały wyburzenia i odbudowy) będą musiały być wykonane w ciągu jednego sezonu budowlanego 6-7 miesięcy w 2014r. Wniosek o wydłużenie terminu realizacji do 36 m-cy w takim wypadku nie jest wnioskiem wygórowanym lecz, zdaniem odwołującego, minimalnym do zachowania szansy dotrzymania terminu realizacji zadania o takim stopniu skomplikowania. Dla zobrazowania minimalnych terminów, odwołujący załączył szczegółowy harmonogram prac projektowych i budowlanych.

W zakresie zarzutów skierowanych przeciwko projektowi umowy, odwołujący stwierdził, że wykonawca ma prawo z dowolnej przyczyny na etapie realizacji zamówienia dokonywać zmian kierownictwa zadania inwestycyjnego, jest to jego autonomiczna decyzja, wynikająca z potrzeb realizacji umowy pod względem organizacyjnym. Stąd odwołujący uważa, że zamawiający nie jest uprawniony, aby wprowadzać jakiegokolwiek ograniczenia w kontrakcie w odniesieniu do innych podwykonawców, niż tych, do których odnosi się art. 647 § 2 kc. Wymaga podkreślenia, iż to wykonawca odpowiada za realizację zamówienia. Jego zdolność do realizacji zamówienia jest weryfikowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Nadto dodał, że jakakolwiek zmiana w zakresie osób lub podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia, nie będzie zmianą zakresu umownego świadczenia w stosunku do zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, zatem nie wymaga kontroli przez zamawiającego. Wskazał na wyrok z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08), wyrok KIO z 27 grudnia

2011 r., sygn. akt: KIO 2649/11. Odwołujący podkreślił, że naliczenie kary umownej z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy (art. 353 i Kc w zw. z art. 484 § 1 Kc), jak też nałożenie na wykonawcę ryzyka związanego z warunkami atmosferycznymi, w warunkach ceny ryczałtowej, terminu realizacji i niekompletności dokumentacji, stawia rażące pogwałcenie wskazanych przepisów KC. W związku z tym wskazał wyrok SN z 20 marca 1968 r. (II CR 419/67).

44

Ponadto nadmierne rozbudowanie katalogu kar umownych odwołujący zakwalifikował jako naruszenie przez zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. racjonalnego wydatkowania publicznych pieniędzy. Powoduje bowiem istotny wzrost cen proponowanych przez wykonawców, z uwagi na konieczność skalkulowania tych ryzyk w cenie oferty. Postanowienie w obecnym zakresie nałożenia na wykonawcę ryzyka wzrostu podatku VAT, wprost uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Za swoje odwołujący uznał poglądy wyrażone w orzecznictwie Izby sygn. akt : KIO 1133/12, KIO 1367/11, KIO789/12, KIO 1202/12.

Sygn. akt KIO 1546/12

W dniu 20 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wobec treści SIWZ od Warbud Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 29 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,
2. art. 31 ust. 1, 2, 3 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi przepisami, tj. przekazanie wykonawcom dokumentacji zawierającej sprzeczne ze sobą informacje i polecenia,
3. art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie określenia zakresu i rozmiaru prac projektowych oraz robót budowlanych przeznaczonych do wykonania, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy,
4. art. 140 ustawy poprzez nałożenie we wzorze umowy obowiązków niewynikających z oferty,
5. art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego,
6. art. 38, art. 556, art. 6471 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez ukształtowanie przepisów umowy w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa,
7. naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

III. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

45

- dokonania zmiany postanowień SIWZ i dokumentacji w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj.:

1. usunięcie wszelkich sprzeczności w określeniu obowiązków wykonawcy,
2. doprecyzowanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnych obowiązków wykonawcy w zakresie prac projektowych i robót budowlanych.
3. przekazanie wykonawcom kompletnych informacji, które z przekazanych dokumentów mają charakter wiążący dla wykonawców,
4. sprecyzowanie przedmiotu zamówienia w następujący sposób:
albo poprzez zmianę Warunków Kontraktu z systemu „zaprojektuj i wybuduj” czyli z warunków, które określa tzw. „Sólty FIDIC” na warunki w systemie „wybuduj” w którym projekt dostarcza Zamawiający, tj. na warunki które określa „Czerwony FIDIC”
albo określenie nowych jednoznacznych warunków dla systemu „Zaprojektuj i wybuduj”
5. jednoznaczne określenie zakresu obowiązków wykonawcy poprzez usunięcie rozbieżności w wymaganiach Zamawiającego,
6. likwidację Kamieni Milowych,
7. przewidzenie prawidłowego okresu (tj. 12 miesięcy) na czas projektowania i uzyskania stosownych decyzji, w konsekwencji wydłużenie terminu realizacji całego zamówienia o 9 miesięcy,
8. wprowadzenie do umowy czasu potrzebnego na uzyskanie zatwierdzenia

dokumentacji projektowej przez Zamawiającego,

9. W zakresie Warunków Kontraktu:

a. wykreślenie pkt 2.1 .c) i 2.2.c) w' Rozdziale 2 „Gwarancja Jakości”;

b. określenie w subklauzuli 5.1. „Tryby usuwania wad” w pkt A, B i C w Rozdziale 2 Gwarancja Jakości, że usuwanie wad nastąpi w uzgodnionym przez strony terminie, który będzie uzasadniony technicznie, technologicznie i ekonomicznie;

c. wykreślenie trzeciego i piątego tiretu w definicji zawartej w subklauzuli 1.1.3.7. lit. (c)

d. wykreślenie słów „programy komputerowe i inne oprogramowanie” w subklauzuli 1.1.6.1.

46

e. wykreślenie zdania dodanego na końcu drugiego akapitu subklauzuli 1.9.

f. zmiany sformułowania zawartego w akapicie pierwszym pkt 1 subklauzuli 1.10

poprzez zastąpienie słów „przy realizacji Umowy i inne broszury” słowami „przekazane Zamawiającemu w wykonaniu niniejszej Umowy” oraz wykreślenie akapitu czwartego zaczynającego i szóstego dotyczących oświadczeń Autorów?

g. wykreślenie ostatniego zdania dodanego w klauzuli 4.3.

h. zmianę tytułu subklauzuli 4.4. na „Podwykonawcy”, usunięcie wszelkich uregulowań dotyczących Dostawców i Usługodawców w subklauzuli oraz wykreślenie przedostatniego dodanego akapitu dotyczącego zakazów zawierania określonych postanowień w umowach z Podwykonawcami

i. modyfikację postanowienia w subklauzuli 4.27 poprzez ograniczenie

do oddziaływań ponad przeciętną miarę przy odpowiedzialności wykraczających prowadzeniu robót budowlanych

j. wykreślenie zdania pierwszego WT zmienionym akapicie trzecim subklauzuli 5.1.

k. wykreślenie akapitu pierwszego dodanej subklauzuli 7.9.

l. wykreślenie ostatniego zdania akapitu drugiego zmienionej subklauzuli 20.1

Odwolujący wskazał, że jego interes we wniesieniu niniejszego odwołania polega na tym. Iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, co uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty a w szczególności jej prawidłową wycenę. Odwołujący może zatem ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwolujący w uzasadnieniu wskazał, że po zapoznaniu się z treścią SIWZ stwierdził, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a postanowienia umowy skonstruował w sposób naruszający zasady współżycia społecznego.

I. ZARZUTY DOTYCZĄCE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

Odwolujący, po przeanalizowaniu przekazanych dokumentów, stwierdził, iż zawierają one trzy równoważne opisy przedmiotu zamówienia zawarte w następujących dokumentach: PFU, Projektach Budowlanych będących częścią PFU, decyzjach oraz Opinii z prac zespołu powołanego do weryfikacji rozwiązań projektowych. Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 ode. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: ode. Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska. Z

47

przekazanych dokumentów nie wynika jaki jest faktyczny zakres prac projektowych i robót budowlanych przewidzianych do wykonania przez wykonawcę, a informacje zawarte w poszczególnych dokumentach są ze sobą wewnętrznie sprzeczne: wskazał, że Ogólne Warunki Kontraktu odwołują się do tzw. żółtego FIDIC i wynika z nich, że to wykonawca ma zaprojektować roboty, co potwierdza także klauzula 5.1, z której wynika informacyjny charakter dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego. Natomiast zgodnie z pkt 1.4.1. str. 6/93 PFU Zakres zasadniczych robót budowlanych przewidzianych do wykonania, zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi decyzjami o Pozwoleniu na budowę oraz wymaganiami zawartymi w przedmiotowym Programie funkcjonalno- Użytkowym. Projektowanie przez wykonawcę miałyby się ograniczać do poprawy błędnych lub nieaktualnych rozwiązań w przekazanej dokumentacji projektowej. Przy czym zamawiający nie wskazał ani zakresu ani rodzaju błędów, czy wad dokumentacji. Nałożył natomiast obowiązek uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych, przy czym czas niezbędny do ich uzyskania nie uprawnia wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontaktowych. Analogiczne postanowienia znajdują się również w

dalszych częściach PFU (np.: pkt 2 str. 81/93 PFU, pkt 1.4.3.4.7. str. 22/93 PFU). Jednocześnie Zamawiający określił (pkt 1.4.1. str. 8/93 PFU), że szczegółowy zakres rzeczowy robót budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy jest przedstawiony w pozwoleniu na budowę oraz dalszej części Programu funkcjonalno - użytkowego. Jeżeli zajdzie taka konieczność Wykonawca opracuje dokumentację projektową niezbędną do wykonania robót zgodną z zatwierdzonym Projektem budowlanym nie wyłączając przy tym również ewentualnej konieczności uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Dodatkowo Zamawiający wymaga, aby wykonawca uwzględnił obowiązek wynikający z treści przepisu art. 33 ust. 3 pkt 2 ustawy - Prawo budowlane, mówiący o specjalistycznej opinii załączonej do Projektu budowlanego, potwierdzającej całość ostatecznych rozwiązań technicznych przyjętych w projekcie przebudowy mostu przez rz. Wisłę (obiekt 2T), w aspekcie zmęczenia i doboru stali na spawany ustrój nośny mostu, z uwzględnieniem wytrzymałości stali starzonej. Z tytułu tego wykonawca ma zrzec się roszczeń względem zamawiającego, nie może żądać podwyższenia ceny, ani zmiany Kamieni Milowych. Trzecim istotnym dokumentem załączonym do dokumentacji jest „Opinia z prac zespołu powołanego do weryfikacji rozwiązań ujętych w dokumentacji projektowej dla drogi S8 w Warszawie na odcinku węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska” z której jednoznacznie wynika, iż przekazany Projekt budowlany będący podstawą wydania Pozwolenia na budowę zawiera szereg błędów. Opinia zawiera również szereg zaleceń i uwag pod adresem projektanta. Uwagi te nie

48

zostały uwzględnione w Projekcie budowlanym a jedynie wpisane do PFU, jako obowiązujące wymagania dla wykonawcy robót budowlanych. W konsekwencji nie zostało uzyskane zamienne pozwolenie na budowę. Po przeanalizowaniu uwag zawartych w opinii odwołujący stwierdził, że Projekt budowlany będzie wymagał wielu poprawek, a w skrajnym przypadku będzie konieczne wykonanie nowego projektu. W każdym zaś przypadku będzie konieczne uzyskanie nowego Pozwolenia na budowę. W świetle powyższego zdaniem odwołującego, nie jest możliwy do ustalenia faktyczny zakres zarówno prac projektowych, jak również robót budowlanych. Tak opisany przedmiot zamówienia w rażący sposób narusza postanowienia art. 29 ust. 1, art. 31 oraz 36 ust. 1 pkt 3 ustawy. Postanowienia SIWZ w zakresie obowiązków wykonawcy są ze sobą wewnętrznie sprzeczne i na ich podstawie nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Zamawiający przenosi na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności konieczność przewidzenia na etapie składania ofert zakresu przedmiotu zamówienia, odpowiedzialność za projekt dostarczony przez siebie, w którym zostały już stwierdzone liczne wady, a także ryzyko związane z utratą środków unijnych.

N poparcie swoich twierdzeń wskazał, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1187/08, wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11.

II. ZARZUTY DOTYCZĄCE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - uwagi szczegółowe.

1. Odwołujący zarzucił zamawiającemu zereg rozbieżności i sprzeczności w opisie przedmiotu zamówienia w tym :

- w zakresie obiektu 2T - wg Wymagań Zamawiającego - PFU str. 145 pkt 1.5.8.1 d wymaga się, aby drogowe obiekty w ciągu drogi ekspresowej były zaprojektowane na klasę obciążeń A. Zgodnie z Projektem Budowlanym. opis techniczny pkt 10.2 (str. 18) most został zaprojektowany przy uwzględnieniu obciążenia ruchomego klasy B.
- brak jest Pozwolenia na budowę dla obiektu 59T,
- zgodnie ze spisem dokumentacji zawartym w pkt 2.1. PFU w Tomie 111/31 powinien znajdować się Obiekt nr 23T(A) Węzeł Modlińska - rysunku tego nie ma w przekazanej dokumentacji. W Tomie 111/33 znajduje się natomiast obiekt niewymieniony w spisie dokumentacji, tj. Obiekt 23T,
- Kolorystyka betonu - zgodnie z pkt 1.5.8.1.2 k PFU powierzchnie betonowe podpór, przęsła, ścian oporowych itp. należy pozostawić w naturalnej

49

kolorystycie betonu z wyjątkiem belek gzymsowych i gzymsów, a zgodnie z opisami w Projekcie Budowlanym (pkt 1.6.7) - wszystkie wyeksponowane powierzchnie należy zabezpieczyć stosując farby ochronne do betonu dla środowiska średnioagresywnego. Opracowanie architektoniczne zawierające m.in. kolorystykę i sposób malowania obiektu stanowi odrębne opracowanie - Projekt Oprawy Architektonicznej, gdzie w pkt 2 podano kolory RAL malowanych elementów.

- Umocnienia stożków nasypowych, np: zgodnie z pkt 1.5.8.1.2 PFU wszystkie skarpy i stożki przylegające do konstrukcji inżynierskiej, których pochylenia są większe od 1:2 powinny być zabezpieczone powierzchniowo obrukowaniem sztywnym, a dla obiektu 9T, Projekt Budowlany Tom III/15 w opisie technicznym pkt 1.6.11 przewiduje umocnienie stożków przez darniowanie. Pochylenie skarp przy obiekcie wynosi 1:1,5

III. ZARZUTY DOTYCZĄCE CZASU REALIZACJI ZAMÓWIENIA.

Zamawiający, zdaniem odwołującego, określił nierealny czas realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie wskazanych Kamieni Milowych. Kamienie milowe określone przez Zamawiającego w punkcie Wymagana minimalna Ilość Wykonania wynikają z Formularza 2.1. Załącznik do oferty Dane kontraktowe str. 24) i są tak określone, że nie ma możliwości uniknięcia kar umownych z tytułu ich przekroczenia. W ocenie odwołującego czas potrzebny na dokonanie prac projektowych w najszerszym zakresie wymaganym przez zamawiającego wynosi ok. 12 miesięcy, a nie 90 dni. Okres ten uwzględnia czas potrzebny na czynności wykonywane przez Inżyniera i zamawiającego. Do umowy powinien zostać wpisany czas potrzebny na uzyskanie zatwierdzenia przez zamawiającego. Dodatkowo wskazał, iż w PFU brak jest jasno określonej procedury zatwierdzenia Projektu (koncepcji). Zamawiający na zrealizowanie 30% robót poczynawszy od Daty Rozpoczęcia, przewiduje 9 miesięcy. Rozpoczęcie robót musi być poprzedzone zakończeniem prac projektowych (zmianą Pozwolenia na Budowę). Oznacza to, że de facto 30% przerób powinien być zrealizowany w okresie, w którym wykonawca nie będzie dysponował pozwoleniem na budowę. Ponadto zamawiający nałożył na wykonawcę szereg dodatkowych obowiązków tj. wyłączenia działek, wpływ czasowy decyzji podejmowanych przez organy zewnętrzne: stanowiące służebności gruntów, uzgodnienia projektowe. W tej sytuacji zdaniem odwołującego zawarte w siwz terminy są nierealne, a zamawiający nie daje wykonawcy żadnych uprawnień w zakresie przedłużenia czasu na realizację Zamówienia w zależności od zakresu czynności, który ma być wykonany.

50

IV. ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ WZORU UMOWY.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa nie stanowi inaczej, w świetle art. 3531 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Wskazał na stanowisko orzecznictwa w tym zakresie wyrok z dnia 27 grudnia 2019r. Sygn. akt: KIO 2649/11.

W ramach Warunków Kontraktu za sprzeczne z wyżej powołanymi przepisami odwołujący uznał :

a. subklauzulę 2.1.c) i 2.2.c) w Rozdziale 2 Gwarancja Jakości, która daje prawo zamawiającemu do dochodzenia i kary umownej (zryczałtowanego odszkodowania) i odszkodowania, czyli daje prawo żądania podwójnego odszkodowania, co nie pozwala wycenić ryzyka

4.2. subklauzulę 5.1.) „Tryby usuwania wad” pkt A, B i C w Rozdziale 2 Gwarancja Jakości uprawniającą zamawiającego do jednostronnego wyznaczania terminów usunięcia wad oraz określającą sztywne, określone w godzinach czasy reakcji i dokonania napraw, za których przekroczenia wykonawca zobowiązany będzie uiszczać kary umowne, nawet jeśli usunięcie wad i usterek w takich terminach nie będzie technicznie możliwe, co sprawia, że wykonawca nie może właściwie oszacować ryzyka finansowego związanego z udzieleniem gwarancji na wymaganych przez zamawiającego.

4.3. subklauzulę 1.1.3.7. „Wada” lit. (c) w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II) w związku z zawarciem w definicji wady „zmniejszenie wartości Przedmiotu Umowy lub inną stratę Zamawiającego z powodu zmniejszenia wartości Przedmiotu Umowy” oraz „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy”. Stworzona definicja jest niejasna, budzi poważne wątpliwości, wprowadza kryterium nieostrego i nieokreślone, zależnego od subiektywnych ocen Zamawiającego oraz tworzy rodzaj wady niemożliwej do usunięcia z jednoczesnym obwarowaniem karą umowną przypadków nieusunięcia wad w terminie w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki.

4. 4 subklauzulę 1.1.6.1. „Dokumenty Wykonawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II) – według definicji zamawiającego w skład takich dokumentów

51

wchodzą programy komputerowe i inne oprogramowanie mimo, że dostarczenie ich nie jest częścią Przedmiotu Zamówienia. Nie jest jasne, czy na wykonawcę w związku z tym postanowieniem zostały nałożone jakieś dodatkowe obowiązki, sformułowanie jest nieostre i budzące wątpliwości, dlatego też w opinii odwołującego stanowi naruszenie art. 29 ust 1 i 2 ustawy, art 31 ustawy ust 2 i art. 140 ustawy w: związku z art 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy.

4.5 subklauzulę 1.9 „Błędy w Wymaganiach Zamawiającego” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), którą zamawiający wyłącza swoją odpowiedzialność za prawidłowość PFU przez uniemożliwienie wykonawcy ubiegania się o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub możliwość ubiegania się o dodatkowy koszt w razie wystąpienia rozbieżności, co stanowi naruszenie art. 31 ustawy i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

4.6. subklauzulę 1.10 „Przeniesienie majątkowych praw autorskich oraz praw zależnych” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), zgodnie z którą zamawiający wymaga przeniesienia autorskich praw majątkowych i przedstawienia zobowiązań dotyczących niewykonywania autorskich praw osobistych do wszystkich utworów powstałych „przy realizacji Umowy”, podczas gdy w ramach wynagrodzenia uprawniony jest wyłącznie do domagania się przeniesienia na niego prawa do przekazywanych mu zgodnie z umową Dokumentów Wykonawcy, czym narusza art. 353(1) k.c. w zw', z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

4.7. subklauzulę 4.3. „Przedstawiciel Wykonawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), w której zamawiający zastrzegł, że wykonawcy nie wolno, bez jego zgody, ustanawiać przedstawicieli innych niż wymienieni w kontrakcie, jako ograniczającej prawo Wykonawcy do działania przez swoich ustanowionych zgodnie z ustawą reprezentantów jako naruszający art. 38 k.c. w zwr. z art 14 i art. 139 ust. 1 ustawy.

4.8. subklauzulę 4.4. „Podwykonawcy, Dostawcy, Usługodawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), zgodnie z którym zamawiający - mimo braku solidarnej (ustawowej) odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia dostawców i usługodawców oraz bez ustanawiania takiej odpowiedzialności w umowie, zastrzega sobie prawo dokonania na ich rzecz bezpośrednich płatności bez zgody wykonawcy i potrącania sobie tych kwot z jego wynagrodzenia (prawo nabycia wierzytelności), czym ingeruje w

52

sposób nadmierny w stosunki prawne, których nie jest stroną, ogranicza w' znacznym stopniu swobodę Wykonawcy i możliwość egzekwowania przez niego zobowiązań umownych od tych podmiotów. Zamawiający ustanawia też zakaz umieszczania w umowach podwykonawczych postanowień uzależniających dokonanie płatności na rzecz podwykonawców za ich roboty od ich odbioru przez Zamawiającego, co stanowi ingerencję w prawo Wykonawcy do zawierania umów na korzystnych dla niego warunkach i narusza tym samym art. 353(1) k.c. i 647(1) kc w zw, z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy;

4.9 subklauzulę 4.27 „Zabezpieczenie przylegających nieruchomości” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), nakładającą na wykonawcę obowiązek uchronienia sąsiednie nieruchomości przed jakimikolwiek oddziaływaniami, co jest to warunkiem niemożliwym do spełnienia, czym Zamawiający narusza art. 94 k.c. i 647(1) kc w

zw, z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy;

4.10 subklazulę 5.1 „Projektowanie” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE

KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), gdzie w akapicie trzecim wykonawca musi oświadczyć, że informacje zawarte w Wymaganiach zamawiającego są prawidłowe i wystarczające do zaprojektowania i wykonania prac, podczas gdy z samych dokumentów przetargowych wynika, że informacje są w najlepszym razie niekompletne, czym Zamawiający narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art 7 ust, 1. art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy.

4.11 subklazulę 7.9. „Materiały z rozbiórki” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE

KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), obciążając wykonawcę kosztami ewentualnej rozbiórki obiektów i ich transportu we wskazane przez zamawiającego miejsce i we wskazanym przez zamawiającego okresie, co jest postanowieniem niejasnym, kreującym obowiązek niemożliwy do wycenienia w ofercie, przez co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. art. 31 ustawy ust. w związku z art 7 ust.1. i art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art 353(1) k.c. w zw'. z art 14 i art. 139 ust. 1 ustawy.

4.12 subklazulę 20.1 „Roszczenia Wykonawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE

KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), wprowadzająca ograniczenie możliwości zgłaszania roszczeń przez wykonawcę do 28 dni od momentu, kiedy wykonawca dowiedział się lub mógł się o nim dowiedzieć o wydarzeniu lub okoliczności powodującej powstanie roszczenia, bez wprowadzenia takiego samego ograniczenia dla roszczeń zamawiającego, co powoduje powstanie rażącej nierównowagi stron stosunku prawnego, stawia Wykonawcę w znacząco gorszej pozycji niż Zamawiającego, czym narusza art. 353(1) k.c. w zw. z art 14 i art. 139 ust. 1 ustawy.

53

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 stycznia 2012r. udzielonego przez odwołującego i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 lipca 2012r. faksem.

W dniu 23 lipca 2012r. zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 lipca 2012r. drogą elektroniczną zgłosili swój udział po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Energopol Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13 i VISTAL GDYNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 40 i MOSTMAR Spółka Akcyjna z siedzibą w Zarzeczcu, ul. Łęgowa 1. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o zamówienie, a nieprecyzyjny, niejasny, niekompletny opis przedmiotu zamówienia, oraz niezgodne z kodeksem cywilnym i prawem budowlanym postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu uniemożliwiają im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane podpisami cyfrowymi przez dwóch członków zarządu lidera przystępującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera VISTAL GDYNIA i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera MOSTMAR S.A. i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 lipca 2012r.

W dniu 24 lipca 2012r. swój udział po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm w składzie Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech, w Rzymie, Via Giulio Vincenzo Bona 65 i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż ubiegają się o przedmiotowe zamówienia, zamawiający wadliwym sformułowaniem postanowień siwz, uniemożliwia im złożenie oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 stycznia 2012r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego Astaldi S.p. A. ujawnionego w odpisie z Rejestru

54

Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Rzymie i upoważnionego do jednoosobowej prezentacji w zakresie spraw objętych udzielonym pełnomocnictwem, w tym udzielania pełnomocnictw szczegółowych. Astaldi działała na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 27 stycznia 2012 r. udzielone przez członka zarządu PBDIM sp. z o.o. upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 24 lipca 2012r. pisemnie zgłosili swoje przystąpienie po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum firm w składzie Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamawiający w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz niejednoznaczny, niepełny i niewyczerpujący, bez uzasadnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty określił opis przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu nierealnych terminów składania ofert i realizacji zamówienia, co uniemożliwia przystępującemu złożenie oferty. Oświadczyli, że przekazali kopię zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu, na dowód czego załączono raporty z transmisji faksowej z dnia 24 lipca 2012r. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 stycznia 2012r. udzielonego przez Bilfinger Berger Budownictwo S.A. i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 stycznia 2012r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS partnera i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji.

W dniu 25 lipca 2012r. pisemnie zgłosili swój udział w sprawie po stronie odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm w składzie : Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 i Ferrovia Agroman Spółką Akcyjną z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42. Wskazali na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż biorą udział w postępowaniu, samodzielnie wnieśli odwołanie zbieżne w zarzutach z odwołaniem odwołującego Bilfinger. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 stycznia 2012r. udzielonego przez Budimex S.A. jako lidera konsorcjum i podpisanego przez prezesa zarządu lidera ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 grudnia 2011r.

55

udzielonego przez Ferrovia Agroman S.A. i podpisanego przez pełnomocnika tej spółki, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2011r. udzielonego przez członka zarządzającego i jednocześnie prokurenta spółki ujawnionego w Rejestrze Spółek Handlowych Miasta Madryt. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 25 lipca 2012r.

W dniu 26 lipca 2012r. pisemnie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego przejawiający się w tym, aby postanowienia siwz były zgodne z obowiązującymi przepisami, gdyż tylko takie umożliwiają złożenie prawidłowej oferty i prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 marca 2012r. udzielonego przez przystępującego i podpisanego przez dwóch członków zarządu przystępującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem 25 lipca 2012r.

W dniu 26 lipca 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie udziału w sprawie po stronie odwołującego wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielaniech Wrocławskich, ul. Szwedzka 5 i Eurovia CS, a.s. z siedzibą w Czechach, w Pradze, Národní

trda 10. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż z powodu niejednoznacznych, wewnętrznie sprzecznych, nieprecyzyjnych, niekompletnych warunków i wymagań zamawiającego nie są w stanie złożyć oferty i należycie jej wycenić, a zawarcie umowy na takich warunkach obarczonej jest nieprzewidywalnym ryzykiem. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

W dniu 7 sierpnia 2012r. zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołania wnosząc o oddalenie każdego z wniesionych odwołań w całości jednocześnie poinformował o dokonaniu w dniu 7 sierpnia 2012r. modyfikacji treści siwz i wniósł o przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu na okoliczność ustalenia istotnego stanu faktycznego mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

56

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, zaproszeń do składania ofert, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania o zamówienie, z modyfikacji treści siwz w dniu 7 sierpnia 2012r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W sekcji II.1.2. jako rodzaj zamówienia wskazano roboty budowlane – zaprojektowanie i wykonanie.

W sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał :

W zakres zamówienia wchodzi w szczególności:

- uzyskanie przekroju drogi ekspresowej na odcinku węzeł „Powązkowska — węzeł „Wisłostrada” o 2 jezdniach jednokierunkowych (każda 3 pasy ruchu) oraz pas awaryjny wraz z budową lub remontem obiektów inżynierskich,
- uzyskanie przekroju drogi ekspresowej na odcinku węzeł „Wisłostrada” - węzeł „Modlińska” o 2 jezdniach jednokierunkowych (każda 2 pasy ruchu) bez pasa awaryjnego wraz z wydzielonymi drogami zbiorczo-rozprowadzającymi na odcinku węzeł „Wisłostrada” - węzeł „Modlińska”,
- przebudowa obiektu przez rzekę Wisłę tj. Most Grota-Roweckiego - umożliwienie prowadzenia 5 pasów ruchu w każdym kierunku (dwa dla drogi S i trzy dla ruchu lokalnego), dostosowanie do obowiązujących obciążeń rozporządzenia MTiGM oraz dostosowanie do ruchu pieszego i rowerowego,
- przebudowa węzłów:
 - węzeł „Powązkowska”: przebudowa skrzyżowania z sygnalizacją świetlną wraz z remontem wiaduktów, wzmocnienie/przebudowa nawierzchni,
 - węzeł „Broniewskiego”: przebudowa skrzyżowania z sygnalizacją świetlną wraz z remontem wiaduktów, wzmocnienie/przebudowa nawierzchni,
 - węzeł „Marymoncka”: budowa i przebudowa łącznicy jednopasmowej wraz z budową obiektu inżynierskiego, wzmocnienie/przebudowa nawierzchni pozostałych łącznic i ulic w węźle wraz z remontem obiektów inżynierskich,
 - węzeł „Wisłostrada”: przebudowa łącznic wraz z przebudową obiektów inżynierskich, wzmocnienie/przebudowa nawierzchni pozostałych łącznic oraz ulic w węźle wraz z remontem obiektów inżynierskich,
 - węzeł „Modlińska”: przebudowa łącznicy jednopasmowej wraz z obiektami inżynierskimi, wzmocnienie/przebudowa nawierzchni pozostałych łącznic i ulic w węźle wraz z remontem lub przebudową obiektów inżynierskich, przebudową sygnalizacji świetlnej,

57

-przebudowa dróg zbiorczo-rozprowadzających łączących węzły Trasy Armii Krajowej w zespoły węzłów: Powązkowska - Broniewskiego - Marymoncka i Wisłostrada - Modlińska w tym:

-wzmocnienie/przebudowa nawierzchni dróg zbiorczo-rozprowadzających wraz z korektą przebiegu jezdni w rejonie połączeń z jezdniami głównymi drogi ekspresowej i skrzyżowań,

- budowa i przebudowa pozostałych dróg:

- budowa i przebudowa chodników dla pieszych, ciągów pieszo-

- rowerowych i ścieżek rowerowych wraz z pochylniami,
- budowa i przebudowa infrastruktury technicznej tj. przebudowa urządzeń obcych,
 - budowa ekranów akustycznych,
 - budowa, przebudowa i remont pozostałych obiektów inżynierskich,
 - inne przebudowy i rozbiórki,
 - wycinka istniejącej zieleni,
 - zagospodarowanie terenu zielenią.

W sekcji II.3. wskazano termin realizacji zamówienia - okres w miesiącach : 27 (od udzielenia zamówienia).

W dacie ogłoszenia o zamówieniu na FTP zamawiającego zamieszczono :projekt A2 obwodnica Mińska, tom III dokumentacja projektowa, tom IV STWiORB, tom V przedmiary. W dniu 3 kwietnia 2012r. zamawiający poinformował o wynikach badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w ramach tej informacji oświadczył, że zaprosi do składania ofert 20 wykonawców. Wśród tych 20 wykonawców znajdują się odwołujący w sprawach sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12 i KIO 1546/12 oraz wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienia w tych postępowaniach odwoławczych, przy czym wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniach odwoławczych wskazali takie same składy podmiotowe jak podane we wnioskach o dopuszczenie do udziału, za wyjątkiem firmy Skanska, S.A., która samodzielnie zgłosiła swój udział w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt KIO 1529/12, natomiast wniosek złożyła wspólnie z firmą Skanska a.s. z siedzibą w Czechach, w Pradze, ul. Libalova 1/2348.

W pkt. 6 Tomu 1 zamawiający określił termin realizacji przedmiotu zamówienia, jako 27 miesięcy od daty zawarcia umowy. Do czasu realizacji zamawiający określił, że wlicza się także okresy zimowe.

58

W pkt. 8. W ppkt. 8.5 i 8.6 Tomu I siwz zamawiający wskazał, że ceny ryczałtowe określone przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia nie będą zmieniane za wyjątkiem sytuacji opisanej w Umowie i nie będą podlegały waloryzacji.

W Tomie II w rozdziale I Aktu Umowy w § 2 ust. 2 zamawiający określił hierarchię dokumentów i wskazał, że dokumenty będą interpretowane w następującej kolejności :

1. Akt Umowy,
2. Gwarancja Jakości,
3. Warunki Szczególne Kontraktu (część II),
4. Warunki Ogólne Kontraktu (część I)
5. Program funkcjonalno-użytkowy wraz z załącznikami,
6. Załącznik do oferty – Dane Kontraktowe,
7. Oferta Wykonawcy,
8. Potencjał kadrowy,
9. Załącznik do oferty – Wykaz Płatności.

W § 3 ust. 1- 3 Aktu umowy zamawiający określił, że prace projektowe, roboty budowlane oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie zostaną ukończone w ustalonym czasie na Ukończenie tj. w ciągu 27 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Datą Rozpoczęcia jest dzień zawarcia Umowy z Wykonawcą. W przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy skutkujących niemożnością dotrzymania terminu określonego w ust. 1, termin ten może ulec przedłużeniu, zgodnie z Umową.

W § 4 ust. 7 Aktu umowy określono, że w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą procentowej stawki podatku VAT, zaakceptowana Kwota kontraktowa brutto zostanie Aneksem do niniejszej umowy odpowiednio dostosowana. W takiej sytuacji Maksymalna Wartość Zobowiązania nie podlega zmianie.

W Tomie II Rozdziale III w preambule zamawiający wskazał, że Warunki Ogólne Kontraktu (Część I), stanowią „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę”. COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko -

59

Ingénieurs-Conseils).

W pkt. 1.1. rozdziału III tomu II w subklauzuli 1.1.3.7 zamawiający zawarł postanowienia dotyczące „okresu zgłaszania wad” stwierdzając, że w Umowie nie ma zastosowania „Okres Zgłaszania Wad” Tam gdzie Warunki Kontraktu odnoszą się do „Okresu Zgłaszania Wad” należy czytać „Okres przeglądów i rozliczenia Kontraktu”.

W subklauzuli 1.1.3.7 dodał subklauzulę 1.1.3.7 lit. a, gdzie zdefiniował Okres przeglądów i rozliczenia Kontraktu jako okres po wystawieniu Świadcstwa Przejęcia do czasu wystawienia Ostatecznego Świadcstwa Płatności, obejmujący swym zakresem zobowiązania Wykonawcy według Kontraktu oraz dodał subklauzulę 1.1.3.7. lit. c definiującą pojęcie „wada”, które oznacza:

- jawne lub ukryte właściwości tkwiące w Robotach, Dokumentach Wykonawcy lub w jakimkolwiek ich elemencie (stanowiących „Przedmiot Umowy”) powodujące niemożność używania lub korzystania z Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;
- niezgodność wykonania Przedmiotu Umowy z Zobowiązaniem Wykonawcy o którym mowa w Subklauzuli 5.3;
- zmniejszenie wartości Przedmiotu Umowy lub inną stratę Zamawiającego z powodu zmniejszenia wartości Przedmiotu Umowy (uszczerpiecie wartości finansowej Przedmiotu Umowy);
- obniżenie stopnia użyteczności Przedmiotu Umowy;
- obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy;
- obniżenie jakości lub inną szkodę w Przedmiocie Umowy;
- usterki w Przedmiocie Umowy

Za wadę uznaje się również:

- sytuację w której Przedmiot Umowy nie stanowi własności Wykonawcy;
- sytuację w której Przedmiot Umowy jest obciążony prawem lub prawami osób trzecich.

W subklauzuli 1.1.6.1. zastąpiono dotychczasową treść nową o brzmieniu „Tam gdzie Warunki Kontraktu odnoszą się do „ Dokumentów Wykonawcy” należy czytać jako „Dokumentacja Projektowa i inne Dokumenty Wykonawcy”. W skład Dokumentacji Projektowej i innych Dokumentów Wykonawcy wchodzi w szczególności: Projekt budowlany oraz specyfikacje techniczne, projekty wykonawcze o stopniu szczegółowości niezbędnym do prawidłowego wykonania Robót i umożliwiające prawidłową ich weryfikację, przegląd, 60

sprawdzenie lub zatwierdzenie przez Inżyniera w tym obliczenia, programy komputerowe i inne oprogramowanie rysunki, podręczniki, modele, dokumenty o charakterze technicznym i prawnym wymienione w Programie funkcjonalno-użytkowym oraz inne dokumenty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia, dostarczane przez Wykonawcę według Kontraktu, jak to opisano w Subklauzulach 5.1 [Ogólne zobowiązania projektowe] i 5.2 [Dokumenty Wykonawcy].”

W subklauzulach 1.9 i 1.10 zamawiający wprowadził następujące zmiany :

Subklauzula 1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego

W podpunkcie (b) Subklauzuli 1.9 skreśla się wyrazy „plus rozsądny zysk”.

Na końcu akapitu drugiego Subklauzuli 1.9 dodaje się zdanie o treści:

Jeżeli zaistnieje jakakolwiek rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w części Informacyjnej Programu funkcjonalno-użytkowego, a stanem faktycznym Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu. Część Informacyjną Programu funkcjonalno-użytkowego stanowi jedynie materiał poglądowy i pomocniczy.

Subklauzula 1.10 Używanie przez Zamawiającego Dokumentów Wykonawcy

Usunięto dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 1.10 w brzmieniu "Używanie przez Zamawiającego Dokumentów Wykonawcy" i zastąpiono go następującym brzmieniem: „Subklauzula 1.10 Przeniesienie majątkowych prawa autorskich oraz praw zależnych”.

Subklauzula 1.10 Przeniesienie majątkowych prawa autorskich oraz praw zależnych
Usunięto całą treść Subklauzuli 1.10 i zastąpiono ją następującą treścią:

Wykonawca oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe oraz prawa zależne, do utworów wytworzonych w trakcie realizacji przedmiotu Umowy i w ramach wynagrodzenia:

1) przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów w rozumieniu

ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności takich jak: raporty, mapy, wykresy, rysunki, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty powstałe przy realizacji Umowy oraz broszury, zwanych dalej utworami;

61

2) zezwala Zamawiającemu na dokonywanie opracowań i zmian utworów, na korzystanie z opracowań utworów oraz ich przeróbek oraz na rozporządzanie tymi opracowaniami wraz z przeróbkami -tj. udziela Zamawiającemu praw zależnych.

Nabycie przez Zamawiającego praw, o których mowa powyżej, następuje:

- 1) z chwilą faktycznego wydania poszczególnych części przedmiotu Umowy Zamawiającemu, oraz
- 2) bez ograniczeń co do terytorium, czasu, liczby egzemplarzy, w zakresie następujących pól eksploatacji:
 - a) użytkowania utworów na własny użytek, użytek swoich jednostek organizacyjnych oraz użytek osób trzecich w celach związanych z realizacją zadań Zamawiającego,
 - b) utrwalenie utworów na wszelkich rodzajach nośników, a w szczególności na nośnikach video, taśmie światłoczułej, magnetycznej, dyskach komputerowych oraz wszystkich typach nośników przeznaczonych do zapisu cyfrowego (np. CD, DVD, Blue-ray, pendrive, itd.),
 - c) zwielokrotnianie utworów dowolną techniką w dowolnej ilości, w tym techniką magnetyczną na kasetach video, techniką światłoczułą i cyfrową, techniką zapisu komputerowego na wszystkich rodzajach nośników dostosowanych do tej formy zapisu, wytwarzanie jakiegokolwiek techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową,
 - d) wprowadzania utworów do pamięci komputera na dowolnej liczbie stanowisk komputerowych oraz do sieci multimedialnej, telekomunikacyjnej, komputerowej, w tym do Internetu,
 - e) wyświetlanie i publiczne odtwarzanie utworu,
 - f) nadawanie całości lub wybranych fragmentów utworu za pomocą wizji albo fonii przewodowej i bezprzewodowej przez stację naziemną,
 - g) nadawanie za pośrednictwem satelity,
 - h) reemisja,
 - i) wymiana nośników, na których utwór utrwalono,
 - j) wykorzystanie w utworach multimedialnych,
 - k) wykorzystywanie całości lub fragmentów utworu co celów promocyjnych i reklamy,
 - l) wprowadzanie zmian, skrótów,

62

m) sporządzenie wersji obcojęzycznych, zarówno przy użyciu napisów, jak i lektora, n) publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez niego wybranym.

Równocześnie z nabyciem autorskich praw majątkowych do utworów Zamawiający nabywa własność wszystkich egzemplarzy, na których utwory zostały utrwalone.

Wykonawca zobowiązuje się, że wykonując Umowę będzie przestrzegał przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. - o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, ze zm.) i nie naruszy praw majątkowych osób trzecich, a utwory przekaże Zamawiającemu w stanie wolnym od obciążeń prawami tych osób."

Wykonawca zobowiązuje się do chwili faktycznego wydania poszczególnych Dokumentów Wykonawcy Zamawiającemu, (i) uzyskać od Autorów zapewnienia, iż nie będą oni wykonywać osobistych praw autorskich, w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego oraz w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter Inwestycji zmian w utworach wymienionych w niniejszej Subklauzuli oraz (ii) do podpisania oświadczenia o uzyskaniu od Autorów odpowiednich zapewnień wymienionych powyżej, które to oświadczenie będzie niezbędne dla uzyskania odbioru. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę któregokolwiek ze zobowiązań, o których mowa w zadaniu poprzednim,

Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu.

Wykonawca zobowiązuje się, do chwili faktycznego wydania Dokumentów Wykonawcy Zamawiającemu (i) do zapewnienia na podstawie odpowiednich umów, zawartych w formie pisemnej, dysponowania prawami autorskimi do każdego utworu w zakresie określonym postanowieniami niniejszej Umowy oraz (ii) do potwierdzenia, że prawa te nie zostały, ani nie zostaną zbyte ani ograniczone w zakresie, który wyłączałby lub ograniczałby prawa Zamawiającego, jakie nabywa on na podstawie niniejszej Umowy oraz (iii) do podpisania w tym zakresie stosownego oświadczenia, które to oświadczenie będzie niezbędne dla uzyskania odbioru. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań, o których mowa w zadaniu poprzednim, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu.

Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania stosownych oświadczeń Autorów i uprawnień do działania w imieniu Autorów oraz do przedłożenia w ich imieniu z chwilą faktycznego wydania poszczególnych części przedmiotu Umowy Zamawiającemu oświadczenia, iż Zamawiający oraz inne podmioty w tym celu przez Zamawiającego wskazane, zostały upoważnione przez

63

Autorów do wykonywania osobistych praw autorskich w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego oraz w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter Inwestycji zmian w utworach wymienionych w niniejszej Subklauzuli (w szczególności takich jak: raporty, mapy, wykresy, rysunki, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia inne dokumenty powstałe przy realizacji Umowy oraz broszury, zwanych dalej utworami), oraz że Wykonawca jest uprawniony do działania w imieniu Autorów w tym zakresie. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań, o których mowa w zadaniu poprzednim, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu.

Wykonawca oświadcza, iż z chwilą faktycznego wydania poszczególnych części przedmiotu Umowy Zamawiającemu zarówno Zamawiający i/lub inne podmioty przez Zamawiającego wskazane będą upoważnione przez Autorów, w których imieniu działa Wykonawca do wykonywania, w imieniu Autorów przysługujących im autorskich praw osobistych, w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego oraz w zakresie dokonywania koniecznych lub uzasadnionych ze względu na optymalizację lub charakter Inwestycji zmian w utworach wytworzonych w trakcie realizacji przedmiotu niniejszej Umowy (w szczególności takich jak: raporty, mapy, wykresy, rysunki, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty powstałe przy realizacji Umowy oraz broszury, zwanych dalej utworami). W przypadku naruszenia przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w zdaniu poprzednim, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia szkód poniesionych przez Zamawiającego z tego tytułu.

W klauzuli nr 4 w spornym zakresie zamawiający wprowadził następujące postanowienia :

Subklauzula 4.2 Zabezpieczenie Wykonania

Usunięto całą treść Subklauzuli 4.2 i zastąpiono ją następującą treścią:

Strony zgodnie potwierdzają, iż przed zawarciem Umowy Wykonawca wniósł Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe.

Zabezpieczenie Wykonania służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z Kontraktu, w tym również zobowiązań określonych w Subklauzuli 4.4.

Jeśli Zabezpieczenie Wykonania będzie wniesione w formie innej niż pieniężna, to Wykonawca będzie samodzielnie, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego przedłużał ważność Zabezpieczenia Wykonania, aż do wystawienia Świadectwa Wykonania.

64

Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej w Akcie Umowy.

Jeżeli Wykonawca nie przedłuży ważności Zabezpieczenia Wykonania na 30 dni przed upływem ważności Zabezpieczenia Wykonania, wówczas Zamawiający jest uprawniony do

dokonania wypłaty kwot z Zabezpieczenia Wykonania. Uzyskana kwota zostanie zatrzymana tytułem przedłużonego Zabezpieczenia Wykonania.

Zabezpieczenie Wykonania będzie zwrócone Wykonawcy w terminie 30 dni od daty wystawienia Świadczenia Wykonania zgodnie z Subklauzulą 11.9 [Świadczenie Wykonania], z zastrzeżeniem, iż Zamawiający pozostawi kwotę w wysokości 30% Zabezpieczenia Wykonania na zabezpieczenie roszczeń z tytułu Rękojmi za Wady.

Kwotę pozostawioną na zabezpieczenie roszczeń z tytułu Rękojmi za Wady Zamawiający zwróci nie później niż w 15 dni po upływie okresu Rękojmi za Wady.

Zmiana formy Zabezpieczenia jest możliwa zarówno w okresie wykonania Umowy jak również w okresie Rękojmi za Wady zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający jest uprawniony do wykorzystania środków z Zabezpieczenia Wykonania na poczet kosztów wykonania Robót lub innych świadczeń przez inny podmiot na koszt i ryzyko Wykonawcy.

Subklauzula 4.3 Przedstawiciel Wykonawcy

Skreśla się ostatni akapit Subklauzuli 4.3.

Na końcu Subklauzuli 4.3 dodaje się następującą treść:

Przedstawiciel Wykonawcy i osoby na które delegowane są jego pełnomocnictwa, funkcje i upoważnienia zobowiązane są biegłe posługiwać się językiem polskim w mowie i w piśmie. Jeśli zgodnie z ustaleniami Inżyniera taka sytuacja nie ma miejsca, Wykonawca jest zobowiązany zapewnić przez cały czas pracy odpowiednio wykwalifikowanego tłumacza dysponującego zarówno wiedzą ogólną jak i wiedzą techniczną w zakresie tłumaczenia.

Wykonawca wyznaczy Przedstawiciela Wykonawcy, w osobie innej niż kierownik budowy, posiadającego kwalifikacje, który podlega zatwierdzeniu Zamawiającego.

65

Przedstawiciel Wykonawcy (o ile posiada do tego stosowne upoważnienie) lub Wykonawca deleguje uprawnienia na kierownika budowy w zakresie niezbędnym do działania w imieniu i na rzecz Wykonawcy Kontraktu.

Zarówno Przedstawiciel Wykonawcy jak i kierownik budowy zobowiązani są zapewnić jednolitość stanowiska Wykonawcy.

Wykonawca nie może również ustanawiać innych przedstawicieli niż wymienionych w Kontrakcie, bez pisemnej zgody Zamawiającego.

Subklauzula 4.4 Podwykonawcy

Usunięto dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 4.4 w brzmieniu "Podwykonawcy" i zastąpiono go następującym: „Subklauzula 4.4 Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”.

Subklauzula 4.4 Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy

Usunięto całą treść Subklauzuli 4.4 i zastąpiono ją następującą treścią:

Wykonawca będzie w pełni odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy, Dostawcy, Usługodawcy i ich przedstawicieli lub pracowników, tak jakby były to działania lub uchybienia Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do terminowego regulowania wszelkich zobowiązań wobec Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców, 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 kwot z Zabezpieczenia Wykonania, w celu dokonania zapłaty należności na rzecz Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców.

Wykonawca nie podzleci Podwykonawcom innych Robót niż wskazane w Ofercie, bez zgody Zamawiającego.

Każdorazowe skierowanie Podwykonawcy do wykonania Robót wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez Zamawiającego i w związku z tym:

- (a) Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Inżynierowi oraz Zamawiającemu (kopię) dokumenty wymagane do akceptacji Podwykonawcy tj. umowę z Podwykonawcą lub jej projekt, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania Robót określonych w umowie lub projekcie oraz wynagrodzeniem. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest

66

przedstawić odpis z Krajowego Rejestru Sądowego lub inny dokument, właściwy dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazujący na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron umowy oraz dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót.

- (b) Zamawiający podejmie decyzję, wyrażając zgodę lub sprzeciw na zawarcie tejże umowy w formie pisemnej. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia jemu umowy z Podwykonawcą lub jej projektu nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.
- (c) Po uzyskaniu zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z Podwykonawcą lub jeżeli Zamawiający nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy lub jej projektu w powyższym terminie, Wykonawca przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu zawartej umowy z Podwykonawcą o treści zgodnej z zatwierdzonym przez Zamawiającego projektem umowy.

Do wszelkich zmian do umów między Wykonawcą a Podwykonawcą stosuje się procedurę określoną w pkt (a) * (c) powyżej.

Nie wypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych powyżej stanowi podstawę do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy z Placu Budowy. Niniejszy zapis nie wyklucza innych uprawnień Zamawiającego określonych w Warunkach Kontraktu.

W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą. Wykonawca jest zobowiązany do zgłoszenia Inżynierowi wszystkich Dostawców i Usługodawców oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów. Zgłoszenie powinno zawierać nazwę Dostawcy lub Usługodawcy, kopię zawartej umowy, zakres rzeczowy i wartość świadczeń.

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 poświadczono do zapłaty w Świadectwie Płatności przez Inżyniera, usługi lub dostawy i udokumentuje zasadność takiego żądania dokumentami potwierdzającymi

67

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 poświadczono 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.

Jeżeli po takim wezwaniu Wykonawca nie dostarczy dowodów, że sumy należne Podwykonawcy zostały zapłacone to:

- i. Zamawiający, po potwierdzeniu kwoty przez Inżyniera, zapłaci na rzecz Podwykonawcy należną kwotę. Zapłata na rzecz Podwykonawcy zostanie dokonana w walucie, w jakiej rozliczana jest umowa między Wykonawcą a Zamawiającym.

Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z Art. 647 i §5 k.c., będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego.

Po dokonaniu zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec Zamawiającego na te zarzuty wobec Podwykonawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę w terminie 7 dni po doręczeniu wezwania opisanego powyżej.

Strony zgodnie oświadczają, że jeżeli po wezwaniu przez 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 poprzez zapłatę to:

- i. Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatności 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.

Zapłata na rzecz Dostawcy lub Usługodawcy zostanie dokonana w walucie, w jakiej rozliczana jest umowa między Wykonawcą a Zamawiającym.

68

Po dokonaniu zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Dostawcy lub Usługodawcy, Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec Zamawiającego na te zarzuty wobec Dostawcy lub Usługodawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę w terminie 7 dni po doręczeniu wezwania opisanego powyżej.

W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie (Konsorcjum), umowy z Podwykonawcami, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum.

Umowa z Podwykonawcą nie 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 Świadcstwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę, oraz
- b) warunkujących Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot Zabezpieczenia przez Wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego.

Dopuszcza się możliwość, zmiany biorących udział w realizacji części zamówienia podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, za pomocą których Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku zaproponowany nowy Podwykonawca, zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy Podwykonawca. Zmiana taka nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy.

Subklauzula 4.10 Dane o Placu Budowy

Usunięto pierwszy akapit Subklauzuli 4.10 i w jego miejsce wpisano następującą treść:
Informacje o Placu Budowy będące w posiadaniu Zamawiającego zawarte zostały w Wymaganiach Zamawiającego. Pozostałe dane Wykonawca uzyska we własnym zakresie i własnym staraniem.

Dodana Subklauzula 4.27 Zabezpieczenie przylegających nieruchomości

Wykonawca, na własną odpowiedzialność i na swój koszt, jest zobowiązany podejmować wszelkie środki zapobiegawcze wymagane zasadami rzetelnej praktyki budowlanej oraz

69

aktualnymi okolicznościami, aby zabezpieczyć nieruchomości, drogi i inne budowle i urządzenia sąsiadujące z Placem Budowy i znajdujące się na nich budynki przed jakimikolwiek oddziaływaniami, w tym w szczególności przed hałasem, kurzem, błotem, wibracjami oraz przed jakimikolwiek oddziaływaniami czy uszkodzeniami.

Wykonawca zobowiązuje się, że zwolni Zamawiającego z obowiązku jakichkolwiek świadczeń z tytułu jakichkolwiek szkód wyrządzonych komukolwiek w związku z wykonywaniem umowy, w tym w szczególności właścicielom nieruchomości i budynków sąsiadujących z Placem Budowy w zakresie, w jakim są one pochodną naruszeń dóbr podmiotów prawa cywilnego spowodowanych przez Wykonawcę.

Dodana Subklauzula 4.28 istniejąca infrastruktura

Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich dróg, rowów odwadniających, istniejących instalacji, w szczególności takich jak kanalizacja, odwodnienie, linie i słupy telefoniczne, linie i słupy energetyczne, kable, światłowody, wodociągi, gazociągi, punktów osnowy geodezyjnej i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek prac i Robót mogących

uszkodzić istniejącą infrastrukturę.

Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania jakichkolwiek Robót, kontrolne wykopy będą wykonane w celu zidentyfikowania podziemnej instalacji, której uszkodzenie może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa ruchu lub spowodować szkodę dla jakiejkolwiek osoby. Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie uszkodzenia w szczególności: dróg, rowów odwadniających, istniejących instalacji, w szczególności takich jak kanalizacja, odwodnienie, linie i słupy telefoniczne, linie i słupy energetyczne, kable, światłowody, wodociągi, gazociągi, punktów osnowy geodezyjnej i infrastruktury jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót. Wykonawca niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia, a także, jeśli to konieczne, przeprowadzi inne prace niezbędne dla usunięcia powstałej szkody na własny koszt.

Wykonawca będzie zobowiązany uzyskać na piśmie wszelkie konieczne zgody i zezwolenia władz lokalnych, przedsiębiorców i właścicieli, wymagane do niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji, każdorazowo na podstawie uzgodnień poczynionych z Inżynierem.

W klauzuli nr 5 w spornym zakresie zamawiający zawarł postanowienia:

70

Subklauzula 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

W Subklauzuli 5.1 wprowadza się następujące zmiany:

Usunięto pierwsze zdanie pierwszego akapitu Subklauzuli 5.1 rozpoczynające się od wyrazów „Wykonawca sporządzi projekt...” i w jego miejsce wpisano następującą treść:

Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia projektu budowlanego obejmującego Roboty określone w Wymaganiach Zamawiającego, zgodnego z Prawem budowlanym, oraz pozostałe projekty przewidziane w Umowie, w tym w szczególności projekty wykonawcze o stopniu szczegółowości wystarczającym do sprawdzenia, weryfikacji, zatwierdzenia lub zaopiniowania Robót przez Inżyniera oraz wykonania Robót i dokonania ich odbioru, a także Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru Robót budowlanych. Wykonawca jest uprawniony wykorzystać opracowania projektowe przekazane przez Zamawiającego w celach informacyjnych.

Wykonawca będzie odpowiedzialny za projekty jako projektant w rozumieniu Prawa budowlanego. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić stały nadzór autorski zgodnie z wymogami Prawa budowlanego. W ramach nadzoru autorskiego Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszystkich projektów zgodnie z warunkami określonymi w Wymaganiach Zamawiającego.

Na końcu pierwszego zdania drugiego akapitu Subklauzuli 5.1 po wyrazach „konieczne do wykonania projektu” dodaje się wyrazy o treści: „oraz uprawnienia projektowe wymagane przez Prawo budowlane”.

Usunięto trzeci akapit Subklauzuli 5.1 rozpoczynający się od wyrazów „Po otrzymaniu powiadomienia...” i w jego miejsce wpisano następującą treść:

Wykonawca oświadcza, że przed złożeniem Oferty zapoznał się z Wymaganiami Zamawiającego oraz uznał zawarte tam informacje, wymagania, odniesienia, warunki, w szczególności informacje projektowe, wytyczne, ekspertyzy i dokumenty za prawidłowe i wystarczające do zaprojektowania i wykonania prac oraz Robót zgodnie z Kontraktem. Gdyby Wykonawca po Dacie Rozpoczęcia wg. Subklauzuli 8.1 napotkał w Wymaganiach Zamawiającego błędy, wady lub nieprawidłowości, spoczywa na nim ciężar dowodu, że takiego błędu, wady lub nieprawidłowości doświadczony Wykonawca nie mógł znaleźć przed złożeniem Oferty. Wówczas Wykonawca jest zobowiązany dać Inżynierowi stosowne powiadomienie, a Inżynier jest uprawniony zwracać się o dodatkowe dowody, za każdym razem, kiedy uzna to za stosowne. W każdym przypadku Subklauzulę 1.9 stosuje się odpowiednio.

71

W klauzuli nr 6 w subklauzuli nr 6.8 Kierownictwo Wykonawcy zamawiający wprowadził na końcu tej subklauzuli następujące postanowienia:

„Wykonawca jest zobowiązany skierować do realizacji zamówienia osoby wskazane w Formularzu „Potencjał kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia”, a w przypadku

konieczności zastąpienia którejkolwiek ze wskazanych osób, zobowiązany jest do wskazania osoby posiadającej kwalifikacje i doświadczenie nie niższe od określonych w Ogłoszeniu o Zamówieniu.

Niezapewnienie przez Wykonawcę Kierownictwa Wykonawcy daje prawo Inżynierowi lub Zamawiającemu do wstrzymania Robót w całości lub w części lub prawo do powiadomienia o roszczeniu Zamawiającego zgodnie z subklauzulą 2.5. [Roszczenia Zamawiającego].

Jakakolwiek przerwa w projektowaniu, realizacji Robót wynikająca z braku Kierownictwa Wykonawcy będzie traktowana jako przerwa wynikła z przyczyn zależnych d Wykonawcy i nie może stanowić podstawy do zmiany Czasu na Ukończenie.

Zmiana w trakcie realizacji przedmiotu niniejszej Umowy którejkolwiek z osób, umocowanych lub uprawnionych do wykonywania projektów, kierowania budową i do kierowania robotami, musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i wymaga pisemnego zaakceptowania przez Inżyniera w porozumieniu z Zamawiającym. Inżynier zaakceptuje lub odrzuci taką zmianę w ciągu 7 dni od daty przedłożenia zmiany. Zmiana taka nie będzie miała wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową. Wykonawca przedłoży Inżynierowi propozycję zmiany, nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem do wykonania projektów, kierowania budową lub robotami którejkolwiek osoby. Odmowa akceptacji zmiany przez Inżyniera wymaga pisemnego uzasadnienia. Jakakolwiek przerwa w realizacji przedmiotu umowy wynikająca z braku projektanta, kierownictwa budowy lub robót traktowana będzie jako przerwa wynikła z przyczyn zależnych od Wykonawcy, co zostanie odnotowane w Dzienniku Budowy i nie będzie stanowić podstawy do przedłużenia Czasu na Ukończenie.

Wyznaczenie do wykonania projektu, kierowania budową lub robotami osób, bez akceptacji Zamawiającego, może stanowić podstawę odstąpienia od Umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy z zachowaniem procedury określonej w Subklauzuli 15.1 i 15.2 Warunków Kontraktu."

W klauzuli nr. 7 zamawiający dodał :

Dodana Subklauzula 7.9 Materiały z rozbiórki

72

Materiały z rozbiórki wskazane przez Zamawiającego, które stanowią własność Zamawiającego, albo właściciela przebudowywanych urządzeń obcych, Wykonawca jest zobowiązany przetransportować oraz złożyć w miejscach wskazanych przez Inżyniera, w odległości nie większej niż 60 km od Placu Budowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.

Pozostałe materiały z rozbiórki Wykonawca jest zobowiązany usunąć poza Plac Budowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.

Wszelkie koszty wynikające z niniejszej Subklauzuli uważa się za uwzględnione w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.

W klauzuli nr 8 zamawiający w spornym zakresie wprowadził następujące zmiany :

Subklauzulą 8.3 Harmonogram

Usunięto dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 8.3 w brzmieniu "Harmonogram" i zastąpiono go następującym: „Subklauzulą 8.3 Program".

Subklauzulą 8.3 Program

Usunięto całą treść Subklauzuli 8.3 i zastąpiono ją następującą treścią:

W terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia, Wykonawca przedłoży do zatwierdzenia Inżynierowi szczegółowy Program, składający się w szczególności z następujących części:

- a) Prace projektowe i roboty budowlane;
- b) Zasoby sprzętowe i personalne;
- c) Przeroby i płatności.

Jeżeli Wykonawca nie dotrzyma powyższego terminu przedłożenia szczegółowego Programu, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Karę umowną, według Subklauzuli 8.7 Warunków Kontraktu.

Program oraz wszystkie jego aktualizacje będą złożone w wersji papierowej i w edytowalnej wersji elektronicznej w układzie uzgodnionym z Inżynierem. Program winien cechować się czytelnością, być sporządzony w wersji opisowej oraz graficznej zawierającej zaznaczony postęp prac i Robót. Wykonawca zobowiązany jest posiadać na Placu Budowy kopię Programu.

Część Programu dotycząca prac projektowych i robót budowlanych będzie zawierała:

- (a) kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza realizować zadania objęte Kontraktem z wyraźną graficzną ilustracją ścieżki krytycznej Robót, a w szczególności; terminy wykonywania Dokumentów Wykonawcy oraz kolejność i terminy wykonywania Robót tak aby osiągnąć techniczne zakończenie zakresu określonego w każdym Kamieniu Milowym, wraz z uwzględnieniem terminu wykonania prób końcowych dla każdego asortymentu Robót określonych w danym Kamieniu Milowym, oraz dla pozostałych Robót, a także uzyskanie pozwolenia na Użytkowanie przed upływem Czasu na Ukończenie, oraz
- (b) okresy na przeglądy wg Subklauzuli 5.2 [Dokumenty Wykonawcy] oraz na wszelkie inne przedłożenia, zatwierdzenia i wyrażenia zgody wyszczególnione w Wymaganiach Zamawiającego, oraz
- (c) kolejność i rozłożenie w czasie inspekcji i prób wyspecyfikowanych w Kontrakcie, oraz
- (d) daty rozpoczęcia i zakończenia Robót na realizowanej inwestycji, oraz daty rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych asortymentów Robót. Program w szczególności zakładał będzie rozpoczęcie i prowadzenie Robót w pełnym zaangażowaniu, jednocześnie na wszystkich uzgodnionych z Inżynierem obiektach inżynierskich, oraz
- (e) założenie prowadzenia w okresie zimowym stałych dostaw materiałów na plac budowy w zakresie niezbędnym dla zachowania ciągłości robót budowlanych, co najmniej na poziomie określonym przez Inżyniera, oraz
- (f) planowane przerwy w prowadzeniu Robót ze względu na wymogi zawarte w zapisach Warunków Kontraktowych (np.: ze względu na wymogi Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach), oraz
- (h) planowane zmiany w organizacji ruchu na poszczególnych etapach realizacji inwestycji, oraz
- (i) rezerwy czasowe, w tym w szczególności wynikające z etapowania Robót, przyjętych technologii prowadzenia robót budowlanych oraz innych okoliczności, oraz
- 0) przewidywany scenariusz wprowadzenia prac zastępczych uwzględniający zmianę tj. przerzucenie frontu Robót na nowe miejsca w przypadku prowadzenia inwestycji skomplikowanych, na których przewiduje się możliwość wystąpienia spraw uniemożliwiających zachowanie ciągłości w prowadzeniu Robót, problemy formalne, organizacyjne lub technologiczne, oraz
- (k) Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Milowe) ustalone w Załączniku do Oferty -Dane Kontraktowe, oraz

- (l) datę sporządzenia Części Programu, podpis osoby sporządzającej, datę zatwierdzenia oraz podpis osoby zatwierdzającej.

Część Programu dotycząca zasobów sprzętowych i personalnych będzie zawierała:

- (a) ogólny opis metod, które Wykonawca zamierza przyjąć i głównych etapów w realizacji Robót, oraz
- (b) szczegółowe informacje przedstawiające szacunek liczebności każdej grupy personelu Wykonawcy oraz każdego typu Sprzętu Wykonawcy wymaganych na Placu Budowy dla każdego głównego etapu w każdym miesiącu realizacji Kontraktu, niezbędnych do realizacji prac projektowych i robót budowlanych w Czasie na Ukończenie, oraz
- (c) datę sporządzenia Części Programu, podpis osoby sporządzającej, datę zatwierdzenia oraz podpis osoby zatwierdzającej.

Część Programu dotycząca przerobów i płatności będzie zawierała:

- (a) szacowane przeroby i płatności (brutto) w układzie miesięcznym oraz ewentualne ich aktualizacje, oraz
- (b) koszty ogólne rozłożone proporcjonalnie na cały czas trwania Kontraktu, oraz
- (c) datę sporządzenia Części Programu, podpis osoby sporządzającej, datę zatwierdzenia oraz podpis osoby zatwierdzającej.

Wykonawca będzie przedkładał aktualizację Programu, kiedykolwiek poprzedni Program stanie się niespójny z faktycznym postępem prac lub Robót, Inżynier nie zaakceptuje Programu lub jego aktualizacji, jako zgodnych z Kontraktem, w

którym data zakończenia Robót łącznie z dokonaniem wszelkich formalności przewidzianych w Kontrakcie, w tym w szczególności uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie wykraczają poza Czas na Ukończenie lub który sporządzony został z uwzględnieniem roszczeń nierozpatrzonych bądź odrzuconych przez Inżyniera lub Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 20.1.

Jeżeli w jakimkolwiek momencie Inżynier da Wykonawcy powiadomienie, że Program (w podanym zakresie) lub jego aktualizacja nie zgadza się z wymaganiami określonymi Kontraktem, a w ocenie inżyniera złożenie takiego Programu jest możliwe, to po uwzględnieniu uwag Inżyniera, Wykonawca w terminie określonym przez Inżyniera, przedłoży Inżynierowi zaktualizowany Program. Dotyczy to również sytuacji, gdy Program lub jego aktualizacja nie

75

jest w ocenie Inżyniera lub Zamawiającego spójny z faktycznym postępem pracy, Robót oraz przyjętymi przez Wykonawcę założeniami.

Jeżeli w ciągu 14 dni od dostarczenia Programu lub jakiegokolwiek jego aktualizacji do Inżyniera, Inżynier nie zgłosi do niego uwag, to Program lub jego aktualizację będzie się uważało za zatwierdzone. W przypadku zgłoszenia przez Inżyniera uwag Wykonawca będzie zobowiązany do ich uwzględnienia w terminie 7 dni i ponownie przedłoży Program lub jego aktualizację Inżynierowi do zatwierdzenia.

Jeśli Wykonawca nie uwzględni uwag Inżyniera w powyższym terminie lub przedłożony przez Wykonawcę Program lub aktualizacja Programu będzie w ocenie Inżyniera niezgodny z Kontraktem, a w ocenie Inżyniera złożenie takiego Programu jest możliwe, to Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty Kar umownych zgodnie z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu. Zatwierdzenie Programu lub jego aktualizacji nie stanowi zmiany Kontraktu i nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte i terminowe wykonanie Kontraktu.

Do czasu zatwierdzenia zaktualizowanego Programu obowiązuje poprzednio zatwierdzony Program. Wykonawca jest związany zatwierdzonym Programem. Nieprzestrzeganie, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, zatwierdzonego Programu stanowi naruszenie Warunków Kontraktu oraz przesłankę określoną w Subklauzuli 15.2 Warunków Kontraktu. Wykonawca ma prawo do powoływania się na Program, począwszy od dnia, który uznaje się za jego ostateczne zatwierdzenie.

Subklauzulą 8.4 Przedłużenie Czasu na Ukończenie

Usunięto dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 8.4 w brzmieniu "Przedłużenie Czasu na Ukończenie" i zastąpiono go następującym: „Subklauzulą 8.3 Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania”.

Subklauzulą 8.4 Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania

W Subklauzuli 8.4 wprowadza się następujące zmiany:

Punkt (d) nie będzie miał zastosowania.

Skreśla się dotychczasowy drugi akapit rozpoczynający się od wyrazów „Jeżeli Wykonawca uważa się...”.

76

Na końcu Subklauzuli 8.4 dodaje się następującą treść:

Wykonawca będzie również uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 *[Roszczenia Wykonawcy]* do przedłużenia terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, jeśli i w takim zakresie, w jakim wykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania w terminie jest, lub przewiduje się, że będzie, opóźnione wskutek któregośkolwiek z powodów wymienionych powyżej.

Na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, na podstawie analizy ścieżki krytycznej zatwierdzonego zgodnie z Subklauzulą 8.3 Programu, konieczności przedłużenia Czasu na Ukończenie dla całości Robót (Odcinka) lub terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania wskutek któregośkolwiek z powodów wymienionych powyżej.

Inżynier może określić nowy Czas na Ukończenie lub nowy termin wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, zgodnie z Subklauzulą 20.1, wyłącznie na podstawie przyczyn i okoliczności niezależnych od Wykonawcy. Przy ocenie powyższego uwzględnione zostaną poprzednie zmiany Czasu na Ukończenie, zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania oraz roszczenia Zamawiającego zgłoszone zgodnie z Subklauzulą 2.5 Warunków Kontraktu.

Inżynier przy ocenie roszczeń Wykonawcy związanych z przedłużeniem Czasu na Ukończenie lub zmianą terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania jest uprawniony do oceny roszczeń Wykonawcy, w zestawieniu i w kontekście do zawinionych opóźnień leżących po stronie Wykonawcy Robót. Inżynier jest uprawniony do uwzględnienia wzajemnych wpływów, uzasadnionych i zaakceptowanych przez Inżyniera i Zamawiającego roszczeń Wykonawcy z wykazanymi opóźnieniami leżącymi po stronie Wykonawcy.

Strony zgadzają się, że dla Robót wynikających z Kontraktu, ryzyko niesprzyjających warunków klimatycznych jest ryzykiem Wykonawcy. Wykonawca zapoznał się z charakterystyką klimatu, jego możliwymi zmianami i wahaniami temperatur, występowaniem opadów deszczu oraz śniegu w Kraju, takie ryzyko przyjął i w kalkulował w cenę Oferty oraz uwzględnił w Czasie na Ukończenie.

Jeżeli przemawia za tym możliwość wcześniejszego wykorzystania części Robót, na które nie miały wpływu przyczyny i okoliczności powodujące przedłużenie Czasu na Ukończenie, Inżynier może z uwzględnieniem Subklauzuli 3.5 wskazać ograniczoną część Robót, których

77

dotyczyć będzie przedłużenie Czasu na Ukończenie - taka część Robót będzie traktowana jako Odcinek. W takim przypadku Czas na Ukończenie pozostaje niezmienny w części Robót poza Odcinkiem, a ich przejęcie nastąpi w trybie Subklauzuli 10.2.

Subklauzulią 8.6 Szybkość postępu pracy

Po pierwszym akapicie Subklauzuli 8.6 dodaje się następującą treść:

Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć taki uaktualniony Program wraz z metodami przyspieszenia postępu prac i ukończenia w ciągu Czasu na Ukończenie w terminie 14 dni od otrzymania powiadomienia Inżyniera w tej sprawie. Do zatwierdzenia uaktualnionego Programu wraz z metodami stosuje się odpowiednio postanowienia Subklauzuli 8.3 Warunków Kontraktu. Jeżeli Wykonawca nie dotrzyma terminu wyznaczonego w niniejszej Subklauzuli dla przedłożenia uaktualnionego Programu, to Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty Kar umownych zgodnie z Subklauzulą 8.7 Warunków Kontraktu.

Subklauzulią 8.7 Odszkodowanie umowne za opóźnienie

Usunięto dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 8.7 w brzmieniu "Odszkodowanie umowne za opóźnienie" i zastąpiono go następującym: „Subklauzulią 8.3 Kary umowne”.

Subklauzulią 8.7 Kary umowne

Usunięto całą treść Subklauzuli 8.7 i zastąpiono ją następującą treścią:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Kary umowne:

- (a) za przekroczenie Czasu na Ukończenie, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 0,05 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień zwłoki;
- (b) z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 lub innych, leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 15 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, a w przypadku odstąpienia od części Robót - w wysokości 15% wartości tych Robót.
- (c) za niewykonanie każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Miłowych) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu,, w wysokości 0,02 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień zwłoki. Kary

78

- umowne za niespełnienie każdego z warunków dotyczących Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naliczane będą oddzielnie;
- (d) za nieprzedłożenie lub przekroczenie terminu przedłożenia lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do: Programu lub jego aktualizacji (Subklauzula 8.3 i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5 000 PLN (pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki;
 - (e) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad lub szkód oraz wykonania zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia w terminie określonym przez Inżyniera lub Zamawiającego w wysokości 10 000 PLN (dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki;
 - (f) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad lub szkód oraz wykonania zaległych prac ujawnionych w Okresie Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu w terminie określonym przez Inżyniera lub Zamawiającego w wysokości 10 000 PLN (dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zwłoki
 - (g) za niezgłoszenie, zgodnie z Subklauzulą 4.4, któregośkolwiek z Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców - w wysokości 30 000 PLN (trzydzieści tysięcy złotych), za każdego niezgłoszonego Podwykonawcę, Dostawcę lub Usługodawcę;
 - (h) za wykonywanie za pomocą Podwykonawców innych Robót niż wskazane w Ofercie bez zgody Zamawiającego - w wysokości 10% wartości wykonywanych przez Podwykonawców Robót,
 - (i) za przystąpienie do Robót bez zatwierdzonego Programu Zapewnienia Jakości, Projektu Tymczasowej Organizacji Ruchu lub wykonywanie Robót niezgodnie z zatwierdzonym Projektem Tymczasowej Organizacji Ruchu - w wysokości 10 000 PLN (dziesięć tysięcy złotych), za każdy dzień,
 - (j) za wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia Robót, niezgodnych z zatwierdzonym Projektem Organizacji Ruchu, braki w oznakowaniu, oraz wykonanie lub utrzymanie oznakowania z nienależytą starannością - w wysokości 5 000 PLN (pięć tysięcy złotych), za każdy dzień stwierdzonych powyższych nieprawidłowości
 - (k) za przekroczenie czasu określonego w zatwierdzonym Programie na ukończenie robót danego odcinka sieci ciepłowniczej określonego w Załączniku do Oferty-Dane Kontraktowe jako Odcinek według Subklauzuli 1.1.5.6. w wysokości 0,03 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień zwłoki;

79

Zapłacenie przez Wykonawcę Kar umownych w przypadkach określonych powyżej nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ukończenia Robót lub jakichkolwiek innych obowiązków i zobowiązań wynikających z Kontraktu.

Każda z Kar umownych wymienionych w pkt (a - k) jest niezależna od siebie, a Zamawiający ma prawo dochodzić każdej z nich niezależnie od dochodzenia pozostałych.

Wykonawca zapłaci karę określoną w pkt k na podstawie noty obciążeniowej wystawionej przez SPEC.

Zamawiający może potrącić kwotę Kary umownej z każdej płatności należnej lub jaka będzie się należeć Wykonawcy.

Zamawiający zapłaci Wykonawcy Karę umowną z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie przez Zamawiającego] i Subklauzuli 15.5 [Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia] i Subklauzuli 19.7 [Zwolnienie z wywiązywania się - zgodne z prawem] i art. 145 Prawa zamówień publicznych.

Łączna wysokość Kar umownych należnych Zamawiającemu nie przekroczy 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści.

Subklauzula 8.10 Płatność za Urządzenia i Materiały w wypadku zawieszenia

Usunięto całą treść Subklauzuli 8.10 jako nie mającą zastosowania w niniejszych Warunkach Kontraktowych.

W klauzuli nr 11 zamawiający dodał subklauzule :

Dodana Subklauzula 11.12 Zobowiązania w Okresie Gwarancji Jakości

Wykonawca udziela Zamawiającemu pisemnej Gwarancji Jakości, w zakresie i na okres określony w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe. Okres Gwarancji Jakości dla danego elementu Robót oraz dla Dokumentów Wykonawcy upływa w terminie określonym w Gwarancji Jakości liczonym od daty wskazanej w Świadectwie Wykonania.

80

W każdym wypadku, kiedy wykonywane jest jakiekolwiek świadczenie gwarancyjne, okres Gwarancji Jakości w odniesieniu do danego elementu Robót ulega odpowiedniemu wydłużeniu.

Okres Gwarancji Jakości ulega odpowiedniemu przedłużeniu o czas, w którym elementy Robót, urządzeń lub wyposażenia określone w Gwarancji Jakości oraz Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe nie mogą być używane zgodnie z ich przeznaczeniem z powodu jakiejkolwiek wady.

Cała praca wymagana dla usunięcia wad zostanie wykonana bez obciążania Zamawiającego żadnym kosztem ani opłatą, to znaczy zostanie wykonane na koszt i ryzyko Wykonawcy.

Dodana Subklauzula 11.13 Rękojmia za Wady

Niezależnie od uprawnień wynikających z tytułu Gwarancji Jakości, Zamawiającemu przysługują ponadto uprawnienia z tytułu Rękojmi za Wady. Strony ustalają, że Okres Rękojmi za Wady dla Dokumentów Wykonawcy oraz Robót rozpoczyna się od daty wskazanej w Świadectwie Wykonania i trwa przez okres 60 (sześćdziesięciu) miesięcy.

W klauzuli nr 13 w zakresie sporny postanowiono :

Subklauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu

Usunięto całą treść Subklauzuli 13.8 i zastąpiono ją następującą treścią:

Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen Robót zgodnie z niniejszą Subklauzulą. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek cen Robót, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych Klauzul, będzie się uważało, że Zaakceptowana Kwota Kontraktowa zawiera rezerwy na pokrycie innych nieprzewidzianych wzrostów lub spadków cen Robót.

Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszej Subklauzuli wskaźniki cen obiektów drogowych (Wd) i wskaźniki cen obiektów mostowych (Wm) publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. W przypadku, gdyby te wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS.

Wartości Robót będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 13 pełnego miesiąca kalendarzowego od daty zawarcia Umowy. Waloryzacji będą podlegać wartości Robót poświadczonych w Przejściowych Świadectwach Płatności.

81

W tym przypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części Umowy.

W klauzuli 14 w subklauzuli 14.3 zamawiający wprowadził następujące postanowienia ;

Subklauzula 14.3 Występowanie o Przejściowe Świadectwa Płatności

W Subklauzuli 14.3. wprowadza się następujące zmiany :

W pierwszym zdaniu Subklauzuli 14.3 wyraz „Sześciu” zastępuje się wyrazem ”trzech”. W punkcie (a) Subklauzuli 14.3. skreśla się wyraz „szacunkowa”. Na końcu Subklauzuli 14.3 dodaje się następującą treść:

„Przed rozpoczęciem Robót Stałych Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych (ZPRS) oparty o własne wyliczenia Wykonawcy oparte na kalkulacji poszczególnych elementów rozliczeniowych, na podstawie Projektu budowlanego lub wykonawczego sporządzonego przez Wykonawcę zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego.

ZPRS obejmuje przewidywane końcowe ilości głównych elementów ryczałtowych (rozliczeniowych) Robót Stałych, podanych w Załączniku do Oferty – Wykazie Płatności, wycenionych jako wartości ryczałtowe tak, aby suma ich pokrywała odpowiednią część Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, z wyłączeniem wartości Dokumentów Wykonawcy i innych należności nie związanych z Robotami.

ZPRS jest uszczegółowieniem Wykazu Płatności i będzie służył do celów oszacowania lub Określenia zaawansowania Robót Stałych.

ZPRS nie będzie miał żadnego wpływu na Cenę Kontraktową należną z mocy Kontraktu i będzie podlegał zatwierdzeniu przez Inżyniera, które zawsze może zostać przez Inżyniera uchylone.

Inżynier nie odmówi, ani nie uchyli zatwierdzenia bez ważnego powodu. W szczególności Inżynier ma prawo odmowy zatwierdzenia lub uchylenia wcześniej wydanego zatwierdzenia ZPRS jeśli jest on przygotowany w sposób zawyżający płatności za jakiegokolwiek elementy robót w odniesieniu do rynkowych cen tego elementu Robót.

Przed wydaniem Świadczenia Przejścia Robót, ZPRS będzie rewidowany i ponownie przedłożony do zatwierdzenia przez Inżyniera wtedy, kiedy okaże się, że faktyczna ilość zakończonych Robót Stałych jest inna niż to oszacował Wykonawca sporządzając ZPRS, jednak nie będzie to miało żadnego wpływu na Cenę Kontraktową.

82

Raport oszacowania zaawansowania Robót Stałych na podstawie ZPRS jest koniecznym dokumentem uzasadniającym, wymaganym jako podstawa dla sporządzenia Rozliczenia Wykonawcy, niezależnie od innych dokumentów uzasadniających, o których mowa w niniejszej subklauzuli.

Określenie zaawansowania Robót Stałych będzie się opierało na pomiarach wykonanych Robót Stałych, dokonanych przez Wykonawcę na koniec każdego okresu płatności i będzie podlegało kontroli i zatwierdzeniu przez Inżyniera.

W klauzuli nr 16 subklauzuli nr 16.2 zamawiający nadał treść :

Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli:

- (a) Inżynier nie wystawi, w ciągu 56 dni po otrzymaniu Rozliczenia i dokumentów stanowiących jego podstawę, jednostronnego Świadczenia Płatności,
- (b) Wykonawca nie otrzyma kwoty należnej według danego Przejściowego Świadczenia Płatności w terminie 84 dni od upłynięcia czasu podanego w Subklauzuli 14.7 [*Płatność*], w ciągu którego ma być dokonana płatność, pomijając potrącenia zgodnie z Subklauzulą 2.5 [*Roszczenia Zamawiającego*], z Subklauzulą 8.7 [*Kary umowne*], Subklauzulą 14.6 [*Wystawianie Przejściowych Świadczeń Płatności*] oraz 14.7 [*Płatność*],
- (c) przedłużonym zawieszeniem objęto całość Robót, jak opisano w Subklauzuli 8.11 [*Przedłużone zawieszenie*].

W przypadkach opisanych powyżej Wykonawca może odstąpić od Kontraktu po uprzednim wezwaniu Zamawiającego do spełnienia takiego zobowiązania, wyznaczając jednocześnie odpowiedni termin.

W klauzuli 20 w pkt. 20.1. w miejsce dotychczasowego brzmienia akapitu 1 i 2 wprowadził zamawiający następująca treść :

Strony postanawiają, że Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że zostanie ono Wykonawcy przyznane zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy o:

- (i) przedłużenie Czasu na Ukończenie lub
- (ii) zmianę terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub

83

(iii) dodatkową płatność

według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia. Powiadomienie takie może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności.

Jeżeli Wykonawca nie zgłosi Inżynierowi powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni to roszczenie nie powstaje, Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wymagana Minimalna Ilość Wykonania nie będzie zmieniona, a Wykonawca nie będzie uprawniony do jakiegokolwiek dodatkowej płatności.

Skreśla się dotychczasową treść szóstego akapitu Subklauzuli 20.1 i w to miejsce wstawia się następującą treść:

W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaze Zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia Zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 *[Obowiązki i upoważnienia inżyniera]*. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie.

Na końcu Subklauzuli 20.1 dodaje się następującą treść:

Niezależnie od innych postanowień niniejszych Warunków, roszczenie o przedłużenie Czasu na Ukończenie, roszczenie dotyczące zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania będą doręczone Inżynierowi (w pełnej i szczegółowej formie) oraz do wiadomości Zamawiającego, nie później niż 30 dni przed upływem terminów, wynikających z Subklauzuli 8.2 *[Czas na Ukończenie]*, 8.4 *[Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania]* oraz 8.13 *[Wymagana Minimalna Ilość Wykonania]*. W przypadku gdy okoliczności uzasadniające przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmianę terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania wystąpią w ciągu tych 30 dni, wówczas Wykonawca doręczy Inżynierowi roszczenie w terminach wynikających ze wskazanych powyżej Subklauzul. W przypadku złożenia roszczenia niezgodnego z postanowieniami tego akapitu, roszczenie o zmianę

84

Czasu na Ukończenie lub zmianę terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania nie powstaje.

W Tomie III Program Funkcjonalno-Użytkowy w zakresie spornym znajdują się następujące postanowienia :

1.4 Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych

1.4.1 Zakres zasadniczych robót budowlanych przewidzianych do wykonania

Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi decyzjami o Pozwoleniu na budowę:

- Budowa drogi ekspresowej S8 w ciągu drogi krajowej nr 8 (Trasa Armii Krajowej) na odcinku Al. Prymasa Tysiąclecia w Warszawie - ul. Piłsudskiego w Markach - wraz z przebudową infrastruktury technicznej w tym urządzeń, których przebudowa wymaga wyjścia poza teren niezbędny dla obiektów budowlanych - obiekty budowlane kategorii XXV i XXVIII,
- Budowa drogi ekspresowej S8 w ciągu drogi krajowej nr 8 (Trasa Armii Krajowej) na odcinku Al. Prymasa Tysiąclecia w Warszawie - ul. Piłsudskiego w Markach - wraz z przebudową infrastruktury technicznej w tym urządzeń, których przebudowa wymaga wyjścia poza teren niezbędny dla obiektów budowlanych na dz. nr 10/1, 15/1, 18/2, w obrębie ew. 7-04-16 jedn. ew. dzielnica śoliborz oraz na dz. nr 23/2, 25/7, 33/2, 34w obrębie ew. 7-01-04 jedn. ew. dzielnica śoliborz - obiekty budowlane kategorii XXV i XXVIII, XXVI,
- budowa sieci ciepłowniczej o średnicy 2xDn 200mm w technologii preizolowanej wraz z kanalizacją teletechniczną spinającą magistralę 2xDn 1000mm z siecią ciepłowniczą przy komorze T-15/P-3/L-3 w rejonie ulicy Włociańskiej i ulicy śelazowskiej na terenie działek ewidencyjnych nr 5/1 w obrębie 7-02-01 oraz nr 12/4 i 13 w obrębie 7-02-03 w Warszawie w Dzielnicy śoliborz (kat. Obiektu wg Prawa budowlanego - XXVI),
- przebudowa kanałowej magistrali sieci ciepłowniczej od komory T-12A do komory T-13 o średnicy 2xDN700~800 na sieć ciepłowniczą w technologii preizolowanej o średnicy 2xDN 800/1000 wraz z kanalizacją teletechniczną w rejonie Al. Armii Krajowej - etap I przebudowa sieci ciepłowniczej poza pasem drogowym Al. Armii Krajowej na działce ew. nr 3 z obrębu 7-04-14,
- przebudowa magistrali sieci ciepłowniczej od komory T-12A do komory T-13 o

średnicy 2xDN700-800 na sieć ciepłowniczą w technologii preizolowanej o średnicy 2xDN 800/1000 wraz z kanalizacją teletechniczną w rejonie Al. Armii Krajowej - etap II przebudowa sieci ciepłowniczej w pasie drogowym drogi krajowej Al. Armii Krajowej.

oraz wymagań zawartych w przedmiotowym Programie funkcjonalno - użytkowym (PFU). W powyższych dokumentach zostały określone parametry techniczne dla prawidłowej realizacji przedmiotowej inwestycji.

W przypadku wystąpienia w w/w dokumentach błędnych lub nieaktualnych rozwiązań Wykonawca jest zobowiązany w ramach Ceny Kontraktowej do opracowania wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych przy czym czas niezbędny do ich uzyskania nie uprawnia Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Miłowych określonych w Warunkach Kontraktowych.

Ewentualne zmiany do Projektu budowlanego muszą być zgodne z Warunkami Kontraktu oraz powinny zostać wykonane przy uwzględnieniu wymagań Zamawiającego zawartych w przedmiotowym PFU jak również nie mogą doprowadzić do utraty środków unijnych przeznaczonych na dofinansowanie inwestycji zgodnie z warunkami Umowy o dofinansowanie nr POIS.06.01.00-00-020/09-00 Projektu „Przebudowa drogi ekspresowej S8 odcinek węzeł Powązkowska - węzeł Marki (ul. Piłsudskiego)”, POIS.06.01.00-00-02/09 w ramach działania 6.1: Rozwój sieci drogowej TEN-T priorytetu VI: Drogowa i lotnicza sieć TEIM-T, Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 z dnia 09 kwietnia 2010r. oraz Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 01.12.2010r. Zmiany zgodne z wymaganiami i zakresem zawartym w PFU nie uprawniają Wykonawcy do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej.

Zmiany zgodne z zakresem opisanym w PFU wprowadzane do Projektu budowlanego nie uprawniają Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Miłowych określonych w Warunkach Kontraktowych. Wszelkie propozycje zmian do Pozwolenia na budowę muszą być poprzedzone uzyskaniem pisemnej zgody Inżyniera i Zamawiającego, a w przypadku zmian wpływających na kwestie związane z dofinansowaniem musi być uzyskana zgoda instytucji wdrażającej odpowiedzialnej za nadzór nad w/w umową na dofinansowanie.

Zmiany wykraczające poza wymagania i zakres określony w PFU należy wprowadzać zgodnie z Warunkami Kontraktu. W tym celu Wykonawca przedstawi wniosek z

opisem proponowanej zmiany oraz określeniem jej wpływu na terminy i koszty realizacji określone w Warunkach Kontraktu.

Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w Pozwoleniu na budowę oraz w niniejszym Programie funkcjonalno - użytkowym, Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej, zrealizuje następujące Roboty budowlane, w szczególności:

- a) wzmocnienie podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich,
- b) wykonanie robót ziemnych (zdjęcie warstwy gleby i humusu, wykonanie wykopów, budowa nasypów),
- c) wyburzenie obiektów w pasie drogi ekspresowej,
- d) remont istniejących obiektów inżynierskich,
- e) usunie na własny koszt wszelkie zanieczyszczenia i odpady znajdujące się w pasie drogowym,
- f) rozbiórkę istniejących jezdni,
- g) budowę nowych konstrukcji nawierzchni,
- h) budowę systemu odwodnienia terenu a w tym urządzeń odwadniających korpus drogowy (rowy drogowe, kanalizacja deszczowa, przepusty, zbiorniki retencyjne i retencyjno - infiltrujące),

- i) urządzenia oczyszczające i odprowadzające wody opadowe i roztopowe do istniejących cieków oraz projektowanych odbiorników,
- j) budowę urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego łącznie z oznakowaniem poziomym, pionowym, barierami ochronnymi, ekranami akustycznymi w tym ekranami półtunelowymi,
- k) budowa i przebudowa sieci ciepłowniczej SPEC zgodnie z wydanymi decyzjami o pozwoleniu na budowę i zgłoszeniem,
- l) dla ekranów półtunelowych Wykonawca poza projektem technicznym opracuje również instrukcję konserwacji i zimowego utrzymania,

87

- m) przebudowę obiektów inżynierskich,
- n) budowę obiektów inżynierskich (wiaduktów, mostów, tuneli, kładek, estakad, konstrukcji oporowych) w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową,
- o) budowę przejazdów awaryjnych oraz zjazdów i wjazdów awaryjnych na drogę ekspresową,
- p) przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową,
- q) przebudowę węzłów „Powązkowska”, „Broniewskiego”, „Marymoncka”, „Wisłostrada” i „Modlińska”,
- r) wykonanie urządzeń ochrony środowiska takich jak: zabezpieczenia akustyczne, zieleń osłonowa, urządzenia oczyszczające;
- s) przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury podziemnej i nadziemnej (urządzenia teletechniczne, energetyczne, sieci wodociągowe, gazowe, kanalizacyjne, ciepłownicze, urządzenia melioracyjne i inne),
- t) oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych
- u) budowę oświetlenia, sygnalizacji świetlnej i łączności drogi ekspresowej,
- v) systemy osłony meteorologicznej i zarządzania ruchem,
- w) oznakowanie drogi ekspresowej i dróg związanych oraz wyposażenie w urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz elementy systemu zarządzania ruchem, w tym również konieczność wykonania wszelkich projektów organizacji ruchu i ich wykonania w zakresie niezbędnym do dopuszczenia do ruchu,
- x) po zakończeniu budowy wykonanie pełnej rekultywacji terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, place budowy, drogi dojazdowe i wszelkie inne tereny przekształcone przez Wykonawcę w czasie robót i okresie usuwania wad, na polecenie Inżyniera,
- y) bieżące utrzymywanie dróg publicznych użytkowanych przez Wykonawcę oraz przywrócenie ich do stanu z przed rozpoczęcia realizacji robót,
- z) wszelkie inne roboty jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia wynikające z innych obowiązujących przepisów i wytycznych, 88

Szczegółowy zakres rzeczowy robót budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy jest przedstawiony w Pozwoleniu na budowę oraz dalszej części Programu funkcjonalno - użytkowego. Jeżeli zajdzie taka konieczność Wykonawca opracuje dokumentację projektową niezbędną do wykonania robót zgodną z zatwierdzonym Projektem budowlanym nie wyłączając przy tym również ewentualnej konieczności uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Wykonawca uwzględni obowiązek wynikający z treści przepisu art. 33 ust. 3 pkt 2 ustawy - Prawo budowlane/ mówiący o specjalistycznej opinii załączonej do Projektu budowlanego, potwierdzającej całość ostatecznych rozwiązań technicznych przyjętych w projekcie przebudowy mostu przez rz. Wisłę (obiekt 2T), w aspekcie zmęczenia i doboru stali na spawany ustrój nośny mostu, z uwzględnieniem wytrzymałości stali starzonej. Z tytułu tego Wykonawca zrzeka się roszczeń względem Zamawiającego, nie będzie to miało również wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową, Czas na Ukończenie oraz Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Miłowe) określone w Warunkach Kontraktu.

1.4.1.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne

- a) Przygotowanie i realizację inwestycji należy przeprowadzić zgodnie z zobowiązaniami

wynikającymi z Ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. nr 80 poz. 721 z późniejszymi zmianami), oraz zgodnie z Ustawą z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. nr 199 poz.1227 ze zm).

- b) Wykonawca będzie dysponował terenem w liniach rozgraniczających określonych w decyzji lokalizacyjnej i podejmie wszelkie dostępne i możliwe przedsięwzięcia aby zaprojektować i zrealizować zamówienie w granicach tak udostępnionego terenu. W przypadku gdy roboty zaprojektowane przez Wykonawcę wymagałyby stałego zajęcia terenu, w wyniku przekroczenia ustalonych linii rozgraniczających, Zamawiający po otrzymaniu odpowiednich opracowań uzasadniających od Wykonawcy, podejmie działania w celu pozyskania tego terenu i poniesie związane z tym koszty a w szczególności wszelkie koszty związane z nabywaniem jakichkolwiek praw do nieruchomości położonych poza liniami rozgraniczającymi teren. Czas niezbędny do pozyskania powyższego terenu wynikający z obowiązujących przepisów prawa, oraz jego ewentualny wpływ na realizację prowadzonych przez

89

Wykonawcę prac projektowych lub robót budowlanych, nie będzie uprawniał Wykonawcy do składania roszczeń z tego tytułu do Zamawiającego.

- c) Wszystkie projektowane obiekty pod względem architektury, konstrukcji i przeznaczenia muszą harmonizować z istniejącym krajobrazem oraz istniejącymi obiektami.
- d) W przypadku kolizji z istniejącymi urządzeniami infrastruktury technicznej, Wykonawca zaprojektuje i wykona ich przebudowę lub zabezpieczenie,
- e) Wykonawca jest zobowiązany do opracowania, uzgodnienia i realizacji projektów organizacji ruchu na czas budowy, uzgodnionych z odpowiednimi władzami. Projekt czasowej organizacji ruchu musi uwzględniać utrzymanie ciągłości ruchu, w tym utrzymania stale w trakcie robót przekroju 2x2 pasy ruchu na istniejącej trasie Armii Krajowej (minimalnie: 2,75+2,5+2,5+2,75= 10,5m).
- f) Wykonawca jest zobowiązany do opracowania harmonogramu i przeprowadzenia robót w taki sposób aby umożliwić zachowanie nieprzerwanego ruchu na drogach lokalnych oraz dostęp do terenów przyległych, a w tym do każdej działki sąsiadującej z projektowaną inwestycją.
- g) Wykonawca przed przystąpieniem do robót zobowiązany jest do uzgodnienia z zarządcami dróg gminnych, powiatowych, wojewódzkich i krajowych „korytarzy” dla transportów wykonywanych na potrzeby budowy oraz dokona inwentaryzacji stanu technicznego tych dróg. Wykonawca w Zaakceptowanej Cenie Kontraktowej uwzględni koszty napraw i remontów dróg zgodnie z zawieranymi porozumieniami. Wykonawca będzie stosował racjonalne środki, aby nie dopuścić do uszkodzenia jakiegokolwiek drogi lub mostu, przez ruch drogowy związany z działalnością Wykonawcy lub przez Personel Wykonawcy. Działania te będą obejmowały także właściwe użycie odpowiednich pojazdów i tras, w celu wypełnienia zapisów Warunków Kontraktowych oraz w przedmiotowym PFU. W szczególności:
- i. Wykonawca (w stosunkach między Stronami) będzie odpowiedzialny za wszelką konserwację, naprawy i remonty dróg, które mogą być wymagane do użytkowania przez niego tras dostępu;
 - ii. Wykonawca zapewni wszelkie znaki drogowe i drogowskazy wzdłuż tras dostępu i uzyska także ewentualnie wymagane pozwolenie odnośnych władz na użytkowanie takich tras, znaków i drogowskazów;
 - iii. Zamawiający nie będzie odpowiedzialny za zaspokojenie żadnych roszczeń Wykonawcy lub osób trzecich, które mogą ewentualnie wynikać z użytkowania jakiegokolwiek trasy dostępu do placu budowy lub dotyczyć jej w inny sposób;

90

-
- iv. Zamawiający nie gwarantuje przydatności ani dostępności żadnej konkretnej trasy dostępu;

- v. Koszty wynikłe z nieprzydatności lub niedostępności tras dostępu, dla użytku wymaganego przez Wykonawcę, będą poniesione przez Wykonawcę.
- vi. Wykonawca po zakończeniu robót budowlanych przywróci stan użytkowanych dróg w uzgodnionych "korytarzach" do stanu uzgodnionego w porozumieniu z poszczególnymi Zarządcami dróg.
- vii. W przypadku zaistnienia szkody komunikacyjnej z winy Wykonawcy powstałej na terenie placu budowy bądź poza nim a związanej bezpośrednio z prowadzonymi robotami będzie on odpowiedzialny za jej likwidację i zaspokojenie wszelkich roszczeń stron trzecich. Powyższe wymagania w ramach przedmiotowego Kontraktu obowiązują również Podwykonawców oraz Dostawców, a odpowiedzialność za ich zachowania ponosi Generalny Wykonawca. Wykonawca zobowiązany jest przekazać kopie stosownych porozumień z poszczególnymi Zarządcami dróg dla Inżyniera i Zamawiającego.
- h) Wykonawca zaprojektuje i wykona dojazdy drogami wewnętrznymi do urządzeń podczyszczających ścieki deszczowe, w tym również zbiorników odparowujących i infiltracyjnych.
- i) Wykonawca uzyska wszystkie wymagane decyzje, warunki techniczne, uzgodnienia i zatwierdzenia wymagane zgodnie z prawem oraz zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad,
- j) Wykonawca uzyska od właścicieli lub zarządców, warunki techniczne, pozwolenia, uzgodnienia i zatwierdzenia na przebudowę lub likwidację infrastruktury technicznej oraz poniesie koszty z tym związane.
- k) Projekty oraz budowa, przebudowa lub likwidacja urządzeń infrastruktury technicznej (urządzenia teletechniczne, urządzenia energetyczne, sieci wodociągowe, i gazowe, urządzenia melioracyjne, system ciepłownicze odprowadzenia wód deszczowych i ścieków sanitarnych, sieć trakcji tramwajowej) muszą spełniać obowiązujące przepisy i normy.
- l) Wykonawca zorganizuje i przeprowadzi Roboty w taki sposób, aby zapewnić prawidłowe powiązanie realizowanej inwestycji z istniejącym układem komunikacyjnym, w tym celu również w razie potrzeby poniesie wszelkie koszty w

91

celu wprowadzenia koniecznych zmian w organizacji ruchu na drogach będących poza zakresem opracowania,

- m) Wykonawca będzie współpracować z jednostkami projektowania inwestorów dróg lokalnych, w przypadku zwrócenia się ich do Wykonawcy w celu rozwiązania projektowego przebudowy lub budowy dróg lokalnych przewidzianych do włączenia do układu drogowego projektowanego w ramach odcinka trasy S8.
- n) Wykonawca jest zobowiązany, za zgodą Zamawiającego, dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej nie związanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka trasy S8, jeżeli o to zwrócą się inwestorzy tej infrastruktury.
- o) Wykonawca jest zobowiązany, za zgodą Zamawiającego, dokonać uzgodnień projektów dotyczących nowych inwestycji (kubaturowych, drogowych i innych) nie związanych z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg a znajdujących się w obszarze lub bezpośrednim sąsiedztwie realizowanego odcinka trasy S8, jeżeli o to zwrócą się inwestorzy tych inwestycji.
- p) Wykonawca jest zobowiązany prowadzić roboty 6 dni w tygodniu 16 godz. dziennie, a jeśli wymaga tego technologia 7 dni w tygodniu przez całą dobę, przy uwzględnieniu zapisów Pozwolenia na budowę oraz Decyzji Środowiskowej i Postanowienia RDOŚ,
- q) Wykonawca w Zaakceptowanej Cenie Kontraktowej uwzględni koszty bieżącego i zimowego utrzymania dróg i ulic będących w obrębie terenu objętego realizowaną inwestycją,
- r) Wykonawca w Zaakceptowanej Cenie Kontraktowej uwzględni koszty wykorzystania technologii zezwalających na prowadzenie robót w sposób ciągły również w okresie zimowym (np. dla obiektów mostowych Wykonawca powinien uwzględnić zastosowanie nagrzewnic, namiotów oraz innych dostępnych środków umożliwiających betonowanie w obniżonych temperaturach). Każdorazowo przed przystąpieniem do robót

- wykorzystujących powyższe technologie Wykonawca przedstawi Inżynierowi do zatwierdzenia PZJ zawierający wymagania dla prowadzenia przedmiotowych robót.
- s) w razie gdy zajdzie taka potrzeba w celu prawidłowego odwodnienia terenu budowy w trakcie prowadzenia robót Wykonawca w porozumieniu z właścicielami urządzeń wodnych dokona ich konserwacji tak aby nie dopuścić do zalania terenu budowy oraz terenów przyległych, w razie konieczności uzyska też wszelkie niezbędne decyzje i

92

pozwolenia w przedmiotowym zakresie, w tym zgody właścicieli na czasowe zajęcie nieruchomości,

- t) Wykonawca uzyska wszelkie niezbędne zgody na prowadzenie robót w korycie rzeki Wisła, i poniesie wszelkie koszty z tym związane w ramach zaakceptowanej Ceny Kontraktowej, Czasu na Ukończenie oraz Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamienie Miłowe) określone w Warunkach Kontraktu.
- u) Wykonawca zarówno na etapie przygotowania jak i realizacji inwestycji spełni niżej wymienione wymagania Miasta Stołecznego Warszawa w zakresie:
1. Wytyczne do projektu organizacji ruchu na czas budowy:
- a. Przed przystąpieniem do opracowywania Projektów Organizacji Ruchu na Czas Budowy, Wykonawca powinien opracować Harmonogram robót.
 - b. Harmonogram ten ma w szczególności zawierać informacje o planowanych okresach zamknięć łącznic oraz wprowadzanych ograniczeniach przepustowości jezdni.
 - c. Harmonogram zostanie następnie przeanalizowany przez m. st. Warszawa pod kątem jego zgodności z Wytycznymi oraz wynikami Analiz Ruchu.
 - d. Po analizie i ewentualnej modyfikacji, Harmonogram zostanie uzgodniony i będzie stanowił podstawę do uzgadnianych Projektów Organizacji Ruchu na Czas Budowy.
 - e. Roboty powodujące najpoważniejsze utrudnienia w ruchu należy wykonywać w okresie wakacyjnym, w godzinach nocnych lub w dni wolne od pracy.
 - f. W ciągu Trasy AK, ul. Marymonckiej i Wisłostrady należy utrzymać stałe przekrój 2+2 (minimalnie: $2.75m + 2.5m + 2.5m + 2.75m = 10.5m$)
 - g. Należy przewidzieć wykonanie uzupełniających pomiarów oraz analiz natężeń ruchu dla poszczególnych etapów robót.
 - h. Należy uwzględnić konieczności wprowadzania zmian w programach sygnalizacji świetlnej zarówno na skrzyżowaniach w rejonie przewidywanych robót jak i na trasach objazdowych.

93

-
- i. Należy uwzględnić konieczność lokalnych zmian stałej organizacji ruchu również na trasach objazdowych (korekta geometrii i oznakowania skrzyżowań w celu zmiany ilości pasów ruchu dla relacji skrajnych)
 - j. Należy uwzględnić konieczność poprowadzenia przejazdu ruchu tranzytowego przez Warszawę.
 - k. Należy uwzględnić wprowadzenie informacji drogowskazowej poza granicami Warszawy.
 - l. Projekt ma zawierać sposób poprowadzenia objazdów, zalecanych objazdów jak również objazdów dla komunikacji miejskiej
 - m. Należy rozważyć wprowadzenie buspasów na trasach dojazdowych do mostu (Toruńska, Wybrzeże Gdyńskie od Krasińskiego) i na moście.
 - n. Na węźle Broniewskiego należy;
 - skoordynować roboty z planowaną modernizacją torowiska tramwajowego w ciągu ul. Broniewskiego.
 - o. Na Węźle Marymoncka:
 - Roboty związane z remontem wiaduktów drogowych nie mogą być wykonywane jednocześnie z remontem nawierzchni Wisłostrady.
 - Prace przy wiaduktach tramwajowych w ciągu ul. Marymonckiej mają umożliwiać stałe utrzymanie wahadłowego ruchu tramwajowego

- W etapie III na ul. śelazowskiej zamiast ruchu wahadłowego wprowadzić ruch jednokierunkowy w stronę al. AK.
- p. Ulica Mickiewicza i Gwiazdista:
 - Szerokości pasów na w obydwu etapach powinny mieć co najmniej 3 metry w każdym kierunku
- W etapie III należy jak najdłużej utrzymać funkcjonowanie na drogach do trasy konieczności przystanków dojazdowych (bez przejazdu autobusem wiaduktem trasy).
- q. Na Węzie Wisłostrada należy:

94

- utrzymać maksymalnie długo relację wschód-południe. (brak przejezdności jedynie na czas wyburzenia oraz montażu konstrukcji nośnej obiektów 52T i 53T)
- r. Na Węzie Modlińska należy:
 - maksymalnie długo utrzymać relację północ-wschód. (brak przejezdności jedynie na czas wyburzenia oraz montażu konstrukcji nośnej obiektów 32T)
 - rozważyć czasowe wykorzystanie zawrotek w ciągu ul. Modlińskiej, w celu utrzymania wszystkich relacji skrzyżnych
 - przez cały okres utrzymać dwukierunkowo relację północ - zachód, przy zachowaniu min. 12-metrowych łuków.

2. Wytyczne do zakresu robót:

- a. Dla ścieżek dróg rowerowych należy stosować nawierzchnie bitumiczne. Jest to obligatoryjne w m.st. Warszawa (Zarządzenie nr 5523/2010 z dn. 18.11.2010r.) (obecnie projekt przewiduje nawierzchnię z kostki betonowej)
- b. Ze względu na konieczność zachowania ciągłości ruchu tramwajowego, wszelkie prace wiążące się z ingerencją w infrastrukturę tramwajową należy uzgodnić i prowadzić pod nadzorem Tramwajów Warszawskich.
- c. Na Węzie Powązkowska:
 - planowana jest realizacja trasy tramwajowej w ciągu ulic Powązkowska i Maczka. Na rok 2012 planowane jest zlecenie studium wykonalności. Wstępnie, Tramwaje Warszawskie oświadczają, że tramwaj zostanie poprowadzony nowym obiektem, bez konieczności zmiany geometrii istniejących wiaduktów
- d. Na Węzie Broniewskiego:
 - konieczne jest uwzględnienie w ramach prowadzonego remontu, wymiany istniejących elementów sieci trakcyjnej.
 - projekt nie obejmuje przebudowy przejazdów tramwajowych przez jezdnię. Konieczna jest koordynacja zakresów prac, w celu uniknięcia w robót traconych.
 - projekt ma zawierać element uprzywilejowania komunikacji tramwajowej oraz urządzenia sterowania ruchem.

95

- e. Na Węzie Modlińska:
 - należy uwzględnić uzgodnioną z Transprojektem Warszawa rezerwę i skrajnię pod planowaną trasę tramwajową w kierunku Białoleki.
- f. Ulica Mickiewicza:
 - Planowana jest rozbudowa sieci tramwajowej w ciągu ul. Mickiewicza. Wstępnie zakłada się prowadzenie trasy tramwajowej wewnętrznymi pasami istniejących wiaduktów.
- g. Na Węzie Marymoncka:
 - Dokumentacja przebudowy wiaduktu tramwajowego 12T w ciągu ul. Słowackiego nie jest uzgodniona z Tramwajami Warszawskimi. Tramwaje przekazały projektantowi swoją opinię do projektu i nie uzyskały poprawionej dokumentacji, która uwzględniałaby narzucone wytyczne.

- v) Wykonawca w Zaakceptowanej Cenie Kontraktowej uwzględni koszty związane z opracowaniem projektu i realizacją zmian oznakowania kierunkowego poza zakresem inwestycji a wynikającym z oddania do użytkowania przedmiotowego odcinka drogi ekspresowej S8,
- w) Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie w nim uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby tj. zasoby umożliwiające wstęp na ogrodzoną nieruchomość i otwarcie budynków (zasoby ludzkie oraz narzędzia np. szlifierka kątowna, łom), zasoby umożliwiające odłączenie mediów (zasoby ludzkie - personel posiadający stosowne uprawnienia branżowe oraz narzędzia). Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu,

96

- x) Wykonawca jest zobowiązany do budowy ogrodzenia, w sytuacji gdy istniejące ogrodzenie podlega likwidacji, zaś właściciel nieruchomości zrzeknie się odszkodowania z tego tytułu. Przy budowie ogrodzenia dopuszczalne jest wykorzystanie elementów istniejącego ogrodzenia. Nowobudowane ogrodzenie winno być wybudowane przed likwidacją istniejącego ogrodzenia. Ogrodzenie tymczasowe winno być wybudowane na granicy działek powstałej wskutek podziału nieruchomości zatwierdzonego decyzją ZRID. Po wybudowaniu ogrodzenia Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu informacji potwierdzającej wykonanie robót,
- y) w przypadku dokonywania przez Wykonawcę rozbiórki istniejącego ogrodzenia Wykonawca jest zobowiązany do wybudowania tymczasowego ogrodzenia w celu zabezpieczenia nieruchomości. Budowa ogrodzenia tymczasowego winna nastąpić najpóźniej z chwilą likwidacji istniejącego ogrodzenia. Ogrodzenie tymczasowe winno być wybudowane na granicy działek powstałej wskutek podziału nieruchomości zatwierdzonego decyzją o ustaleniu lokalizacji drogi lub zrid,
- z) Wykonawca przeniesie punkty wysokościowe osnowy geodezyjnej znajdujące się w projektowanym pasie drogowym kolidujące z zakresem robót budowlanych poza zakres tych robót,
- aa) w przypadku gdy inwestycja wymagać będzie przejścia przez tereny kolejowe lub tereny wód płynących Wykonawca przedstawi dokładny harmonogram robót nie później niż w terminie 45 dni przed planowanym zajęciem terenu w celu uzgodnienia w drodze pisemnego porozumienia przez Inwestora zakresu, warunków i terminu zajęcia tego terenu,
- bb) przed rozpoczęciem robót budowlanych Wykonawca wykona inwentaryzację stanu technicznego budynków i budowli, znajdujących się w sąsiedztwie prowadzonej inwestycji. W przypadku stwierdzenia pogorszenia stanu technicznego ww. obiektów budowlanych w trakcie wykonywania robót budowlanych Wykonawca podejmie działania w celu ich zabezpieczenia i doprowadzi do stanu pierwotnego. W przeciwnym wypadku Wykonawca zobowiązany jest do zaspokojenia wszelkich roszczeń wynikających z pogorszenia stanu technicznego obiektów,
- cc) Wykonawca pokryje koszty związane z prowadzeniem robót na terenie kolejowym (w szczególności koszty zamknięć torów, ograniczeń w ruchu pociągów),
- dd) Wykonawca uzyska wszelkie dodatkowe zezwolenia wymagane w celu prowadzenia robót na swój koszt (w szczególności pozwolenia na tymczasową zmianę regulacji ruchu,

97

pozwolenia na zajęcie pasa drogowego, pozwolenia na umieszczenie urządzeń w pasie drogowym).

1.4.2 Parametry techniczne zasadniczych obiektów i robót przewidzianych do zaprojektowania i wykonania w ramach inwestycji

Wszelkie ilości i parametry podane dla obiektów i robót opisanych w punkcie 1.4.3, 1.5, 1.6 i 1.7 są orientacyjne albo przybliżone, dlatego przy podanych ilościach używa się określeń „orientacyjne” lub „około”. Obowiązujące parametry techniczne dla wykonania i projektowania przedmiotowej inwestycji zostały określone w Pozwoleniu na budowę oraz w wymaganiach zawartych w przedmiotowym Programie funkcjonalno - użytkowym. Wszelkie zmiany do Pozwolenia na budowę muszą być zgodne z Warunkami Kontraktu oraz wymaganiami zawartymi w PFU jak również nie mogą doprowadzić do utraty środków unijnych przeznaczonych na dofinansowanie inwestycji zgodnie z warunkami Umowy o dofinansowanie nr POIS.06.01.00-00-020/09-00 Projektu „Przebudowa drogi ekspresowej S8 odcinek węzeł Powązkowska - węzeł Marki (ul. Piłsudskiego)”, POIS.06.01.00-00-02/09 w ramach działania 6.1: Rozwój sieci drogowej TEN-T priorytetu VI: Drogowa i lotnicza sieć TE1M-T, Programu Operacyjnego Infrastruktura i środowisko 2007-2013 z dnia 09 kwietnia 2010r. oraz Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 01.12.2010r. Ewentualne zmiany, jakie mogą mieć miejsce po opracowaniu przez Wykonawcę zamiennego Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego, nie będą miały żadnego wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową, Czas na Ukończenie oraz Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Miłowe) określone w Warunkach Kontraktu.

1.4.3 Parametry projektowanych dróg 1.4.3.3 Materiały wyjściowe

W tym lit. k) Projekt budowlany i wykonawczy „Budowy drogi ekspresowej S8 w ciągu drogi krajowej nr 8 (Trasa Armii Krajowej) na odcinku Al. Prymasa Tysiąclecia w Warszawie - ul. Piłsudskiego w Markach” wykonany przez Transprojekt Warszawa

1.5 Architektura i zagospodarowanie terenu 1.5.8 Drogowe obiekty inżynierskie

Wykonawca dokona analizy stanu technicznego obiektów przeznaczonych zgodnie z pozwoleniami na budowę do remontu, w przypadku stwierdzenia pogorszenia stanu technicznego w stosunku do informacji zawartych w załączonym projekcie budowlanym bądź konieczności zastosowania innej technologii ich przebudowy Wykonawca opracuje nowy projekt ich przebudowy bądź w razie potrzeby opracuje projekty rozbiórki jak również wszelkie projekty niezbędne do wybudowania nowych obiektów zgodnie z wymaganiami

98

podanymi w poniższych zapisach PFU, Wszystkie w/w działania nie będą miały wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową, Czas na Ukończenie oraz Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Miłowe) określone w Warunkach Kontraktu.

Nośność użytkowa (określona zgodnie z zarządzeniem Nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 01.06.2004 r) drogowych obiektów inżynierskich przeznaczonych wg pozwolenia na budowę do remontu nie może być niższa niż S42 (wg ww. zarządzenia) W obiektach inżynierskich przeznaczonych wg Pozwolenia na budowę do remontu, należy zapewnić właściwą trwałość i skuteczność napraw powierzchni betonowych ustrojów niosących i podpór tj. nie dopuszcza się, by w okresie gwarancyjnym wystąpiły jakiegokolwiek zarysowania, odspojenia i ubytki materiału naprawczego na naprawianych powierzchniach.

Dodatkowo w zakresie obiektu 2T przez rzekę Wisłę Wykonawca:

1. Dokona przebudowy obiektu zgodnie z założeniami zawartymi w projekcie wykonawczym opracowanym przez Transprojekt Warszawa,
2. Wykona dodatkowe badania geotechniczne (odwierty) w miejscach gdzie przewidywane są dodatkowe roboty fundamentowe oraz wykona sondowania dna rzeki w miejscach projektowanych umocnień dna wokół filarów.
3. Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania badań zmęczeniowych próbek pobranych z konstrukcji pomostu celem określenia jego przewidywanej trwałości.
4. Wykonawca opracuje Instrukcję utrzymania i konserwacji oraz instrukcję przeprowadzenia przeglądu na podstawie „Instrukcji przeprowadzenia przeglądów Drogowych Obiektów Inżynierskich”.
5. Zaproponuje rozwiązania techniczne i materiałowe zapewniające trwałość pomostu na minimum 25 lat

6. Wykona badania w zakresie przewidzianym w § 149 warunków technicznych, w zakresie: badań materiałowych betonu, stali zbrojeniowej i stali konstrukcyjnej.
7. Na etapie realizacji, jest zobowiązany do powołania Eksperta, który wyegzekwuje trwałość obiektu, z wyodrębnieniem pomostu, przewidzianą w dokumentacji
8. Wykonawca zgodnie z zapisami ustawy o żegludze śródlądowej art. 43 pkt.5 (Dz.U.2001 Nr. 5 poz. 43 z późniejszymi zmianami) odnowi bądź uzupełni następujące znaki (Dz.U.2003 Nr.2012 poz. 2072) A10, C2 wraz z podaniem wysokości prześwitu nad zwierciadłem wody, C3 wraz z podaniem szerokości zawartej pomiędzy skrajniami (A, 10) prześła żeglownego, Dla.

99

Zgodnie z poniższymi wytycznymi dla obiektu 59T (nie ujętego w pozwoleniach na budowę z punktu 1 PFU) stanowiącego przejście podziemne pod estakadami 47T i 51T oraz pod wjazdem (L07L) z kierunku południowego Wisłostrady na trasę Toruńską w kierunku zachodnim Wykonawca opracuje dokumentację niezbędną do remontu lub budowy nowego obiektu, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych i wykona przedmiotowe roboty przy czym czas niezbędny do ich uzyskania nie uprawnia Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych.

2 Dokumenty Wykonawcy

Obowiązujące dla Wykonawcy dokumenty w zakresie wykonania i projektowania przedmiotowej inwestycji zostały zatwierdzone Pozwoleniem na budowę oraz zawarte są w wymaganiach przedmiotowego Programu funkcjonalno - użytkowego. Wszelkie zmiany do Pozwolenia na budowę muszą być zgodne z Warunkami Kontraktu oraz wymaganiami zawartymi w PFU. Ewentualne zmiany, jakie mogą mieć miejsce po opracowaniu przez Wykonawcę zamiennego Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego, nie będą miały żadnego wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową, Czas na Ukończenie oraz Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Milowe) określone w Warunkach Kontraktu.

2.1 Projekt budowlany

W skład projektu budowlanego wchodzi następujące tomy dokumentacji projektowej:

TOM I PROJEKT ZAGOSPODAROWANIA TERENU

Tom 1/1 Część opisowa Tom 1/2 Część rysunkowa Tom 1/3 Kopie uprawnień i zaświadczenia z Izby Inżynierów Budownictwa Tom 1/4 Decyzje, pisma i uzgodnienia Tom 1/5 Ewidencja gruntów

TOM II-XVIII PROJEKT ARCHITEKTONICZNO - BUDOWLANY

Tom II ROBOTY DROGOWE

Tom II/I Część opisowa Tom II/2 Część rysunkowa

Tom III OBIEKTY INŻYNIERSKIE

Tom III/I Obiekt nr 41 OT, 411T, KT

100

Tom III/2 Obiekt nr 411T(A), 411T(B) Węzeł Powązkowska

Tom III/3 Obiekt nr 416T Węzeł Broniewskiego

Tom III/4 Obiekt nr 416T(A), 416T(B), 416T(C)

Tom III/5 Obiekt nr 17T, 7T, 8T, 11T, UTK, 12T, 12TKW, 12TKZ, 18T, 413T

Tom III/6 Obiekt nr 8T(A)

Tom III/7 Obiekt nr 18T(A) Węzeł Marymoncka

Tom III/8 Obiekt nr 7T(A), 7T(B)

Tom III/9 Obiekt nr 8T(B), 8T(C)

Tom III/10 Obiekt nr 16T ul. Gdańska

Tom III/11 Obiekt nr 45T ul. Mickiewicza

Tom III/12 Obiekt nr 10T

Tom III/13 Obiekt nr 10T(A), 9T(B) Osiedle Potok

Tom III/14 Obiekt nr PTI
Tom III/15 Obiekt nr 9T ul. Gwiazdzista
Tom III/16 Obiekt nr 9T(A)
Tom III/17 Obiekt nr 54T, 55T
Tom III/18 Obiekt nr 47T, 48T, 49T, 50T, 58T
Tom III/19 Obiekt nr 51T Węzeł Wisłostrada
Tom III/20 Obiekt nr 52T, 53T
Tom III/21 Obiekt nr 56T
Tom III/22 Obiekt nr 57T
Tom III/23 Obiekt nr 2T Most przez Wisłę
Tom III/24 Obiekt nr 27T i 28T
Tom III/25 Obiekt nr 29T Trakt Nadwiślański

101

Tom III/26 Obiekt nr 30T
Tom III/28 Obiekt nr 4T
Tom III/29 Obiekt nr 5T

Tom III/30 Obiekt nr 6T
Tom III/31 Obiekt nr 23T(A) Węzeł Modlińska
Tom III/33 Obiekt nr 22T, 24T, 26T,
Tom III/34 Obiekt nr 31T
Tom III/35 Obiekt nr 32T

Tom IV BUDOWA I PRZEBUDOWA KANALIZACJI DESZCZOWEJ I URZĄDZEŃ
OCZYSZCZAJĄCYCH

Tom V PRZEBUDOWA SIECI WODOCIĄGOWEJ

Tom VI Przebudowa sieci wodociągowej na Moście Grota-Roweckiego Tom VI/2
Przebudowa sieci wodociągowej z wyłączeniem Mostu Grota-Roweckiego - m.st.
Warszawa

Tom VII PRZEBUDOWA SIECI CIEPŁOWNICZEJ

Tom VII/1 Przebudowa sieci ciepłowniczej na Moście Grota-Roweckiego Tom VII/2
Przebudowa sieci ciepłowniczej z wyłączeniem Mostu Grota-Roweckiego

Tom VIII ENERGETYKA

Tom VIII/1 Przebudowa urządzeń elektroenergetycznych Tom
VIII/2 Przebudowa i budowa oświetlenia drogowego Tom VIII/3
Przebudowa i budowa sygnalizacji świetlnej Tom VIII/4 Zasilanie
obiektów

Tom IX TELEKOMUNIKACJA

Tom IX/1 Przebudowa urządzeń telekomunikacyjnych Tom IX/2 Budowa kanalizacji
telekomunikacyjnej dla centralnego systemu zarządzania ruchem

Tom X ZIELEŃ Tom XI Część opisowa Tom X/2 Część rysunkowa

102

Tom XI OCHRONA AKUSTYCZNA

Tom XII BADANIA PODŁOŻA GRUNTOWEGO

Tom XIII ROZBIÓRKA OBIEKTÓW INŻYNIERSKICH

Tom XIII/1 Obiekt nr 41T(B) Tom XIII/2 Obiekt nr 16T
Tom XIII /3 Obiekt nr 10T Tom XIII /4 Obiekt nr 9T
Tom XIII /5 Obiekt nr 51T Obiekt nr 54T i 55T Tom XIII /6
Tom XIII /7 Obiekt nr 56T Obiekt nr 52T i 53T Tom XIII/8
Tom XIII/9 Obiekt nr 57T Tom XIII /10 Obiekt nr 27T
Tom XIII /11 Obiekt nr 28T Tom XIII /12 Obiekt nr 29T
Tom XIII/14 Obiekt nr 4T Tom XIII /15 Obiekt nr 5T
Tom XIII /16 Obiekt nr 6T Tom XIII/17 Obiekt nr 32T

Tom XIV ROZBIÓRKA OBIEKTÓW KUBATUROWYCH

Tom XV ROZBIÓRKA EKRANÓW AKUSTYCZNYCH

Załącznik nr 1 PROJEKT OPRAWY ARCHITEKTONICZNEJ

- Budowa sieci ciepłowniczej o średnicy 2xDn 200 mm w technologii preizolowanej wraz z kanalizacją teletechniczną spinającą magistralę 2xDn1000 mm z siecią ciepłowniczą przy komorze T-15/P-3/L-3 w rejonie ul. Włociańskiej i ul. Ślazowskiej
- Przebudowa magistrali sieci ciepłowniczej od komory T-12A do komory T-13 o średnicy 2xDN 700-800 na s.c. w technologii preizolowanej o średnicy 2xDN 800/1000 wraz z kanalizacją teletechniczną, Warszawa, ul. Kolektorska Al. Armii Krajowej
- Powyższą dokumentację projektową należy porównać z zapisami przedmiotowego

103

Programu funkcjonalno-użytkowego. W przypadku stwierdzenia wymagań, które nie zostały zawarte w Projekcie Budowlanym a zostały wskazane w PFU, Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej uzupełni brakujące elementy i wymagania w powyższej dokumentacji.

- Rysunki Techniczne uzupełniające.

Wyżej wymieniona dokumentacja projektowa została dołączona w formie elektronicznej.

2.2 Projekt wykonawczy i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (PW i STWiORB)

W ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej Wykonawca przedmiotowego kontraktu zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentacji wykonawczej oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, na podstawie Projektu budowlanego oraz przedmiotowego PFU.

Dodatkowo w części informacyjnej PFU zostały załączone Projekty wykonawcze i STWiORB, które Wykonawca może uwzględnić jako pomoc przy sporządzaniu własnej dokumentacji wykonawczej. Wyżej wymieniona dokumentacja projektowa została dołączona w formie elektronicznej.

Kompletna i ostateczna dokumentacja wykonawcza oraz STWiORB zostaną przekazane przez Wykonawcę zgodnie z Warunkami Kontraktu.

2.2.1 Skład Dokumentów Wykonawcy

W ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej zgodnie z Subklauzulą 5.2 Warunków Umowy [Dokumenty Wykonawcy] Wykonawca jeśli zajdzie taka potrzeba bądź Inżynier wyda takie polecenie opracuje niżej wymienione projekty i dokumenty oraz nie ograniczając się do nich, wszelkie inne Dokumenty Wykonawcy jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- (a) aktualizacja mapy do celów projektowych wykorzystywanej przy projektowaniu dróg oraz obiektów i robót zlokalizowanych w pasie drogowym oraz poza pasem drogowym w przypadku wprowadzanych zmian lub pozwoleń zamiennych,
- (b) opracowania geologiczno-geotechniczne; projekt prac geologicznych, dokumentację

104

-
- geologiczną i dokumentację hydrogeologiczną,
 - (c) Projekt Budowlany wraz ze wszystkimi opracowaniami towarzyszącymi,
 - (d) materiały projektowe do uzyskania opinii, uzgodnień i pozwoleń wymaganych przepisami szczególnymi, w tym do uzyskania pozwolenia wodno-prawnego,

- (e) przygotowanie niezbędnych materiałów i opracowanie tzw. II Raportu o oddziaływaniu na środowisko, zgodnie z Art. 67 Ustawy z dnia 3 października 2008r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko,
- (f) wniosek o zatwierdzenie projektu budowlanego i pozwolenie na budowę,
- (g) plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
- (h) projekty czasowej organizacji ruchu na czas budowy,
- (i) Projekt wykonawczy wraz z wszystkimi opracowaniami towarzyszącymi,
- (j) Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych odpowiadające rozwiązaniom Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego,
- (k) dokumentację projektową podstawową z naniesionymi zmianami, powykonawczymi w wersji papierowej oraz elektronicznej w formacie SGDON,
- (l) dokumentację projektową instalacji i urządzeń towarzyszących (obcych),
- (m) koncepcję organizacji ruchu i projekt stałej organizacji ruchu i urządzeń bezpieczeństwa ruchu odcinka trasy S8, objętego niniejszym zamówieniem, oraz pozostałych dróg nowoprojektowanych i podlegających przebudowie,
- (n) geodezyjną inwentaryzację powykonawczą Robót i sieci uzbrojenia terenu wraz z wykazem zmian gruntowych oraz kopie mapy zasadniczej zaktualizowanej wynikami geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, przygotowanie dokumentów i zgłoszenia zmiany właściwym terenowo organom prowadzącym ewidencje gruntów i budynków, wznowienie granic zewnętrznych działek położonych w pasie drogowym drogi ekspresowej oraz skompletuje dokumenty w formie operatów z potwierdzeniem przyjęcia ich do zasobu przez właściwe terenowo ośrodki dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej
- (o) instrukcję eksploatacji,
- (p) Program Zapewnienia Jakości,

Nie wyłączając powyższych dokumentów, Wykonawca opracuje:

105

-
- (a) projekt budowy odcinka objętego niniejszym zamówieniem, wraz z węzłami oraz pozostałymi drogami nowoprojektowanymi i podlegającymi przebudowie,
 - (b) projekty budowy obiektów mostowych,
 - (c) projekt budowy/przebudowy urządzeń teletechnicznych,
 - (d) projekt budowy/przebudowy urządzeń energetycznych,
 - (e) projekt przebudowy sieci wodociągowej,
 - (f) projekt budowy/przebudowy sieci ciepłowniczej,
 - (g) projekt budowy/przebudowy kanalizacji deszczowej,
 - (h) projekt przebudowy sieci gazowej,
 - (i) Projekt przebudowy sieci sanitarnej,
 - (j) projekt przebudowy urządzeń melioracyjnych (przełożenie i regulację rowów melioracji podstawowej i szczegółowej, przebudowa i budowa przepustów na tych rowach, przebudowa i budowa systemów drenarskich),
 - (k) projekt budowy odwodnienia dróg (powierzchniowego i wgłębnego) jak: rowy, kanały deszczowe, przepusty, urządzenia oczyszczające ścieki deszczowe,
 - (l) projekt budowy oświetlenia na węzłach,
 - (m) projekt budowy łączności drogi ekspresowej, kolumn alarmowych, masztów radiowych, stacji meteorologicznych, systemów sterowania i nadzorowania ruchem na drodze ekspresowej w niezbędnym zakresie
 - (n) projekt zieleni,
 - (o) projekt budowy przejazdów awaryjnych,
 - (p) projekt budowy ekranów akustycznych w tym ekranów półtunelowych,
 - (q) uzupełnienie w niezbędnym zakresie dokumentacji geologicznej,
 - (r) projekt posadowienia obiektów i elementów drogi na gruntach niemożliwych,
 - (s) wznowienie wraz z odtworzeniem i stabilizacją znakami punktów załamania pasa drogowego
 - (t) projekty rozbiórki,

2.2.2 Ogólne wymagania w stosunku do Dokumentów Wykonawcy

Wykonawca będzie współpracować z organami administracyjnymi w celu uzyskania stosownych decyzji a w szczególności uczestniczyć w konsultacjach społecznych, udzielać wyjaśnień na żądanie organu, przedkładać wnioski i dokumenty bez zwłocznie w stosunku do obowiązujących terminów.

106

Poniższy wykaz nie ogranicza obowiązku przygotowania przez Wykonawcę innych Dokumentów Wykonawcy niezbędnych dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia,

Wynagrodzenie Wykonawcy za Dokumenty Wykonawcy objęte wykazem i inne niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia jest ujęte w ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej.

Wymagania w stosunku do wykonania Dokumentów Wykonawcy są określone w Warunkach Kontraktu, odpowiednich Specyfikacjach na projektowanie, innych częściach niniejszego Programu funkcjonalno-użytkowego oraz w przepisach prawa.

W opracowywanych Dokumentach Wykonawca uwzględni w szczególności wymagania zawarte w Zarządzeniu Nr 17 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 11 maja 2009r. w sprawie stadiów i składu dokumentacji projektowej dla dróg i mostów, Zarządzeniu Nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 3 czerwca 2011r. zmieniające zarządzenie w sprawie stadiów i składu dokumentacji projektowej dla dróg i mostów w fazie przygotowania zadania, Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad nr 36 z dnia 7 maja 2010 r. w sprawie stosowania Standardu Gromadzenia Danych o Nieruchomościach oraz wymagania w sprawie wersji elektronicznych dróg zawarte w projektowanych piśmie GDDKiA/DSR-WMS/pz/DK/071/51/08 z dnia 02.09.2008 r.

W tabeli podano odpowiednie miejsce określenia wymagań, finalną ilość egzemplarzy a także określono obowiązek (lub brak obowiązku) przedłożenia dokumentu do przeglądu, według Subklauzuli 5.2 *[Dokumenty Wykonawcy]*.

W zakresie pkt. 3 wskazano obowiązek przedłożenia do wglądu uzupełniające opracowania na podstawie Specyfikacji P.00.00.00 w ilości 6 egz., w pkt 5 projektu budowlanego łącznie z materiałami i opracowaniami, w tym II Raport o oddziaływaniu na środowisko (jeśli zajdzie taka potrzeba bądź Inżynier wyda takie polecenie) na podstawie specyfikacji P.00.00.00 w ilości 8 egz., w pkt. 8 projekt czasowej organizacji ruchu na podstawie specyfikacji P.00.00.00 w ilości 6 egz. I w pkt. 12 Dokumentacja projektową instalacji i urządzeń towarzyszących (obcych) (jeśli zajdzie taka potrzeba bądź Inżynier wyda takie polecenie) na podstawie specyfikacji P.00.00.00 w ilości 6 egz.

2.2.4 Szczegółowe Specyfikacje Techniczne 2.2.4.1 Przeznaczenie i ogólne zasady zastosowania Specyfikacji Technicznych

107

Szczegółowe Specyfikacje Techniczne stanowią część niniejszego Programu funkcjonalno-użytkowego, określają wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Programu funkcjonalno-użytkowego.

Szczegółowe Specyfikacje Techniczne uzupełniają opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań technicznych a zawarte w nich wymagania w zakresie materiałów i ich jakości, sprzętu, środków transportowych, warunków wykonania robót, badań i kontroli jakości należy traktować jako minimalne w stosunku do wymagań jakie będą zawarte w opracowywanych przez Wykonawcę Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (SSTWiORB),

Takie Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót

Budowlanych zostaną sporządzone dla każdego rodzaju Robót wynikającego z Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego, opracowanych przez Wykonawcę w ramach niniejszego PFU i po zatwierdzeniu przez Inżyniera będą stanowiły podstawę do oceny wykonania i odbioru Robót niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu zamówienia.

SSTWiORB będą także zawierały treści o szczegółowości zgodnej z odpowiednimi Ogólnymi Specyfikacjami Technicznymi (OST) według wymagań GDDKiA oraz Wymaganiami Technicznymi rekomendowanymi przez Ministerstwo Infrastruktury.

Dla ścisłości podaje się, że OST są opracowaniami zawierającymi zbiory wymagań, niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

Jeżeli po opracowaniu Projektu budowlanego i Projektu wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania Robót, na które w niniejszym Programie funkcjonalno-użytkowym nie załączono odpowiednich SST, to Wykonawca jest zobowiązany również do opracowania i przedstawienia do przeglądu i akceptacji Inżynierowi dodatkowych, niezbędnych SSTWiORB na te Roboty, zgodnych z odpowiednimi Ogólnymi Specyfikacjami Technicznymi (OST) według wymagań GDDKiA, oraz wykonania tych Robót w ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej.

W dniu 7 sierpnia 2012r. zamawiający w spornym zakresie wprowadził następujące zmiany

108

W pkt.1.4 gwarancji jakości jako początek biegu terminu wskazano datę wskazaną w Świadectwie Przejęcia.

W rozdziale III tomu II w subklauzuli 1.9 i 1.10 zamawiający wprowadził następujące zmiany :

Subklauzula 1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego

W podpunkcie (b) Subklauzuli 1.9 skreśla się wyrazy „plus rozsądny zysk”.

Na końcu akapitu drugiego Subklauzuli 1.9 dodaje się zdanie o treści:

Jeżeli zaistnieje jakakolwiek rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w Tomie IV SWIZ, a stanem faktycznym Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu. Tom IV SWIZ stanowi jedynie materiał poglądowy i pomocniczy.

Subklauzula 1.10 Przeniesienie majątkowych prawa autorskich oraz praw zależnych do dotychczasowego brzmienia dodano :

Zamawiający udziela Wykonawcy niewyłącznej licencji na czas wykonywania Umowy w celu niezbędnym do realizacji Robót, do korzystania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej z Wymagań Zamawiającego oraz Materiałów pomocniczych zawartych w Tomie IV SWIZ, które stanowią utwory w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, na poniższych polach eksploatacji:

- a) utrwalenie utworów na wszelkich rodzajach nośników, a w szczególności na nośnikach video, taśmie światłoczułej, magnetycznej, dyskach komputerowych oraz wszystkich typach nośników przeznaczonych do zapisu cyfrowego (np. CD, DVD, Blue-ray, pendrive, itd.),
- b) zwielokrotnianie utworów dowolną techniką w dowolnej ilości, w tym techniką magnetyczną na kasetach video, techniką światłoczułą i cyfrową, techniką zapisu komputerowego na wszystkich rodzajach nośników dostosowanych do tej formy zapisu,
- c) wytwarzanie jakiegokolwiek techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową,
- d) wprowadzania utworów do pamięci komputera na dowolnej liczbie stanowisk komputerowych oraz do sieci multimedialnej, telekomunikacyjnej, komputerowej, w

109

- e) wyświetlanie i publiczne odtwarzanie utworu,
- f) nadawanie całości lub wybranych fragmentów utworu za pomocą wizji albo fonii przewodowej i bezprzewodowej przez stację naziemną,
- g) nadawanie za pośrednictwem satelity,
- h) reemisja,
- i) wymiana nośników, na których utwór utrwalono,
- j) wykorzystanie w utworach multimedialnych,
- k) wykorzystywanie całości lub fragmentów utworu co celów promocyjnych i reklamy,
- l) wprowadzanie zmian, skrótów,
- m) sporządzenie wersji obcojęzycznych, zarówno przy użyciu napisów, jak i lektora, n) publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez niego wybranym.

Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wprowadzania zmian do utworów zawartych w Wymaganiach Zamawiającego oraz Materiałach pomocniczych (tom IV SIWZ) wyłącznie w zakresie niezbędnym do należytego wykonania Umowy. Wykonawca pozostaje uprawniony do udzielania sublicencji w zakresie wskazanym powyżej po uprzednim uzyskaniu zgody Zamawiającego.

W klauzuli nr 4 w spornym zakresie zamawiający wprowadził następujące postanowienia :

Subklauzula 4.2 Zabezpieczenie Wykonania

Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej prawem i Kontraktem.

W klauzuli nr 8 zamawiający w spornym zakresie wprowadził następujące zmiany :

W klauzuli nr 11 zamawiający nadał subklauzuli 11.12 brzmienie:

Wykonawca udziela Zamawiającemu pisemnej Gwarancji Jakości, w zakresie i na okres określony w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe. Okres Gwarancji Jakości dla danego

110

elementu Robót oraz dla Dokumentów Wykonawcy upływa w terminie określonym w Gwarancji Jakości liczonym od daty wskazanej w Świadectwie Przejęcia.

Dodana Subklauzula 11.13 Rękojmia za Wady

Niezależnie od uprawnień wynikających z tytułu Gwarancji Jakości, Zamawiającemu przysługują ponadto uprawnienia z tytułu Rękojmi za Wady. Strony ustalają, że Okres Rękojmi za Wady dla Dokumentów Wykonawcy oraz Robót rozpoczyna się od daty wskazanej w Świadectwie Przejęcia i trwa przez okres 60 (sześćdziesięciu) miesięcy.

W klauzuli nr 13 w zakresie sporny postanowiono :

Subklauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu dodano :

Wartości Robót podlegać będą waloryzacji o Współczynnik zmiany cen (P_n) wyliczony według wzoru :

$$P_n = 0,2 + 0,4 \cdot W_d + 0,4 \cdot W_m, \text{gdzie}$$

P_n – współczynnik korekcyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot, za Roboty;

W_d – wskaźnik cen obiektów drogowych na podstawie biuletynu GUS, pon. PKOB 2111, droga II klasy technicznej – droga ekspresowa, wyliczony w odniesieniu do daty składania ofert.

W_m – wskaźnik cen obiektów mostowych na podstawie biuletynu GUS, pon. PKOB 2141: most o długości pomiędzy 30m a 100 m z betonu zbrojonego, wyliczony w odniesieniu do daty składania ofert.

Z powodu braku aktualnych wskaźników, (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona, gdy Prezes GUS ogłosi wskaźniki dla danego miesiąca objętego PŚP. Występując o Przejściowe Świadectwo Płatności Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowane robót zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatniego z

opublikowanych miesięcznych wskaźników GUS. Ustalane w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźników GUS dotyczących miesiąca, w którym wystawione było Świadcstwo Płatności, niezwłocznie po ich publikacji. Wartości Robót,

111

nieukończonych w terminie przewidzianym przez Strony w dniu zawarcia Umowy, nie podlegają waloryzacji.

Łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku kosztu Robót, wynikających z niniejszej subklauzuli, nie przekroczy 1% zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

W subklauzuli 16.2 doprecyzowano akapit trzeci

W przypadkach opisanych powyżej Wykonawca może odstąpić od Kontraktu po uprzednim wezwaniu Zamawiającego do spełnienia takiego zobowiązania, wyznaczając jednocześnie odpowiedni termin, nie krótszy niż 5 dni. Wskazane w zdaniu poprzednim : wezwanie Zamawiającego oraz upływ wyznaczonego terminu nastąpić muszą nie później niż w terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie.

W Tomie III Program Funkcjonalno-Użytkowy w zakresie spornym zmieniono następujące postanowienia :

Pkt. 1 Ogólny opis przedmiotu zamówienia dodano definicję optymalizacji :

Optymalizacja dokumentacji projektowej polegać ma na:

- a) wykonaniu kompletnego projektu wykonawczego w zakresie niezbędnym do wykonania wszelkich robót objętych przedmiotem zamówienia,
- b) opracowaniu dokumentacji niezbędnej do realizacji obiektu 59T zgodnie z punktem 1.5.8.3,
- c) wykonaniu dokumentacji zmian wynikających z audytu BRD, wymienionych w pkt.1.5.3,
- d) wykonaniu dokumentacji dotyczącej przebudowy obiektu 2T zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt.1.5.8.2,
- e) wprowadzeniu do dokumentacji zmian wynikających z pkt.1.4.1.1 u),
- f) opracowaniu dokumentacji niezbędnej do przebudowy obiektów podlegających remontowi zgodnie z wytycznymi pkt. 1.5.8.1,
- g) opracowaniu dokumentacji niezbędnej do wykonania elementów zawartych w pkt.1.6.5,
- h) dostosowaniu projektów branżowych do wymagań zawartych w pkt.1.6.4,

112

-
- i) w przypadku wystąpienia kolizji z infrastrukturą opracowaniu niezbędnej dokumentacji do ich przebudowy zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt.1.6,
 - j) w przypadku utraty ważności warunków przebudowy infrastruktury kolidującej uzyskanie nowych warunków i przebudowa sieci zgodnie z ich zapisami,
 - k) aktualizacji prognozy ruchu zgodnie z punktem 1.5.2.1.7 oraz zmianę konstrukcji nawierzchni zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt. 1.5.2.1.12,
 - l) wprowadzeniu zmian do dokumentacji projektowej wynikających z protokołu z dnia 22 listopada 2010r. w zakresie infrastruktury rowerowej oraz wykonaniu projektu i zrealizowaniu wymiany nawierzchni wszystkich ścieżek rowerowych będących w liniach rozgraniczających inwestycji zgodnie z wymaganiami niniejszego PFU,
 - m) opracowaniu dokumentacji zamiennej w zakresie niespójnych (niemożliwych technicznie do zrealizowania rozwiązań) pomiędzy poszczególnymi tomami dokumentacji projektowej (np. kolizje elementów BRD z infrastrukturą techniczną, kolizje pomiędzy poszczególnymi projektami branżowymi etc.),

- n) opracowaniu dokumentacji zamienniej w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy stanem istniejącym, a zawartym w dokumentacji projektowej,
- o) dostosowaniu projektu organizacji ruchu do wymagań zawartych w pkt.0,1.3.4 oraz 1.4.1.1 niniejszego PFU,
- p) w przypadku gdy wykonawca uzna za zasadne wprowadzenie zmian w dokumentacji projektowej muszą być one zgodne z wymaganiami zawartymi w treści niniejszego PFU.

W zakresie optymalizacji Wykonawca jest zobowiązany wykonać w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wszelką niezbędną do prowadzenia robót dokumentację projektową, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych. W terminie opisanym jako Kamień Milowy nr 1 Wykonawca uzyska zatwierdzenie dokumentacji projektowej zgodnie z Kontraktem oraz w przypadku koniecznym złoży wniosek o wydanie niezbędnych decyzji administracyjnych. Czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych wskazanych w zdaniu poprzednim nie jest objęty zakresem zobowiązań Wykonawcy opisanych jako Kamień Milowy nr 1, przy czym czas niezbędny do ich uzyskania wynikający z Prawa nie uprawnia Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz do zmiany terminu osiągnięcia pozostałych Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych.

113

1.4 Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych

1.4.1 Zakres zasadniczych robót budowlanych przewidzianych do wykonania

W ramach modyfikacji zamawiający określił następującą treść : W przypadku wystąpienia w w/w dokumentach błędnych lub nieaktualnych rozwiązań Wykonawca jest zobowiązany w ramach Ceny Kontraktowej do opracowania wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej, w tym nie wyłączając uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych przy czym czas niezbędny do ich uzyskania nie uprawnia Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych. Oraz (...), a w przypadku zmian wpływających na kwestie związane z dofinansowaniem musi być uzyskana zgoda instytucji wdrażającej odpowiedzialnej za nadzór nad w/w umową na dofinansowanie.

W pkt 1.4.2 wskazano, że orientacyjne i przybliżone są obiekty i roboty opisane w pkt 1.5. i 1.6 oraz 0, wykreślając pkt. 1.4.3 i 1.7.

W pkt. 2 w miejsce nazwy „Dokumenty Wykonawcy” podano „Część informacyjna”, w gdzie dodano: Czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych wskazanych w zdaniu poprzednim nie jest objęty zakresem zobowiązań Wykonawcy opisanych jako Kamień Milowy nr 1, przy czym czas niezbędny do ich uzyskania wynikający z Prawa nie uprawnia Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz do zmiany terminu osiągnięcia pozostałych Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych.

Pkt. 2.1 nazwano Decyzje i uzgodnienia

2.2 Projekt budowlany

2.2 Projekt wykonawczy i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (PW i STWiORB)

2.3. Przepisy prawa i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego.

Po nich wprowadzono Tom IV pod nazwą „Materiały pomocnicze”

1.1. Projekt wykonawczy

114

Dodatkowo w materiałach poglądowych zostały załączone Projekty wykonawcze, które wykonawca może uwzględnić jako pomoc przy sporządzeniu własnej dokumentacji

wykonawczej. Wyżej wymieniona dokumentacja projektowa została dołączona w formie elektronicznej. Kompletna i ostateczna dokumentacja wykonawcza zostaną przekazane przez Wykonawcę zgodnie z Warunkami Kontraktu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Skanska w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 nie spełnia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, gdyż nie pochodzi od wykonawcy, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zgłaszający nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że pozostałe zgłoszone przystąpienia spełniają wymagania art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący Budimex-Ferrovial Agroman ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego odwołanie do umożliwienia mu złożenia oferty, a on sam jest wykonawcą zaproszonym do składania ofert, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba stwierdziła, że odwołujący Bilfinger - Intercon ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego odwołanie do umożliwienia mu złożenia oferty, a on sam jest wykonawcą zaproszonym do składania ofert, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba stwierdziła, że odwołujący Warbud ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego odwołanie do umożliwienia mu złożenia oferty, a on sam jest wykonawcą zaproszonym do składania ofert, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji

115

przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

W celu zapewnienia przejrzystości uzasadnienia Izba wprowadziła numerację zarzutów i ich pogrupowanie, przy czym zarzuty odwołującego Budimex poza numerem porządkowym oznaczyła literą a, zarzuty odwołującego Bilfinger – literą b, a zarzuty odwołującego Warbud - literą c.

Sygn. akt KIO 1529/12

1a. Zarzut naruszenia art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, oraz w związku z art. 11 a ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych i art. 71 i nast. ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko oraz w zw. art. 35 § 3 i 36 Kodeksu postępowania administracyjnego, a także naruszenia art. 647 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w szczególności biorąc pod uwagę przewidziane przepisami prawa okresy, w jakich stosowne organy administracyjne mają wydać przewidziane w SIWZ decyzje administracyjne oraz zwolnienia się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazanie terenu budowy co do przedłużenia czasu na wykonanie prac projektowych i robót budowlanych. Umowa o świadczenie niemożliwie jest nieważna, a zatem zamawiający przewidując krótki termin realizacji zamówienia pozbawia wykonawców możliwości jego uzyskania, czym narusza obowiązek przygotowania i przeprowadzenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – zarzut dotyczy punkt 6 Tomu I SIWZ, Rozdziału I, Instrukcji dla Wykonawców oraz subklauzuli 8.3 Formularza 2.1. Tomu I SIWZ, Rozdziału II Załącznika do oferty, oraz §3.1 Tomu II SIWZ, Rozdział I Formularza Aktu Umowy oraz punktu 1.4.1.1 Tomu III SIWZ, Program Funkcjonalno - Użytkowy co do określenia czasu na wykonanie i minimalnych ilości wykonania i obowiązku uzyskania stosownych zgód i zezwoleń; gdzie termin wykonania zamówienia został określony na 27 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś wykonanie (optymalizacja) dokumentacji projektowej w ciągu 90 dni od Daty Rozpoczęcia.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 1a.

Zarzut w części odnoszącej się do terminu wykonania zamówienia jest niezasadny.

Zamawiający w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości określił w ogłoszeniu o zamówieniu typ zadania inwestycyjnego jako zaprojektuj i wybuduj. Jednocześnie zamawiający określił termin realizacji zamówienia na 27 miesięcy od dnia udzielenia

116

zamówienia. Wprawdzie w sekcji II.1.5 ogłoszenia zamawiający nie wymienił prac projektowych, jednakże w ocenie Izby nie zmienia to faktu, że wykonawcy na podstawie ogłoszenia wiedzieli, iż w przyszłej siwz będą zobowiązani do świadczenia usług projektowych. Wykonawcy mimo wiedzy o rodzaju i zakresie tych dokumentów nie składali odwołań na treść ogłoszenia, w szczególności nie kwestionowali formuły zamówienia i czasu potrzebnego na jego realizację. W klasycznym fidejucyjskim wzorze umów na prace projektowe i roboty budowlane wykonawcy przyjmują na siebie obowiązek zaprojektowania robót budowlanych od podstaw i taki zakres robót w ramach wskazanej przez zamawiającego formuły ostrożny wykonawca powinien był założyć oceniając postanowienie ogłoszenia. Izba nie podziela stanowiska odwołującego i przystępujących, że dopiero z chwilą przekazania siwz wykonawcy mieli możliwość oceny adekwatności terminu realizacji zamówienia do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby wykonawcy posiadając zakres robót budowlanych, powinni byli zakładać, że w najszerszym zakresie zobowiązania zamawiający nakaze im sporządzenie nowej dokumentacji projektowej i do tej wytycznej odnieść ocenę realności terminu wykonania zamówienia. Zatem fakt, iż na późniejszym etapie postępowania zamawiający wskazał na opcję oparcia się na posiadanych przez zamawiającego dokumentach projektowych nie wpływa, zdaniem Izby, na możliwość zaskarżenia terminu realizacji zamówienia na etapie ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby, w ramach opisu przedmiotu zamówienia w siwz zamawiający zawęził zakres wykonywania dokumentacji projektowej od podstaw ograniczając ją do takiego zakresu, w którym w wyniku sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego i porównania jej z istniejącym aktualnie stanem faktycznym, wykonawcy w niezbędnym zakresie mieli uzyskać projekty zamienne, w tym wymagane zgody i pozwolenia. Oznacza to, że zamawiający zmniejszył zakres prac projektowych koniecznych do wykonania przez wykonawców w stosunku do zakresu wynikającego klasycznej formuły postępowania typu zaprojektuj i wybuduj. Stąd też w ocenie Izby, skoro wykonawcy na etapie ogłoszenia uznawali termin realizacji za realny, a doszło do ograniczenia zakresu prac projektowych na etapie udostępnienia siwz, to odwołujący i przystępujący nie wykazali, że zastrzeżony przez zamawiającego termin jest niemożliwy do dotrzymania i nierealny w świetle określonego zakresu zamówienia. W zakresie zarzutu dotyczącego wyznaczenia I Kamienia Miłowego w ciągu 90 dni od daty podpisania umowy obejmującego optymalizację dokumentacji projektowej i uzyskanie wymaganych zgód i pozwoleń, zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący słusznie wskazał na treść obowiązujących przepisów prawa, z których wynika, że właściwe organy administracyjne na wydanie zgód i pozwoleń mają ustawowo zagwarantowany termin 90 dni, czyli termin równy okresowi przewidzianemu przez zamawiającego zarówno na optymalizację dokumentacji, jak i na uzyskanie zgód i pozwoleń.

117

Stąd też rację należy przyznać odwołującemu i przystępującym, że termin ten nie był możliwy do dotrzymania. Ten fakt przyznał także sam zamawiający dokonując modyfikacji treści postanowień Warunków Szczegółowych Kontraktu i Aktu Umowy oraz załącznika do Formularza Ofertowego oraz PFU wydłużając termin na optymalizację do 120 dni od dnia podpisania umowy oraz wyłączając z tego terminu uzyskanie zgód i pozwoleń. W ocenie Izby modyfikacja siwz dokonana przez zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2012r. nie może być przez Izbę pominięta przy orzekaniu, gdyż stanowi dowód na to, że pierwotna treść siwz wymagała wprowadzenia zmian, a zatem nie był wolna od nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, co sam zamawiający potwierdził zmieniając jej treść. Modyfikacja ta może mieć także wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) i bada czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy). W ocenie Izby pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania

odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie zamawiającego. Jednakże stan rzeczy nie jest niezmienny w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. Do czynności procesowych można zaliczyć cofnięcie odwołania, cofnięcie zarzutu, uznanie zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu, natomiast do okoliczności faktycznych takie zdarzenia, które zachodzą w toku postępowania odwoławczego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mają wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami. Do takich najbardziej obrazowych okoliczności faktycznych, które mogą mieć wpływ na zakres zawisłości sporu w postępowaniu odwoławczym jest np. unieważnienie postępowania z powodu ustania interesu publicznego w pozyskaniu zamówienia. Tym samym Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy sąd okręgowy, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 ustawy. Z tego powodu Izba ma legitymację prawną do oceny czynności zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w

118

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym Izba uznała, że modyfikacja siwz z dnia 7 sierpnia 2012r. w zakresie dokonującym zmian w treści siwz stanowi dowód na to, że zamawiający uważał, że postanowienia pierwotnego siwz są nieprawidłowe w świetle obowiązujących przepisów ustawy i dokonał ich zmiany w celu usunięcia tej wadliwości. Z tych względów Izba uznała, że zamawiający przyznał, że termin osiągnięcia I Kamienia Milowego został przez niego określony pierwotnie jako termin zbyt krótki. Izba uznała także, iż odwołujący oraz popierający go przystępujący nie wykazali, że termin 12 miesięcy, o którego określenie wnosili odwołujący, jest terminem minimalnym, bezwzględnie przez wykonawców niezbędnym dla osiągnięcia pierwszego Kamienia Milowego w toku normalnej realizacji zamówienia. Izba uznała, że odwołujący w termin 12 miesięczny wliczał termin uzyskania wymaganych prawem zgód i pozwoleń, podczas gdy ten czas zamawiający w modyfikacji siwz wyłączył z pierwszego Kamienia Milowego i wydłużył termin na samą optymalizację wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej w niezbędnym zakresie do 120 dni od daty podpisania umowy. Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że termin 12 miesięczny jest terminem minimalnym. W tym zakresie dowód obciążał odwołującego. Izba uznała, że stwierdzone naruszenie art. 387 kc w związku z art. 14 i 139 ustawy polegające na określeniu terminu osiągnięcia pierwszego Kamienia Milowego w terminie 90 dni od daty podpisania umowy tj. bez uwzględnienia ustawowych terminów organów administracyjnych dla wydania wymaganych przez zamawiającego zgód i pozwoleń, nie ma wpływu na wynik postępowania, z uwagi na aktualną treść siwz wyłączającą z biegu terminu okresów pozyskiwania zgód i pozwoleń oraz wydłużającą termin osiągnięcia I kamienia milowego do 120 dni.

2a. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 471 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także art. 647 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego poprzez bezpodstawnego zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową – zarzut dotyczy punktu 1.4.1 akapity od drugiego do czwartego i ostatni oraz

punkt 1.4.2 Tomu III SIWZ, Program Funkcjonalno - Użytkowy (dalej: PFU) co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania „w przypadku wystąpienia w/w dokumentach błędnych i nieaktualnych rozwiązań... wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej...” bez prawa do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Miłowych oraz bez prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej, co więcej z zrzeczeniem się roszczeń wobec zamawiającego i Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy w zakresie odnoszącym się do tego, że punkt 1.4.3.3 podpunkt k) i punkt 2.1 PFU w całości wzajemnie sprzeczne z punktami 2.2.1 akapit drugi i 2.2.2. podpunkt 5 w tabeli PFU, gdyż z jednej strony zamawiający przekazuje dokumentację projektową i wydaną na jej podstawie decyzję pozwolenie na budowę, z drugiej zaś strony zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek przygotowania dokumentacji projektowej. Nadto zamawiający odnosi się do decyzji pozwolenie na budowę jak w punkcie 1.4.1. PFU zdanie pierwsze, a jednocześnie w punkcie 1.4.1.1 podpunkt lit. x) wskazuje na decyzję ZRID. Sprzeczności te przekładają się bezpośrednio na sprzeczność zapisów warunków kontraktowych. Zamawiający przedkładając dokumentację projektową i pozwolenie na budowę jednocześnie wskazuje, jako obowiązujący między stronami, wzór warunków kontraktowych FIDIC przeznaczony dla robót projektowanych przez wykonawcę, tak zwany „żółty”, nie zaś wzór warunków kontraktowych FIDIC dla robót projektowanych przez zamawiającego, co logicznie winno mieć miejsce w przedmiotowym przypadku. Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 2a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W świetle podniesionych przez odwołującego i przystępującego rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową udostępnioną przez zamawiającego, a PFU oraz wobec posłużenia się przez zamawiającego niejednoznacznymi określeniami uzależniającym zakres przedmiotu zamówienia od własnej oceny wykonawcy, Izba uznała, że zamawiający nie uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 31 ust.2 ustawy i 29 ust. 1 i 2 ustawy. W siwz w brzmieniu z 5 lipca 2012r. zachodzą wewnętrzne sprzeczności, co do wymagań zamawiającego w zakresie świadczenia usług projektowych. Zamawiający z jednej strony wymaga wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o dostarczoną przez siebie dokumentację projektową i zgodnie z posiadanym pozwoleniem na budowę, z drugiej zaś strony wymaga od wykonawców optymalizacji wskazując jednocześnie, że dostarczona dokumentacji przez niego ma jedynie znaczenie poglądowe i informacyjne. Co więcej zamawiający w postanowieniu PFU zakłada rozbieżności pomiędzy dostarczoną przez siebie dokumentacją projektową a istniejącym w dacie udostępnienia siwz

120

stanem faktycznym obiektów, udostępnia wykonawcom także dokumenty, z których wynika, że dokumentacja projektowa dostarczona przez niego ma błędy, w tym przewiduje rozwiązania nieosiągalne technologicznie, lub zawiera sprzeczności w doborze technologii pomiędzy projektem budowlanym, a wykonawczym, albo nie uwzględnia aktualnego stanu technicznego obiektów. Tym samym zamawiający oczekuje, że wykonawcy nie tylko sprawdzą dokumentację projektową w rozumieniu art. 651 kc, ale także zweryfikują ją z istniejącym stanem faktycznym i samodzielnie podejmą decyzję co do skali i zakresu projektowania, a także skali i zakresu robót budowlanych. W ocenie Izby na podstawie przedstawionego siwz nie można ustalić jaki ma być efekt końcowy, którego uzyskania zamawiający oczekuje od wykonawców, w szczególności dotyczy to, zakresu robót drogowych - wykonania ich frezowania jako założenia przyjętego przez zamawiającego i nałożenia na wykonawców obowiązku podjęcia decyzji, czy frezowanie będzie wystarczające dla osiągnięcia wymaganego standardu jakościowego drogi, to samo dotyczy obiektów inżynierskich wstępnie przeznaczonych przez zamawiającego do remontu. Taka niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia powoduje, że nie jest określony ani zakres prac projektowych, których wykonania wymaga zamawiający, ani zakres robót budowlanych, którego przeprowadzenia wymaga zamawiający. Przy projektach formuły zaprojektuj i wybuduj, Izba uznaje za dopuszczalne określenie założeń projektowych, określenie koncepcji dla danej inwestycji, czyli założenie osiągnięcia określonego rezultatu czyli pozostawienia wykonawcom możliwości doboru technologii, zakresu wykonywanych robót

budowlanych poprzez opracowanie całości dokumentacji projektowej i zrealizowanie na ich podstawie robót budowlanych. Przy zaprojektuj i wybuduj z reguły istotne jest osiągnięcie walorów funkcjonalnych i użytkowych określonych przez zamawiającego, a nie zrealizowanie robót o określonej kubaturze, obmiarach, czy szczegółowych parametrach technicznych wynikających z dokumentacji projektowej. Natomiast w przedmiotowej sprawie zamawiający decydując się na formułę postępowania zaprojektuj i wybuduj, jednocześnie udostępnił posiadaną przez siebie dokumentację projektową i pozwolenia na budowę nakazując wykonawcom ich wykorzystanie i uzgadnianie zmian w tych dokumentach każdorazowo z zamawiającym, a z drugiej pozostawił wykonawcom decyzję czy ta dokumentacja nadaje się i w jakim zakresie do wykonania robót budowlanych, koniecznych do wykonania w świetle istniejącego stanu obiektów projektowanej drogi, czyli to wykonawcy mają zdecydować czy przewidziany w projekcie budowlany do remontu obiekt należy wyremontować zgodnie z tą dokumentacją, czy też opracować dokumentację zamienną i wyburzyć obiekt i postawić go od nowa. Oznacza to, że w rzeczywistości, po złożeniu ofert i uzyskaniu zamówienia dojdzie do określenia zakresu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby takie postępowanie zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia nie wypełnia normy jednoznacznego i

121

wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z użyciem dokładnych i jednoznacznych określeń oraz ze wskazaniem wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby zamawiający decydując się na doprojektowanie w ramach istniejącej dokumentacji projektowej wynikającej bądź to z błędów tej dokumentacji, bądź ze zmiany stanu faktycznego, który był podstawą projektowania, powinien był w sposób jednoznaczny określić swoje wymagania w stosunku do wykonawców, co do zakresu i skali prac projektowych, a przede wszystkim co do zakresu i skali wymaganych robót budowlanych. Odwołujący i popierający go przystępujący, w ocenie Izby, postanowieniami siwz wykazali, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań jednoznaczności i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, natomiast w ocenie Izby nie można dać wiary wyjaśnieniom zamawiającego, że przedstawił kompletny i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, a jedynie wykonawcy w nieprawidłowy sposób odczytują treść siwz. Nawet modyfikacja z dnia 7 sierpnia 2012r., która wprowadziła definicję pojęcia „optymalizacja” nie usunęła niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, co więcej treść tej definicji utwierdziła Izbę w przekonaniu, że zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny. Świadczą o tym przede wszystkim takie elementy tej definicji jak : opracowanie dokumentacji niezbędnej do przebudowy obiektów podlegających remontowi zgodnie z wytycznymi pkt. 1.5.8.1 (z postanowienia tego wyraźnie wynika, że obiekty przeznaczone do remontu, w zależności od oceny wykonawcy, mogą podlegać przebudowie, a więc znacznie szerzej niż jedynie odtworzeniu walorów funkcjonalnych i użytkowych czym charakteryzuje się pojęcie remontu), w przypadku wystąpienia kolizji z infrastrukturą opracowaniu niezbędnej dokumentacji do ich przebudowy zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt.1.6, w przypadku utraty ważności warunków przebudowy infrastruktury kolidującej uzyskanie nowych warunków i przebudowa sieci zgodnie z ich zapisami, aktualizacji prognozy ruchu zgodnie z punktem 1.5.2.1.7 oraz zmianę konstrukcji nawierzchni zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt. 1.5.2.1.12, wprowadzeniu zmian do dokumentacji projektowej wynikających z protokołu z dnia 22 listopada 2010r. w zakresie infrastruktury rowerowej oraz wykonaniu projektu i zrealizowaniu wymiany nawierzchni wszystkich ścieżek rowerowych będących w liniach rozgraniczających inwestycji zgodnie z wymaganiami niniejszego PFU, opracowaniu dokumentacji zamiennej w zakresie niespójnych (niemożliwych technicznie do zrealizowania rozwiązań) pomiędzy poszczególnymi tomami dokumentacji projektowej (np. kolizje elementów BRD z infrastrukturą techniczną, kolizje pomiędzy poszczególnymi projektami branżowymi etc.), opracowaniu dokumentacji zamiennej w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy stanem istniejącym, a zawartym w dokumentacji projektowej. Zamawiający z jednej bowiem strony wskazuje na posiadaną przez siebie dokumentację projektową, składającą się na wymagania zamawiającego, z

122

drugiej określa przypadki odstąpienia od tej dokumentacji, jednocześnie nie definiując tych przypadków w sposób jednoznaczny i konkretny. W ocenie Izby to zamawiający powinien był wskazać wykonawcom, którą dokumentację projektową mają jedynie sprawdzić w

rozumieniu art. 651 kc i po sprawdzeniu wykonać na jej podstawie roboty budowlane. W świetle oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, na podstawie załączonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej możliwe jest wykonanie około 60% robót. Skoro zamawiający wie ile robót można wykonać bez zmian w dokumentacji projektowej, to nie ma przeszkód, aby wskazać wykonawcom, jakie to są roboty. W ocenie Izby, zamawiający jako podmiot zajmujący się między innymi prowadzeniem analiz bezpieczeństwa ruchu drogowego dysponuje również wiedzą na temat aktualnego stanu technicznego obiektów inżynieryjnych, po których odbywa się ruch drogowy, z tego względu nie stoi nic na przeszkodzie, aby zamawiający określił jednoznacznie, które z obiektów mających być według projektu budowlanego poddane remontowi, w aktualnym stanie faktycznym wymaga zmiany dokumentacji projektowej z remontu na wyburzenie i wybudowanie nowego obiektu. Zamawiający dysponując taką wiedzą jest w stanie wskazać w ocenie izby wykonawcom jakie zmiany w stosunku do otrzymanej dokumentacji projektowej mają wprowadzić, a w tym jest w stanie określić, które z nich w jego ocenie z uwagi na zakres będą wymagały zmiany pozwolenia na budowę, a które nie. Tym samym Izba uznała, że jest to minimalny zakres informacji, które są w posiadaniu zamawiającego, a które powinien przekazać wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w celu usunięcia wad w opisie przedmiotu zamówienia. Dookreślenie przedmiotu zamówienia przełoży się także na możliwość wyceny ryzyk związanych ze złożoną ofertą i pozwoli na jej prawidłową kalkulację, a także umożliwi złożenie ofert porównywalnych pod względem zakresu oferowanego przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby treść siwz w brzmieniu z dnia 5 lipca 2012r. tych wymagań nie spełnia, stąd też Izba w działaniu zamawiającego dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ust. 2 ustawy i nakazała zamawiającemu dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w pkt 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Części III SIWZ zakresu prac projektowych wymaganych przez zamawiającego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby określić dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów, zamawiający wymaga jedynie sprawdzenia dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej w rozumieniu art. 651 kc, dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania pozwolenia na budowę; dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga opracowania zamiennej w stosunku do

123

dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością uzyskania nowego pozwolenia na budowę i dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji projektowej przez wykonawców w całości oraz uzyskania dla nich pozwolenia na budowę. Pozostałe żądania odwołującego uznała za nieuzasadnione w świetle wydłużenia terminu pierwszego kamienia milowego, oraz przyjęła, że w ramach zamówienia na roboty budowlane typu zaprojektuj i wybuduj możliwe jest określenie przedmiotu zamówienia nakazujące wykonawcom pewną aktywność w zakresie ustalenia sposobu realizacji zamówienia, przy czym aktywność ta nie może polegać na ustaleniu przez wykonawców zakresu zamówienia zlecanego przez zamawiającego.

3a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 471 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także art. 647 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego poprzez bezpodstawnego zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową w zakresie Aktu Umowy, czego dotyczy punkt 1.5.8 PFU co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania stosownych decyzji administracyjnych w przypadku uznania niezgodności stanu obiektu z projektem budowlany bez prawa do zmiany zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 3a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie opisanym w powyżej tj. w odniesieniu do niedookreślenia przez zamawiającego w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia.

4a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 471 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy między innymi przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego czyli wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także art. 647 kc i art. 651 kc w zw. z art. 29 oraz 31 ustawy poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego poprzez bezpodstawnego zwolnienie się

124

zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową czego dotyczy §2.2 Aktu Umowy umieszczenie Gwarancji Jakości jako dokumentu mającego pierwszeństwo nad Warunkami Kontraktu co powoduje drastyczne ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego przez zaburzenie hierarchii odpowiedzialności, gdzie zapis Gwarancji stanowi o wszelkiej odpowiedzialności za Przedmiot Umowy i ma on pierwszeństwo, nad przepisem subklauzuli 17.3 pkt g) stanowiącym o odpowiedzialności zamawiającego za dostarczoną dokumentację projektową.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 4a

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim w ocenie Izby jedynym argumentem jaki podał odwołujący, który w jego ocenie miałby przemawiać za tym, że gwarancja jakości jest dokumentem, który powinien znaleźć się po Warunkach Szczegółowych Kontraktu, był argument akcesoryjności gwarancji jakości w stosunku do Kontraktu oraz to, że gwarancja jakości ma gwarantować usunięcie wad tkwiących w przedmiocie zamówienia. W ocenie Izby argument ten jednak nie wskazuje, w jaki sposób przedstawiona przez zamawiającego hierarchia dokumentów uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty lub przesądza o nieważności umowy o zamówienie publiczne. 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. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy i kodeksu cywilnego.

5a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 556 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie kryterium całkowicie nieostrego i nieokreślonego zależnego od subiektywnych odczuć jednostki, nie wskazano czyich odczuć Inżyniera czy Generalnego Dyrektora czego dotyczy subklauzula 1.1.3.7 (c) w części definiującej wadę jako „obniżenie walorów estetycznych” Przedmiotu Zamówienia.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 5a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby wbrew stanowisku zamawiającego prezentowanym na rozprawie walory estetyczne nie mieszczą się pojęciu funkcjonalności. Estetyka to poczucie piękna, ładny, gustowny wygląd czegoś, natomiast funkcjonalność, to cecha rzeczy służąca zaspokojeniu konkretnych potrzeb. Estetyka jest pojęciem jak słusznie

125

zauważyli odwołujący i przystępujący subiektywnym. Zgodnie z paremią łacińską „o gustach się nie dyskutuje”, tym samym rację należy przyznać odwołującym i przystępującym, że aby można było daną rzecz oceniać pod względem walorów estetycznych, gust estetyczny oceniającego powinien być znany tym, którzy pod jego ocenę będą poddawać swoje realizacje. W przedmiotowej sprawie w sytuacji, kiedy zamawiający nie dysponuje ostateczną dokumentacją projektową – projektem budowlanym i wykonawczym, specyfikacjami wykonania i odbioru robót budowlanych, gdyż praktycznie każdy z przez czy to w Wymagań dostarczonych zamawiającego dokumentów, ramach Zamawiającego, czy Materiałów pomocniczych może ulec zmianie, co więcej zmianie mogą ulec rozwiązania konstrukcyjne mające wpływ na formę obiektu, a w konsekwencji na jego wygląd i estetykę, nie jest możliwe określenie poziomu estetycznego, który musiałby zagwarantować wykonawca. Izba podziela stanowisko przystępującego Strabag, że w sytuacji gdy wykonawca mając jednoznacznie podane w dokumentacji projektowej

kolorystykę, rodzaj materiału, jego parametry technicznej i użytkowe zastosuje inny materiał, czy kolorystykę lub naprawiając rzecz nie przywróci jej wyglądu do stanu pierwotnego, to wówczas nastąpi nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie ujawni się wada. Rację należy przyznać zamawiającemu, że nie można postawić znaku równości pomiędzy wadą, a nienależytym wykonaniem zamówienia. Natomiast zamawiający próbuje zdefiniować wadę przez pojęcie nieostre „obniżenie walorów estetycznych”, które jak to się ujawniło na rozprawie w rzeczywistości rozumie jako nienależyte wykonanie zamówienia – inny kolor niż przewidziany w PFU, albo jako efekt wady fizycznej – rdzawy naciek od gwoździa, który gdyby nie był wadliwy to by nie zardzewiał, albo jako nieprawidłowe naprawienie wady tj. nie przywrócenie rzeczy do stanu poprzedniego, czyli jak podał zamawiający ukruszone spoiwo naprawiono spoiwem w innym odcieniu niż wcześniej użyte. Zamawiający nie przekonał Izby, co do tego, że w PFU istnieją ustalone standardy estetyczne, według których może nastąpić ocena ich obniżenia, nie wykazał także, że wada związanej z brakiem estetyki może wystąpić samodzielnie i nie stanowi nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia lub wady fizycznej. W tej sytuacji Izba uznała, że wymagania zamawiającego w zakresie braku wadliwości przedmiotu umowy w przyszłości nie znajdują odzwierciedlenia w usprawiedliwionych potrzebach zamawiającego oraz, że zasługują na ochronę z uwagi na szeroko pojęty interes publiczny. Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy uznając, że wymagania zamawiającego związane z zasadami odpowiedzialności wykonawcy za wady przedmiotu umowy mieszczą się w pojęciu „wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Zatem niejasne i nieprecyzyjne wymaganie odnoszące się do subiektywnego przekonania zamawiającego związane z rodzajem wad, jakie mogą wystąpić w przedmiocie zamówienia ma wpływ na

126

sporządzenie oferty, gdyż wykonawcy sporządzają wówczas ofertę w oparciu o własne przekonanie co do walorów estetycznych oferowanego przedmiotu zamówienia, co powoduje przeniesienie obowiązku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia na wykonawców oraz może prowadzić do utrudnienia konkurencji poprzez utrudnioną kalkulację wymagania zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia art. 556 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, z uwagi na treść art. 558 kc, zgodnie z którym strony mogą odpowiedzialność za wady rozszerzyć, ograniczyć, a nawet wyłączyć. Tym samym przepis art. 556 kc nie stanowi przepisu bezwzględnie obowiązującego i tym samym rozszerzenie kategorii wad nie może prowadzić do przyjęcia, że art. 556 kc został naruszony. 6a Zarzut naruszenia art. 31 ustawy i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, z którym sprzeczna jest subklauzula 1.9 dodane zdanie do akapitu drugiego,

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 6a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Dodany w subklauzuli 1.9 akapit 2 pozbawia wykonawcę prawa do dochodzenia wydłużenia czasu na ukończenie, zwiększenia zaakceptowanej kwoty kontraktowej w sytuacji zaistnienia jakiegokolwiek rozbieżności w części informacyjnej PFU, a stanem faktycznym. Izba podzieliła podniesiony przez odwołującego Budimex powyżej zarzut naruszenia zasad opisu przedmiotu zamówienia. Uwzględnienie tamtego zarzutu ma bezpośredni wpływ na ocenę przedmiotowego zarzutu. Izba podzieliła stanowisko odwołującego i przystępujących, że w sytuacji niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności nałożenia na wykonawców obowiązku samodzielnego ustalenia stanu faktycznego obiektów i ustalenia, czy zachodzi pomiędzy tym stanem, a stanem opisanym w PFU rozbieżność, nadmierne jest nakładanie przez zamawiającego na wykonawców odpowiedzialności za określenie przedmiotu umowy. Pozbawienie wykonawców informacji, w jakim zakresie dokumentacja projektowa odbiega od stanu rzeczywistego obiektów i jednocześnie odmowa przyznania dodatkowego czasu czy środków w przypadku niewykrucia wszystkich rozbieżności w tym zakresie na etapie wyceny oferty, w ocenie Izby powoduje, że wykonawcom nie zostały przekazane wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, natomiast została na nich nałożona odpowiedzialność. W ocenie Izby takie postanowienia stoją w sprzeczności z obowiązkami zamawiającego wynikającymi z art. 31 ust. 2 ustawy. Jednakże Izba pomimo uwzględnienia zarzutu niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia wzięła pod uwagę fakt, iż na dzień

127

orzekania odpowiedzialność wykonawcy została ograniczona jedynie do rozbieżności dokumentacji zawartych w Tomie IV tj. projektów wykonawczych, które jak wynika z oświadczeń zamawiającego ma wykonawca sporządzić od nowa, tym samym Izba uznała, że takie ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy do tego zakresu, który samodzielnie musi wytworzyć i zweryfikować jedynie z pomocniczym wykorzystaniem informacji zawartych w Tomie IV, nie jest nadmierne i nie obarcza wykonawcy niemożliwym do wyszacowania ryzykiem. Tym samym w ocenie Izby na datę orzekania należy uznać, że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wyniki postępowania.

7a Zarzut naruszenia art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy - Pzp, ponieważ wykonanie obowiązku umownego przez Wykonawcę jest nadmiernie utrudnione, jeśli nie niemożliwe, biorąc pod uwagę rozległy zakres pojęcia „Dokumenty wykonawcy”(klauszula 1.1.6.1) oraz fakt, że zgodnie z zapisami PFU (kwestionowanymi powyżej w niniejszym odwołaniu) to wykonawca ma „modyfikować” projekt zamawiającego, czyli zgodnie z przepisami Prawa autorskiego sytuacja winna być odwrotna niż opisana w subklauszuli 1.10, w części przewidującej przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do Dokumentów wykonawcy oraz niewykonywaniu autorskich praw osobistych

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 7a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił, że przedmiotem zobowiązań, które mają od autorów pozyskać dla niego wykonawcy są usługi nadzoru autorskiego oraz dokonywanie koniecznych lub uzasadnionych zmian ze względu na optymalizację lub charakter inwestycji zmian w utworach wymienionych w subklauszuli 1.10. Z drugiej strony zamawiający wskazał, że dotyczy to utworów wytworzonych w trakcie realizacji przedmiotu umowy i w ramach wynagrodzenia oraz, że nadzór autorski ma zapewnić wykonawca. W ocenie Izby te postanowienia subklauszuli są wewnętrznie sprzeczne, bo skoro wykonawca ma zapewnić nadzór autorski, to dlaczego uniemożliwiać mu wykonanie tego nadzoru autorami, którzy na jego zlecenie wykonali prace projektowe. Ponadto optymalizowaniu ma polegać dokumentacja projektowa dostarczona przez zamawiającego i wytworzona na jego zlecenie, zatem wykonawca na podstawie subklauszuli musiałby pozyskać zobowiązania, od autorów działających na zlecenie zamawiającego, z którymi nie łączył go żaden stosunek prawny. Argumentacja przedstawiona przez zamawiającego co do obawy porzucenia przez autora budowy i niemożności przy braku zobowiązania do niewykonywania praw osobistych z tytułu nadzoru autorskiego, zlecenia tego nadzoru innemu podmiotowi, jest błędna, skoro bowiem autor porzuca budowę, to istnieją mechanizmy prawa cywilnego w celu

128

przymuszenia go do wykonania czynności, ewentualnie, co do interpretacji woli takiego autora w związku z wykonywaniem przez niego praw osobistych. Z tego zatem powodu w ocenie Izby ryzyko dla zamawiającego jest minimalne i możliwe do przyjęcia. Nadto Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego, że zobowiązanie do zrzeczenia się prawa autorskiego osobistego do dokonywania zmian w utworze, wynika z potrzeby zapewnienia sobie w przyszłości możliwości wprowadzania takich zmian bez zgody autora. Przeczy temu bowiem wyraźna treść subklauszuli, która stanowi o zmianach ze względu na optymalizację, czyli w utworach dostarczonych przez zamawiającego, a nie zoptymalizowanych przez autorów działających w imieniu wykonawcy. Nadto zamawiający w modyfikacji z 7 sierpnia 2012r. udzielił wykonawcom licencji w tym prawa do dokonywania zmian w utworach przez siebie dostarczonych, a wymogu dotyczącego pozyskiwania zobowiązań w zakresie nie wykonywania praw osobistych co do zmian ze względu na optymalizację dokumentacji nie usunął. Powoduje to w ocenie Izby, iż zakres obowiązków umownych (składających się na przedmiot zamówienia), którymi zamawiający obciąża wykonawcę nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistych i uzasadnionych potrzebach zamawiającego. Z tego względu Izba uznając wymaganie za nadmiarowe i utrudniające wykonawcom złożenie oferty (Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego Strabag, że autorzy mogą odmówić złożenia takiego zobowiązania) uznała, że zamawiający naruszył zarzucane przez odwołującego przepisy i nakazała wykreślenie z subklauszuli 1.10 akapitu 3 oraz uwzględnienia konsekwencji tego faktu w akapitach 5 i 6 tej subklauszuli.

8a Zarzut naruszenia art. 150 ustawy i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w subklauszuli 4.2 akapit czwarty w zakresie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia

w wysokości określonej Aktem Umowy przez cały okres obowiązywania Umowy;
Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 8a
Zarzut zasługuje na uwzględnienie. 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 zestawić z treścią art. 147 ust. 2 ustawy, który wskazuje na to, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Skoro ustawodawca z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia, to w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że ustawodawca zezwolił na podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w każdym przypadku, gdy zamawiający pokrył częścią zabezpieczenia swoją

129

szkodę. Sprzeciwia się takiemu rozumieniu jednoznaczna treść art. 150 ust. 2 ustawy, a także cel ustanawiania zabezpieczenia. Należy bowiem zauważyć, że zabezpieczenia ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy, ustawodawca nie wskazał, że roszczenia te mają być niesporne, wymagalne, czy stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym. Tym samym zamawiający ma prawo potrącenia roszczenia z zabezpieczenia nawet gdy jest ono sporne. Skoro tak, to zakładając racjonalność ustawodawcy, w ustawie w art. 150 ust. 2 ustawy został określony limit pokrywania z zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Oczywiście istnienie limitu zabezpieczenia nie ogranicza zamawiającego w dochodzeniu jego uzasadnionych roszczeń przekraczających kwotę zabezpieczenia na zasadach ogólnych. Limit jedynie włącza niesporną drogą pokrycia roszczeń ponad próg 10% zaoferowanej ceny. W ocenie Izby prowadzi to do uznania, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy może ulec zmniejszeniu w trakcie realizacji umowy poprzez dokonane potrącenia, gdyż w ten sposób realizuje swój cel ustawowy. Mając to na uwadze Izba uznała, że postanowienie subklauzuli 1.9 w brzmieniu nakazującym utrzymanie maksymalnej wysokości zabezpieczenia przez czas trwania kontraktu jest sprzeczne z art. 150 ust. 2 ustawy. Dodatkowo sam zamawiający dostrzegł wadę przyjętego przez siebie w klauzuli 1.9 akapit 2 rozwiązania dokonując modyfikacji tego postanowienia w dniu 7 sierpnia 2012r. Z uwagi na fakt, iż modyfikacja dokonana przez zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2012r. spowodowała usunięcie wadliwości zarzucanej przez odwołującego, Izba uznała, że stwierdzone naruszenie w aktualnym stanie faktycznym nie ma wpływu na wynik postępowania.

9a Zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 647(1) kc w zw, z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w subklauzuli 4.4 w części dotyczącej Dostawców i Usługodawców,
Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 9a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w części. Rację należy przyznać odwołującemu, że w aktualnym stanie prawnym brak jest obowiązku ponoszenia solidarnej odpowiedzialności przez zamawiającego i wykonawcę wobec dostawców i usługodawców. Niemniej jednak brak jest w tym zakresie ustawowego zakazu przyjmowania przez zamawiającego na siebie odpowiedzialności za zobowiązania wykonawcy wobec dostawców i usługodawców. Interes zamawiającego w uregulowaniu stosunków z tymi podmiotami wynika, choćby rozwiązań kodeksu cywilnego w zakresie zobowiązań wzajemnych. Bezsporne jest, że zamawiającego oraz dostawcę i usługodawców nie wiąże stosunek prawny. Taki stosunek istnieje pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym – wobec którego wykonawca odpowiada jak za własne działania za działania osób, którymi posługuje się przy wykonaniu zobowiązania. Taki

130

stosunek istnieje także pomiędzy wykonawcą, a jego dostawcą lub zleceniodawcą, którzy dostarczają na zlecenie wykonawcy określone rzeczy lub usługi w zamian za wynagrodzenie. W zakresie obu wskazanych stosunków mamy do czynienia ze zobowiązaniami wzajemnymi, które charakteryzują się między innymi taką cechą, że jeśli jedna ze stron spóźnia się ze spełnieniem swojego świadczenia, druga może wstrzymać się ze spełnieniem swojego do czasu zaoferowania świadczenia przez pierwszą stronę, lub do czasu odpowiedniego zabezpieczenia takiego świadczenia. W interesie zamawiającego jest, aby dostawcy lub usługodawcy wykonawcy nie powstrzymywali się ze spełnianiem swoich dalszych świadczeń na rzecz wykonawcy, w sytuacji, gdy wykonawca im nie płaci, gdyż

może to powodować trudności z utrzymaniem terminu realizacji inwestycji. Utrzymanie tego terminu ma istotne znaczenie dla zamawiającego, z uwagi na sposób finansowania przez niego przedmiotowego zamówienia tj. z dofinansowania unijnego. 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 z powodu utraty dofinansowania. W ocenie Izby potrzeba zatem kontroli przez zamawiającego stosunków wykonawca – dostawca/zleceniodawca jest uzasadniona, 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 nadmiernymi, ani nieuzasadnionym oczekiwanie, iż będzie mu znanym krąg podmiotów, które mogą występować wobec niego z roszczeniami. W tym stanie rzeczy Izba obowiązek zgłaszania dostawców/usługodawców zamawiającemu uznała za uzasadniony usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Natomiast obowiązek comiesięcznej aktualizacji listy takich podmiotów uznała za nadmierny i utrudniający wykonawcy realizację zamówienia, a nadto nie wynikający z rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Skoro wykonawca wypełnił swój obowiązek i zgłosił wykonawcę, to zamawiający zna podmiot wobec którego jest zobowiązany. 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 żadnej korzyści po stronie zamawiającego, a wykonawcy przysparza dodatkowego obowiązku. Z tego względu Izba uznała, że wymóg zamawiającego utrudnia prawidłową wycenę oferty i zasługuje na uwzględnienie poprzez skreślenie w klauzuli 4.4. treści odnoszących się do comiesięcznej aktualizacji. W zakresie zarzutu nieokreślenia procedury akceptacji dostawcy/usługodawcy, Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim nie ma racji odwołujący twierdząc, że krąg podmiotów będących dostawcami/zleceniodawcami jest zbyt szeroki i niezdefiniowany przez zamawiającego. Przeciwnie zamawiający w warunkach

131

szczegółowych kontraktu podał wyraźnie jakie podmioty będzie uważał za dostawców, czyli podmioty dostarczające materiały, urządzenia i sprzęt (które to z kolei pojęcia są zdefiniowane w wzorze umów Fidic), podał także definicję usługodawcy, podając, że jest to podmiot świadczący na rzecz wykonawcy określone usługi związane z realizacją zamówienia, przy czym zamawiający określił rodzaj e tych usług wymieniając usługi transportowe, czy geodezyjne. W ocenie Izby takie definicje pozwalają na uznanie, że nie chodzi tu o każdego dostawcę, czy zleceniodawcę, ale takiego, który rzeczywiście dostarcza sprzęt czy materiały potrzebne do realizacji zamówienia, lub świadczy usługi, od których wykonania zależy realizacja zamówienia. Definicje te pozwalają także rozróżnić dostawców/usługodawców od podwykonawców, którzy są podmiotami wykonującymi roboty budowlane (co odpowiada temu pojęciu na gruncie kodeksu cywilnego definicji podwykonawcy). W ocenie Izby zatem zakres podmiotów podlegających zgłoszeniu został precyzyjnie określony i wykonawcy nie powinni mieć problemów z identyfikacją tych podmiotów. Nadto Izba uznała, że w subklauzuli 4.4. akceptowanie przez zamawiającego podmiotów, którymi wykonawca się posługuje odnosi się jedynie do podwykonawców i wpisuje w wymogi wynikające z kodeksu cywilnego. Natomiast nazwy dostawców lub usługodawców wraz z kompletem dokumentów odnoszących się do identyfikacji tych podmiotów i należnych im zobowiązań wykonawcy podlegają jedynie zgłoszeniu do zamawiającego. W ocenie Izby zmiany w subklauzuli 4.4. wprowadzone przez zamawiającego nie dają mu możliwości wyeliminowania dostawcy/usługodawcy. W tej sytuacji procedura postępowania zamawiającego została określona jednoznacznie i w ocenie Izby nie jest nadmierna. Izba uznała natomiast za zasady zarzut odnoszący się do przyznania zamawiającemu prawa do wstrzymania w całości lub w części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, w przypadku zgłoszenia przez podwykonawcę, dostawcę lub zleceniodawcę faktu zalegania mu przez wykonawcę z płatnościami. W ocenie Izby wstrzymanie płatności na rzecz wykonawcy nie służy zagwarantowaniu prawidłowego wykonania zamówienia, nadto zamawiający nie określił jakichkolwiek kryteriów jakimi będzie się kierował przy wykonaniu tego uprawnienia. Nie wskazał także w jakich okolicznościach wstrzyma część, a w jakich całość płatności. Nadto Izba zauważyła, że uprawnienie do wstrzymania płatności może być wykonywane niezależnie od potrącenia z wynagrodzenia, czy z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, albowiem pomiędzy literami „i”, „ii”, „iii”

nie posłużono się alternatywą rozłączną „albo”, „bądź”. Nadto uprawnienie zamawiającego ma być wykonane w sytuacji, gdy wykonawca nie wykaże, że zobowiązanie wygasło lub zostało zapłacone. W ocenie Izby uprawnienia zamawiającego opisane w literze „ii” i „iii”, wystarczająco zabezpieczają roszczenia zamawiającego z tytułu zwrotu mu przez wykonawcę kwot wydatkowanych na zapłatę dla podwykonawców, dostawców i

132

usługodawców, 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 nie uzasadnione usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający wstrzymuje wypłatę kwoty 30 % całego wynagrodzenia umownego z powodu nie wykazania przez wykonawcę, że zapłacił dostawcy kwotę kilku tysięcy. Powoduje to, że wycena oferty w takiej sytuacji jest utrudniona, a dodatkowo może powodować trudności w ocenie sposobu finansowania zamówienia przez wykonawcę na etapie składania ofert, z jednej strony ma on bowiem gwarancję wypłaty wynagrodzenia częściowego przy osiągnięciu założonych w umowie kamieni milowych, z drugiej może okazać się w trakcie realizacji zamówienia, że będzie zmuszony w całości finansować zamówienie do końca terminu jego realizacji. Izba zauważa również, że zakres okoliczności powodujących, że zamawiający nie zapłaci dostawcom, zlecniodawcom i podwykonawcom jest ograniczony jedynie do sytuacji, w której wykonawca wykaże, że zapłacił tym podmiotom żądane przez nich kwoty lub, że zobowiązanie wygasło. Natomiast w ocenie Izby zamawiający nie uwzględnił sytuacji, gdy to dostawca, zlecniodawca lub podwykonawca nie wykonali swojego zobowiązania w całości lub części lub wykonali je nienależycie, albo nie za kwotę, którą zgłosili zamawiającemu. Tym samym wstrzymanie całości lub części wynagrodzenia wykonawcy nie jest uzasadnione i wymóg ten narusza zasadę jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca nie wie kiedy będzie mu wstrzymane wynagrodzenie i w jakiej części (wynagrodzenie należy do essentialia negotii każdej umowy tym samym brak możliwości określenia, kiedy jest ono należne stanowi, w ocenie Izby brak prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia), nadto utrudnia wykonawcom wycenę oferty. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 353(1) kc w związku z art. 14 ustawy jest uzasadniony, bo sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego.

10a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 647 kc i art. 471 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w subklauzuli 4.28 w części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za uszkodzenia infrastruktury, która nie była zidentyfikowana na dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji, oraz obowiązku uzyskania koniecznych zgód i zezwoleń;

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 10a

133

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z protokołu rozprawy zamawiający nie sporządził własnej inwentaryzacji istniejącej infrastruktury. Przekazał jedynie wykonawcy mapy i podkłady geodezyjne z naniesionymi instalacjami, natomiast nie podejmował działań zmierzających do ich aktualizacji. Przeciwnie obowiązek aktualizacji przeniósł na wykonawców nakazując wykonanie kontrolnych wykopów. Zamawiający w akapicie 3 subklauzuli 4.28 odpowiedzialnością za wszelkie uszkodzenia infrastruktury spowodowane przez wykonawcę obciążył wykonawcę. Jednocześnie zamawiający nie określił, jak wykonawca powinien przeprowadzić wykopy kontrolne – na jakim obszarze, jak gęsto i jak głęboko, ani nie powiązał faktu przeprowadzenia takich wykopów zgodnie z akapitem 2 subklauzuli 4.28 z możliwością zwolnienia się z odpowiedzialności za uszkodzenie infrastruktury. Z tego względu Izba uznała za niewiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, że odwołujący będzie mógł się domagać przedłużenia czasu na ukończenia czy dodatkowej kwoty na podstawie subklauzuli 4.12. W świetle bowiem akapitu 3 subklauzuli 4.28 wszelkie uszkodzenia niezależnie od tego czy dotyczą infrastruktury ujawnionej na planach i mapach, czy wykrytej w trakcie wykopów kontrolnych, czy wreszcie mimo zachowania należytej staranności przez wykonawcę nie wrytych przed ich uszkodzeniem, wykonawca poniesie za nie

odpowiedzialność i nie będzie mógł się domagać przedłużenia czasu na ukończenie ani dodatkowej kwoty. W ocenie Izby za zbędny i nieuzasadniony wymóg utrudniający uczciwą konkurencję należy uznać żądanie zamawiającego przeprowadzenia wykopów kontrolnych, w sytuacji, gdy brak jest jasno sprecyzowanych warunków prowadzenia takich wykopów, a dodatkowo fakt ich przeprowadzenia nie wpływa, w jakikolwiek sposób na odpowiedzialność wykonawcy. Izba uznała, że wykonawca może przyjąć na siebie odpowiedzialność za uszkodzenia obiektów, których lokalizację znał na podstawie dokumentacji udostępnionej mu przez zamawiającego i nie dochował staranności w celu zapobieżenia jej uszkodzeniu lub takich obiektów, które przy zachowaniu wymagań zamawiającego były możliwe do wykrycia, a więc tych, które ujawniły się w ramach kontrolnych wykopów lub tych które ujawniłyby się podczas kontrolnych wykopów, gdyby wykonawca przeprowadził je zgodnie z wytycznymi zamawiającego. Pozostałe uszkodzenia obiektów powinny być traktowane jako nieprzewidywalne warunki fizyczne w rozumieniu subklauzuli 4.12. Z tych względów Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Co do zarzutu naruszenia art. 647 kc Izba uznała, że do naruszenia tego przepisu nie doszło, gdyż zamawiający udostępnił posiadane przez siebie dokumenty pozwalające na ocenę placu budowy natomiast żaden przepis prawa nie wymaga od zamawiającego przyjęcia na siebie odpowiedzialności, za wszelkie obiekty infrastruktury jakie mogą nie być zinwentaryzowane

134

lub mogą nie ujawnić się podczas prowadzonej inwentaryzacji. Jednak tak samo zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby przyjął na siebie taką odpowiedzialność. Tym samym zamawiający w ocenie Izby powinien sprecyzować swoje wymagania w zakresie wykopów kontrolnych oraz określić kiedy uszkodzenie infrastruktury będzie mogło być zakwalifikowane jako nieprzewidywalne warunki fizyczne. W ocenie Izby, jeśli ani plany i mapy udostępnione przez zamawiającego, ani przeprowadzone przez wykonawcę wykopy kontrolne na oznaczonym przez zamawiającego obszarze, z zaleconą gęstością i głębokością nie ujawnią infrastruktury, to wówczas zaistnieje nieprzewidywalny warunek fizyczny, o którym mowa w klauzuli 4.12. Jednak najpierw zamawiający musi należycie opisać przedmiot zamówienia, którym są kontrolne wykopy. W ocenie Izby należy je zaliczyć w poczet przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji odnieść do nich przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, choćby z tego względu, że ich przeprowadzenie wzbogaci zamawiającego o wiedzę o lokalizacji infrastruktury dotychczas nie odzwierciedlonej na mapach i planach, która będzie mogła być wykorzystana przez zamawiającego przy planowaniu kolejnych inwestycji w tym terenie, albo mogła być przedmiotem sprzedaży innym inwestorom zainteresowanym pozyskaniem takiej wiedzy dla swoich inwestycji. Przepis art. 471 kc jest przepisem o charakterze dyspozytywnym, woli stron pozostawiono możliwość szerzej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zatem w ocenie Izby samo rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy nie jest zabronione, natomiast zakazany jest niejednoznaczny, niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który może utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, co do których nawet przy zachowaniu należytej odpowiedzialności profesjonalisty może nie uzyskać wiedzy przy jednoczesnym nałożeniu nieprecyzyjnego i zbędnego wymagania prowadzenia wykopów kontrolnych godzi w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

11a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 i art. 140 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy dotyczący niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia, hipotetycznego obowiązku przygotowania dokumentacji projektowej; obowiązku weryfikacji dokumentacji przed złożeniem oferty w sytuacji, oraz odpowiedzialności za wady (błędy) dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, nadto nakładający na wykonawcę obowiązek pełnienia funkcji Projektanta co jest niezgodne z przepisami Prawa budowlanego, tj. art. 17 pkt 3 w zw. z art. 14 oraz art. 20 i art. 21, jak również przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o samorządach zawodowych architektów, Inżynierów budownictwa oraz urbanistów, z których wynika, że projektantem jest osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do

135

projektowania w danej specjalności, wpisana na listę członków właściwej Izby samorządu zawodowego architektów, inżynierów budownictwa bądź urbanistów. Odwołujący, podobnie jak gros wykonawców, jest natomiast osobą prawną, która funkcji projektanta, w rozumieniu Prawa budowlanego, pełnić nie może czego dotyczy subklauzula 5.1 w części zmienionej, Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 11a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba powyżej uznała, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ust. 2 ustawy przez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Izba przyznała rację odwołującemu, że dokumentacja projektowa oraz PFU zawierają sprzeczności. Nadto z treści dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego wynika, że dostarczona przez niego dokumentacja zawiera błędy oraz jest niewystarczająca do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż w ramach optymalizacji ma nastąpić zmiana dokumentacji projektowej w celu usunięcia niespójności, kolizji z aktualnym stanem faktycznym. W tej sytuacji wymaganie złożenia oświadczenia o treści wynikającej z akapitu 3 subklauzuli 5.1 nie odpowiada stanowi ujawnionemu przez zamawiającego w treści PFU. Ponadto wobec faktu nakazania przez Izbę zamawiającemu dokonania uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w pkt 1A lit. a sentencji orzeczenia, Izba uznała, że zamawiający powinien do tego dostosować brzmienie akapitu 3 subklauzuli 5.1. Izba nie podzieliła natomiast zarzutu dotyczącego akapitu 1 subklauzuli 5.1, uznając, że odwołujący nieprawidłowo ją interpretuje. Odwołujący twierdził, że zamawiający nakłada na niego – osobę prawną, takie same obowiązki jak na projektanta będącego osobą fizyczną pełniącą samodzielną funkcję w budownictwie. W ocenie Izby taka interpretacja jest nieprawidłowa i nie uwzględnia pierwszej części akapitu 1 subklauzuli 5.1, która stanowi o tym, że wykonawca sporządzi projekt budowlany, a także projekty wykonawcze, zatem opracowanie tych dokumentów stanowi element przedmiotu zamówienia, czyli należy do obowiązków wykonawcy. Natomiast postanowienie że będzie odpowiedzialny za projekt jak projektant w rozumieniu Prawa budowlanego, w ocenie Izby nie oznacza odpowiedzialności zawodowej takiej jak projektant, ale odpowiedzialności za zatrudnionego projektanta i zapewnienia jego udziału przy opracowywaniu dokumentacji, zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo budowlane. O tym, że zamawiający nie uznaje wykonawcy za projektanta w ścisłym rozumieniu ustawy Prawo budowlane, świadczy choćby ten fragment akapitu 1 subklauzuli 5.1, który stanowi, że wykonawca zapewni sprawowanie nadzoru autorskiego. Zamawiający nie wymaga natomiast, aby wykonawca wykonywał nadzór autorski. W taki też sposób należy oceniać odpowiedzialność wykonawcy jak projektanta w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, czyli, że odpowiada za zatrudnianego projektanta jak za własne działania.

136

W tym zakresie Izba nie dopatrywała się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy.

12a Zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 484 §2 kc w zw, z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez subklauzulę 8.7 i subklauzulę 15.2 odnośnie wysokości kar umownych i braku takich kar nałożonych na zamawiającego oraz ponieważ w wymienionych zapisach na rzecz zamawiającego zostało przyznane prawo do odszkodowania uzupełniającego, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy jakichkolwiek kar umownych, a w konsekwencji - odszkodowania uzupełniającego, co jest sprzeczne z właściwością, wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 12a

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę na fakt, iż zastrzeżenie kar umownych ma służyć możliwości szybkiego pokrycia zaistniałej szkody. Jeśli strony nie zastrzegą kar umownych, to nie oznacza, że nie mogą dochodzić pokrycia swoich szkód, z tymże na drodze cywilnoprawnej i z koniecznością udowodnienia faktu zaistnienia zdarzenia szkodzącego, powstania szkody, związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą oraz wysokości szkody. Fakt nie zastrzeżenia kar na rzecz wykonawców nie powoduje nierówności stron, bo nie pozbawia wykonawcy możliwości dochodzenia swoich roszczeń. Co więcej kara umowna dotyczy świadczeń niepieniężnych. Zdecydowanie więcej świadczeń niepieniężnych w usługach projektowych i robotach budowlanych należy się zamawiającemu od wykonawców, stąd dysproporcje w ilości kar

umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron. Zobowiązanie zamawiającego wobec wykonawcy ma przede wszystkim charakter zobowiązania pieniężnego – zapłaty umówionego wynagrodzenia, z tytułu którego strony mogą zastrzec odsetki umowne w sytuacji opóźnienia, a w ich braku i tak wykonawcy należą się odsetki ustawowe. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział dla siebie szereg kar umownych, natomiast dla wykonawcy tylko jedną z tytułu odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Jednakże w ocenie Izby nie przesądza to o naruszeniu równości stron, przeciwko takiej tezie przemawia przede wszystkim określony przez zamawiającego limit łączny z tytułu wszystkich zastrzeżonych na jego rzecz kar. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wysokość łączna wszystkich kar należnych mu od wykonawcy nie może przekroczyć 20% wartości

137

zaakceptowanej kwoty kontraktu brutto. Zatem niezależnie od wysokości limitów dziennych czy kwotowych zastrzeżonych w poszczególnych punktach kar umownych, czy niezależnie od rzeczywistej szkody zamawiającego, w uproszczonym trybie kar umownych zamawiający może domagać się wyłącznie 20% zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Jeśli szkody przekroczą ten limit, zamawiający tak samo jak wykonawca będzie musiał dochodzić swoich roszczeń na drodze cywilnoprawnej. Temu szeregowi kar i limitowi 20% odpowiada kara 15% zaakceptowanej kwoty kontraktu brutto należna wykonawcy w sytuacji odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Dysproporcja pomiędzy tymi kwotami wynosi 5%. Nadto odwołujący Budimex podnosił, że brak zastrzeżenia możliwości dochodzenia przez niego uzupełniającego odszkodowania stanowi o nierówności stron. W ocenie Izby ta nierówność rzeczywiście istnieje, ale nie jest rażąca. Skoro zastrzeżono karę umowną tylko z tytułu jednego ze świadczeń niepieniężnych należnych wykonawcy od zamawiającego (tj. od obowiązku utrzymania w mocy umowy przez czas przewidziany jako okres jej realizacji), to wyłącznie w sytuacji odstąpienia od zamówienia przez zamawiającego odwołujący nie będzie mógł dochodzić odszkodowania uzupełniającego. Skoro w stosunku do innych świadczeń niepieniężnych – np. wydanie placu budowy, nie przewidziano kar umownych, to w sytuacji zaistnienia szkody związanej z niewykonaniem tego obowiązku zamawiającego wykonawca będzie mógł dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. W ocenie Izby zaistniały nierówności pomiędzy stronami, ale nie da się ich zakwalifikować jako rażące. Nadto odwołujący wnosił o zmianę wysokości zastrzeżonych kar umownych, jednak poza przedstawieniem w tym zakresie swoich oczekiwań nie wykazał, że zastrzeżone przez zamawiającego wysokości kar są rażąco wygórowane, co oczywiście nie pozbawia go na przyszłość, w sytuacji zaistnienia zdarzenia powodującego naliczenie kary, podnoszenia twierdzeń i dowodów na okoliczność wykazania, że naliczona kara jest rażąco wygórowana. W zakresie argumentacji przystępującego Strabag, co do tego, że zamawiający zastrzegł kary za zdarzenia, w których nie może po jego stronie powstać szkoda tj. za niezgłoszenie dostawcy lub usługodawcy, to Izba nie podziela tej argumentacji. Zamawiający na mocy umowy o przedmiotowe zamówienie zobowiązuje się wobec dostawców/usługodawców do zapłaty wynagrodzenia, w przypadku braku takiej zapłaty od wykonawcy. W ocenie Izby szczegółowe warunki kontraktu nie pozwalają uchylić się zamawiającemu od zapłaty dostawcy lub usługodawcy jedynie z tego powodu, że nie został on zamawiającemu zgłoszony. Tym samym niezgłoszonemu dostawcy/usługodawcy zamawiający będzie zobowiązany zapłacić w sytuacji, gdy ten wykaże fakt świadczenia i brak zapłaty, a wykonawca nie wykaże, że zapłacił lub, że zobowiązanie wygasło. Mając zgłoszonego dostawcę lub zleceńiodawcę oraz znając treść zawartej pomiędzy nim, a wykonawcą umowy, zamawiający może poznać zakres swojej odpowiedzialności i zabezpieczyć środki

138

na wypłatę potencjalnych roszczeń. Nie znając wszystkich dostawców lub usługodawców, może nie mieć środków na pokrycie zgłaszanych przez nich wierzytelności i w ten sposób ponieść szkodę np. nie mogąc się wywiązać z innych zobowiązań. Tym samym, o ile oczywiście samo niezgłoszenie nie powoduje jeszcze szkody, o tyle skierowanie roszczenia do zamawiającego przez podmiot niezgłoszony do takiej szkody może prowadzić, co oznacza, że przyczyną szkody będzie fakt niezgłoszenia. Z tego względu Izba uznała przedstawioną argumentację za niezasadną. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zarzucanych mu naruszeń ustawy.

13a Zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 471 kc i 473 §2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy poprzez usunięcie subklauzuli 8.10

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 13a

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób usunięcie subklauzuli 8.10 dotyczącej płatności za urządzenia i materiały w okresie zawieszenia, wpływa na naturę stosunku zobowiązaniowego czy też w jaki sposób zmienia odpowiedzialność wykonawcy z tytułu realizacji tej umowy. Dopuszczalność zawieszenia kontraktu została przez zamawiającego określona w subklauzuli 8.11, odwołujący nie kwestionował prawidłowości brzmienia tej klauzuli, jak również nie kwestionował sposobu rozliczania się przez zamawiającego z wykonawcą za pomocą przejściowych świadectw płatności na podstawie oszacowanego zaawansowania robót. 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 nie oznacza to w ocenie Izby, że wykonawca nie będzie mógł tych kosztów przedstawić do rozliczenia po osiągnięciu określonego zaawansowania robót. W tej sytuacji w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że wykreślenie tej subklauzuli 8.10 narusza naturę stosunku umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane. Natomiast art. 471 kc i 473 §2 kc mają charakter przepisów dyspozytywnych, zatem to od woli stron zależy wzajemne ukształtowanie stosunków. Zamawiający może mieć uzasadniony obiektywnie interes w tym, aby płatności odbywały się w zależności od stopnia zaawansowania robót, taki schemat odpowiada występowaniu o płatności w ramach umów o dofinansowanie ze środków unijnych, może mieć także interes w tym, aby realizacja zamówienia nastąpiła w okresie 27 miesięcy bez zawieszania robót. O tym, że taki cel przyświeca zamawiającemu przemawia fakt wliczenia do czasu realizacji kontraktu okresów zimowych i wymagania zamawiającego dotyczące sposobu prowadzenia robót z użyciem

139

nagrzewnic, namiotów itp. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie przez odwołującego.

14a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2, art. 140 ustawy i art. 151 ustawy w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy oraz art. 353(1) kc, art. 548 kc, art. 559 kc, art. 576 kc, art. 577 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ zapisy subklauzuli 11.12 i subklauzuli 11.13 oraz subklauzuli 1.1.3.7 i 1.1.3.7a, w części wskazującej wystawienie Świadectwa Wykonania i wskazanej tam daty jako początek biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi oraz w zakresie braku określenia granicznego terminu dla Okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu w kontekście zakończenia go podpisaniem Świadectwa Wykonania uniemożliwiającym zdefiniowanie daty, od której uzależniony jest termin obowiązywania zabezpieczenia wykonania, zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, którego odpowiedzialność z powyższych tytułów ulega faktycznemu przedłużeniu i rozpoczyna się w trakcie eksploatacji obiektu przez zamawiającego (użytkowników drogi), a nie z chwilą jego przejęcia przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach o roboty budowlane,

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 14a

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Rację ma odwołujący oraz przystępujący, że do elementów przedmiotowo istotnych gwarancji jakości należy określenie momentu rozpoczęcia biegu terminu obowiązywania tej gwarancji, wynika to wprost z ustawy kodeks cywilny. Rację mają także wykonawcy, że w chwili otrzymania siwz z 5 lipca 2012r. w subklauzuli 11.12 i 11.13, jak również w § 2 ust. 2 gwarancji jakości zamawiający w ogóle takie terminu nie określił podał bowiem, że termin ten zostanie wskazany w Świadectwie Wykonania. Tym samym brak jest jakiegokolwiek pewności, co do tego jaki termin zostanie w tym świadectwie wskazany w przyszłości. Twierdzenia zamawiającego, że będzie to termin ukończenia robót, gdyż tylko taki zostaje wskazany w świadectwie, zostały zaprzeczone przez odwołującego i przystępujących. Sam zamawiający modyfikacją z 7 sierpnia 2012r. przyznał, że nie doszło do prawidłowego określenia początku biegu terminu gwarancji, zmieniając datę z wskazanej w świadectwie wykonania, na wskazaną w świadectwie przyjęcia, co jednak nie zmieniło zasadności twierdzeń odwołującego, że również aktualnie brak jest konkretyzacji tego terminu. Termin co do zasady może być określony jako data, okres czy też oznaczone zdarzenie, którego zaistnienie powoduje powstanie uprawnienia lub obowiązku. Natomiast w przedmiotowej sprawie termin nie został w ogóle określony, a ma

być dopiero wskazany. W ocenie Izby narusza to naturę stosunku gwarancji jakości i nie może być utrzymane. W tej sytuacji Izba nakazała zamawiającemu jednoznaczne określenie

140

terminu uzależnione od określonego zdarzenia tj. wydania świadectwa przyjęcia.

Analogiczne stanowisko Izba zajmuje w zakresie subklauzuli 11.13. Wskazanie początku biegu terminu rękojmi jest równie istotne, że zamawiający ma prawo wyboru z jakiej podstawy prawnej będzie dochodził roszczeń z tytułu wad rzeczy. Konieczne jest zatem ustalenie wzajemnych relacji czasowych pomiędzy rękojmią a gwarancją.

15a Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 31 ustawy ust. 2 oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez subklauzulę 14.3;

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 15a

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, na czym w jego ocenie polega naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz 31 ust. 2 i rozporządzenia Ministra Infrastruktury poprzez dodanie do subklauzuli 14.3 końcowych postanowień dotyczących Zasadniczego przedmiaru Robót Stałych. Postanowienia te dotyczą oszacowania stopnia zaawansowania robót stałych. Odwołujący przed rozpoczęciem realizacji robót stałych ma sporządzić właśnie taki dokument ujmując w nim ilości głównych elementów ryczałtowych robót stałych. Dokument ten podlega weryfikacji Inżyniera, który może odmówić jego zatwierdzenia jedynie z ważnych powodów, za taki ważny powód zamawiający uznaje zawyżenie cen elementów zryczałtowanych robót stałych w stosunku do cen rynkowych. Zasadniczy Przedmiar Robót stałych podlega weryfikacji w zakresie ilościowym w sytuacji zgłaszania przez wykonawcę osiągnięcia określonego zaawansowania robót. Dokument ten nie ma wpływu na cenę kontraktu. Służy jedynie do ustalenia momentu, kiedy roboty stałe osiągną poziom zaawansowania uzasadniający wystąpienie o przejściowe świadectwo płatności. Opis tych postanowień jest jednoznaczny, cel ich wprowadzenia sprecyzowany. Sporządzenie ZPRS nie wpływa na zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie robót budowlanych. Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych przez odwołującego w zarzucie.

16a Zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, ponieważ zamawiający pozbawia wykonawcę prawa do rozwiązania Kontraktu w przypadku istotnego niedopełnienia przez zamawiającego zobowiązań kontraktowych, co prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy i naruszenia przez zamawiającego zasad kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych poprzez skreślenie w subklauzuli 16.2 punktów lit. d) do g). Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 16a

141

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający przewidział trzy przypadki odstąpienia przez wykonawcę od umowy. Istotą zamówień publicznych jest realizacja zamawianego przedmiotu zamówienia. Sam ustawa dla zamawiającego przewiduje jedynie jeden szczególny przypadek odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie postanowienia ustawy są nakierowane na zawarcie umowy o zamówienie publiczne i jej realizację. Tym samym ograniczanie sytuacji, w których strony mogą odstąpić od umowy nie jest niedopuszczalne na gruncie ustawy. Odwołujący nie wykazał natomiast dlaczego wykreślenie liter d-g subklauzuli 16.2 w jego ocenie stanowi rażące naruszenie równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i dlaczego sprzeciwia się naturze tego stosunku. Sam fakt, że wykonawca nie ma tyle samo uprawnień do odstąpienia od umowy, które zostały przewidziane w warunkach kontraktowych fidic nie przesądza jeszcze o nierówności stron stosunku zobowiązaniowego. Również nie stanowi w ocenie Izby argumentu za uwzględnieniem zarzutu fakt, że wykonawca chciałby zawrzeć umowę na korzystniejszych dla siebie warunkach. W ocenie Izby postanowienia wzoru umowy co do zasady mogą być kwestionowane przez wykonawców, jeśli ich niejednoznaczność nie pozwala na zidentyfikowanie przedmiotu umowy lub wzajemnych obowiązków stron, lub jeśli wprowadzone postanowienia prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawca zainteresowany postępowaniem o zamówienie publiczne nie może złożyć konkurencyjnej lub porównywalnej oferty, albo w sytuacji, gdy zawarcie umowy na warunkach opisanych w istotnych postanowieniach przyszłej umowy prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie

obowiązujących przepisów prawa. W przedmiotowym zarzucie odwołujący Budimex tych okoliczności nie wykazał. Zarzut zatem nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1535-12

1b Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy, oraz przepisów przedmiotowego Rozporządzenia dot. zakresu i formy programu funkcjonalno-użytkowego w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) nie spełniającego wymagań Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 1b

142

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w tym zakresie w całości stanowisko zajęte w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 w zakresie uzasadnienia uwzględnienia zarzutu opisanego w pkt. 2a uzasadnienia. Izba w działaniu zamawiającego dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ust. 2 ustawy i nakazała zamawiającemu dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w pkt 1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Części III SIWZ zakresu prac projektowych wymaganych przez zamawiającego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby określić dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów, zamawiający wymaga jedynie sprawdzenia dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej w rozumieniu art. 651 kc, dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamienną dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania pozwolenia na budowę; dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga opracowania zamienną w stosunku do dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością uzyskania nowego pozwolenia na budowę i dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji projektowej przez wykonawców w całości oraz uzyskania dla nich pozwolenia na budowę.

2b. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez żądanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, mając na uwadze fakt, że nieprawidłowy i niekompletny opis przedmiotu zamówienia utrudnia lub wręcz uniemożliwia kalkulację ceny oferty

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 2b

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący Bilfinger nie wykazał, że nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w określonym przez zamawiającego czasie. Przeciwnie w toku rozprawy dowodził, że jego cena, w sytuacji niedookreślenia przedmiotu zamówienia i nałożenia na wykonawców odpowiedzialności za szereg ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia będzie wygórowana, będzie nieekonomiczna dla zamawiającego, który powinien się kierować racjonalnością wydatkowania środków publicznych, że będzie to cena w którą w kalkulowane będzie maksymalne ryzyko. Oznacza to, że kalkulacja ceny ofertowej jest możliwa, choć utrudniona. Odwołujący Bilfinger także w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób na możliwość kalkulacji ceny przełożyłoby się wydłużenie terminu składania ofert o żądane przez niego 3 miesiące, w sytuacji gdyby przedmiot zamówienia pozostał w niezmienionej postaci. W ocenie Izby sam fakt niedookreśloności przedmiotu zamówienia nie powoduje zasadności żądania wydłużenia terminu składania ofert, wszyscy

143

wykonawcy są w tej samej sytuacji i w podobnych okolicznościach będą kalkulować swoje oferty, stąd Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Na marginesie Izba wskazuje, że oddalenie powyższego zarzutu nie powoduje, że wobec uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1b, zamawiający jest zwolniony przy wykonaniu wyroku z zastosowania dyspozycji art. 38 ust. 6 ustawy.

3b Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez żądanie zbyt krótkich terminów realizacji zamówienia, mając na uwadze fakt, że dokonanie przez wykonawcę skompletowania opisu przedmiotu zamówienia znacząco poszerzy zakres prac projektowych i robót budowlanych do wykonania, a tym samym wydłuży czas jego realizacji

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 3b.

Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie skorelowanym z żądaniem przedłużenia terminu realizacji zamówienia do 36 miesięcy. W tym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 w uzasadnieniu zarzutu 1a. Natomiast Izba uwzględniła żądanie alternatywne odwołującego Bilfinger nakazując zamawiającemu modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w pkt. 1b.

Zarzuty naruszenia przepisów ustawy oraz Kodeksu Cywilnego, poprzez przygotowanie warunków kontraktu :

4b Rozdział 1 Akt Umowy, § 4 ust. 7 Aktu Umowy naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, przerzucenie ryzyka zwiększenia stawki podatku Vat na wykonawcę

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 4b

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak słusznie zauważył zamawiający, w Akcie umowy przewidziano zwiększenie zaakceptowanej kwoty kontraktu w sytuacji zmiany stawki podatku VAT. Zmianie natomiast z tego powodu nie ulegnie maksymalna wartość zobowiązania zamawiającego. Różnica pomiędzy zaakceptowaną kwotą kontraktu, a maksymalnym zobowiązaniem zamawiającego wynosi 7% zaakceptowanej kwoty umownej. Maksymalne zobowiązanie zamawiającego stanowi górną granicę wynagrodzenia, jakie może być wypłacone wykonawcy i obejmuje wszystkie przypadki roszczeń wykonawcy o wypłatę dodatkowej kwoty, jak i sytuację zwiększenia stawki podatku VAT. Odwołujący Bilfinger znając kontraktowe przypadki, w których wykonawca może wystąpić o dodatkową kwotę nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzeżone w umowie 7% nie wystarczy nawet na

144

pokrycie należności wykonawcy z tytułu tych należności. Jednocześnie rację ma zamawiający, że podwyżki podatków pośrednich nie są częste na rynku budowlanym i z samego faktu kryzysu gospodarczego w Europie i na świecie nie można wywodzić zasadności postawionego zarzutu.

5b Rozdział 2 Gwarancja Jakości, pkt 2 - naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, z uwagi na zaniechanie określenia limitu kar umownych z tytułu gwarancji jakości

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 5b

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w tym zakresie swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zarzutu 12a. Izba zwraca uwagę odwołującego Bilfinger na to, że zamawiający przewidział limit z tytułu wszystkich zastrzeżonych na jego korzyść kar umownych w wysokości 20% zaakceptowanej kwoty kontraktu brutto, tym samym kary zastrzeżone z tytułu gwarancji jakości nie będą mogły wbrew twierdzeniom odwołującego Bilfinger być kształtowane w sposób nieograniczony jedynie przy zachowaniu limitu dziennego przewidzianej kary. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zarzucanych mu naruszeń przepisów ustawy.

6b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 1.1 Definicje, Dodatkowa Subklauzula 1.1.3.7 (c) Wada, poprzez użycie pojęć nieostrych : zmniejszenie wartości Przedmiotu Umowy lub inną stratę Zamawiającego z powodu zmniejszenia wartości Przedmiotu Umowy (uszczerpienie wartości finansowej Przedmiotu Umowy); obniżenie stopnia użyteczności Przedmiotu Umowy; obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy; obniżenie jakości lub inną szkodę w Przedmiocie Umowy;" naruszenie art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp,

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 6b

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu związanego z użyciem pojęcia „obniżenia walorów estetycznych przedmiotu umowy. W tym zakresie Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone uzasadnieniu zarzutu 5a. W zakresie

pozostałych pojęć użytych przez zamawiającego i kwestionowanych przez odwołującego Bilfinger Izbą zajęła następujące stanowisko :

- wada polegająca na zmniejszeniu wartości przedmiotu umowy – analogiczna wada została przewidziana w art. 556 kc w odniesieniu do rękojmi za wady fizyczne rzeczy, wada ta została w dostateczny sposób opisana tak w orzecznictwie sądów powszechnych jak i w doktrynie, że wykonawcy nie powinni mieć problemów interpretacyjnych związanych z

145

interpretacją tego pojęcia. Izba uznała, że wada ta nie wymaga zdefiniowania, o co odwołujący Bilfinger wnosił,

- obniżenie stopnia użyteczności – w ocenie Izby również to pojęcie nie jest nieostre.

Niewątpliwie użyteczność jest pojęciem subiektywnym badanym na gruncie filozofii, psychologii czy ekonomii, jednak najogólniej ujmując jest to zdolność do zaspokajania potrzeb użytkowników rzeczy. W ocenie Izby na gruncie drogowych robót budowlanych granicą takiej użyteczności będą wymagania zamawiającego określające klasę drogi, którą droga ma posiadać po ukończeniu robót budowlanych, wytrzymałość obiektu mostowego. Użyteczność będzie zatem należało odnieść do wymagań zamawiającego oraz warunków technicznych obiektów drogowych wynikających z przepisów prawa. Z tego względu prawidłowo sporządzona dokumentacja projektowa uwzględniająca wymagania zamawiającego oraz wymogi prawne będzie stanowiła stopień użyteczności, którego obniżenie (zmniejszenie) będzie wadą w rozumieniu subklauzuli 1.1.3.7 lit. c.

- Analogiczna sytuacja występuje w związku z wadą polegającą na obniżeniu jakości.

Standard jakościowy stanowić będzie dokumentacja projektowa uwzględniająca wymagania zamawiającego dotyczące użytych materiałów, sprzętu, rozwiązań technicznych i do niej powinna być odniesiona ocena obniżenia jakości. W tej sytuacji Izba uznała, że nie zachodzi potrzeba dokładniejszego zdefiniowania tego pojęcia. Jedynie na marginesie Izba zauważyła, że zarówno jakość jak i użyteczność muszą być oceniane przez pryzmat wymagań zamawiającego, jeśli są z nimi zgodnie nie ma podstaw do stwierdzenia wady, nawet jeśli efekt końcowy różni się od oczekiwanego (ale nieopisanego) przez zamawiającego.

- inne szkody w przedmiocie umowy – pojęcie szkody na gruncie kc jest zdefiniowane w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, tym samym nie zachodzi konieczność definiowania pojęcia.

7b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego PFU w zakresie zarówno części opisowej jak i informacyjnej, spoczywa na Zamawiającym.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 7b. 146

Zarzut zasługuje na uwzględnienie, jednak naruszenie stwierdzone na gruncie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania. Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zarzutu 6a w całości.

8b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 4.4 Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy, w zakresie obowiązku przedstawiania odpis z Krajowego Rejestru Sadowego lub inny dokument, właściwy dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazujący na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron umowy oraz dokumenty, które potwierdzają, że Podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów Robót- naruszenie art. 647 i § 2, § 6 i w konsekwencji art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, z uwagi na nadmiarowe w stosunku do KC żądania i powiązanie z nimi kar umownych

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 8b

Zarzut zasługuje w części na uwzględnienie. Izba podtrzymując swoje stanowisko w zakresie uzasadnienia zarzutu 9a uznała, że zarzut odwołującego Bilfinger odnoszący się do

wymagań zamawiającego związanych z dokumentowaniem zdolności Podwykonawcy w części zasługuje na uwzględnienie. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego Bilfinger, 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 określił, w jakim celu taki dokument jest mu potrzebny tj. w celu weryfikacji, czy osoby podpisujące umowę z wykonawcą w imieniu podwykonawcy są uprawnione do reprezentowania stron umowy. Izba uznała, że taki wymóg nie jest nadmierny, ani nie stwarza nieuzasadnionej uciążliwości dla wykonawcy. Każdy dbający o swoje interesy przedsiębiorca weryfikuje prawidłowość reprezentacji partnera umowy, w celu uniknięcia możliwości zawarcia umowy z osobą nieupoważnioną lub nie mogącą reprezentować partnera. Zwłaszcza w odniesieniu do osób prawnych z uwagi na treść art. 39 kc ma to szczególne znaczenie z uwagi na nieważność czynności prawnej działanej z osobą nie mającą prawa do działania w imieniu organu osoby prawnej. Jest to czynność niekonwalidowalna, z tego względu sam wykonawca powinien mieć pewność ważności zawieranej umowy, a tym samym uzyskać samodzielnie albo od partnera aktualny odpis z KRS lub innego organu rejestrowego partnera. Z tego też względu przedstawienie takiego dokumentu zamawiającemu nie powinno dla wykonawcy stanowić ani nadmiernego obciążenia, ani utrudnienia. Natomiast rację ma odwołujący, co do wymagania przedłożenia że zamawiającego wymagającego dokumentów, które potwierdzają, podwykonawca jest zdolny do wykonania planowanych zakresów robót. Zamawiający w jakie za żaden sposób nie określił, uznawał dokumenty podwykonawcy będzie

147

potwierdzające zdolność do wykonania planowanych zakresów robót, nie wskazał także trybu postępowania w celu dokonania weryfikacji tych dokumentów, nie określił też zasad, na jakich odmówi akceptacji podwykonawcy w sytuacji gdy uzna, że dokumenty nie potwierdzają zdolności do wykonania planowanych zakresów robót. Nie wiadomo także, czy zamawiający będzie wzywał do uzupełnienia takich dokumentów, na jakich zasadach. Śądanie przedstawiania takich dokumentów wykracza poza uprawnienia nadane zamawiającemu z mocy art. 647 (1) kc, a zamawiający nie wykazał, że ma uzasadniony interes w stawianiu takiego żądania. W ocenie Izby w zakresie tego postanowienia subklauzuli 4.4. zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów.

9b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 4.10 Dane o Placu Budowy naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego PFU w zakresie zarówno części opisowej jak i informacyjnej, spoczywa na Zamawiającym.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 9b

Zarzut zasługuje na uwzględnienie, w takim zakresie, jak nakazała to Izba w uzasadnieniu zarzutu 1b i 2a. Samo postanowienie subklauzuli 14.3. nie narusza bowiem powołanych przez odwołującego przepisów. Jednak mając na uwadze to, iż zamawiający dysponując niezbędnymi danymi dotyczącymi inwentaryzacji obiektów, w szczególności na temat ich aktualnego stanu technicznego, w swoich wymaganiach tych informacji nie zawarł, nakładając obowiązek ich pozyskania na wykonawców, to w tym przejawia się naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ustawy. Zamawiający bowiem nałożył na wykonawców obowiązek samodzielnego pozyskania danych, które zamawiający posiada, tym samym nie opisał placu budowy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dopiero w ocenie Izby udostępnienie tych danych pozwoli wykonawcom na prawidłowe sporządzenie ich ofert z uwzględnieniem okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby uwzględnienie tego zarzutu nie prowadzi jednak do modyfikacji treści subklauzuli 14.3, ale do modyfikacji wymagań zamawiającego wynikających z PFU, co Izba nakazała zamawiającemu uwzględniając zarzuty 1b i 2 a, tym samym w zakresie subklauzuli 14.3.

148

Izba nie nakłada na zamawiającego szczegółowego obowiązku.

10b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikami technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego programu funkcjonalno-użytkowego i dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez Wykonawcę spoczywa na Zamawiającym.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 10b

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba w uzasadnieniu zasadności tego zarzutu zajmuje takie samo stanowisko jak wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 w uzasadnieniu do zarzutu 11a w części odnoszącej się do akapitu 3 subklauzuli 5.1.

11b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 6.8 Kierownictwo Wykonawcy - naruszenie art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w świetle powyższego postanowienia odmowa akceptacji zmiany przez Inżyniera wymaga jedynie pisemnego uzasadnienia.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 11b

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający w subklauzuli 6.8 w dodanym akapicie 1 wyraźnie wskazał, kiedy wykonawca posiada Kierownictwo wykonawcy tj. kiedy do realizacji zamówienia kieruje osoby wskazane w Formularzu „Potencjał Kadrowy – osoby zdolne do wykonania zamówienia”, albo kiedy kieruje osoby nie wskazane w tym formularzu, ale posiadające kwalifikacje i doświadczenie nie niższe od określonych w Ogłoszeniu o Zamówieniu. Tym samym w ocenie Izby nie można subklauzuli 6.8 rozpatrywać w oderwaniu od wszystkich jej postanowień. Skoro wykonawca dysponuje kierownictwem jeśli kieruje osoby posiadające kwalifikacje i doświadczenie nie niższe od określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, to inżynier nie ma prawa na gruncie analizowanej klauzuli odmówić akceptacji takiej osoby. Odmowa może nastąpić jedynie w przypadku, gdy osoba kierowana ma kwalifikacje i doświadczenie niższe od wskazanych w ogłoszeniu. Wymagania zamawiającego są znane wykonawcom, co więcej odwołujący i przystępujący

149

wykazali, że je znają i rozumieją, skoro zostali dopuszczeni do składania ofert, gdyż jednym z warunków udziału w postępowaniu było dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym. Tym samym ocena tego, czy zgłaszana osoba ma kwalifikacje i doświadczenie nie powodujące odmowy przez Inżyniera akceptacji takiej osoby, nie powinna stanowić trudności dla wykonawców. Kierownictwo wykonawcy, to zespół osób bezpośrednio kierujących i nadzorujących pracami projektowymi i robotami budowlanymi. Ich odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie przekładają się na powodzenie realizacji całości inwestycji, stąd też zamawiający ma prawo oczekiwać i wymagać, aby do grona kierowniczego należały osoby o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. O tym, że określone kwalifikacje i doświadczenie są wymagane przez zamawiającego i dla niego istotne wykonawcy wiedzieli od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby zamawiający nie wskazując w akapicie 3 subklauzuli 6.8. wyraźnego zastrzeżenia, że odmowa akceptacji następuje w sytuacji wskazania osoby o niższych kwalifikacjach i doświadczeniu niż określone w ogłoszeniu o zamówieniu, nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy, gdyż ustalenie tej przesłanki było możliwe na podstawie akapitu 1 subklauzuli 6.8.

12b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 8.7 Kary umowne - naruszenie art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie wskazuje explicity jako przypadek upoważniający wykonawcę do dochodzenia od Zamawiającego kary umownej jedynie z tytułu odstąpienia od Kontraktu z przyczyn zależnych od Zamawiającego, przy czym z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie przez Zamawiającego], Subklauzuli 15.5 [Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia] i

Subklauzuli 19.7 [Zwolnienie z wywiązywania się — zgodne z prawem] i art. 145 Prawa zamówień publicznych, oraz ponieważ w postanowieniu zaniechano przyznania wykonawcy prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści.

Stanowisko Izby do zarzutu 12b

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zarzutu 12a w sprawie sygn. akt KIO 1529/12. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

13b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 16.2 Odstąpienie przez Wykonawcę naruszenie art. 395 § 1 w zw. art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie przyznaje wykonawcy uprawnienie do odstąpienia od Kontraktu w określonych przypadkach, nie określając jednak terminu na wykonanie tego uprawnienia.

150

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 13b

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Z subklauzuli 16.2 wynika, że wykonanie uprawnienia wykonawcy do odstąpienia od umowy jest uzależnione od wcześniejszego wezwania zamawiającego przez wykonawcę do wykonania obowiązku przy czym lit. a i b precyzyjnie regulują ilość dni jaka musi upłynąć, żeby wykonawca mógł wystąpić z wezwaniem i ocenie Izby takie wezwania może wystosować 57 i 85 dnia. Natomiast termin jaki ma wykonawca udzielić zamawiającemu na wykonanie obowiązku został określony na korzyść wykonawcy tj. do jego oceny pozostawiono jego długość, jako jedyny punkt oceny pozostawiając odpowiedniość. W ocenie Izby takie określenie uprawnień wykonawcy, co do wystąpienia z wezwaniem, jak i wyznaczenia dodatkowego terminu na wykonanie obowiązku przez zamawiającego, nie jest niekorzystne dla wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która przekonałaby Izbę do takiego stanowiska. Izba uznała, że określenie terminu poprzez jego zastrzeżenie na rzecz wykonawcy, występuje na gruncie ustawy kodeks cywilny, również pojęcie odpowiedniości terminu jest pojęciem kodeksowym i interpretowanym orzecznictwie i doktrynie. W ocenie Izby w działaniu zamawiającego nie doszło do naruszeń ustawy zarzucanych mu przez odwołującego.

14b Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 8.4 Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naruszenie art. 353 i Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ kwestionowane postanowienie jest przejawem składania wszelkiego ryzyka na jedną stronę stosunku obligacyjnego i obciążając wykonawcę ryzykiem niesprzyjających warunków klimatycznych wykracza poza granice swobody umów.

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 14b

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać odwołującemu i przystępującym, że pojęcie niesprzyjających warunków klimatycznych jest niedookreślone i może być odmiennie rozumiane tak przez wykonawców jak i przez zamawiającego. Skoro wykonawca ma przyjąć i wycenić swoje ryzyko prowadzenia robót podczas niesprzyjających warunków atmosferycznych, w szczególności stosując odpowiednie technologie (nagrzewnice, namioty – jak wyjaśnił zamawiający) oraz fakt, że wykonawca ma prowadzić roboty także w warunkach zimowych, to wykonawca musi mieć jasność sytuacji, w których zamawiający nakaze mu przerwać roboty, albo będzie wymagał wykonywania robót ryzykiem nieprawidłowego ich wykonania z uwagi na złe warunki atmosferyczne obarczając wykonawcę. W ocenie Izby informacja, kiedy wykonawca ma przyjąć, że warunki są jedynie niesprzyjające, a kiedy wyjątkowo niesprzyjające, jest istotna dla przyjęcia określonej organizacji pracy, a w konsekwencji dla oceny, kiedy termin realizacji kontaktu będzie

151

wykonawcy wydłużony, a kiedy nie. Przekłada się to na określenie przedmiotu zamówienia w takim zakresie, w jakim elementem istotnym zamówienia jest termin jego realizacji. W ocenie Izby twierdzenie odwołującego, że takie działanie zamawiającego wykracza poza granice swobody umów, jest prawidłowe. Izba uznała jednak, że zamawiający może domagać się wykonywania robót w określonych warunkach atmosferycznych uznanych za niesprzyjające, ale takich które przy zastosowaniu określonych technologii, umożliwiają prawidłowe

wykonanie robót, jednak wykonawca musi mieć wiedzę kiedy zamawiający będzie domagał się wykonania robót i zastosowania tych technologii i nie będzie to powodowało wydłużenia czasu realizacji kontraktu, a kiedy z uwagi na wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne wykonanie robót będzie niemożliwe nawet przy zastosowaniu tych technologii i wykonawca będzie musiał przerwać prace zachowując roszczenie o wydłużenie czasu realizacji. Brak wiedzy wykonawcy, co do tego jak zamawiający te pojęcia rozumie nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Izba uznała, że w celu usunięcia powyższej wadliwości zamawiający powinien zmodyfikować subklauzulę 8.4 wprowadzając definicję „niesprzyjających warunków pogodowych” i rozróżnienie tego pojęcia od „wyjątkowo niesprzyjających warunków pogodowych”

15b. Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) pkt 8.6 i 8.7 oraz Rozdział 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II), Subklauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 15b

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Subklauzula 13.8 dotyczy możliwości waloryzacji cen zarówno w górę jak i w dół wynikających z przejściowych świadectw płatności. W brzmieniu tej klauzuli z dnia 5 lipca 2012r. zamawiający jedynie ogólnie odwołał się do danych statystycznych GUS, jak i określił częstotliwość korekt, natomiast nie określił w jaki sposób dokonywana będzie waloryzacja. Wynagrodzenie jest najistotniejszym świadczeniem do jakiego zobowiązany jest zamawiający wobec wykonawcy i to zarówno w umowie o dzieło jak i o roboty budowlane. Okoliczności mające wpływ na częstotliwość wypłaty tego wynagrodzenia, jego wysokość, możliwe obniżenie względem zakładanego, czy podwyższenie mają istotne znaczenie dla kalkulacji ceny ofertowej, jak również dla oceny możliwości złożenia oferty z uwzględnieniem własnej kondycji finansowej wykonawcy. Sam zamawiający modyfikując subklauzulę 13.8 poprzez wskazanie mechanizmu waloryzacji z tytułu korekt przyznał zasadność zarzutu odwołującego Bilfinger. Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, iż modyfikacja z dnia 7 sierpnia 2012r. wprowadziła żądane przez wykonawcę mechanizmy i uznała, że stwierdzenie naruszenia ustawy przez zamawiającego w zakresie tych postanowień umownych nie ma wpływu na wynik postępowania.

152

Sygn. akt KIO 1546/12

1c Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, art. 31 ust. 1, 2, 3 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi przepisami, tj. przekazanie wykonawcom dokumentacji zawierającej sprzeczne ze sobą informacje i polecenia, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie określenia zakresu i rozmiaru prac projektowych oraz robót budowlanych przeznaczonych do wykonania, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy - rozbieżności pomiędzy Ogólnymi Warunkami Kontraktu – tzw. Fidic żółty, a 1.4.1 PFU, a opinią z prac zespołu powołanego do weryfikacji rozwiązań ujętych w dokumentacji projektowej dla drogi S8 w Warszawie na odcinku węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska

2c Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, art. 31 ust. 1, 2, 3 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z tymi przepisami, tj. przekazanie wykonawcom dokumentacji zawierającej sprzeczne ze sobą informacje i polecenia, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie określenia zakresu i rozmiaru prac projektowych oraz robót budowlanych przeznaczonych do wykonania, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy - Zarzut dotyczy m.in. obiektu 2T - wg Wymagań Zamawiającego - PFU str. 145 pkt 1.5.8.1 d wymaga się, aby drogowe obiekty w ciągu drogi ekspresowej były zaprojektowane na klasę obciążeń A. Zgodnie z Projektem Budowlanym. opis techniczny pkt 10.2 (str. 18) most został zaprojektowany przy uwzględnieniu obciążenia ruchomego klasy B, brak jest Pozwolenia na budowę dla obiektu 59T, zgodnie ze spisem dokumentacji zawartym w pkt 2.1. PFU w Tomie 111/31 powinien znajdować się Obiekt nr 23T(A) Węzeł Modlińska - rysunku tego nie ma w przekazanej dokumentacji. W Tomie 111/33 znajduje się natomiast obiekt niewymieniony w spisie dokumentacji, tj. Obiekt 23T

Stanowisko Izby w zakresie zarzutów 1 c i 2 c

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w tym zakresie w całości stanowisko zajęte w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 w zakresie uzasadnienia uwzględnienia zarzutu opisanego w pkt. 2a uzasadnienia i stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 1535/12 w pkt 1b uzasadnienia. Izba w działaniu zamawiającego dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 31 ust. 2 ustawy i nakazała zamawiającemu dokonać modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie w pkt 1 Programu

153

Funcjonalno-Użytkowego Części III SIWZ zakresu prac projektowych wymaganych przez zamawiającego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby określić dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów, zamawiający wymaga jedynie sprawdzenia dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej w rozumieniu art. 651 kc, dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga optymalizacji dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej bez konieczności sporządzania zamiennnej dokumentacji projektowej wymagającej uzyskania pozwolenia na budowę; dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga opracowania zamiennnej w stosunku do dostarczonej wykonawcom dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością uzyskania nowego pozwolenia na budowę i dla jakich rozwiązań budowlanych i w zakresie jakich obiektów zamawiający wymaga sporządzenia dokumentacji projektowej przez wykonawców w całości oraz uzyskania dla nich pozwolenia na budowę.

3c. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 387 kc poprzez określenie terminu realizacji zamówienia niemożliwego do dotrzymania

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 3 c

Izba nie uwzględniła zarzutu w zakresie skorelowanym z żądaniem przedłużenia terminu realizacji zamówienia do 36 miesięcy. W tym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 w uzasadnieniu zarzutu 1a i swoje stanowisko w sprawie sygn. akt KIO 1535/12 w uzasadnieniu zarzutu 3b.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 140 ustawy poprzez nałożenie we wzorze umowy obowiązków niewynikających z oferty, art. 353 i Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, art. 8, art. 556, art. 647 i Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, poprzez ukształtowanie przepisów umowy w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie :

4c subklauzuli 2.1.c) i 2.2.c) w Rozdziale 2 Gwarancja Jakości

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 4c

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Odwołujący Warbud nie wykazał z powodu jakich okoliczności nie jest w stanie wyszacować ryzyka związanego z przedmiotowymi postanowieniami umownymi. Przedmiotowe zamówienie jest

154

zamówieniem mającym służyć polepszeniu ruchu drogowego na przebudowywanym odcinku drogi. W sytuacji wadliwego wykonania elementów tego odcinka mogą potencjalnie zaistnieć sytuacje, w których zamawiający z powodu wystąpienia wady poniesie szkodę. Takim przykładem w ocenie Izby może być konieczność zaspokojenia roszczeń kierowcy z powodu uszkodzenia pojazdu w wyniku powstania uszkodzenia jezdni, będącej konsekwencją nieprawidłowego wykonania nawierzchni. Zaspokojenie roszczenia kierowcy spowoduje szkodę u zamawiającego wynikającą z wady, której samo poprawienie nawierzchni nie zaspokoi, z tego względu Izba uznała, że postanowienia Gwarancji Jakości w kwestionowanym przez odwołującego zakresie znajdują odzwierciedlenie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego. W tym stanie rzeczy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

5c pkt. 5.1. Gwarancji Jakości „Tryby usuwania wad” pkt A, B, C uprawniającą zamawiającego do jednostronnego wyznaczania terminów usunięcia wad oraz określającą sztywne, określone w godzinach czasy reakcji i dokonania napraw, za których przekroczenia wykonawca zobowiązany będzie uiszczać kary umowne

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 5c

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby określenie ścisłych terminów

usuwania wad nie jest niedopuszczalne. Jest to inwestycja drogowa, wykonawca zobowiązany jest w trakcie wykonywania robót zapewnić przejeźdźność. Tym bardziej pod oddaniu przedmiotu zamówieniu powinien on umożliwiać płynne poruszanie się pojazdów i pieszych po obiektach drogowych. Zamawiający uwzględnił różne rodzaje wad i w zależności od ich typów przyjął różne terminy ich usuwania. W ocenie Izby odwołujący Warbud nie wykazał, na czym polega trudność wyznaczania ryzyka finansowego związanego z wystawieniem gwarancji jakości, zwłaszcza, że określanie przez zamawiających jednostronnie terminów usuwania wad nie jest odosobnionym przypadkiem w przetargach drogowych, a odwołujący nie wykazał, że określone przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu terminy są nierealne i niemożliwe do dotrzymania. W tym stanie rzeczy Izba nie podzieliła zarzutu odwołującego.

6c subklauzuli 1.1.3.7. „Wada” lit. (c) w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II) w związku z zawarciem w definicji wady „zmniejszenie wartości Przedmiotu Umowy lub inną stratę Zamawiającego z powodu zmniejszenia wartości Przedmiotu Umowy” oraz „obniżenie walorów estetycznych Przedmiotu Umowy”

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu nr 6c

155

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej definiowania jako wady obniżenia walorów estetycznych. W tym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzut nr 5a w sprawie sygn. akt KIO 1529/12. W pozostałym zakresie zarzut oddala, podtrzymując stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 1535/12 w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w pkt. 6b.

7c subklauzuli 1.1.6.1. „Dokumenty Wykonawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II) – według definicji zamawiającego w skład takich dokumentów wchodzi programy komputerowe i inne oprogramowanie mimo, że dostarczenie ich nie jest częścią Przedmiotu Zamówienia

Zarzut został cofnięty przez odwołującego Warbud na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

8c subklauzuli 1.9 „Błędy w Wymaganiach Zamawiającego” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), którą zamawiający wyłącza swoją odpowiedzialność za prawidłowość PFU przez uniemożliwienie wykonawcy ubiegania się o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub możliwość ubiegania się o dodatkowy koszt w razie wystąpienia rozbieżności

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 8c

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutu nr 6a w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 i nr 7a w sprawie sygn. akt KIO 1535/12.

9c subklauzuli 1.10 „Przeniesienie majątkowych praw autorskich oraz praw zależnych” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), zgodnie z którą zamawiający wymaga przeniesienia autorskich praw majątkowych i przedstawienia zobowiązań dotyczących niewykonywania autorskich praw osobistych do wszystkich utworów powstałych „przy realizacji Umowy”

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 9c

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu nr 7a w sprawie sygn. akt KIO 1529/12.

10c subklauzuli 4.3. „Przedstawiciel Wykonawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), w której zamawiający zastrzegł, że wykonawcy nie wolno, bez jego zgody, ustanawiać przedstawicieli innych niż wymienieni w kontrakcie.

156

Zarzut został cofnięty przez odwołującego Warbud i nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

11c subklauzuli 4.4. „Podwykonawcy, Dostawcy, Usługodawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), zgodnie z którym zamawiający - mimo braku solidarnej (ustawowej) odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia dostawców i usługodawców oraz bez ustanawiania takiej odpowiedzialności w umowie, zastrzega sobie prawo dokonania na ich rzecz bezpośrednich płatności bez zgody Wykonawcy i potrącania sobie tych kwot z jego wynagrodzenia (prawo nabycia wierzytelności)

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 11c

Zarzut zasługuje na uwzględnienie jedynie w części odnoszącej się do nałożenia na wykonawcę zbyt uciążliwych obowiązków oraz możliwości wstrzymania wypłaty wynagrodzenia w całości lub w części na rzecz wykonawcy. Odwołujący Warbud jako zasadę kwestionuje możliwość zobowiązywania się zamawiającego wobec osób trzecich – dostawców lub usługodawców do wypłacania im wynagrodzeń należnych od wykonawcy. W ocenie Izby brak jest ustawowego zakazu przyjęcia przez zamawiającego na siebie takiego obowiązku. Prawnie dopuszczalna jest konstrukcja umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, brak jest także podstaw do przyjęcia, że takie zobowiązanie musi wiązać się z solidarną odpowiedzialnością zamawiającego i wykonawcy. Zaspokojenie roszczeń dostawców i usługodawców w miejsce wypełnienia tego obowiązku przez wykonawcę może znajdować swoje w odzwierciedlenie uzasadnionym interesie zamawiającego przejawiającym się dążeniu do terminowego wykonania zamówienia. Wycofanie się dostawców lub usługodawców z świadczenia na rzecz wykonawcy (a w konsekwencji na rzecz zamawiającego) może powodować brak dostępności materiałów, sprzętu czy urządzeń z zakładanym harmonogramem robót momencie, to samo dotyczy usług, które mogą nie być w odpowiednim momencie świadczone, to z kolei może przekładać się na zastoje na placu budowy i zagrażać terminowej realizacji robót. Dla zamawiającego terminowe ukończenie ma istotne znaczenie z uwagi na finansowanie zamówienia ze środków unijnych. Nawet zastrzeżone kary umowne i inne mechanizmy dyscyplinujące wykonawcę mogą nie zapewnić zamawiającemu terminowego ukończenia robót w sytuacji odmowy spełnienia świadczeń przez dostawców lub usługodawców, tym samym w interesie zamawiającego leży stworzenie takich mechanizmów umownych, które pozwolą na uniknięcie tego zagrożenia. Zamawiający przewidział możliwość wykazania przez wykonawcę, że roszczenia dostawców lub usługodawców wygasły lub zostały spełnione, tym samym decyzja o wypłacie na rzecz tych podmiotów nie została pozostawiona wyłącznie arbitralnej ocenie zamawiającego. Z tego względu w tej części Izba zarzut oddaliła.

157

12c subklauzuli 4.27 „Zabezpieczenie przylegających nieruchomości” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), nakładającą na wykonawcę obowiązek uchronienia sąsiednie nieruchomości przed jakimikolwiek oddziaływaniami

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 12c

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby granice odpowiedzialności wykonawcy za szkody wyrządzone nieruchomością sąsiadującą są ograniczone z uwagi na postanowienia akapitu 1 subklauzuli 4.27, zgodnie z którymi granice prawidłowego zabezpieczenia nieruchomości sąsiednich przed oddziaływaniami wyznaczają wszelkie środki zapobiegawcze wymagane zasadami rzetelnej praktyki budowlanej oraz aktualnymi okolicznościami, tym samym jeśli wykonawca wykaże, że podjął takie środki, to jest zwolniony z odpowiedzialności za uszkodzenia. W ocenie Izby taka odpowiedzialność nie jest nadmierna i jest uzasadniona. Gdyby odpowiedzialność wykonawcy miała być nieograniczona jak wskazuje odwołujący Warbud, to zbędne byłoby odwołanie do zasad rzetelnej praktyki i aktualnych okoliczności. W tych okolicznościach Izba uznała, że z literalnego brzmienia dodanej subklauzuli nie wynika nieograniczona odpowiedzialność wykonawcy.

13c subklauzuli 5.1 „Projektowanie” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), gdzie w akapicie trzecim wykonawca musi oświadczyć, że informacje zawarte w Wymaganiach zamawiającego są prawidłowe i wystarczające do zaprojektowania i wykonania prac

Stanowisko Izby w zakresie Zarzutu 13c

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zarzutu nr 11a w sprawie sygn. akt KIO 1529/12 w części dotyczącej akapitu 3 i w uzasadnieniu zarzutu 10b w sprawie sygn. akt KIO 1535/12.

14c subklauzuli 7.9. „Materiały z rozbiórki” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), obciążającą wykonawcę kosztami ewentualnej rozbiórki obiektów i ich transportu we wskazane przez zamawiającego miejsce i we wskazanym przez zamawiającego okresie

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu 14c

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący Warbud twierdzi, iż nie jest w stanie wyszacować kosztów transportu materiałów z rozbiórki obiektów budowlanych na odległość 60 km, nie znając miejsca ich składowania i terminu. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał

transportu, nie kwestionuje natomiast ilości materiałów z rozbiórki, która ma być poddana transportowi. W ocenie Izby to, w jakim czasie materiały będą wywożone nie ma istotnego znaczenia dla kosztu transportu. Znana jest natomiast maksymalna odległość na jaką mają być transportowane materiały. W ocenie Izby dla wyceny kosztu transportu niezbędna jest znajomość odległości wykonania tego transportu oraz ilość i gabaryty materiałów, które mają być transportowane. Odległość została wykonawcy w ilości maksymalnej podana. Wykonawca nie kwestionuje braku wskazania ilości materiałów. W tej sytuacji Izba doszła do przekonania, że zarzut braku możliwości wyceny kosztu jest nieuzasadniony.

15c subklazuli 20.1 „Roszczenia Wykonawcy” w Rozdziale 4 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU (CZĘŚĆ II), wprowadzająca ograniczenie możliwości zgłaszania roszczeń przez wykonawcę do 28 dni od momentu, kiedy wykonawca dowiedział się lub mógł się o nim dowiedzieć o wydarzeniu lub okoliczności powodującej powstanie roszczenia, bez wprowadzenia takiego samego ograniczenia dla roszczeń zamawiającego

Stanowisko Izby w zakresie zarzutu nr 15c.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący Warbud poza ogólnym sformulowaniem, że zamawiający nie wprowadził terminowego ograniczenia możliwości zgłaszania przez siebie w stosunku do wykonawcy roszczeń z tytułu przedmiotowego kontraktu nie wykazał, że terminy takie nie wynikają z innych klauzul, oraz, że wprowadzone wobec wykonawców ograniczenie uniemożliwia lub utrudnia realizację przedmiotowego zamówienia. Sam fakt nie wprowadzenie ograniczenia nie uzasadnia jeszcze twierdzenia o nierówności stron stosunku zobowiązaniowego, konieczna jest bowiem ocena przyczyn takiego ukształtowania stosunku prawnego. Wobec braku jakiegokolwiek argumentacji odwołującego w tym zakresie w odwołaniu i na rozprawie, Izba uznała, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba oceniła, że okres 28 dni na zgłoszenie roszczenia nie jest okresem zbyt krótkim uniemożliwiającym wykonawcy wystąpienie z roszczeniem. Przykładowo wykonawca, wie kiedy powinno nastąpić wydanie placu budowy, jeśli takie wydanie nie następuje, to 28 dni wystarczy na sformułowanie roszczenia i jego zgłoszenie, również fakt, że pomimo wystawienia przejściowego świadectwa płatności zamawiający nie dokonał jej na rzecz wykonawcy jest łatwa do stwierdzenia i zakwestionowania, wie kiedy zamawiający zakazał mu wykonywania robót budowlanych z uwagi na wyjątkowo niesprzyjające warunki pogodowe, wie zatem kiedy ma wystąpić z roszczeniem o dodatkowy czas na ukończenie. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia ustawy w świetle zarzutów podniesionych przez odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołania zostały uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującym kosztów postępowania w wysokości uiszczzonego wpisu zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), a w odniesieniu do odwołującego Bilfinger także zwrotu kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z przedłożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....