Sygn. akt: KIO 130/14

WYROK
z dnia 7 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego – CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG S.A.), ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**

przy udziale **Wykonawcy - IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obcią a Odwołującego - CONTROL PROCESS S.A. Krakowie, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - CONTROL PROCESS S.A. Krakowie, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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: ……

Sygn. akt: KIO 130/14

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zagospodarowanie *zło a Radoszyn."* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 stycznia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 009-012049.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 - 4 ustawy Pzp w zw. z § 15 i § 18 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-u ytkowego (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1129, dalej zwane „rozporządzeniem") w zw. z art. 140, art. 82 ust. 3 i art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz zasad współ ycia społecznego (art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm., dalej: „k.c.") poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niepozwalający wykonawcy na jednoznaczną wycenę przedmiotu zamówienia, jak równie w sposób przerzucający na wykonawcę odpowiedzialność za poprawne przygotowanie przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej,
2) art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 ust. 1 i 3 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wzoru umowy w sposób niepozwalający na dokonanie prawidłowej wyceny oferty, a tak e umo liwiający jednostronną zmianę zakresu prac i wynagrodzenia przez Zamawiającego,

3) art. 5 oraz art. 353 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadu ycie prawa do jednostronnego przygotowania wzoru umowy i wykorzystanie go sprzecznie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współ ycia społecznego poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób sanujący uchybienia w opisie przedmiotu zamówienia i przenoszący na wykonawcę nieuzasadnione ryzyko i odpowiedzialność,
4) art. 147 ust. 1, art. 148 ust. 2, art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 14 k.c. w związku z art. 58 k.c. poprzez zobowiązanie wykonawcy do wielokrotnego wnoszenia i permanentnego utrzymania zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy,
5) art. 143a, 143b i 143d ustawy Pzp poprzez ądanie dokonania przez Wykonawcę zapłaty podwykonawcom zanim ich nale ności będą wymagalne oraz poprzez ograniczenie mo liwych dowodów uregulowania nale ności podwykonawców do ich

oświadczenia o narzuconej przez Zamawiającego treści, a tak e poprzez wymuszanie terminu zapłaty podwykonawcom krótszego ni 30 dni,
6) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ i wzoru umowy w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, i przedmiotem jest zaprojektowanie (w tym rozwiązań zamówienia opracowanie projektów technologicznych, projektów budowlanych, wykonawczych i powykonawczych) oraz wykonanie „pod klucz" instalacji wraz towarzyszącymi obiektami pomocniczymi, słu ącej do wydobycia płynów zło owych (ropa i gaz), ich uzdatniania do wymaganych parametrów, produkcji, magazynowania i sprzeda y oraz przeprowadzenie niezbędnych procedur formalno-prawnych, w tym m.in. uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę i stosownych dopuszczeń do u ytkowania wybudowanych obiektów. Całość inwestycji zostanie zaprojektowana w oparciu o szczegółową analizę fizyko-chemiczną złó i znajdujących się tam kopalin (ropy i gazu zanieczyszczonych m.in. siarkowodorem), przygotowaną i przekazaną wykonawcy przez Zamawiającego. Przedmiotowa inwestycja charakteryzuje się du ą zło onością oraz skomplikowaniem (w tym niepowtarzalnością) i stanowi zadanie inwestycyjne zaliczane do grupy zadań o znacznej wartości.

Mając na uwadze, e opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej, w ocenie Odwołującego, nie mo e on być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców cię ar jego dookreślenia, przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez Zamawiającego (wyrok KIO z 16 listopada 2010 r., sygn. akt: 2376/10). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący adnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do zło enia przez zainteresowanych wykonawców ofert (wyrok KIO z 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: 1556/11).

1)

Odwołujący podał, e Zamawiający formułując postanowienia art. 2 ust. 1 i 2 projektu umowy, przy uwzględnieniu treści pkt 3.3 SIWZ o treści: *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się we wzorze umowy wraz z załącznikami",* przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za poprawne przygotowanie przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami ustawy Pzp. Powy sze postanowienia wzoru umowy, zdaniem Odwołującego, otwierają cały szereg podobnych klauzul czyniących program funkcjonalno-u ytkowy (dalej „PFU") dokumentem ogólnikowym

i nierozstrzygającym o przedmiocie zamówienia (świadczeniu wykonawcy). Na ich tle (a tak e bardzo wymownych postanowień art. 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy) zwraca uwagę na aspekty formalno-prawne, aktualne równie względem innych zarzutów.

Jak podaje Odwołujący, zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy przez „dokumentację przetargową" rozumie się dokumentację dostarczoną wykonawcy przez Zamawiającego oraz dokumentację przekazaną przez wykonawcę Zamawiającemu w

trakcie procedury o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ oraz ofertę wykonawcy. Odwołujący podniósł, e ustawa Pzp w art. 29 ust. 1 nakłada na Zamawiającego obowiązek dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powy sza zasada obowiązuje równie w postępowaniu na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, dopełniając szczegółowe wymagania dla PFU, którego zakres i formę reguluje powołane rozporządzenie.

Przytoczony powy ej fragment wzoru umowy, wespół z wieloma innymi wskazanymi i kwestionowanymi poni ej stanowi, zdaniem Odwołującego, w istocie przyznanie przez Zamawiającego, e dokumentacja przetargowa (czyli równie PFU, zawierający opis przedmiotu zamówienia) mo e być wadliwa. W art. 2 ust. 2 jest mowa o mo liwych konsekwencjach wykrycia wady dokumentacji przetargowej, w kolejnym ustępie wskazuje się na roboty nieprzewidziane w umowie z powodu wadliwej dokumentacji przetargowej. Podobne regulacje zawiera art. 2 ust. 4, art. 4 ust. 6 i 10 i wiele innych. Tworzą one zespół postanowień, w opinii Odwołującego, przerzucających na wykonawcę całkowite ryzyko wadliwego przygotowania inwestycji przez Zamawiającego. W ten sposób Zamawiający wykorzystując przysługujące mu prawo do opracowania i *de facto* narzucenia wykonawcom wzoru umowy uchyla się od cią ącego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Stanowi więc naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp lub przynajmniej próbę jego obejścia sprzeczną z art. 58 §1 k.c.

Dalej Odwołujący podaje, e przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp był wielokrotnie i e przedmiot zgodnie interpretowany przez Krajową Izbą Odwoławczą w ten sposób, zamówienia powinien być opisany jak najszerzej, w sposób najbardziej szczegółowy, a wykonawca powinien mieć świadomość wszystkich zadań i ich zakresu, jakie będzie zobowiązany wykonać na etapie realizacji umowy, oraz wziąć pod uwagę i wycenić je na etapie przygotowania oferty (wyrok KIO z dnia 22 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 522/13). Dotyczy to ka dego rodzaju zamówień – roboty budowlane nie stanowią tutaj adnego wyjątku (z racji faktu, e opis przedmiotu zamówienia zawiera zazwyczaj odrębne opracowanie). Potwierdzeniem powy szego, jak podaje Odwołujący, jest wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 411/13, w którym Izba uznała, e o ile uprawnienia i obowiązki

stron umowy o zamówienie nie muszą być ustalone w pełni symetrycznie, ani ekwiwalentnie, to bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób pełny (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp), umo liwiający oszacowanie kosztu po stronie wykonawcy, przy czym niestwarzający nieuzasadnionych barier w dostępie do ubiegania się o zamówienie przez podmioty zdolne do jego nale ytej realizacji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). W dalszej kolejności, w tym e judykacie zawarta jest teza, którą Odwołujący przytacza: *„Zakres robót - mo liwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie mo e być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdy taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów* świadczeń *i ich wyceny. (…) Nadu ywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie słu y realizacji celów zakładanych przez p.,z..p. - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. (…) Przy umowach o roboty budowlane, uprawnienie zamawiającego nie mo e te być nadu ywane do nadmiernego wyznaczania obowiązków objęcia ceną ofertową wszystkiego, co zamawiający zechce zastrzec w umowie jako obowiązki wykonawcy, a co nie jest jednoznacznie związane z tymi robotami."*

Jak zauwa ył Odwołujący, na słuszność takiej linii orzeczniczej wskazują wypowiedzi sądów okręgowych - na przykład SO w Katowicach, który w wyroku z dnia z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt: XIX Ga 214/08 uznał, e *„Z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. wypływa wniosek, e obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, e wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i e wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione."*

W ocenie Odwołującego, przy obecnych postanowieniach wzoru umowy nie mo e dojść do zło enia porównywalnych ofert, skoro ka dy wykonawca ma indywidualnie ocenić skalę i koszt ewentualnych robót nieprzewidzianych w PFU, a koniecznych do wykonania inwestycji (rozumie się przez to *„kompletny, funkcjonalny, zdatny do u ytku obiekt lub zespół obiektów budowlanych wraz z Instalacjami, Urządzeniami i Wyposa eniem, otoczeniem, infrastrukturą, dokumentacją, wymaganymi prawem aktami administracyjnymi - wykonany w ramach* i *zgodnie z Umową").* Takie uło enie warunków przetargowych pozostaje tak e w sprzeczności z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W ten sposób dochodzi, zdaniem Odwołującego, równie do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdy lakoniczny opis przedmiotu zamówienia (a takim staje się PFU wobec kwestionowanych zastrze eń umownych) utrudnia uczciwą konkurencję. Stan wiedzy

podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne na temat okoliczności mających wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia powinien być zasadniczo jednakowy, oparty na informacjach pozyskanych z SIWZ (względnie jej wyjaśnień I uzupełnień). Wobec pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) wszelkie kontakty „nieformalne", jak równie dane otrzymane tą drogą nie mogą wa yć o dostępności zamówienia publicznego dla niektórych przedsiębiorców.

Zastrze eń, jakich dokonał Zamawiający we wzorze umowy, w ocenie Odwołującego, nie tłumaczy równie ryczałtowy charakter wynagrodzenia (art. 10 ust. 1 wzoru umowy). Przychylając się do stanowiska, jakie zajął Sąd Najwy szy w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt: IV CSK 354/12, Odwołujący podnosi, e art. 632 § 2 k.c. (który mo e mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane) dotyczy podwy szenia ryczałtu, w razie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych, w stosunku do uzgodnionego przez strony wynagrodzenia za przedmiot robót objętych umową, nie mo e natomiast znaleźć zastosowania, w stosunku do robót budowlanych nie objętych zakresem umowy. Nale y bowiem uznać, e w tej części stron nie łączył bowiem stosunek umowny z uzgodnionym wynagrodzeniem ryczałtowym. Takie zapatrywanie ulega tylko wzmocnieniu, jeśli przyło y się doń reguły ustawy Pzp (cytowany wyrok SN zapadł w sporze na tle umowy o zamówienie publiczne), które wymagają wszak wyczerpującego i dokładnego opisu przedmiotu zamówienia, które podlega wycenie przez wykonawców. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzeczeniu z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 184/10, wywodząc, i nie jest dopuszczalne i mo liwe zawarcie z góry w specyfikacji i we wzorze umowy, zastrze enia, i umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich obejmuje bez obustronnego przyczyn został pominięty na etapie projektowania lub te porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi bowiem podstawę skalkulowania ceny oferty, dla zło enia porównywalnych ofert, a art. 632 § 1 k.c. doznaje ograniczenia w tym sensie, i pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Ryczałt nie mo e bowiem obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a tak e tego, czego nie mo na było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 ustawy Pzp na roboty dodatkowe.

Związek kwestionowanych postanowień wzorca umowy z zakresem świadczenia wykonawcy (opisem przedmiotu zamówienia) jest bezpośredni, w istocie implikuje go w stopniu jednakowym do PFU. Zwłaszcza mając na uwadze pkt. 3.3 SIWZ zgodnie z którym: *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się we wzorze umowy wraz z załącznikami".*

Zgodnie bowiem z treścią art. 2 ust. 1 wzorca umowy wykonawca, jako generalny realizator inwestycji przyjmuje na warunkach określonych umową kompletne wykonanie „pod

klucz" inwestycji obejmującej „w szczególności" określony zakres prac. Zatem wykonawca ma osiągnąć rezultat w postaci „kompletnej Inwestycji", z niedookreślonym zakresem robót (PFU wytycza go jedynie „w szczególności"). W konsekwencji wszelkie umowne obowiązki nakazujące dostarczyć Zamawiającemu więcej prac ni wynika to z PFU, bez precyzyjnego określenia ich zakresu, stanowią, zdaniem Odwołującego, o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i brakach w PFU, czyniąc go dokumentem sprzecznym z art. 29 ust.

1 i ust. 2 PZP oraz § 15, 18 i 19 powołanego rozporządzenia. Jeśli natomiast przyjąć PFU jako materiał wyłącznie miarodajny do ustalenia granic zamówienia (za którego wykonanie nale eć się będzie wynagrodzenie ofertowe/umowne), to wszystkie zapisy wzoru umowy narzucające wykonanie szerszego zakresu, nale y uznać za odnoszące się do innego zamówienia, niestanowiącego przedmiotu niniejszego postępowania. W takiej sytuacji dochodzi do naruszenia zasad płynących z art. 140 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 31 ust. 2-4 ustawy Pzp, poprzez ądanie zawarcia umowy wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ, czyli w tym przypadku PFU.

Powy sze, w ocenie Odwołującego, prowadzi do wniosku, e przedmiotowe postanowienia wzoru umowy świadczą o tym, i w postępowaniu naruszone zostały bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, gdy Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z tymi normami. Zamiast tego wprowadził do umowy instrumenty pozwalające mu egzekwować praktycznie nieograniczone ilości urządzeń, materiałów, wyposa enia, jeśli oka e się to konieczne, aby zrealizować tak skomplikowane przedsięwzięcie jak budowa zakładu wydobywającego i przetwarzającego kopaliny zalegające głęboko pod powierzchnią ziemi.

W ocenie Odwołującego, zawarte w art. 2 ust. 1 wzoru umowy zastrze enie „w szczególności" oznacza, e przedmiot zamówienia nie został opisany, jak tego wymaga art. 31 ust. 2-4 ustawy Pzp, za pomocą PFU, lecz za pomocą ogólnie zdefiniowanego pojęcia „Inwestycja". Zamawiający ąda, aby to wykonawcy indywidualnie określili zakres prac potrzebnych do zrealizowania „Inwestycji", dla których PFU jest tylko jedną z wytycznych. Jest to niedopuszczalne na gruncie zasad Pzp.

Jeśli chodzi o art. 2 ust. 2 wzoru umowy, to Odwołujący zwraca uwagę, e ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek poprawnego sporządzenia dokumentacji przetargowej - w tym opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego jego zasadniczą część - na którą to czynność Zamawiający mógł przeznaczyć w praktyce dowolną ilość czasu. Wykonawca dysponuje jedynie ograniczonym czasem zarówno na weryfikację dokumentacji przetargowej, jak i podjęcie decyzji o zło eniu oferty. Czas ten liczony jest od momentu, gdy wykonawca dowiedział się o ogłoszeniu postępowania do chwili upływu terminu zło enia oferty. Na ewentualne zastrze enia do dokumentacji Wykonawca ma zaś 10 dni (względnie ok. 20, jeśli uznać, e mo e je artykułować w trybie określonym w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp),

---

co jest okresem z oczywistych względów niewystarczającym na „wyłapanie" wszystkich jej wad.

Odwołujący zauwa a, e zaskar ona część wzoru umowy porusza równie problem terminu zgłoszenia wykrytych wad dokumentacji przetargowej na etapie realizacji inwestycji. W przypadku bardzo zło onych zadań inwestycyjnych, takich jak przedmiotowa inwestycja, wprowadzony przez Zamawiającego termin na poinformowanie o wystąpieniu wady jest zbyt krótki by uzale niać od niego mo liwość ądania zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący podniósł, e w przypadku inwestycji długoterminowych wykrycie wady w dokumentacji przetargowej nie musi spowodować natychmiastowego opóźnienia w jej realizacji. Wykryta wada mo e wpłynąć na termin wykonania inwestycji w znacznie późniejszym ni wyznaczony przez Zamawiającego okresie. Zdaniem Odwołującego, wprowadzenie 3-dniowego terminu zawitego na zawiadomienie Zamawiającego o wykrytej wadzie, pod rygorem utraty prawa do wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłu enie terminu realizacji inwestycji z powodu wady dokumentacji przetargowej stanowi zbyt ra ące ograniczenie uprawnień wykonawcy. Ponadto, zawę enie mo liwych roszczeń wykonawcy wynikających z wadliwej dokumentacji przetargowej do przedłu enia terminu realizacji inwestycji stanowi naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń w umowach wzajemnych. Dodatkowo, Zamawiający oczekując z jednej strony oświadczenia o zapoznaniu się z dokumentacją przetargową ju w dacie zawierania umowy, a z drugiej dopuszczając jednak ich wykrycie dopiero podczas realizacji inwestycji, zakłada (skądinąd słusznie), e wady mogą ujawnić się dopiero w trakcie projektowania lub realizacji robót. Skoro tak, to nie mo na wymagać, aby wykonawcy skutki tych wad, inne ni rzutujące na termin realizacji, uwzględnili w swoich ofertach. Nikt bowiem nie jest w stanie ocenić ich charakteru i wpływu chocia by na koszty.

W związku z powy szym Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ w sposób eliminujący mo liwość ponoszenia przez wykonawcę ryzyk, kosztów oraz innych konsekwencji wynikających z błędów lub wad dokumentacji przetargowej przygotowywanej przez

Zamawiającego przez:

1. wykreślenie zwrotu „w szczególności" z treści art. 2 ust. 1 wzoru umowy;
2. wykreślenie art. 2 ust. 2 wzoru umowy albo wykreślenie ostatniego zdania art. 2 ust. 2 z wzoru umowy;
3. usunięcie postanowień punktu 3.3. SIWZ;
4. rozszerzenie katalogu przyczyn uprawniających strony umowy do zmiany terminu wykonania inwestycji lub jej poszczególnych etapów w przypadku zaistnienia konieczności zmian w dokumentacji przetargowej przekazanej wykonawcy przez Zamawiającego (art. 19 ust. 7).

2)

Odnośnie art. 2 ust. 3 projektu umowy Odwołujący podniósł, e kwestionowane postanowienia przerzucają na wykonawcę odpowiedzialność wynikłą z wad dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp i k.c. Ponadto stoją w sprzecznością z ogólna zasadą z art. 2 ust 2 wzoru umowy, e wada uprawnia do zło enia wniosku o przedłu enie realizacji inwestycji. Zamawiający w tym punkcie odmawia prawa wykonawcy do przesunięcia terminu wykonania inwestycji w wypadku, jeśli doszło do zmiany zakresu robót z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, tj. wskutek wad dokumentacji przetargowej opracowanej przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił równie uwagę na definicję „robót", zawartą w art. 1 ust. 1 pkt 18 wzoru umowy, przez którą Zamawiający rozumie wszelkie roboty budowlane, dostawy i usługi konieczne do zrealizowania inwestycji zgodnie z postanowieniami umowy, w tym prace projektowe oraz dostawa urządzeń, materiałów i wyposa enia. Taka definicja w zestawieniu z postanowieniami art. 2 ust. 3 wzoru umowy, zdaniem Odwołującego, powoduje, e zakres świadczenia wykonawcy jest niemal nieograniczony. Jak podaje Odwołujący, wyobrazić sobie mo na sytuację, w której wykonawca wykonuje dokumentację projektową zgodnie z PFU, a następnie rozpoczyna prace budowlane, po czym okazuje się, e nie zapewni to osiągnięcia zakładanych rezultatów (obiekty nie będą zdatne do u ytku lub funkcjonalne, zgodnie z zało eniami technologicznymi), ze względu na wadę dokumentacji przetargowej (np. błędne obliczenia kluczowych wskaźników). Stosując powy sze zapisy wykonawca musi roboty (prace projektowe i budowlane) powtórzyć na „własny koszt i niebezpieczeństwo". Zakładając nawet, e powy szy stan faktyczny jest przerysowany, to sytuacji, w których Zamawiający mo e powołać się na ww. zapisy i egzekwować dowolne zachowania wykonawcy jest na tyle du o, e aden rozsądny wykonawca nie mo e na to przystać. Zarazem jest to postanowienie dowodzące w najwy szym stopniu niedookreśloności opisu przedmiotu zamówienia, niedopuszczalnego na gruncie zamówień publicznych. W związku z powy szym Odwołujący wniósł o wykreślenie spornego postanowienia.

3)

Odnośnie postanowienia art. 2 ust. 4 projektu umowy Odwołujący podniósł, e Zamawiający niezgodnie z brzmieniem art. 29 i 31 ustawy Pzp przerzuca na wykonawcę ryzyka wynikające z niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia, nakazując mu wykonanie wszelkich usług, robót budowlanych i innych czynności niewymienionych w umowie. Tymczasem, zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, je eli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414, z późn. zm.), Zamawiający jest zobowiązany do opisania przedmiotu zamówienia za pomocą PFU w sposób wyczerpujący. W związku z

powy szym Odwołujący wniósł o wykreślenie przedmiotowego postanowienia.

4)

Odwołujący kwestionuje równie treść postanowienia art. 4 ust. 6 projektu umowy stwierdzając, e daje mo liwość jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, uniemo liwiając wykonawcy prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, je eli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, Zamawiający opisuje przedmiot

zamówienia za pomocą PFU. Zamawiający nie mo e w trakcie realizacji zamówienia zmieniać oczekiwanego przez siebie opisanego w PFU przedmiotu zamówienia na koszt i ryzyko wykonawcy. Pzp jasno opisuje zasady zmian przedmiotu umowy, zmuszając Zamawiającego do zastosowania procedur i instytucji przewidzianych w prawie, opierających się na zasadzie odpłatności robót wykonanych przez wykonawcę (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). W związku z powy szym jednostronne uprawnienie zamawiającego do wprowadzania zmian w przedmiocie umowy bez dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy jest niezgodne zarówno z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, jak i z obowiązkiem Zamawiającego do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia wyra onego w art. 29 ustawy Pzp. W związku z powy szym Odwołujący wniósł o wykreślenie spornego postanowienia.

5)

Odnośnie postanowienia art. 4 ust. 10 projektu umowy Odwołujący podniósł, i Zamawiający wymaga by wykonawca przed przejęciem placu budowy składał oświadczenia o zapoznaniu się z „wszelkimi *innymi warunkami i cechami mogącymi mieć wpływ na realizację Umowy i nie wnosi w tym zakresie adnych zastrze eń".* Odwołujący wyjaśnił, e o ile w trakcie wizji lokalnej wykonawca ma mo liwość pobie nego zapoznania się z terenem budowy, jego lokalizacją, granicami, powierzchnią czy te sąsiedztwem, to jednak, jak podaje Odwołujący, nie mo na wymagać absolutnej akceptacji wszystkich uwarunkowań, które mogą mieć wpływ na wykonanie inwestycji. Wykonawca nie jest bowiem posiadaczem terenu budowy i nie ma mo liwości wykonania, np. szerokiego spektrum badań geologicznych (niesprzyjające warunki wią ą się z koniecznością przeprowadzenia kosztowej wymiany gruntu), weryfikacji poziomu wód gruntowych (zbyt wysoki poziom wią e się z koniecznością prowadzenia kosztownych odwodnień terenu). Wykonawca określając cenę ofertową na wykonanie inwestycji musi opierać się na dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego, stąd te racjonalny ustawodawca przewidział w art. 29 ustawy Pzp obowiązek Zamawiającego do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mleć wpływ na sporządzenie

---

oferty. W związku z powy szym Odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanego postanowienia przez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca *oświadcza, e zapoznał się z Terenem Budowy, jego wyposa eniem, lokalizacją, granicami, powierzchnią, sąsiedztwem oraz jego warunkami i cechami określonymi w Dokumentacji Przetargowej."*

6)

Odwołujący podniósł, e zgodnie z postanowieniami art. 9 ust. 6 projektu umowy Zamawiający oczekuje od wykonawcy utrzymywania w ruchu inwestycji (pozyskiwanie kopalin oraz ich przetwarzanie) w okresie pomiędzy dokonaniem próby gwarancyjnej (czynności sprawdzające funkcjonalność inwestycji) a odbiorem końcowym na koszt i ryzyko wykonawcy, jednocześnie samemu pobierając po ytki wynikłe z tego tytułu (sprzeda kopalin oraz przetworzonych produktów). Oznacza to sytuację, w której dochodzi do korzystania przez Zamawiającego z wykonanej inwestycji, niezale nie od określania jako np. tzw. eksploatacja próbna (pobieranie po ytków) pomimo, i instalacja przeszła pozytywnie wszelkie wymagane próby (potwierdzające spełnienie parametrów gwarantowanych), ale nie doszło jeszcze do podpisania protokołu odbioru końcowego, skutkującego formalnym przejściem ryzyk związanych z posiadaniem przez wykonawcę placu budowy oraz zapłaty całości wynagrodzenia wykonawcy. Jest to sytuacja niezwykle wygodna dla Zamawiającego, który nie ponosi adnych ryzyk, a tylko czerpie korzyści, jednak absolutnie niezgodna z art. 647^1 k.c. w związku art. 58 k.c.

Odwołujący zwrócił uwagę, e aby utrzymać inwestycję tej wielkości w ruchu wykonawca musi utrzymać liczną załogę w trybie całodobowym (7 dni w tygodniu), bez mo liwości oszacowania kosztów utrzymania takich pracowników ze względu na nieznajomość terminu, w którym Zamawiający dokona odbioru końcowego. Ponadto, eksploatacja zło a przez Zamawiającego prowadzi do konieczności zapewnienia i uzupełniania przez wykonawcę mediów technicznych i technologicznych (o znacznej wartości), dokonywania napraw i wymiany części szybkozu ywających się (co wią e się z prowadzoną faktyczną eksploatacją), kosztów przeglądów gwarancyjnych, itp., których wartość mo e wynosić kilkadziesiąt tysięcy złotych dziennie.

Odwołujący zwrócił uwagę, e wprowadzona w kwestionowanym zapisie wzoru umowy uznaniowość Zamawiającego w zwolnieniu wykonawcy z obowiązku utrzymania inwestycji w ruchu, wprowadza zagro enie niedopuszczalnego nierównego traktowania wykonawców. W konsekwencji zapis nakazujący dostarczyć Zamawiającemu (wedle jego wyboru) więcej prac ni wynika to z SIWZ, bez precyzyjnego określenia ich zakresu, stanowi, zdaniem Odwołującego, o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, czyniąc go dokumentem sprzecznym z art. 29 ust 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego, kwestionowane postanowienie w połączeniu z zapisem art. 3

---

ust. 6 wzoru umowy, w którym mowa o „Protokole Odbioru Końcowego bez zastrze eń (bezusterkowym)" umo liwia Zamawiającemu w praktyce przedłu anie okresu eksploatacji inwestycji na koszt i ryzyko wykonawcy bez określenia racjonalnych granic. W trakcie u ytkowania inwestycji tej wielkości, naturalną rzeczą jest bowiem zu ywanie się elementów wyposa enia inwestycji (tzw. części szybkozu ywające się) i drobne usterki eksploatacyjne, które wymagają bie ącego usuwania, dające pretekst Zamawiającemu do odmowy podpisania protokołu odbioru końcowego. W związku z powy szym Odwołujący wniósł o wykreślenie art. 9 ust. 6 z treści wzoru umowy albo określenie maksymalnego (ograniczonego np. do 2 miesięcy) terminu, w którym będzie prowadzona eksploatacja na koszt wykonawcy lub określenie szczegółowych zasad rozliczenia kosztów prowadzenia eksploatacji inwestycji przez Zamawiającego przed dokonaniem odbioru końcowego.

7)

W aspekcie art. 3 ust. 6 projektu umowy Odwołujący zwrócił uwagę, e jednocześnie Zamawiający w art. 1 ust. 1 pkt 28 i 29 projektu umowy rozró nia pojęcia „wady" i „wady istotnej". Wadą istotną jest wada, która powoduje, e inwestycja, jak równie składające się na nią instalacje, urządzenia, wyposa enia, materiały lub ich części nie nadają się do zwykłego u ytku zgodnie z umową. W szczególności za wadę istotną uznaje się nieosiągnięcie określonych w umowie parametrów gwarantowanych inwestycji. Natomiast zgodnie z umową przez „wadę" nale y rozumieć ka dą wadę fizyczną i prawną w rozumieniu przepisów k.c.

Dalej Odwołujący podniósł, e zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwy szego uzale nienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych od braku jakichkolwiek wad nie jest dopuszczalne (wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt: V CSK 99/07, Orzecznictwo Sądów Polskich rok 2009, Nr 1, poz. 7, str. 38).

W związku z powy szym Odwołujący wniósł o zmianę zapisu art. 3 ust. 6 wzoru umowy w ten sposób, e: „*Za dzień zrealizowania przedmiotu Umowy Strony uznają dzień podpisania przez nie protokołu Odbioru Końcowego bez Wad Istotnych."* Nadto, Odwołujący postuluje zmianę art. 9 ust. 1 pkt. 7 lit. b w następujący sposób: „Odbiór *końcowy nastąpi po usunięciu Wad Istotnych ujawnionych po przeprowadzeniu Odbioru Technicznego, przeprowadzeniu Rozruchu i usunięciu ujawnionych Wad Istotnych oraz po uzyskaniu pozwolenia na u ytkowanie, jak równie po uzyskaniu przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego wszelkich innych decyzji administracyjnych, atestów, zgód, uzgodnień wymaganych przez właściwe organy administracji publicznej i koniecznych do u ytkowania Inwestycji."*

8)

Na tle postanowienia art. 11 ust. 1 projektu umowy Odwołujący podniósł, e Zamawiający w wypadku wykorzystania zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy zamierza domagać się wniesienia kolejnego w sposób sprzeczny z ustawą Pzp. Tymczasem, zgodnie z ustawą Pzp (art. 147 ustawy Pzp i kolejne) Zamawiający mo e się domagać wniesienia zabezpieczenia tylko raz, tj. na etapie zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji postanowienia umowne nakładające na wykonawcę obowiązek permanentnego utrzymywania zabezpieczenia w pełnej wysokości określonej w SIWZ, nie mogą mieć miejsca w świetle art. 58 k.c. jako postanowienia sprzeczne z prawem. W związku z powy szym wykonawca wniósł o wykreślenie art. 11 ust. 1 zdanie ostatnie.

9)

Odnośnie art. 10 ust. 17 projektu umowy Odwołujący podniósł, e mocą powołanego postanowienia wykonawca na co najmniej 30 dni przed otrzymaniem całości wynagrodzenia od Zamawiającego (Zamawiający w art. 10 ust. 9 wzoru umowy określił 30 dniowy termin płatności) będzie zmuszony dokonać zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom w sytuacji, kiedy faktycznie mo e nie mieć tytułu do ich dokonania. Zauwa yć bowiem nale y, e końcowe odbiory prac podwykonawców odbywają się z reguły równolegle z odbiorem końcowym prac wykonawcy, a podwykonawcy mają 7 dni na wystawienie faktur stanowiących podstawę do wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Dodatkowo, wystawienie faktury nie jest jednoznaczne z jej wpływem do wykonawcy, od której to daty liczone są wymagalne terminy zapłaty podwykonawcom. Kolejnym problemem mogą być błędy w fakturze wymagające skorygowania. Tym samym dochodzi do sytuacji, w której Zamawiający oczekuje zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom bez jakiejkolwiek podstawy, bądź te przedstawienia oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym. Powy sze wymagania, zdaniem Odwołującego, stoją w sprzeczności z przepisami art. 143a, 143b 1 143d ustawy Pzp. Ponadto, wymuszają takie zapisy w umowach z podwykonawcami, aby ich wynagrodzenie musiało być zapłacone w terminie krótszym ni ustawowe 30 dni. Wreszcie ograniczają mo liwe dowody uregulowania nale ności do oświadczeń podwykonawców (których treść określa definicja tego wyra enia), podczas gdy ustawa Pzp takiego ograniczenia nie zawiera.

W związku z powy szym Odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanego postanowienia przez nadanie mu brzmienia: „W *terminie 3 Dni Roboczych od dnia podpisania Odbioru przedło y Zamawiającemu protokołu Końcowego Wykonawca Oświadczenia Podwykonawców wykonujących roboty budowlane lub inne dowody, z których będzie wynikać, e całość wymagalnych zobowiązań finansowych z tytułu robót budowlanych w stosunku do Podwykonawcy została zapłacona"* albo: „W *terminie 3 Dni*

Roboczych od dnia wymagalności ostatniej wierzytelności ka dego z Podwykonawcy Wykonawca przedło y Zamawiającemu Oświadczenia Podwykonawców wykonujących roboty budowlane lub inne dowody, z których będzie wynikać, e całość wymagalnych zobowiązań finansowych z tytułu robót budowlanych w stosunku do Podwykonawcy została zapłacona."

10)

Dalej Odwołujący podniósł, e wykonawca kalkulując cenę oferty bierze pod uwagę ryzyka związane, np. z hipotetyczną mo liwością zapłaty kar umownych. W związku z powy szym Odwołujący w celu uzyskania mo liwości oszacowania ryzyka mającego wpływ na wycenę ostatecznej ceny ofertowej wniósł o dodanie poni szego dodatkowego zapisu art. 18 ust. 6 wzoru umowy: „Maksymalna *odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie mo e przekroczyć poziomu 25 % wartości wynagrodzenia Wykonawcy."*

11)

W aspekcie postanowienia art. 4 ust. 51 projektu umowy Odwołujący podniósł, e Zamawiający zamierza obarczyć wykonawcę kosztami zabezpieczenia prowadzonych robót (prac) bez względu na przyczynę wstrzymania, jak i bez względu na stronę, z której przyczyn wynikło wstrzymanie robót. Z dyspozycji przedmiotowej regulacji umownej wynika hipotetyczna mo liwość wystąpienia sytuacji, w której Zamawiający naka e wielokrotnie wykonawcy zabezpieczenie prowadzonych robót na koszt wykonawcy, pomimo i wstrzymanie robót wynikło z przyczyn le ących po stronie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, zapis ra ąco narusza równowagę kontraktową i zasady współ ycia społecznego. Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia w następujący sposób: „W *przypadku wstrzymania Robót bez względu na przyczynę, Wykonawca jest zobowiązany do zabezpieczenia wykonanych dotychczas Robót i natychmiastowego zawiadomienia Zamawiającego o fakcie wstrzymania Robót. Zabezpieczenia wykonane zostaną na koszt strony z której przyczyn wynikło wstrzymanie Robót."*

12)

Dalej Odwołujący podniósł, i na gruncie postanowienia art. 5 ust. 16 projektu umowy Zamawiający obarcza wykonawcę ryzykiem likwidacji szkód w środowisku w przypadku, jeśli

przedmiotowe szkody zaistniały z przyczyn niele ących po stronie wykonawcy ani Zamawiającego. Stanowi to, zdaniem Odwołującego, ra ące naruszenie zasady równowagi uprawnień stron kontraktu i zaprzeczenie zasady współ ycia społecznego. W związku z powy szym Odwołujący wniósł o zmianę kwestionowanego postanowienia w następujący sposób: „Likwidację *szkód w* środowisku *przeprowadzi Wykonawca zgodnie ze stosownymi*

decyzjami administracyjnymi. W przypadku, gdy do szkód w środowisku *doszło z powodów, za jakie Wykonawca ponosi odpowiedzialność lub te gdy Wykonawca nie zrealizował obowiązków określonych w artykule 5.14 w terminie 7 dni licząc od daty zdarzenia, całkowite ryzyko likwidacji szkód, ich przeprowadzenie oraz koszty tej likwidacji wraz z pełną odpowiedzialnością odszkodowawczą za szkody wyrządzone Zamawiającemu oraz osobom trzecim obcią ają Wykonawcę."*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zwa yła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1)

W art. 2 ust. 1 projektu umowy, odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

„1. *Zamawiający powierza, a Wykonawca, jako generalny realizator inwestycji przyjmuje na warunkach określonych Umową kompletne wykonanie „pod klucz" Inwestycji obejmującej w szczególności zakres prac:*

1) objęty programem funkcjonalno-u ytkowym (PFU) stanowiącym załącznik do Umowy – podłączenie odwiertów Radoszyn-1, 3k, 4, 5k, 6, budowa Ośrodka Centralnego(OC) Radoszyn, rozbiórka i demonta istniejących obiektów i urządzeń, przyłącze wodociągowe, z tym e w zakresie związanym z podłączeniem odwiertu Radoszyn 6, Wykonawca nie będzie wykonywał robót budowlanych ani nie będzie pełnił nadzoru autorskiego,

2) określony w Specyfikacji technicznej – informacje dodatkowe stanowiące załącznik do Umowy

3) ujęty w załączniku do Umowy „Dokumentacja projektowa – „Przebudowa dróg gminnych" – obejmujący dojazd do OC Radoszyn,

4) związany z zaprojektowaniem i wykonaniem przyłącza energetycznego na podstawie warunków przyłączenia ENEA Operator stanowiących załącznik do Umowy.

2. Wykonawca oświadcza, e zapoznał się z Dokumentacją Przetargową i nie wnosi do niej adnych zastrze eń, w szczególności nie stwierdził wad tej dokumentacji. Je eli po zawarciu Umowy Wykonawca stwierdzi wady Dokumentacji Przetargowej, to Wykonawca ma obowiązek poinformowania Zamawiającego o tej wadzie w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powy szej wady. W razie niepoinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o wadzie Dokumentacji Przetargowej w ciągu 3 dni od dnia wykrycia powy szej wady, Wykonawca traci prawo wystąpienia do Zamawiającego z wnioskiem o przedłu enie terminu realizacji Inwestycji z powodu wady Dokumentacji Przetargowej.

3. Gdyby zachodziła potrzeba dokonania Robót nieprzewidzianych w Umowie z powodu wadliwej Dokumentacji Przetargowej, Wykonawca wykona te Roboty na własny koszt i niebezpieczeństwo, przy czym zmiany zakresu Robót ustalonego w Umowie nie będą miały

wpływu na termin realizacji Inwestycji. Je eli nie jest to wyraźnie ograniczone w Umowie, przedmiot Umowy obejmuje dostarczenie wszystkich Materiałów, Wyposa enia i Urządzeń oraz realizację wszystkich Robót niezbędnych do wykonania w pełni funkcjonalnej, kompletnej Inwestycji „pod klucz".

4. Wykonawca w ramach Wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania wszelkich usług, robót budowlanych i innych czynności niewymienionych w Umowie, które są konieczne do wykonania Inwestycji, jak równie dostarczenia lub wykonania Instalacji, Urządzeń, Wyposa enia i Materiałów, które nie są wyraźnie wymienione w Umowie, a których dostawa lub wykonanie w toku wykonywania Umowy oka e się konieczne dla pełnej realizacji Inwestycji. Wykonawca wykona usługi, roboty budowlane oraz inne czynności niewymienione w Umowie w sposób zgodny z wymaganiami właściwych organów administracji, wymogami prawa, w tym prawa unijnego, a tak e w sytuacji zmiany stanu prawnego, nawet jeśli konieczności wykonania tych usług, robót budowlanych lub czynności

nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy".

Wśród obowiązków wykonawcy Zamawiający wymienił m.in.:, e „Wykonawca *poniesie koszty i ryzyko wynikające ze zmian i korekt wprowadzanych na kolejnych etapach projektowania i realizacji Inwestycji, o ile oka e się to niezbędne dla prawidłowego wykonania Inwestycji. W szczególności dotyczy to zmian i korekt wprowadzonych wskutek opiniowania dokumentów przez Zamawiającego"* (art. 4 ust. 6 projektu umowy). Nadto, zgodnie z art. 4 ust. 10 projektu umowy: „Wykonawca *oświadcza, e zapoznał się z Terenem Budowy, jego wyposa eniem, lokalizacją, granicami, powierzchnią, sąsiedztwem oraz wszelkimi innymi warunkami i cechami mogącymi mieć wpływ na realizację Umowy i nie wnosi w tym zakresie adnych zastrze eń".*

Na tle powy szych postanowień, zwłaszcza art. 2 projektu umowy, Odwołujący sformułował zarzut opisania przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niepozwalający wykonawcy na jednoznaczną wycenę przedmiotu zamówienia. Prawidłowa ocena przedmiotowego zarzutu, zdaniem Izby, nie mo e być dokonywana w oderwaniu od charakteru przedmiotowej umowy. W pierwszej kolejności nale y podkreślić, na co zwrócił równie uwagę sam Odwołujący, e przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz wykonanie „pod klucz" wraz z instalacji towarzyszącymi obiektami pomocniczymi, słu ącej do wydobycia płynów zło owych, ich uzdatniania, produkcji, magazynowania i sprzeda y wraz z przeprowadzeniem niezbędnych procedur formalno-prawnych. Ju w art. 2 ust. 1 projektu umowy Zamawiający wskazał, e przedmiotem umowy jest kompletne wykonanie „pod klucz" inwestycji, która została zdefiniowana przez Zamawiającego jako kompletny, funkcjonalny, zdatny do u ytku obiekt lub zespół obiektów wraz z instalacjami, urządzeniami i wyposa eniem, otoczeniem, infrastrukturą, dokumentacją, wymaganymi prawem aktami administracyjnymi – wykonany w

ramach i zgodnie z umową (art. 1 pkt 8 projektu umowy). Powy sze wskazuje, e intencją Zamawiającego jest uzyskanie wykonanego obiektu lub zespołu obiektów, a więc określonego rezultatu a nie pewnego zbioru prac, nawet powiązanych i spójnych, które inwestycji w rozumieniu Zamawiającego nie stanowią. Zamawiający wprost wskazał, e cel przedmiotowego przedsięwzięcia ma dla niego pierwszorzędne znaczenie, czemu dał wyraz we wspomnianym art. 2 ust. 1 projektu umowy.

W tym miejscu przypomnieć nale y, świadczenie (zobowiązanie) dłu nika określane jest mianem świadczenia (zobowiązania) rezultatu, gdy obejmuje osiągnięcie z góry określonego wyniku (celu, efektu). Je eli natomiast dłu nik zobowiązany jest podjąć działania w określonym kierunku (dą yć do osiągnięcia celu), ale jego świadczenie nie obejmuje zrealizowania celu, wówczas mówimy o świadczeniu (zobowiązaniu) starannego działania. Obowiązkiem objęte jest samo działanie dłu nika, a nie skutek postępowania. W okolicznościach niniejszej sprawy nie powinno budzić wątpliwości, e mamy do czynienia ze zobowiązaniem rezultatu.

Jednocześnie nie nale y pomijać, e przedmiotem niniejszego zamówienia jest nie tylko wykonanie robót budowlanych, ale równie ich zaprojektowanie. To z kolei rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia za pomocą PFU (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp), obejmującego opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ust. 3 ustawy Pzp). Szczegółowy zakres PFU zawarty jest w § 18 i 19 powoływanego rozporządzenia, w którym wyspecyfikowano zwartość zarówno części opisowej, jak i informacyjnej programu. Lektura przedmiotowego rozporządzenia pozwala stwierdzić, e cześć opisowa obejmuje opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaś opis ogólny przedmiotu zamówienia zawiera charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych, aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia, ogólne właściwości funkcjonalno-u ytkowe oraz szczegółowe właściwości funkcjonalno-u ytkowe wyra one we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych. Z kolei część informacyjna obejmuje wskazane dokumenty, oświadczenia, przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego, a tak e inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych.

Zrozumienie istoty przedmiotu zamówienia i dokonanie analizy właściwych regulacji prawnych kreujących obowiązki zamawiającego w zakresie opisania przedmiotu zamówienia

le y u podstaw rozstrzygnięcia niniejszego sporu w analizowanym aspekcie. Poczynione wy ej wywody stają się pomocne dla określenia charakteru przedsięwzięcia inwestycyjnego, stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia. W pierwszej kolejności podkreślić nale y,

e nało enie na wykonawcę obowiązku wykonania zarówno prac projektowych, jak i robót budowlanych determinuje mo liwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Dał temu wyraz normodawca wskazując w powołanych aktach prawnych na zakres PFU. Rolą Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ogólny, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego, nie inaczej nale y zaś ten obowiązek interpretować jako określenie rodzaju i celu inwestycji. Opis ogólny nie musi wcale, zgodnie z § 18 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia, obejmować zakresu robót budowlanych, mo na poprzestać na charakterystycznych parametrach określających wielkość obiektu.

Zupełnie odmiennie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie jedynie robót budowlanych. W tej sytuacji bowiem to zamawiający sporządza dokumentację projektową, która składa się z projektu budowlanego, projektów wykonawczych i przedmiaru robót (§ 4 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia), które w sposób konkretny opisują przedmiot zamówienia, sam bowiem przedmiar robót winien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych (§ 6 ust. 1 powoływanego rozporządzenia).

Porównanie zakresu zamówienia na roboty budowlane z zamówieniem obejmującym zarówno zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pozwala na dostrze enie, e niniejsze zamówienie jest na tyle rozległym zamierzeniem inwestycyjnym, i biorąc pod uwagę fakt, e zaprojektowanie obejmuje ideę wykonania obiektu budowanego nie sposób oczekiwać, i Zamawiający poza określeniem obiektu budowlanego jako celu przedsięwzięcia, przy określeniu swoich wymagań, ma mo liwości, biorąc pod uwagę charakter tego zamówienia, opisać przedmiotu zamówienia w sposób, którego oczekiwałby Odwołujący, a więc przez opisanie konkretnych robót.

Zgodzić nale y się z Zamawiającym, e poddawany ocenie projekt umowy stanowi umowę o generalną realizację inwestycji, co oznacza, e z zało enia obejmuje wykonanie wszelkich czynności niezbędnych do realizacji inwestycji, gdy na co wskazuje się w doktrynie, celem ekonomicznym przedmiotowej umowy jest otrzymanie inwestycji zdolnej do realizacji zadań zgodnych z jej przeznaczeniem. Jednocześnie sposób ukształtowania przedmiotowej umowy i jej kwalifikacja nie powodują, e jakkolwiek na gruncie cywilnych stosunków obligacyjnych, rzeczona umowa nie budzi wątpliwości, to równie w świetle ustawy Pzp, a w szczególności obowiązków zamawiającego związanych z opisem przedmiotu zamówienia nie sposób doszukać się wadliwości wskazywanych przez Odwołującego.

Mając na uwadze powy sze rozwa ania stwierdzić nale y, e Zamawiający sprostał

opisowi przedmiotu zamówienia określonemu w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Wskazał rodzaj zadania, definiując je w projekcie umowy i zawarł jego opis w PFU. W tego rodzaju zamówieniach Zamawiający nie ma zaś obowiązku opisywania w sposób szczegółowy robót budowlanych koniecznych do wykonania, bo te determinowane są przez projekt, który sporządzany jest przez wykonawcę. Stąd te , w ocenie Izby, posłu enie się przez Zamawiającego zwrotem „w szczególności zakres prac" nie mo e być odczytywane jako niedookreślenie przedmiotu zamówienia. Na tle poczynionych rozwa ań stwierdzić nale y, e zakresem zamówienia objęte są z pewnością prace, których obowiązek wykonania wynika wprost z opisu zdania, zawartego w programie pFU, przez uwzględnieniu e poziom ogólności opisu zdania, wymagań Zamawiającego, ale oczywistym jest, dozwolony powoływanym przepisami, jak i obowiązek zaprojektowania przez wykonawcę obiektu budowlanego nie daje Zamawiającemu podstaw i mo liwości wyspecyfikowania rodzaju prac koniecznych do realizacji zadania. Z tych względów posłu enie się przez Zamawiającego kwestionowanym zwrotem jest uprawnione i zwraca uwagę wykonawcy, e

o ostatecznym zakresie robót budowanych decyduje sam wykonawca mając na względzie cel i rodzaj inwestycji oraz zaproponowany projekt.

O wadliwości opisu przedmiotu zamówienia nie świadczy równie , zdaniem Izby, odesłanie mocą pkt 3.3 SIWZ do wzoru umowy z załącznikami. Powy sze nie przesądza, e opis zamówienia został dokonany wbrew postanowieniom przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp. Analiza art. 2 ust. 1 projektu umowy pozwala na stwierdzenie, e opis zamówienia został zawarty w PFU, do którego znajdujemy wprost odesłanie we wzorcu umowy, zaś pozostałe dokumenty stanowiące wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową nale y traktować jako element części informacyjnej PFU, mieszczący się w zakresie normowania § 19 powołanego rozporządzenia.

W ocenie Izby, zarzut niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia, nie mo e być wywodzony dla wykazania niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z braku określenia szczegółowego zakresu robót (świadczenia), ale winien być nakierowany na treść PFU. Brak bowiem objęcia rzeczonym programem wymaganych i niezbędnych informacji dla zaprojektowania i wykonania inwestycji świadczyć będzie o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący zarzutów względem PFU nie zgłasza, co zdaniem Izby, ju z tej przyczyny czyni zarzuty naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 2 i 3 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp chybionymi.

Odwołujący, co prawda dopiero na rozprawie wskazał, e w zakresie opisu bran y technologicznej, zawartego w PFU występują du e braki, co jako nieobjęte treścią zarzutu pozostaje poza rozstrzygnięciem Izby, jednak e wskazuje to, e skuteczne zakwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia musi dotykać aspektów stanowiących treść

PFU a nie wzoru umowy, który stanowi pewną reasumpcję obowiązków wykonawcy.

Nie znajduje podstaw twierdzenie Odwołującego, e mocą umowy wykonawca został zobowiązany do dostarczenia więcej prac ni wynika to z PFU. Stanowisko to wskazuje na niezrozumienie istoty i sposobu opisu przedmiotu niniejszego zamówienia. Zakres świadczenia wykonawcy jest bowiem zdeterminowany właściwościami funkcjonalno-u ytkowymi obiektu, określonymi w PFU. Jednocześnie charakter umowy nie pozwala na tyle szczegółowe skonkretyzowanie świadczenia, aby mo liwe było wyspecyfikowanie w umowie właśnie zamkniętego zbioru usług, robót budowlanych i innych czynności, a tak e instalacji, urządzeń, wyposa enia i materiałów. Doszukiwanie się zatem podstaw do obowiązku świadczenia z umowy (art. 2 ust. 4 projektu umowy) ponad zobowiązanie zawarte w ofercie jest nieuprawnione, a tym samym zarzut naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp w aspekcie opisu przedmiotu zamówienia nie znajduje podstaw.

Jednocześnie komentarza wymaga okoliczność, e Odwołujący dla poparcia swoich twierdzeń przywołuje tezy z wyroków Izby w sprawach dotyczących świadczenia usług albo wykonania robót budowlanych, dla których zamawiający sporządził dokumentację projektową. Powy sze wskazuje, e albo Odwołujący nie dostrzega ró nicy w opisie przedmiotu zamówienia w tego rodzaju zamówieniach a zamówieniem obejmującym równie prace projektowe albo te jego działania stanowią element strategii procesowej. Niezale nie jednak od intencji Odwołującego zabieg ten nie mo e okazać się skuteczny z powodów, o których była mowa wy ej.

Reasumując stwierdzić nale y, e Odwołujący błędnie uto samia wymóg jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia z postulatem kazuistycznego określenia przez Zamawiającego czynności wymaganych od wykonawcy. Zamawiający nie tylko nie jest zobowiązany do tworzenia takiego katalogu, ale nawet nie ma mo liwości jego stworzenia. Odwołujący pomija, e PFU jest dokumentem o charakterze kierunkowym, którego celem jest przedstawienie projektantowi zało eń w określonych płaszczyznach. Tym samym umowa o generalną realizację inwestycji ze swej natury zawiera określenie jej celu.

Przechodząc do oceny zarzutu, i Zamawiający „opisał *przedmiot zamówienia w sposób przerzucający na wykonawcę odpowiedzialność za poprawne przygotowanie*

twierdzenie to nie znajduje podstaw. *dokumentacji projektowej”*

stwierdzić nale y, i

Okoliczność, e wykonawca zobowiązany jest zło yć oświadczenie o zapoznaniu się z treścią dokumentacji przetargowej i nie wnosi do niej zastrze eń nie uzasadnia twierdzenia, e dokumentacja jest wadliwa, a tym bardziej, e cię ar jej przygotowania został nało ony

na wykonawcę. W ocenie Izby, wymagane przez Zamawiającego potwierdzenie przez wykonawcę przywołanej okoliczności ma to znaczenie, e wykonawca zobowiązany jest zbadać (stwierdzić), czy na podstawie dokumentacji mo liwe jest dostarczonej

przygotowanie projektu i wykonanie obiektu o określonych przez Zamawiającego parametrach funkcjonalno-u ytkowych. W konsekwencji przez wadliwość dokumentacji przetargowej w przypadku opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy PFU nale y rozumieć przyjęcie przez Zamawiającego takich zało eń funkcjonalno-u ytkowych obiektu, które nie są mo liwe do zrealizowania w świetle aktualnego stanu wiedzy technicznej.

Podstaw wprowadzenia przedmiotowej regulacji nale y poszukiwać w przepisie art. 387 k.c., który określa konsekwencje prawne jednego z przypadków niemo liwości świadczenia. Świadczenie obiektywnie niewykonalne ju w chwili, gdy zobowiązanie ma powstać (niemo liwość pierwotna lub uprzednia), a z takim mielibyśmy do czynienia z chwilą zawarcia umowy na zrealizowanie niniejszego przedmiotu zamówienia, w sytuacji, w której niemo ność świadczenia wynikałaby z wad dokumentacji powoduje, e stosunek obligacyjny w ogóle nie powstaje, gdy nie mo na uznawać za wią ące zobowiązania się do zachowania niemo liwego (impossibilium *nulla obligatio).* Jednocześnie, przewidziana ustawą niewa ność umowy o świadczenie niemo liwe wyznacza granice swobodzie umów, wprowadzając zakaz kontraktowania świadczeń, których nie mo na wykonać. Słuszny jest więc pogląd, e strony nie mogą skutecznie zobowiązać się do zachowania, którego nikt nie jest w stanie zrealizować w chwili zawierania umowy.

Konsekwencją zawarcia umowy o świadczenie niemo liwe jest jej niewa ność, zaś wiedza o niemo liwości świadczenia niezakomunikowana drugiej stronie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. Oczywistym zaś jest, e intencją stron nie jest zawarcie umowy dotkniętej sankcją niewa ności, stąd te kwestionowane postanowienie ma na celu zapobie enie wskazanym sytuacjom, co ze wszech miar znajduje uzasadnienie. Jednocześnie obowiązek poinformowania Zamawiającego o dostrze onych wadach nale y poczytywać za regulację korzystną dla wykonawców w świetle przepisu art. 387 § 2 k.c.

Zaś za zupełnie niezrozumiały nale y uznać zarzut odnośnie terminu powiadamiania o wykrytej wadzie. Odwołujący zdaje się uto samiać termin na wykrycie wady z terminem na powiadomienie o jej wykryciu. W ocenie Izby, wprowadzenie przez Zamawiającego obowiązku poinformowania o wadzie w terminie 3 dni od wykrycia powy szej wady nie wydaje się być niewystarczające.

Jednocześnie dostrzec nale y, e wprowadzenie terminu przekazywania rzeczonych informacji ma na celu zapewnienie bie ących i tym samym aktualnych wiadomości Zamawiającemu, a biorąc pod uwagę związane z wykryciem wady uprawnienie do wnioskowania o przedłu enie terminu realizacji inwestycji, jest uzasadnione. W przeciwnym wypadku przedmiotowe uprawnienia mogłyby być wykorzystywane na poszczególnych etapach realizacji w sposób niezgodny z celem i zamysłem wprowadzonej instytucji. Dodać równie nale y, i trudno odmówić Zamawiającemu uprawnienia do pozyskiwania na bie ąco informacji o okolicznościach, które mają wpływ na termin realizacji zamówienia.

2)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 ust. 1 i 3 oraz art. 144 ust. 1 Pzp przez sformułowanie art. 2 ust. 3 wzoru umowy „w *sposób niepozwalający na dokonanie prawidłowej wyceny oferty, a tak e umo liwiający jednostronną zmianę zakresu prac i wynagrodzenia przez Zamawiającego"* stwierdzić nale y, e dopuszczenie przez Zamawiającego mo liwości ujawnienia się wad dokumentacji przetargowej nie świadczy o niewypełnieniu dyspozycji normy zawartej w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Sam Odwołujący nie wskazał bowiem na takie braki opisu przedmiotu zamówienia, które stanowią zaprzeczenie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i pominięcie wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Natomiast alokacja ryzyka wadliwości dokumentacji przetargowej i obcią enie tym e ryzykiem wykonawcy mieści się w zakresie uprawnień Zamawiającego. Wykonawca przyjmuje odpowiedzialność za wystąpienie wskazanego ryzyka i zobowiązuje się do określonego świadczenia w razie jego wystąpienia. Nie sposób na tle takiego ukształtowania postanowień umownych, biorąc jednocześnie pod uwagę, e wykonawca składa ofertę nie

na realizację konkretnych robót, ale przedmiotu zamówienia określonego z nazwy i zobowiązuje się do jego wykonania zgodnie z SIWZ (wzór formularza oferty) stwierdzić nale y, e kwestionowane postanowienie umowy daje Zamawiającemu uprawnienie do oczekiwania zakresu świadczenia odpowiadającego treści zobowiązania zawartego w ofercie. W tym miejscu po raz kolejny wypada zauwa yć, e nie mo na tracić z pola widzenia okoliczności, e przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji i umowy jest świadczenie w postaci zaprojektowania i zrealizowania określonej inwestycji, opisanej przez Zamawiającego w PFU. Gdyby przyjąć odmienną koncepcję doszłoby do wypaczenia zawartego stosunku zobowiązaniowego.

Wykonawca przyjmując wskazane przez Zamawiającego ryzyko i szacując prawdopodobieństwo jego wystąpienia ma mo liwość skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem powy szego i jakkolwiek nie jest to zadanie proste, to jednak mo liwe do oszacowania przez wykonawców. Za absolutnie nieprzekonującą nale y uznać argumentację, e powy sze doprowadzi do zło enia ofert nieporównywalnych. Skoro e winni uwzględnić wykonawcy mają wiedzę o spornym ryzyku to oczywistym jest, powy sze w cenie, zaś zupełnie czym innym jest fakt, e wycena tego ryzyka u wykonawców z pewnością będzie kształtowała się na ró nym poziomie, jakkolwiek nie przesądza to o mo liwości zło enia ofert nieporównywalnych.

Jednocześnie systematyka umowy i stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie pozwala na przyjęcie, mając na względzie art. 65 k.c., i wykrycie wad dokumentacji przetargowej wią e się z uprawnieniem do wystąpienia do Zamawiającego z

---

wnioskiem o przedłu enie terminu realizacji inwestycji. Zastosowanie reguł wykładni woli, przynajmniej we wskazanym zakresie, zdaniem Izby, nie świadczy, e dyspozycja normy zawartej w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie została zrealizowana.

Zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na tle kwestionowanego postanowienia nie poddaje się ocenie wobec braku wskazania okoliczności faktycznych stanowiących jego uzasadnienie. Sugerowany odmienny stan wiedzy potencjalnych wykonawców na temat zamówienia, wynikający z nieformalnych kontaktów, nie znajduje adnego uzasadnienia.

3)

Przechodząc do oceny postanowienia art. 2 ust. 4 projektu umowy w aspekcie art. 29 i 31 ustawy Pzp stwierdzić nale y, i jakkolwiek Odwołujący nie dopełnił obowiązku konkretyzacji podstawy prawnej zarzutu z art. 29 ustawy Pzp w uzasadnieniu odwołania to Izba przyjęła, i dla jego odkodowania celowe jest sięgnięcie do *petitum* odwołania. Stąd te Izba poddała ocenie zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, e dla rozstrzygnięcia przedmiotowych zarzutów aktualność zachowują rozwa ania poczynione w odniesieniu do kwestionowanych postanowień art. 2 ust. 1, 2 i 3 projektu umowy. W tym miejscu dodać nale y, e zgodnie z dyspozycją art. 31 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą PFU, co czyni zarzut nieuzasadnionym.

Natomiast, o czym była mowa wy ej, przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie określonej inwestycji, a nie robót, które zmierzają do wykonania określonego obiektu. Co więcej, nie mo e dziwić fakt, e Zamawiający oczekuje wykonania określonych czynności niewymienionych w umowie, skoro umowa o generalną realizację inwestycji jest skonstruowana na takim poziomie ogólności, ze względu na jej charakter, i nie jest mo liwe wyspecyfikowanie wszystkich czynności, które doprowadzą do wykonania obiektu. Stąd te zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nale y uznać za nieuzasadniony. Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jako nieudowodniony winien być oddalony.

4)

Odnośnie spornego postanowienia art. 4 ust. 6 projektu umowy wskazać nale y, i Izba przyjęła, mając na uwadze *petitum* odwołania, e zarzut naruszenia przepisu art. 29 ustawy Pzp nale y ograniczyć do ust. 1 i 2 powołanego przepisu.

Z art. 4 ust. 6 projektu umowy wynika, e wykonawca poniesie koszty i ryzyko wynikające ze zmian i korekt w dokumentacji projektowej wprowadzonych na kolejnych

etapach projektowania i realizacji inwestycji, o ile oka e się to niezbędne dla prawidłowego

wykonania inwestycji. W szczególności dotyczy to zmian i korekt wprowadzonych wskutek opiniowania dokumentów przez Zamawiającego.

Nie mo na pomijać, e celem i istotą zawieranej umowy jest osiągnięcie określonego efektu w postaci wykonania przedmiotu umowy a nie prowadzenie przez wykonawcę prac projektowych i budowlanych jako takich. Stosownie do art. 2 ust. 6 umowy, na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek przygotowania dokumentacji projektowej oraz dokumentacji powykonawczej. Wyra enie przez Zamawiającego opinii co do dokumentacji przedkładanej przez wykonawcę w toku realizacji inwestycji nie mo e być rozumiane jako zlecanie dodatkowych prac czy modyfikacja zakresu umowy. Biorąc pod uwagę, e umowa zakłada realizację inwestycji w formule „zaprojektuj i wybuduj", to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek przygotowania dokumentacji projektowej i wykonania inwestycji „pod klucz" w sposób uwzględniający wymagania Zamawiającego określone w PFU. Jeśli dokumentacja projektowa będzie odbiegała od zało eń zawartych w PFU, Zamawiający będzie mógł zwrócić wykonawcy uwagę, opiniując przygotowane przez wykonawcę projekty. Ma to na celu uniknięcie przez wykonawcę błędów projektowych, ale tak e powielania ich na etapie realizacji robót i korygowanie na bie ąco błędów w wykonawstwie po to, aby finalnie doprowadzić do wykonania inwestycji niewadliwej, a zatem osiągnięcia rezultatu zgodnie z wymaganiami wynikającymi z PFU.

Upatrywanie zatem w funkcji kontrolnej Zamawiającego i uprawnienia do wprowadzania zmian i korekt niezbędnych do prawidłowej realizacji inwestycji źródła wadliwości opisu przedmiotu zamówienia nale y uznać za całkowicie niezrozumiałe, a zrzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp za chybiony. Jednocześnie uprawnienie to, zdaniem Izby, nie przesądza, e przedmiot zamówienia nie został opisany przy pomocy PFU (art. 31 ust. 2 ustawy Pzp).

Ze spornego uprawnienia nie mo na wywodzić mo liwości jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia, a raczej świadczenia, skoro jedynym celem i powodem rzeczonych zmian i korekt jest prawidłowe wykonanie inwestycji. Na tym tle twierdzenie o obowiązku świadczenia nieodpłatnego świadczenia dodatkowego równie nie mo e zyskać aprobaty (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

5)

W ocenie Izby, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp sformułowany na kanwie postanowienia art. 4 ust. 10 projektu umowy. W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, e sporne postanowienie nie mo e być interpretowane w oderwaniu od pozostałych postanowień umownych, w tym art. 4 ust. 13. W art. 4 ust. 13 projektu umowy zostały uregulowane wszystkie obowiązki wykonawcy związane z rozpoznaniem gruntu na etapie realizacji umowy. Z zestawienia analizowanych

postanowień wyraźnie wynika, e art. 4 ust. 10 projektu umowy nie kreuje po stronie wykonawcy obowiązku weryfikacji warunków gruntowo-wodnych obowiązujących na terenie budowy przed zawarciem umowy. Z tych względów, podnoszony przez Odwołującego argument, i przedmiotowe postanowienie kreuje po stronie ryzyko przeprowadzenia badań geologicznych, weryfikacji poziomu wód gruntowych, jest chybiony.

Zdaniem Izby, obowiązek zło enia oświadczenia o zapoznaniu się z wszelkimi warunkami i cechami mogącymi mieć wpływ na realizację umowy oznacza, e wykonawca składa oświadczenie o zapoznaniu się ze stanem terenu budowy, który jest mo liwy do rozpoznania przez wykonawcę przy dochowaniu nale ytej staranności wykonawcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.). Wykonawca składając powy sze oświadczenie nie bierze na siebie odpowiedzialności za stan terenu budowy na zasadzie ryzyka. Z projektu umowy wyraźnie wynika alokacja ryzyk wykonawcy związanych z realizacją umowy, tj. kiedy ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, a kiedy aktualizuje się odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.

Biorąc powy sze pod uwagę, a tak e okoliczność, e wykonawca ma mo liwość zapoznania się z warunkami i cechami terenu budowy nie tylko podczas wizji lokalnej, ale równie na podstawie PFU zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł

potwierdzenia.

6)

Postanowienie art. 9 ust. 6 projektu umowy brzmi: „Po *pozytywnym zakończeniu Próby Gwarancyjnej Wykonawca będzie utrzymywał Inwestycję w ruchu na własny koszt i ryzyko do czasu podpisania protokołu Odbioru Końcowego, chyba e Zamawiający zwolni go z tego obowiązku."*

Sformułowanie na tle przytoczonego postanowienia zarzutu naruszenia przepisu art. 647 1 k.c. w zw. z art. 58 k.c. budzi zdziwienie a to wobec braku związku pomiędzy powołanymi przepisami a treścią spornego postanowienia. Zakresem normowania przepisu art. 647 1 k.c. objęte są zagadnienia podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa przy wykonywaniu robót budowlanych co jednoznacznie przesądza o nietrafności podniesionego zarzutu.

Dalej zauwa yć nale y, e umowa nie przyznaje Zamawiającemu prawa do korzystania z inwestycji przed dokonaniem odbioru końcowego. Z kwestionowanego postanowienia wprost wynika jedynie obowiązek utrzymywania inwestycji w ruchu. Z adnego postanowienia nie wynika mo liwość dokonywania eksploatacji inwestycji przez Zamawiającego. W braku wyraźnego postanowienia przyznającego Zamawiającemu prawo do rozpoczęcia u ytkowania inwestycji, nie przysługuje mu i nie będzie mu przysługiwać jakiekolwiek roszczenie w tym zakresie. Tym samym twierdzenie Odwołującego jakoby

---

Zamawiający mógł rozpocząć u ytkowanie inwestycji bez zapłaty wynagrodzenia i przed odbiorem końcowym wynika jedynie z braku zrozumienia przedmiotowego postanowienia.

Odwołujący podnosi równie , e z umowy nie wynika w sposób jasny, kiedy winien zostać dokonany odbiór końcowy, a co za tym idzie nie wynika równie , jak długo wykonawca winien utrzymywać inwestycję w ruchu na swój koszt i ryzyko. Jednak e wniosek ten nie znajduje potwierdzenia w treści umowy. Na Zamawiającym cią y obowiązek dokonania odbioru końcowego po spełnieniu określonych przesłanek i Zamawiającemu nie przysługuje mo liwość arbitralnej odmowy dokonania odbioru końcowego. Spełnienie warunków, które ściśle zostały określone w art. 9 ust. 1 pkt 7 projektu umowy nakłada na Zamawiającego obowiązek dokonania odbioru końcowego. Zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 7 lit. e projektu umowy odbiór końcowy winien nastąpić w terminie 7 dni od daty osiągnięcia przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego i zawiadomienia Zamawiającego o zaistnieniu tej okoliczności. Co więcej, zgodnie z brzmieniem art. 9 ust. 1 pkt 7 lit. b projektu umowy odbiór końcowy winien nastąpić po usunięciu ujawnionych wad istotnych. Twierdzenie przeciwne Odwołującego nie znajduje uzasadnienia ani w treści powołanego postanowienia, jak równie art. 9 ust. 4 projektu umowy. Zwrócić nale y uwagę, e obowiązek usunięcia wad nieistotnych, warunkujący odbiór końcowy, dotyczy etapu odbioru technicznego i po przeprowadzeniu rozruchu.

Bezsporne między stronami jest, e utrzymywanie inwestycji w ruchu generuje du e koszty. Jednak e skoro Zamawiający wskazał na powy szy obowiązek i określił czas jego realizacji (podpisanie protokołu odbioru końcowego) to nie sposób stawiać Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W tym miejscu wypada dodać, e nieuprawnione jest wywodzenie obowiązku utrzymywania inwestycji w ruchu w terminie, o którym mowa w art. 3 ust. 6 projektu umowy, skoro termin ten wprost i jednoznacznie został określony w art. 9 ust. 6 projektu umowy.

7)

Brzmienie art. 3 ust. 6 projektu umowy jest następujące: „*Za dzień zrealizowania przedmiotu Umowy Strony uznają dzień podpisania przez nie bez zastrze eń protokołu Odbioru Końcowego."*

Odwołujący kwestionując przedmiotowe postanowienie w istocie zaniechał skonkretyzowania zarzutu ze wskazaniem jego podstawy faktycznej i prawnej. Brak mo liwości odkodowania zarzutu stoi na przeszkodzie rozwa aniom Izby na tym tle.

Jedynie na marginesie wskazać nale y, i twierdzenia Odwołującego o uzale nieniu dokonania odbioru końcowego od usunięcia wszelkich wad, zarówno istotnych, jak i niemających charakteru wad istotnych nie znajdują uzasadnienia. Przeczy temu postanowienie art. 9 ust. 1 pkt 7 lit. b projektu umowy.

Nie nale y równie pomijać, e regulacja art. 3 projektu umowy dotyczy terminu realizacji umowy i w tym kontekście nale y odczytywać kwestionowane postanowienie umowy, a więc terminowości wykonania zamówienia. Jednocześnie dostrze enia wymaga, e warunkiem wypłaty wynagrodzenie jest podpisanie bez zastrze eń protokołu odbioru końcowego. Mocą art. 10 ust. 8 pkt 2 projektu umowy Zamawiający zobowiązany jest uregulować wynagrodzenie wykonawcy w wysokości 90% po podpisaniu przez strony protokołu odbioru technicznego.

8)

Art. 11 ust. 1 projektu umowy otrzymał następujące brzmienie: „W *celu zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienale ytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Wykonawca ustanowi na rzecz Zamawiającego i doręczy mu najpóźniej w dniu zawarcia Umowy Zabezpieczenie Nale ytego Wykonania Umowy w formie zgodnej z postanowieniami art. 148 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w wysokości 5% Wynagrodzenia. ZNWU będzie obowiązywało od dnia zawarcia Umowy do 30 dnia od daty podpisania protokołu Odbioru Końcowego. W przypadku niepodpisania przez Strony protokołu Odbioru Końcowego w terminie zastrze onym w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, Wykonawca przedłu y lub ustanowi ZNWU w formie zgodnej z art. 148 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w wysokości 5% Wynagrodzenia, które będzie obowiązywało do dnia podpisania protokołu Odbioru Końcowego. W razie skorzystania przez Zamawiającego z ZNWU przed podpisaniem protokołu Odbioru Końcowego, Wykonawca ustanowi kolejne ZNWU w wysokości 5% Wynagrodzenia na zasadach określonych w Umowie. Kolejne ZNWU będzie obowiązywało do dnia podpisania protokołu Odbioru Końcowego".*

Sformułowany na tle przytoczonego postanowienia zarzut naruszenia przepisu art. 14 k.c. jest absolutnie chybiony, biorąc pod uwagę, e zakres normowania powołanego przepisu i przedmiot analizowanego postanowienia są rozbie ne.

Nie mo na podzielić stanowiska Odwołującego, i Zamawiający nakazuje wykonawcy utrzymywanie zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy w pełnej wysokości przez pełny okres trwania umowy. Zaskar ony art. 11 ust. 1 zd. ostatnie projektu umowy przewiduje jednorazowy obowiązek ustanowienia kolejnego zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy. Okoliczność, e Zamawiający nie będzie domagał się wielokrotnego uzupełnienia zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy, a jedynie wielokrotnego została równie potwierdzona w odpowiedzi na pytanie numer 8 w piśmie z dnia 22 stycznia 2014 r.

Nadto, maksymalna wysokość zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy ustanowionego zgodnie z umową nie mo e przekroczyć sumy pierwotnie wniesionego

zabezpieczenia (5% wynagrodzenia) i ewentualnego jednorazowego kolejnego zabezpieczenia wykonania w przez nale ytego umowy, przypadku skorzystania Zamawiającego z zabezpieczenia umowy 5% (kolejne nale ytego wykonania wynagrodzenia). Tym samym maksymalna wysokość zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy ustanowionego w związku z umową nie mo e przekroczyć 10%, zgodnie z postanowieniami art. 150 ust. 2 ustawy Pzp.

Powy sze wskazuje, e intencją Zamawiającego nie jest zobowiązanie wykonawcy do utrzymywania zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy w pełnej wysokości przez cały okres wykonywania umowy. Zamawiający wprost dopuścił wniesienie ni szego zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy, zobowiązując jedynie wykonawcę do ewentualnego jego uzupełnienia, jeśliby doszło do konieczności skorzystania z zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy. Wskazany zabieg z pewnością ma na celu obni enie kosztów realizacji inwestycji.

Dostrzec nale y, e Zamawiający dą y do zagwarantowania sobie prawa ądania zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy w wysokości określonej w art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, dopuszczając mo liwość jego wniesienia w dwóch transzach, starając się jednocześnie nało yć mo liwie mniej rygorystyczne warunki na rzetelnych wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu niedopuszczalności wnoszenia zabezpieczenia w innej dacie ni na etapie zawierania umowy stwierdzić nale y, e zgodnie z art. 11 ust. 1 projektu umowy wykonawca jest zobowiązany wnieść zabezpieczenie nale ytego wykonania umowy

w dniu zawarcia umowy. Biorąc pod uwagę cel ustanowienia zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy w orzecznictwie przyjęto, e jedynie wniesienie rzeczonego zabezpieczenia wraz z zawarciem umowy powoduje, i spełnia ono swoją rolę. Jednak e dopuszczenie mo liwości uzupełnienia zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy w wypadkach wskazanych przez Zamawiającego nie niweczy celu ustanowienia zabezpieczenia a tym samym nie mo e być sprzeczne z przepisem art. 147 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c.

Za chybiony jako pozbawiony podstaw faktycznych nale y zaś uznać zarzut naruszenia przepisu art. 148 ust. 2 ustawy Pzp.

9)

Zgodnie z treścią art. 10 ust. 17 projektu umowy: „W *terminie 3 Dni Roboczych od dnia podpisania protokołu Odbioru Końcowego Wykonawca przedło y Zamawiającemu Oświadczenia Podwykonawców wykonujących roboty budowlane, z których będzie wynikać, e całość zobowiązań finansowych z tytułu robót budowlanych w stosunku do Podwykonawcy została zapłacona".*

Odnosząc się do zarzutu nało enia na wykonawcę obowiązku zapłaty podwykonawcom równie świadczeń niewymagalnych wskazać nale y, i twierdzenie to nie ma oparcia w postanowieniach umowy. Zgodnie bowiem z definicją „oświadczenia podwykonawcy", zawartą w art. 1 ust. 1 pkt 12 lit. b projektu umowy rzeczone oświadczenie dotyczy jedynie świadczeń wymagalnych.

Dalej, zwrócić nale y uwagę, e termin zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zgodnie z przepisem art. 143b ust. 2 ustawy Pzp nie mo e być dłu szy ni 30 dni. Oznacza to, e ze wskazanego przepisu wynika zakaz stosowania dłu szych ni 30-dniowe terminów płatności. *A contrario* nale y stwierdzić, i ustawa nie zakazuje w aden sposób stosowania terminów płatności krótszych ni 30 dni. Tym samym zarzut stosowania terminów płatności krótszych ni ustawowe nie jest zasadny.

Przepis art. 143a ust. 1 ustawy Pzp nie specyfikuje dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. W ocenie Izby, kwestia ta mo e zostać uregulowana w umowie. Jest to tym bardziej po ądane biorąc pod uwagę spory rodzące się na kanwie przedmiotowego zagadnienia. Stąd te domaganie się przez Zamawiającego oświadczenia podwykonawcy, stanowiącego w istocie pokwitowanie w rozumieniu przepisu art. 461 § 1 k.c. jest jak najbardziej uprawnione. Co więcej, zgodnie z art. 462 § 2 k.c., je eli dłu nik (wykonawca) ma w tym interes mo e ądać pokwitowania w szczególnej formie (np. oświadczenia podwykonawcy).

10)

Postulat ograniczenia wysokości mo liwych do naliczenia kar umownych jako niemający charakteru zarzutu nie podlega ocenie. Wskazać nale y, e przedmiotem rozpoznania, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, są zarzuty zawarte w odwołaniu, zaś treść zarzutu, na gruncie Pzp, mo e stanowić jedynie substrat okoliczności faktycznych i prawnych a nie treść ądań. Wobec braku wskazania podstawy prawnej odnośnie kwestionowanego postanowienia zarzut nie poddaje się ocenie.

11)

Brzmienie art. 4 ust. 51 projektu umowy jest następujące: „W *przypadku wstrzymania Robót bez względu na przyczynę, Wykonawca jest zobowiązany do zabezpieczenia wykonanych dotychczas Robót i natychmiastowego zawiadomienia Zamawiającego o fakcie wstrzymania Robót. Zabezpieczenia wykonane zostaną na koszt Wykonawcy."*

Przede wszystkim jednoznacznego stwierdzenia wymaga, i Zamawiającemu nie przysługuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, prawo do nakazania wstrzymania przez wykonawcę prac. Zostało to równie jednoznacznie wskazane w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 22 stycznia 2014 r. (AK/0021/KS/14). Nie mo e więc dojść do sytuacji,

w której Zamawiający arbitralnie nakazywać będzie wykonawcy wstrzymanie prac. Natomiast, je eli dojdzie do wstrzymania prac z przyczyn le ących po stronie

Zamawiającego, wykonawcy przysługiwać będzie roszczenie odszkodowawcze względem Zamawiającego na zasadach ogólnych.

Ponadto, zauwa yć nale y, e wykonawca jako podmiot będący dysponentem terenu budowy, jest w najdogodniejszej sytuacji, do ustalenia podmiotu z przyczyny którego doszło do wstrzymania prac, jak równie do zebrania stosownego materiału dowodowego. Nie powinno więc nastręczać nadmiernych trudności wskazanie i wyegzekwowanie przez wykonawcę odszkodowania od podmiotu, którego działania doprowadziły do wstrzymania prac.

Ostatecznie stwierdzić nale y, e wobec sformułowania zarzutu o naruszeniu równowagi kontraktowej i zasady współ ycia społecznego (jakkolwiek przez Odwołującego niewskazanej) w oparciu o stan wiedzy nieodpowiadający rzeczywistości przedmiotowy zarzut z oczywistych względów nale y uznać za chybiony.

12)

Zgodnie z art. 5 ust. 16 projektu umowy: „Likwidację *szkód w* środowisku *przeprowadzi Wykonawca zgodnie ze stosownymi decyzjami administracyjnymi. W przypadku, gdy do szkód w* środowisku *doszło z powodów, za jakie Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności lub te gdy Wykonawca nie zrealizował obowiązków określonych w artykule Artykuł 5.14 w terminie 7 dni licząc od daty zdarzenia, całkowite ryzyko likwidacji szkód, ich przeprowadzenie oraz koszty tej likwidacji wraz z pełną odpowiedzialnością odszkodowawczą za szkody wyrządzone Zamawiającemu oraz osobom trzecim obcią ają Wykonawcę".*

Na tle powołanego postanowienia Odwołujący podniósł zarzut naruszenia zasady równowagi uprawnień stron kontraktu, która stanowi zaprzeczenie zasady współ ycia społecznego. Odkodowanie przedmiotowego zarzutu nastręcza trudności. Trafnie bowiem wskazuje Zamawiający, e pierwsza z zasad nie została zidentyfikowana ani w orzecznictwie ani w doktrynie, zaś Odwołujący mówiąc o zasadzie współ ycia społecznego nawet jej nie wskazuje. Mo na się jedynie domyślać, e chodzi o zasadę słuszności kontraktowej. Jednak e podkreślenia wymaga, e naruszenie tej zasady jest mo liwe w przypadku ustalenia, e stosunek wartości świadczeń jest ra ący. Na tym etapie postępowania stwierdzenie powy szego z oczywistych względów jest niemo liwe, co powoduje, e zarzut upada.

Niezale nie od powy szego nale y zauwa yć, e sformułowanie „z *powodów, za jakie Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności"* jest konsekwencją przejścia odpowiedzialności za teren budowy, w tym za jego zabezpieczenie, na wykonawcę. Je eli

---

szkoda w środowisku nastąpi z winy osoby trzeciej, to wykonawca będzie miał do niej roszczenie o naprawienie szkody w swoim majątku, związanej z usuwaniem szkody w środowisku. Ustalenie tej osoby nale y do wykonawcy, jako na podmiocie kontrolującym teren budowy. Je eli zostanie stwierdzone, e szkoda w środowisku wystąpi z powodów, za jakie odpowiedzialność ponosi Zamawiający, pomimo doło enia przez wykonawcę nale ytej staranności, koszty usunięcia tej szkody poniesie Zamawiający. Je eli jednak wykonawca nie dochował nale ytej staranności i do szkody w środowisku dojdzie z przyczyn niezale nych od Zamawiającego, to wykonawca będzie ponosił tak e na mocy umowy ryzyka i koszty związane z likwidacją szkód oraz ryzyka związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą wobec Zamawiającego lub osoby trzeciej (je eli wystąpią przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej).

Nale y przy tym zauwa yć, i wykonawca będąc obecnym na terenie inwestycji i sprawując nad nim faktyczne władztwo, a przy tym będąc zobowiązany do jego zabezpieczenia, dysponuje środkami faktycznymi do zapobie enia mo liwości wyrządzenia szkody w środowisku przez osoby trzecie na terenie budowy, jak równie ma mo liwość ustalenia kręgu podmiotów odpowiedzialnych i zabezpieczenia sobie prawa dochodzenia odszkodowania od podmiotów, którym umo liwił wstęp na teren budowy. Takiej mo liwości nie będzie miał natomiast Zamawiający. Po pierwsze, nie będzie obecny na terenie budowy, ewentualne więc ustalenia podmiotu trzeciego, który spowodował powstanie szkód w środowisku, jak równie uzyskiwanie odpowiednich dowodów wyrządzenia szkody będzie dla Zamawiającego znacząco utrudnione. Po drugie, Zamawiający nie sprawuje władztwa nad terenem budowy, a przeto nie ma mo liwości podejmowania działań na terenie budowy, które pozwoliłyby na uniknięcie powstania szkód w środowisku. W konsekwencji nie sposób

dostrzec ra ącego naruszenia cię arów i uprawnień stron, a raczej widoczne jest uzasadnienie dla takiego działania.

Reasumując stwierdzić nale y, e zarzuty stawiane przez Odwołującego względem opisu przedmiotu zamówienia winny dotyczyć PFU, bowiem to za pomocą tego dokumentu Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zaniechanie powy szego czyni zarzuty sformułowane w tym zakresie chybionymi. Oceny tej nie zmienia okoliczność, i pkt 3.3 SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odsyła do projektu umowy, bowiem przedmiot umowy niezale nie od tego, e stanowi inwestycję zdefiniowaną przez Zamawiającego, to jednak opisaną w PFU (w umowie znajdujemy odwołanie do przedmiotowego dokumentu).

Zarzuty i ądania sformułowane przez Odwołującego w ramach opisu przedmiotu e albo Odwołujący nie rozumie istoty niniejszego zamówienia jednoznacznie wskazują,
zamówienia (w co nale y wątpić mając na względzie profesjonalny charakter prowadzonej

przez niego działalności gospodarczej) albo dą y do zmiany charakteru niniejszej umowy. Jednak e dą enie do przekształcenia umowy rezultatu w umowę starannego działania nie mo e zyskać aprobaty, cel umowy jest bowiem określony i le y u podstaw kreacji stosunku obligacyjnego, zatem nie ma mo liwości jego zmiany.

Dalej wskazać nale y, e alokacja określonych ryzyk po stronie wykonawcy nie stoi na przeszkodzie dokonaniu prawidłowej oceny oferty. Istotą ryzyka jest stan niepewności, ale wobec przewidywanych (określonych przez Zamawiającego) ryzyk, wycena świadczenia, przy uwzględnieniu prawdopodobieństwa ich wystąpienia i wagi (znaczenia) ziszczenia się owego ryzyka z punktu widzenia wykonawcy, jest mo liwa. Zaś sama alokacja ryzyk po stronie wykonawcy nie jest niedopuszczalna.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, e granice swobody umów wyznaczają równie zasady współ ycia społecznego. Jakkolwiek Odwołujący nie konkretyzuje tych zasad to analiza uzasadnienia faktycznego odwołania prowadzi do wniosku, e Odwołujący formułuje swoje zarzuty w oparciu o tzw. zasadę słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianą jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawny, czy te korzyści i cię arów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punku widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwości mo na mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest ra ąca. W niniejszym stanie faktycznym, wobec nie zawarcia umowy, w ogóle nie mo na mówić o naruszeniu tej zasady.

Nale y jednak dostrzec, e w grę wchodzi tak e badanie rozkładu innych ni długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron. Analiza niniejszego stanu faktycznego doprowadziła Izbę do przekonania, i jakkolwiek wiele obowiązków nało ono na wykonawcę to jest to niezbędne do zrealizowania celu umowy. W przypadku odmiennego ukształtowania obowiązków stron cały proces inwestycyjny mógłby być poddany tak wielu zaburzeniom, e realizacja inwestycji pozostawałaby wątpliwa, nie wspominając o czasie jej realizacji.

W dokonanej ocenie nie pominięto stanowiska judykatury w tym zakresie. Podkreśla się, e kwestia nierównego traktowania stron w ramach umowy, jak równie nieekwiwalentność świadczeń nie mają adnego wpływu na wa ność czynności prawnej – umowy. Zgodnie z art. 353 1 k.c. strony mogą uło yć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie, zasadom współ ycia społecznego (wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., VI ACa 841/2005, niepubl.). Podobną myśl wyra ono w wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., gdzie wskazano, e z wyra onej w art. 353 1 k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Z tych powodów przyjęto, e nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV

CSK 478/07, LEX nr 371531). Przyjęto tak e, i nawet okoliczność, e wykonywanie umowy przynosi jednej ze stron stratę, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, e cel stosunku prawnego uło onego w umowie sprzeczny jest z zasadami współ ycia społecznego. Sąd Najwy szy

wskazał, e chocia wydawać by się mogło, i dla podmiotów gospodarczych atrakcyjne byłoby wyeliminowanie ryzyka przez dopuszczenie następczego badania obiektywnej trafności podjętych zobowiązań i przyjmowanie niewa ności zobowiązań niekorzystnych jako sprzecznych z zasadami współ ycia społecznego – prowadziłoby to jednak w konsekwencji do upadku całego systemu gospodarki rynkowej, opierającego się na swobodzie oceny przez podmioty gospodarcze, co jest dla nich korzystne i niekorzystne, i swobodzie w podejmowaniu ryzyka (wyrok SN z dnia 12 marca 2004 r., II CK 39/03, LEX nr 453060).

Jeśli zaś chodzi o pojmowanie zasad współ ycia społecznego jako ocen i norm moralnych podkreślić nale y, e w art. 353 1 k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętym w społeczeństwie kryteriom i lojalnego postępowania, a nie o nakaz uczciwego maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron (wyrok SN z dnia 27 października 2004 r., IV CK 122/04, LEX nr 303365).

Biorąc powy sze argumenty pod uwagę Izba uznała, e brak podstaw do e stwierdzenia naruszenia przepisu art. 353 1 k.c. W tym miejscu wypada nadmienić, problem stosunku art. 353 1 k.c. do art. 5 k.c., a w konsekwencji rola i znaczenie zasad współ ycia społecznego w obu tych przepisach są odmienne. W pierwszym przypadku chodzi o ograniczenie swobody kontraktowej, podczas gdy w drugim – o określenie granic wykonywania prawa podmiotowego. Jak stwierdzono, Odwołujący nie wykazał, e doszło do naruszenia zasad współ ycia społecznego przy kształtowaniu treści stosunku prawnego. Jakkolwiek dostrzec nale y, e je eli sama treść umowy nie koliduje z zasadami współ ycia społecznego, to mo e być tak, e jeden z kontrahentów podniesie skutecznie zarzut nadu ycia prawa przez drugiego kontrahenta w związku z wykonywaniem zobowiązania.

Natomiast samo uprawnienie do jednostronnego przygotowania wzoru umowy wynika z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i wykonywanie tego prawa na gruncie niniejszej sprawy winno być oceniane jedynie na gruncie art. 353 1 k.c., biorąc pod uwagę okoliczność, e kwestionowana jest treść umowy w ramach granic swobody kontraktowania.

Brak potwierdzenia podniesionych zarzutów czyni w konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp chybionym.

Wobec powy szego orzeczono jak w sentencji.

33

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący: ……

34