

Sygn. akt KIO/2428/10

WYROK
z dnia 19 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polimex - Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, Ul. Czackiego 15/17** od czynności zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, Ul. Chmielna 120.**

przy udziale **Skanska S.A. Oddział Budownictwa Drogowego, 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** i **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian zapisów SIWZ w zakresie podanym w uzasadnieniu wyroku.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, Ul. Chmielna 120 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Polimex - Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, Ul. Czackiego 15/17;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, 00-801 Warszawa, Ul. Chmielna 120** na rzecz **Polimex - Mostostal S.A., 00-950 Warszawa, Ul. Czackiego 15/17** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa — Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Chmielna 120, 00 - 801 Warszawa zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa ul. Nowolazurowej na odcinku. od AL Jeruzolimskich do Trasy AK, w tym: zadanie A odcinek od AL Jeruzolimskich do ul. ks. Juliana Chrościckiego w Warszawie”. Znak DZP/39/PN/15/10

Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2010/5 208 - 317455 z dnia 26 października 2010 roku.

W dniu 5 listopada 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołanie wniósł Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15, 00 - 950 Warszawa zwany dalej „odwołującym”

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili Bilfinger Berger Budownictwo SA ul. Domaniewska 50A Warszawa zwany dalej „przystępującym Bilfinger” oraz Skanska S.A. Oddział Budownictwa Drogowego, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zwana dalej „przystępujący Skanska”. Izba stwierdziła prawidłowość obu w/w przystąpień.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z prawem ukształtowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu.

Czynnościom zamawiającego w tym zakresie zarzucił naruszenie:

1. art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z 2004 roku) poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentacji projektowej dotyczącej estakady, tunelu i przejścia podziemnego;
2. art. 43 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wyznaczenie terminu składania ofert wynoszącego 31 dni od dnia udostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji projektowej w oparciu o którą prowadzone jest

postępowanie.

3. art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie terminu składania wniosków o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na 6 dni od dnia udostępniania przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, w oparciu o którą prowadzone jest postępowanie, gdy tym czasem przy 40 dniowym terminie na składanie ofert, termin na zwracanie się o udzielanie wyjaśnień powinien wynosić 20 dni.

4.art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechania opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a to w

a) Pkt II. 22 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Opisu przedmiotu zamówienia” poprzez zaniechanie przedstawienia koncepcji „Usunięcia kolizji linii napowietrznych WN 220 kV i 110 KV z projektowaną ul. Nowolazurową w rejonie ulic Połaczyńskiej i Szamoty”.

b) Pkt II. 2 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Opisu przedmiotu zamówienia” przez nałożenie na Wykonawców obowiązku uzyskania we właściwych urzędach informacji dotyczących położenia terenu budowy, jego dostępności i innych istotnych szczegółów dla wykonania robót, w szczególności obecności i położenia sieci oraz innych elementów infrastruktury technicznej znajdującej się na obszarze działania Wykonawcy.

c) Pkt II. 20 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Opisu przedmiotu zamówienia” poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku uczestniczenia w procesie przejmowania nieruchomości.

d) Pkt 6.4. Opisu technicznego do projektu budowlano - wykonawczego opisującego przedmiot zamówienia dla budowy tunelu drogowego pod torami linii Nr 3 Warszawa - Kunowice w km 8,770 poprzez nie przedstawienie dokumentów i danych pozwalających na wycenienie i wykonanie zakresu robót wskazanych w tym punkcie.

- e) Subklauzli 7.9. Załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez zaniechanie określenia odległości, na którą Wykonawca zobowiązany jest do przetransportowania materiałów z rozbiórki stanowiących własność zarządcy drogi.
5. art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez naruszenie zasady swobody umów i ukształtowanie warunków umowy w sposób naruszający właściwość stosunku zobowiązaniowego umowy wzajemnej (akapit czwarty subklauzul 12.5 Załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Warunków Szczególnych Kontraktu .

W trakcie posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej pełnomocnik odwołującego oświadczył, że w związku z uzupełnieniem części wnioskowanej przez odwołującego dokumentacji technicznej cofa złożone odwołanie w części; tj- cofa zarzut oznaczony w odwołaniu jako nr.1 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 31 ust.1 ustawy Pzp w związku z § 4 ust.1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego, cofa także w zarzucie oznaczonym nr 4 zarzut z ppkt.a oraz dokonuje częściowej modyfikacji zarzutu zamieszczonego pod ppkt. „d”

Biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w pismach i w trakcie rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza uznaje odwołanie za zasadne chociaż nie w stosunku do wszystkich podniesionych zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący i przystępujący posiadają interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- 1) odnośnie zarzutu pierwszego dotyczącego przekazania części dokumentacji projektowej, która jest obligatoryjnym elementem SIWZ dla robót budowlanych Zamawiający powinien dokonać równoczesnego przesunięcia terminu składania ofert. Termin ten powinien wynosić 40 dni od dnia przekazania kompletnej

dokumentacji projektowej. Zaniechanie dokonania tej czynności uznać natomiast należy za naruszenie art 43 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, termin na żądanie wyjaśnień SIWZ należy liczyć jako połowę terminu, ale liczonego od dnia przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego UE. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich drogą elektroniczną tj.: w dniu 21.10.2010r. (powyższa data widnieje na ogłoszeniu o zamówieniu). Wcześniejsze upublicznienie SIWZ jest niemożliwe z uwagi na zapisy art. 42 ustawy Pzp, zgodnie z którym SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia, a nie od samego dnia przekazania.

Powyższy zarzut Izba uznaje za niezasadny. Odwołujący dokonał omyłki pisarskiej gdyż winien być powołany przepis art. 43 ust.2 pkt.1 gdyż ustęp pierwszy nie dzieli się na punkty. Niewątpliwym w sprawie jest fakt ,że podany w tym przepisie termin jest terminem minimalnym i w związku z tym nie może być przez zamawiającego skracany ,natomiast może być wydłużany. Początek biegu terminu jest liczony od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich który nastąpił w dniu 21.10.2010 roku tj na 40 dni przed terminem składania ofert który został ustalony na dzień 1 grudnia 2010 roku.

- 2) Odnośnie treści zarzutu drugiego odwołujący wnosil o przesunięcia wskazanego w punkcie X 1.8. SIWZ terminu do składania wniosków o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mając na uwadze, iż dokumentacja projektowa została udostępniona przez Zamawiającego w dniu 4 listopada 2010 roku, a termin składania wyjaśnień upływał w dniu 10 listopada 2010 roku wykonawcy mają zaledwie 6 dni na weryfikację przekazanej dokumentacji, przygotowanie i złożenie wniosków o wyjaśnienia. Tymczasem termin ten powinien wynosić 20 dni (połowa 40 dniowego terminu na składanie ofert) od dnia udostępnienia pełnej dokumentacji projektowej. Zamawiający w odpowiedzi podał, że wykonawcy mogą składać wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa

wyznaczonego terminu składania ofert. W tym przypadku połowa terminu składania ofert (20 dni) upływa 10.11.2010r. co zamawiający uwzględnił w siwz.

Opierając się na komentarzu od prawa zamówień publicznych pod red. St. Babiarsza wyd.2010 str 274-275 należy stwierdzić, że art.38 ust.1 został zmieniony tzw. nowelą listopadową. W nowym brzmieniu tego przepisu nastąpiła zmiana szczegółowych zasad zwracania się przez wykonawców z wnioskami o udzielenie wyjaśnień treści siwz oraz udzielania takich wyjaśnień przez zamawiających. Zmiana dotyczyła określenia terminu do upływu którego wykonawca będzie uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o wyjaśnienia.. W poprzednim stanie prawnym co do zasady wykonawca miał prawo złożyć pytanie o wyjaśnienie siwz w każdym czasie, a więc do upływu terminu składania ofert.. Wprowadzona od 22 grudnia 2009 roku zmiana art. 38 ust.1 ustawy utrzymała w dalszym ciągu dopuszczalność zadawania przez wykonawców pytań zamawiającemu oraz obowiązek udzielania na nie odpowiedzi, jednak zmodyfikowała terminy minimalne w których zasada niezwłocznego udzielania odpowiedzi nie występuje. Powyższe uregulowanie miało na celu likwidację patologii obserwowanej w poprzednim uregulowaniu tj. zadawania pytań przez wykonawców do końca terminu składania ofert na które ze względu na brak możliwości czasowych wykonawcy mimo obowiązku odpowiedzi nie byli w stanie go spełnić, albo zadawania pytań miało tylko w celu utrudnienia postępowania. W przedmiotowej sytuacji Izba uznała że zgodnie z przedłożonym wykazem dokumentacji projektowej- wykazanej w odpowiedzi na odwołanie, która została załączona do siwz w dniu 26 października 2010 roku, dokumentacja ta pozwalała w niezbędnym zakresie do sporządzenia kosztorysów ofertowych. W wyniku wykazania w odpowiedzi na odwołanie wykazu załączonej do siwz dokumentacji odwołujący cofnął w tym zakresie odwołanie, cofnięcie odwołania w tym zakresie ma związek z niniejszym zarzutem. Dlatego też Izba nakazuje zamawiającemu udzielenie odpowiedzi na pytania które wpłynęły do zamawiającego do dnia 15 listopada 2010 roku i zaleca , zgodnie z oświadczeniem- deklaracją na rozprawie,

zamawiającego do odpowiedzi na pytania które wpłynęły do zamawiającego do dnia 24 listopada 2010 roku.

- 3) W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art.29 ust.1 ustawy pzp odwołujący podniósł zarzut

Ad."b". nałożenia na wykonawców obowiązek uzyskania we właściwych urzędach informacji dotyczących położenia terenu budowy, jego dostępności i innych istotnych szczegółów dla wykonania robót, w szczególności obecności i położenia sieci oraz innych elementów infrastruktury technicznej znajdującej się na obszarze działania wykonawcy. Odwołujący wskazał ,że zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, iż jeszcze przed zawarciem umowy będą oni ponosili koszty powyższych ustaleń oraz wykonywali czynności, które przy przyjęciu prawidłowego toku postępowania powinny obciążać zamawiającego. Co więcej, uzyskanie niezbędnych informacji może być utrudnione lub nawet niemożliwe ze względu na brak jakiegokolwiek legitymacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do występowania z odpowiednimi wnioskami.

Zamawiający podał, że Wykonawca powinien zapoznać się przed złożeniem oferty z położeniem terenu budowy, jego dostępnością i innymi istotnymi szczegółami dla wykonania robót. Dotyczy to w szczególności obecności i położenia sieci oraz innych elementów infrastruktury technicznej znajdującej się w obszarze działania Wykonawcy, które to informacje należy uzyskać we właściwych urzędach. Powyższe zobowiązanie wykonawcy ma na celu wcześniejsze zapoznanie się z terenem budowy i z ewentualnymi utrudnieniami, które mogą pojawić się na etapie realizacji inwestycji, oraz że ten wymóg stanowi informację dla wykonawcy a nie jego obligatoryjny obowiązek. W trakcie rozprawy pełnomocnik zamawiającego stwierdził ,ze częściowo uznaje za zasadny zarzut i skłania się zmienić ten zapis w taki sposób aby zapoznanie się w urzędach przez wykonawców z uzbrojeniem terenu było powinnością, a nie obowiązkiem. Natomiast za obowiązkowe uważa zapoznanie się wykonawcy z terenem i znajdującą się na nim infrastrukturą. Izba uznaje stanowisko zamawiającego za wystarczające do częściowego uwzględnienia zarzutu i nakazuje zamawiającemu dokonać doprecyzowania zapisu pkt. 11.2 załącznika nr 3 do siwz w ten sposób iż w zdaniu drugim po wyrazach " w obszarze działania Wykonawcy" stawia się kropkę i dopisuje zdanie trzecie w brzmieniu -,, W trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia, celem szczegółowego ustalenia lokalizacji, obecności i położenia sieci i innych elementów infrastruktury

technicznej ,wykonawca sam lub w razie potrzeby – przy udziale zamawiającego ustali to we właściwych urzędach” Zmiana zapisu ma na celu zobowiązanie zamawiającego do czasu upływu terminu składania ofert do wskazywania potencjalnym wykonawcom, obecności w terenie położenia sieci i innych elementów infrastruktury technicznej.

Ad „c”. W pkt. II. 20 Załącznika nr 3 do Specyfikacji wykonawcy zobowiązani są do „uczestniczenia w procesie przejmowania nieruchomości, przejmowanych na podstawie decyzji o ustaleniu lokalizacji drogi Nr 2/URS/WŁO/BEM/LD/09 z dnia 10 czerwca 2009 r. W ten sposób ,że „w przypadku przejmowania nieruchomości w trybie egzekucyjnym wykonawca zapewni środki (ludzie, sprzęt, transport, ochronę i inne służby) w zakresie niezbędnym do technicznego przeprowadzenia egzekucji i wykonania na przejmowanym terenie robót budowlanych. Wykonawca zabezpieczy majątek właściciela w czasie transportu do miejsca nie kolidującego z realizacją zadania, wskazanego przez właściciela lub Zamawiającego”. W SIWZ nie podano informacji dotyczących zakresu niezbędnych do realizacji obowiązku zasobów, w tym ludzi, sprzętu, transportu, ochrony i innych, a także żadnych danych które pozwoliłyby chociażby szacunkowo określić zakres tych zasobów. Zamawiający nie wskazał także odległości, na którą przetransportowany ma być majątek dotychczasowych właścicieli nieruchomości. Co więcej, w samej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia brak także jakichkolwiek informacji dotyczących dostępności działek. W tej sytuacji wykonawcy pozbawieni są zdaniem odwołującego, możliwości oszacowania chociażby przybliżonych kosztów realizacji obowiązku określonego w pkt. II. 20. Zamawiający w odpowiedzi na powyższy zarzut wskazał, że wszystkie nieruchomości niezbędne do prowadzenia robót są o wyjaśnionym stanie własnościowym. Zostały protokolarnie przejęte od dotychczasowych właścicieli. Ostatni protokół dobrowolnego przekazania nieruchomości został podpisany przez byłych właścicieli w dniu 29.10.2010 r.

Izba biorąc pod uwagę treść pkt II.20 uwzględnia powyższy zarzut i nakazuje zamawiającemu dokonać zmiany brzmienia tego punktu w ten sposób ,ze „skreśla się zdanie trzecie” w tym punkcie., dotyczące odpowiedzialności wykonawcy za transportowany majątek. W razie zaistnienia potrzeby egzekucji, to winna być ona prowadzona przez komornika, a rolą wykonawcy może być jedynie udostępnienie transportu dla jej wykonania, a nie jej przeprowadzanie. Niewątpliwie to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania robót, w szczególności do przekazania terenu budowy. Z powyższego nie wynika jednak brak uprawnienia zamawiającego do nałożenia na wykonawcę dodatkowych obowiązków, w tym uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości

Ad "d". odwołujący dokonał modyfikacji tego zarzutu i wniósł aby po modyfikacji nakazać zamawiającemu przekazania części dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiaru robót w zakresie trakcji i sterowania ruchem kolejowym.

Zamawiający podał, iż zarzut ten związany jest z treścią omawianego na dzisiejszej rozprawie punktu oznaczonego jako numer 1 gdzie wykazano, że przedmiary robót w zakresie niezbędnym dla sporządzenia kosztorysu ofertowego były załączone do SIWZ natomiast na obecnym etapie przekazano wykonawcom projekt wykonawczy tunelu Warszawa – Konowice. Przekazanie projektu wiązało się z potrzebą uszczegółowienia danych o które wnosili wykonawcy składanych zapytań do zamawiającego, a nie niemożliwością sporządzenia kosztorysu. Wobec powyższego Izba nie uznaje powyższego zarzutu za zasadny, gdyż bezzasadne jest nakazywanie wykonania czynności już wykonanej, chociaż z opóźnieniem.

Ad „e”. W zakresie tego zarzutu odwołujący podniósł, że w zakresie subklauzuli 7.9 Załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Warunków Szczególnych Kontraktu wskazano, iż „Materiały z rozbiórki, które zgodnie z postanowieniami Specyfikacji stanowią własność Zarządcy drogi wykonawca przetransportuje oraz złoży w miejscach wskazanych przez Zarządcę drogi”. Zamawiający nie wskazał jednak na jaką odległość powinny być przetransportowane materiały z rozbiórki. W odpowiedzi na zarzuty zamawiający podał, że wymienione w pkt. 17 Opisu przedmiotu zamówienia należy przewieźć w miejsce wskazane przez Zarządcę drogi, a zgodnie z informacją uzyskaną od Zarządu Dróg Miejskich, który pełni funkcję Zarządu drogi na terenie m.st. Warszawy: materiały drogowe z kamienia naturalnego pochodzące z rozbiórki, tj. krawężniki kamienne i kostkę kamienną należy dostarczyć do magazynu ZDM przy ul. Gołdapskiej 7. Powyższy zarzut Izba uznaje za słuszny i nakazuje zmienić zapis subklauzuli nr 7.9 załącznika nr 2 w ten sposób iż należy podać odległość w kilometrach na jaką wykonawca będzie przetransportowywał materiały rozbiórkowe wymienione w pkt.17 opisu przedmiotu zamówienia.

Ad 4. W zakresie zarzutu naruszenia postanowień art. 353¹ kodeksu cywilnego odwołujący podniósł, że w pkt. punkcie 12.5. Załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Warunków Szczególnych Kontraktu wskazano, iż „Zawieszenie całości lub części Robót na czas trwania procedury negocjacyjnej, o której

mowa w Warunku 12.5 [„Zamówienia dodatkowe i uzupełniające oraz roboty dodatkowe”] nie jest przestojem i nie upoważnia Wykonawcy do skorzystania z uprawnień przewidzianych w Warunku 8.9 [konsekwencje zawieszenia”]. Wskazany zapis SIWZ rażąco narusza art. 353^x Kodeksu cywilnego. Wskazał, że zamówienie na roboty dodatkowe lub uzupełniające udzielane będą na podstawie odrębnej umowy zawieranej pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Zawarcie wskazanej umowy zgodnie z wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego zasadą swobody umów uzależnione jest od zgodnych oświadczeń woli zarówno wykonawcy jak i zamawiającego. Zapisy w warunkach umowy załączonej do siwz dają zamawiającemu silny środek nacisku na wykonawcę, który może zostać postawiony przed wyborem czy lepiej zaniechać negocjacji spornych kwestii i zaakceptować niekorzystne warunki umowy na realizację zamówienia dodatkowego czy też zapłacić kary umowne na skutek nieterminowego wykonania przedmiotu umowy. Powyższy zarzut Izba uważa za niezasadny. Zgodnie z art 353¹ Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Z zasady swobody umów wynika, iż jakkolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy nie jest konieczna.

Błędem jest utożsamianie przez odwołującego uprzywilejowania zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Swoboda zawierania umów i określania ich postanowień w takiej samej mierze przez obie strony umowy jest pojęciem idealistycznym, ścisłe jej stosowanie prowadziłyby do niemożliwości wprowadzenia zmian racjonalnych i z punktu widzenia zamawiającego czy interesu publicznego jak najbardziej pożądanym.

Na gruncie prawa zamówień publicznej swoboda cywilistyczna stosunków umownych ograniczona jest ustawowo przez uregulowania ustawy- poprzez instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. PZP), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Zasada równości odnosi się na gruncie ustawy, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. To na zamawiającym spoczywa obowiązek odpowiedniego opisanie przedmiotu zamówienia

który ma służyć określonym interesom społecznym, to zamawiający z tych środków publicznych dokonuje zapłaty za wykonanie zamówienia i tym samym na nim spoczywa obowiązek i prawo dokonania takich zapisów przyszłej umowy który realizację przedmiotu zamówienia zapewni. Takie uprawnienie musi wynikać z kolejnego obowiązku albowiem to zamawiający dysponując środkami publicznymi jest on poddany przy ich wydatkowaniu dodatkowym rygorom, wynikającym m.in. z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W przedmiotowej sytuacji nie można uznać ewentualnych obaw wykonawcy za zagrożenie swobody zawierania umów, gdyż prowadzenie negocjacji nie może doprowadzić do przerwania robót podstawowych, co byłoby nieuprawnioną siłą nacisku na zamawiającego do zaakceptowania warunków postawionych przez wykonawcę.

Wykonawca nie może obawiać się braku zapłaty za wykonane roboty poza umową podstawową. Wbrew twierdzeniom odwołującego ,zapisy umowy wcale nie dają zamawiającemu nieograniczonego prawa do dowolnej wyceny robót dodatkowych, oderwanych od wyceny robót podstawowych. W przypadku gdy wykonawca nie zgodzi się z rzetelnością oszacowania wartości robót, a będzie musiał je wykonać aby realizować terminowo zakres podstawowy robót, będzie mógł dochodzić stosownych kwot na drodze powództwa do sądu powszechnego, gdyż roboty dodatkowe nie są objęte ofertą wykonawcy. Ponadto to również zamawiający nie godząc się na żądania kwotowe zamawiającego za wykonanie robót dodatkowych będzie mógł je przekazać do wykonania innemu podmiotowi.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak na wstępie orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). Nie zasądzono kosztów dla odwołującego gdyż nie składał takiego wniosku.

Przewodniczący