

WYROK
z dnia 8 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Piotr Kozłowski Sylwester Kuchnio
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 listopada i 2 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016 r. przez Odwołującego – Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad działającą przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, przy udziale:

1. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
 2. wykonawcy Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie,
 3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Strabag Infrastruktura Południe sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu,
 4. wykonawcy MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie,
 5. wykonawcy PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie,
 6. wykonawcy Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie,
- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie każdej z trzech części zamówienia, polegającą na:
 - 1.1. wskazaniu w pkt 1.4.1.1 programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „PFU”), katalogu okoliczności uprawniających Zamawiającego do odmowy zatwierdzenia

proponowanych przez wykonawcę rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji,

- 1.2. usunięciu z pkt 1.4.1.7.4 PFU („Sieci energetyczne”) postanowienia, zgodnie z którym zmiany w zakresie przebudowy sieci nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie,
 - 1.3. usunięciu z pkt 1.4.1.7.5 PFU („Urządzenia melioracyjne”) postanowienia, zgodnie z którym zmiany w zakresie przebudowy urządzeń melioracji wodnej nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
 - 1.4. usunięciu z pkt 1.4.1.7.6 PFU („Inne sieci i urządzenia”) postanowienia, zgodnie z którym zmiany w zakresie przebudowy urządzeń obcych (ciepłociągi, ujęcia wody, urządzenia kolejowe itd.) nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
 3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, działająca przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi („Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin – Rzeszów, odc. Koniec obw. Kraśnika – węzeł *Sokołów Młp. Północ*: Część nr 1: odc. realizacyjny Kraśnik (węzeł *Słodków* obecnie *Kraśnik Południe* – bez węzła) – Janów Lubelski (węzeł *Kopce* obecnie *Janów Lub. Północ* – bez węzła) początek obwodnicy, długości ok. 18 km. Część nr 2: odc. realizacyjny obwodnica m. Janów Lubelski (węzeł *Kopce* obecnie *Janów Lub. Północ* – węzeł *Jonaki* obecnie *Janów Lub. Południe* z węzłami), długość ok. 7 km. Część nr 3: odc. realizacyjny Janów Lubelski (węzeł *Jonaki* obecnie *Janów Lub. Południe* – bez węzła) – węzeł *Łązek Ordynacki* obecnie *Lasy Janowskie* (z węzłem), długości ok. 8 km”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2015 r. pod numerem 2015/S 169-307529.

W dniu 4 listopada 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w Postępowaniu zaproszenia do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Postanowienia SIWZ zostały zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) w dniu 14 listopada 2016 r. przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

I. art 29 ust. 1 i 2 w zw. z art 31 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

- II. §15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2013.1129 j.t.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno-użytkowego („PFU”) w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty,
- III. art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c. przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- IV. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z zarzutami I – IV Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania wskazanych poniżej zmian w treści SIWZ:

- 1. pkt 1.4.1.1 lit. A ppkt 9 PFU, dla każdej części zamówienia, przez wykreślenie fragmentu o treści:

„Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że rozpoznanie podłoża – na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu – miało charakter punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań wymagają uzupełnienia lub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo-wodne wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu, o ile ww. czynniki były racjonalnie możliwe do przewidzenia przez doświadczonego Wykonawcę do daty składania oferty.”,

oraz wprowadzenie treści:

„Jeżeli wystąpią rozbieżność pomiędzy udostępnioną dokumentacją geologiczną oraz hydrogeologiczną a rzeczywistym stanem faktyczny, wykonawcy przysługiwac będzie roszczenie o przedłużenie czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie oraz roszczenie o zapłatę za dodatkowy Koszt poniesiony przez Wykonawcę w związku z przedmiotowymi rozbieżnościami wraz z rozsądnym zyskiem.”,

2. pkt 1.4.1.1 lit. C ppkt 9 PFU, dla każdej części zamówienia, przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych (dot. kolizji ujawnionych w trakcie prowadzenia robót). W ramach powyższego Wykonawca ma obowiązek pozyskania praw do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane, niezbędnymi do przebudowy sieci uzbrojenia terenu. Rodzaj tego prawa (np. służebność przesyłu, umowa zobowiązaniowa, pisemne oświadczenia) należy uzgodnić z Gestorem sieci. Koszty uzyskania dysponowania terenu w tym wartość służebności przesyłu, w okresie do wystawienia Świadectwa Przejęcia, stanowią koszt Wykonawcy i nie podlegają odrębnej zapłacie”,

na postanowienie o treści:

„przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych (dot. kolizji ujawnionych w trakcie prowadzenia robót). W ramach powyższego Wykonawca ma obowiązek pozyskania praw do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane, niezbędnymi do przebudowy sieci uzbrojenia terenu. Rodzaj tego prawa (np. służebność przesyłu, umowa zobowiązaniowa, pisemne oświadczenia) należy uzgodnić z Gestorem sieci. Koszty uzyskania dysponowania terenu w tym wartość służebności przesyłu, w okresie do wystawienia Świadectwa Przejęcia, stanowią koszt Zamawiającego i będą podlegać odrębnej zapłacie. Wykonawcy będzie przysługiwać przedłużenie czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie

3. zmiana PFU dla każdej części zamówienia przez:

- a) określenie w ramach PFU terminu w jakim wykonawca otrzyma rozwiązania z sąsiedniego odcinka umożliwiające koordynację prac, o której mowa w pkt 1.4.1.1 PFU oraz wskazanie osoby odpowiedzialnej za ww. koordynację,
- b) wskazanie w ramach PFU rozwiązań, które będą wiążące dla wykonawcy w sytuacji braku uzgodnienia wspólnych rozwiązań przez wykonawców poszczególnych odcinków drogi ekspresowej,
- c) określenie w ramach PFU parametrów ilościowych i jakościowych dla wód opadowych ze zlewni odcinka sąsiedniego do ujęcia w system odcinka objętego kontraktem.

4. zmiana treści PFU dla każdej części zamówienia przez:

a) określenie wymaganego zakresu budowy i przebudowy dróg innych niż droga ekspresowa (obsługujących tereny przyległe do inwestycji i przywracające naruszone połączenia drogowe),

b) dodanie postanowienia o następującej treści:

„Jeżeli wymagania zarządców dróg w zakresie budowy i przebudowy dróg innych niż droga ekspresowa będą wykraczały poza wymagany zakres prac przewidziany przez Zamawiającego to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie.”.

5. zmiana pkt 1.4.1.7 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Występując o warunki techniczne, uzgodnienia projektu itp. Wykonawca zobowiązany jest pozyskać informację o współfinansowaniu ze środków UE lub braku współfinansowania planowanych do przebudowy kolizji z urządzeniami i sieciami istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej oraz przebudowy odcinków dróg, chodników, ścieżek rowerowych i innych; w związku z zakazem podwójnego finansowania wydatków.”,

na postanowienie o następującej treści:

„Występując o warunki techniczne, uzgodnienia projektu itp. Wykonawca zobowiązany jest pozyskać informację o współfinansowaniu ze środków UE lub braku współfinansowania planowanych do przebudowy kolizji z urządzeniami i sieciami istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej oraz przebudowy odcinków dróg, chodników, ścieżek rowerowych i innych; w związku z zakazem podwójnego finansowania wydatków.

W sytuacji braku uzyskania przez Wykonawcę stosownych informacji odnoszących się do współfinansowania ze środków UE z przyczyn nie leżących po jego stronie, konsekwencje związane z naruszeniem zakazu podwójnego finansowania wydatków nie będą obciążać Wykonawcy. Za przyczyny nie leżące po stronie Wykonawcy uważa się sytuacje, w których Wykonawca podjął działania zmierzające do uzyskania stosownych informacji, a ich pozyskanie stało się niemożliwe z uwagi na brak, nieterminowe współdziałanie podmiotów dysponujących takimi informacjami.”.

6. zmiana pkt 1.4.1.1 PFU dla każdej części zamówienia przez wykreślenie fragmentu o treści:

„Podczas projektowania należy uwzględnić optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi ekspresowej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem

Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu.”,

7. zmiana pkt 1.4.1.3.2 PFU – zakresu prac związanych z infrastrukturą związaną z komunikacją zbiorową,

8. zmiana pkt 1.4.1.5 PFU dla każdej części zamówienia przez:

a) usunięcie zastrzeżenia, iż zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków,

b) usunięcie zastrzeżenia o treści:

„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”,

9. zmiana pkt 1.4.1.6 PFU dla każdej części zamówienia przez:

a) usunięcie zastrzeżenia, iż zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków,

b) dodanie postanowienia o następującej treści:

„Jeżeli na skutek uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”,

10. zmiana pkt 1.4.1.7 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Zmiany w zakresie przebudowy sieci, w tym usunięcie kolizji ujawnionych na etapie realizacji inwestycji, które nie zostały zidentyfikowane w opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”,

na następujący zapis:

„W przypadku wystąpienia zmiany w zakresie przebudowy sieci, Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie o:

a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,

b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.

11. zmiana pkt 1.4.1.7.1 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci teletechnicznych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy teletechnicznych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy teletechnicznych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłącze teletechniczne do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłącze teletechniczne do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza teletechniczne.”

na postanowienie o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci teletechnicznych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy teletechnicznych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy teletechnicznych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłącze teletechniczne do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłącze teletechniczne do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza teletechniczne

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenie czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Geny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.”

12. zmiana pkt 1.4.1.7.2 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci wodociągowych i kanalizacyjnych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłącze wodociągowe i ew. kanalizacyjne do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłącze wodociągowe do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza wodociągowe,

na postanowienie o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci wodociągowych i kanalizacyjnych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłącze wodociągowe i ew. kanalizacyjne do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłącze wodociągowe do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza wodociągowe.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenie czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Geny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.”

13. zmiana pkt 1.4.1.7.3 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci gazowych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy gazowych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy gazowych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłącze gazowe do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłącze gazowe do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza gazowe,

na postanowienie o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci gazowych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy gazowych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy gazowych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłącze gazowe do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłącze gazowe do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza gazowe.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.

14. zmiana pkt 1.4.1.7.4 PFU dla każdej części zamówienia poprzez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci energetycznych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy elektroenergetycznych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy elektroenergetycznych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłączy elektroenergetyczne do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłączy elektroenergetyczne do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza elektroenergetyczne”,

na postanowienie o treści:

„Oprócz usunięcia kolizji koniecznych do wykonania na podstawie warunków uzyskanych od zarządców sieci energetycznych ujętych w Koncepcji Programowej (KP), Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać:

- przebudowę kolidujących z planowaną inwestycją przyłączy elektroenergetycznych do obiektów budowlanych,
- demontaż przyłączy elektroenergetycznych do obiektów budowlanych, które będą podlegały rozbiórce w związku z kolizją z planowaną inwestycją,
- przyłączy elektroenergetyczne do pozostałych na danej posesji obiektów budowlanych w przypadku, gdy część z nich zostanie przeznaczona do rozbiórki,
- przyłączy elektroenergetyczne do pozostałej części działki (powstałej z podziału działki pod drogę ekspresową) w przypadku, gdy na części działki przeznaczonej pod budowę drogi ekspresowej znajdowały się istniejące przyłącza elektroenergetyczne.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.”,

15. wykreślenie z pkt 1.4.1.7.4 PFU dla każdej części zamówienia fragmentu o treści:

„Zmiany w zakresie przebudowy sieci nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.”

16. zmiana pkt 1.4.1.7.5 PFU dla każdej części zamówienia poprzez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Oprócz kolizji z drenażem melioracyjnym, administrowanym przez jednostki publiczne, na odcinku objętym przedmiotem zamówienia może występować drenaż i urządzenia drenarskie nie ujęte w zasobach zarządów melioracji. W przypadku zidentyfikowania czynnego drenażu i urządzeń drenarskich nie ujętych w zasobach zarządów melioracji, należy w porozumieniu z właścicielem terenu zabezpieczyć drenaż, usunąć kolizję w sposób nie powodujący zakłócenia stosunków wodnych na obszarach przyległych. Zmiany w zakresie przebudowy urządzeń melioracji wodnej nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.”,

na postanowienie o treści:

„Oprócz kolizji z drenażem melioracyjnym, administrowanym przez jednostki publiczne, na odcinku objętym przedmiotem zamówienia może występować drenaż i urządzenia drenarskie nie ujęte w zasobach zarządów melioracji. W przypadku zidentyfikowania czynnego drenażu i urządzeń drenarskich nie ujętych w zasobach zarządów melioracji, należy w porozumieniu z właścicielem terenu zabezpieczyć drenaż, usunąć kolizję w sposób nie powodujący zakłócenia stosunków wodnych na obszarach przyległych.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Geny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.

17. zmiana pkt 1.4.1.7.6 PFU dla każdej części zamówienia przez wykreślenie fragmentu o treści:

„Zmiany w zakresie przebudowy urządzeń obcych (ciepłociągi, ujęcia wody, urządzenia kolejowe itd.) nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”,

18. zmiana pkt 1.4.1.8 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa”

na postanowienie o treści:

„nie będzie jednak większa niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa”,

19. zmiana pkt 1.5.2.1 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócić się o to inwestorzy tej infrastruktury.”,

na postanowienie o treści:

„Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócić się o to inwestorzy tej infrastruktury.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.

20. zmiana pkt 1.5.2.1 PFU dla każdej części zamówienia przez:

- a) wskazanie w treści SIWZ, iż wymagania stawiane przez Zamawiającego są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, a koszty i ryzyko związane z uzyskiwaniem odstępstw od tak sformułowanych wymagań będą obciążały Zamawiającego;
- b) modyfikację pkt 1.5.2.1 PFU przez zmianę fragmentu o treści:

„W przypadku potrzeby procedowania w myśl art. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 290) Wykonawca jest zobowiązany uzyskać odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie.”,

na postanowienie o treści:

„W przypadku potrzeby procedowania zgodnie z art. 9 Prawa budowlanego Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i złożenia kompletnego wniosku o odstępstwo. W przypadku braku zgody organu na odstępstwo, Zamawiający zrezygnuje z rozwiązania wymagającego takiego odstępstwa lub wyrazi zgodę na zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie w przypadku gdy rozwiązanie zgodne z przepisami prawa będzie związane ze zwiększeniem zakresu robót. W przypadku gdyż treści decyzji o udzieleniu odstępstwa wynikać będzie zwiększony zakres robót, będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie.”,

21. zmiana pkt 1.4.1.1 lit. A ppkt 02 PFU dla każdej części zamówienia przez wykreślenie fragmentu o treści:

„z wyłączeniem zabezpieczeń akustycznych, lokalizacji i ilości przejść dla zwierząt, a także ewentualnych innych elementów w zależności od zakresu dopuszczalnych lub też koniecznych zmian przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ponownej Ocenie Oddziaływania Przedsięwzięcia na Środowisko”,

22. zmiana pkt 1.4.1.11 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę fragmentu o treści:

„Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24l ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji.”,

na postanowienie o treści:

„Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24l ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, w zakresie oznakowania pionowego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”,

23. zmiana pkt 1.5.1.2 PFU dla każdej części zamówienia przez wykreślenie fragmentów o treści:

Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych opisanych w powyższej decyzji, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”

oraz

„Szczegóły dotyczące kolorystyki i faktury ekranów akustycznych należy uzgodnić z Zamawiającym w ramach opracowania Projektu Wykonawczego.”,

24. zmiana 1.4.1.1 lit. A ppkt 3 PFU dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„niezbędnych do przeprowadzenia badań archeologicznych”

na postanowienie o treści:

„niezbędnych do przeprowadzenia badań archeologicznych (koszty nadzoru i badań ponosi Zamawiający)”

25. zmiana pkt 1.5.1.1 PFU dla każdej części zamówienia przez wskazanie informacji o czasie zajęcia terenu budowy dla każdego stanowiska archeologicznego indywidualnie,

26. zmiana pkt 2.1.1.1.3 PFU dla każdej części zamówienia przez:

- a) określenie minimalnych wartości odnoszących się do parametrów kanalizacji teletechnicznych, które mają być podstawą wyceny oferty,
- b) dodanie postanowienia o następującej treści:

„Jeżeli docelowe wartości kanalizacji teletechnicznych będą odbiegały od wartości wskazanych w PFU to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”,

27. zmiana PFU dla każdej części zamówienia przez podanie szczegółowych wytycznych do sporządzenia analizy wielokryterialnej (o której mowa w pkt 1.4; 1.5.1.2 oraz 2.1.10 PFU) ze szczególnym uwzględnieniem wag poszczególnych kryteriów.],

28. zmiana treści PFU dla każdej części zamówienia przez:

- a) określenie przez Zamawiającego szczegółowych zasad współpracy, które będą wiązały Wykonawcę i Operatora KSPO,
- b) dodanie postanowienia o następującej treści:

„Jeżeli współpraca z Operatorem KSPO będzie skutkowała kolizją z harmonogramem i rozwiązaniami przewidywanymi przez Wykonawcę, to Wykonawca będzie mógł ubiegać się w związku z tym o wydłużenie Czasu na Ukończenie oraz zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”,

- c) wskazanie w treści SIWZ, iż Operator KSPO obowiązany jest w razie zaistnienia takiej potrzeby wykazać, iż działania jego i jego podwykonawcy nie są przyczyną ewentualnej wady w przedmiocie zamówienia Wykonawcy,

29. zmiana pkt 2.3 Specyfikacji na projektowanie SP.00.00.00 dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Wymagania wynikające z uzyskanej Decyzji pozwolenia wodno-prawnego, nie wyłączając innych, które mogą być nałożone w trakcie opracowywania i zatwierdzania Dokumentów Wykonawcy oraz wnioskowania o udzielenie zezwolenia na realizację i innych decyzji administracyjnych wymaganych przepisami prawa, są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanych Dokumentach Wykonawcy, a także wykonać wynikające z tego czynności i Roboty w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.”,

na postanowienie o treści:

„Wymagania wynikające z uzyskanej Decyzji pozwolenia wodno-prawnego, nie wyłączając innych, które mogą być nałożone w trakcie opracowywania i zatwierdzania

Dokumentów Wykonawcy oraz wnioskowania o udzielenie zezwolenia na realizację i innych decyzji administracyjnych wymaganych przepisami prawa, są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanych Dokumentach Wykonawcy.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.”,

30. zmiana pkt 2.3 Specyfikacji na projektowanie SP.00.00.00 dla każdej części zamówienia przez zmianę brzmienia fragmentu o treści:

„Wymagania wynikające ze Stanowiska Zarządcy drogi/Zamawiającego w sprawie konieczności uwzględnienia zasadnych uwag, spostrzeżeń i wniosków Audytorów BRD w każdym ww. stadium realizacji projektu infrastruktury drogowej są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanych Dokumentach Wykonawcy, a także wykonać wynikające z tego czynności i Roboty w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.”,

na postanowienie o treści:

„Wymagania wynikające ze Stanowiska Zarządcy drogi/Zamawiającego w sprawie konieczności uwzględnienia zasadnych uwag, spostrzeżeń i wniosków Audytorów BRD w każdym ww. stadium realizacji projektu infrastruktury drogowej, są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanych Dokumentach Wykonawcy.

W przypadku wystąpienia powyższej sytuacji Wykonawcy będzie przysługiwać:

- a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie,
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.”,

31. zmiana pkt 1.4 dla części 1 i 2 zamówienia przez jednoznaczne określenie miejsca wykonania remontu (określenie numeru oraz kilometraża drogi).

V. art. 353¹ w zw. z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4), art. 632 i art. 5 K.c., art. 1154 i art 1157 K.p.c., w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 11a, art 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art 58 § 3 K.c. przez ukształtowanie określonych we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu

(„WSK”), pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] pkt (c) do (t) – wymagań dotyczących treści umowy Wykonawcy z Podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo Wykonawcy do swobodnego umawiania się z Podwykonawcami w materii, której przepisy Pzp i K.c. nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w Pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną Zamawiającego określoną w art. 647¹ § 5 K.c.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy] WSK, pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] przez wykreślenie pkt (c) do (t).

VI. art. 353¹ w zw. z art. 492 i art. 5 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 i art 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art 58 § 3 K.c. przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] WSK – warunków odstąpienia przez Wykonawcę od umowy w sposób:

1. naruszający zasadę prawną zgodnie z którą, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego,
2. naruszający zasady współżycia społecznego przez ustalenie niewspółmiernie długich terminów dopuszczających możliwość niewywiązywania się Zamawiającego oraz Inżyniera z istotnych obowiązków umownych, jakim jest wystawienie Świadectwa Płatności oraz Płatność, przy jednoczesnym związaniu Wykonawcy umową.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 16.2. [Odstąpienie przez Wykonawcę] WSK przez wykreślenie ostatniego akapitu ww. klauzuli oraz zmianę terminu „56 dni” wskazanego w pkt (a) ww. klauzuli na termin „30 dni”; jak również zmianę terminu „84 dni” wskazanego w pkt (b) klauzuli na termin „42 dni”.

VII. art. 353¹ w zw. z art. 353, 627, 647, 487 § 2 i art. 5 K.c., art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 K.c. w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 K.c. przez ukształtowanie treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK – dotyczących zasad dochodzenia roszczeń Wykonawcy w sposób sprzeczny z:

1. właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane,
2. wyżej wymienionymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa,
3. zasadami współżycia społecznego, przez przyjęcie, iż warunkiem powstania roszczeń Wykonawcy w zakresie: (i) przedłużenia terminu wykonania robót, (ii) wykonania Kamienia Milowego oraz (iii) dodatkowej płatności, jest powiadomienie przez Wykonawcę Inżyniera Kontraktu o roszczeniu opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia, które może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności,

co narusza również bezwzględnie wiążące przepisy o przedawnieniu roszczeń. Istnienie roszczenia cywilnoprawnego nie jest bowiem uzależnione od powiadomienia kogokolwiek o tym fakcie, zaś rozpoczęcie biegu przedawnienia następuje od dnia, w którym roszczenie to stało się wymagalne, a umowny przepis proceduralny nie może prowadzić do zniweczenia istniejących praw podmiotowych; całość zaskarżonej regulacji skutkuje częściową nieważnością w/w postanowień umowy, zgodnie z art. 58 § 3 K.c.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w części zawierającej wzór umowy, tj. Tom II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 WSK [Roszczenia Wykonawcy] przez zmianę treści akapitu 1 i 2 w następujący sposób:

1. zastąpienie sformułowania:

„Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy” sformułowaniem: „W celu dochodzenia roszczeń Wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu”

2. skreślenie sformułowania

„to roszczenie nie powstaje”.

VIII. art 353¹ w zw. z art. 455 i art. 5 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 K.c. przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSKu, akapit szósty – zasad rozpatrywania przez Zamawiającego roszczeń Wykonawcy naruszający zasadę prawną, iż jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania, podczas gdy powołane zapisy Subklauzuli 20.1 WSK są tak skonstruowane, iż nie wynika z nich żaden termin nie tylko spełnienia świadczenia,

ale nawet odniesienia się do tego roszczenia przez Zamawiającego i złożenia przez niego odpowiedniego oświadczenia woli,

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit szósty przez nadanie mu następującego brzmienia:

„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaze Zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia Zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od Wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez Wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że Zamawiający akceptuje propozycję Inżyniera.”.

IX. art. 14 Pzp w zw. z art. 387 w zw. z art. 577 § 1 w zw. z art. 3561 K.c. przez żądanie, aby Wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości („GJ”), iż w jej okresie dla drogi klasy A i S, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił ≥ 40 , zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic $\geq 0,42$, co w konsekwencji spowoduje zwarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.13.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia” przez usunięcie pkt 1.1.3.1 oraz pkt 1.2.2.1,

ewentualnie –

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienie SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia” przez zmianę wartości miarodajnego współczynnika tarcia przy drogach klasy A i S, dla pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego oraz pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic na $\geq 0,36$.

Odwołujący podał, że jest organizacją wpisaną dnia 22 lipca 2005 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). Polski Związek Pracodawców Budownictwa to ogólnopolska organizacja zrzeszająca firmy z branży infrastruktury i budownictwa, które wspólnie reprezentują ponad 70% potencjału rynku generalnego wykonawstwa inwestycji w Polsce. Celem Związku jest m.in. ochrona praw i reprezentowanie interesów zrzeszonych członków w zakresie równouprawnienia stron umów o zamówienia publiczne. Ponadto, celem działalności Związku jest przyczynianie się do ukształtowania zasad rzetelnego działania etyki zawodowej i uczciwości kupieckiej w działalności gospodarczej.

Odwołujący podkreślił, że naruszenia przepisów Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach Postępowania, wprost godzą w interesy zrzeszonych w ramach Związku członków, naruszając przy tym postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy opisując przedmiot zamówienia i przerzucając w całości ryzyka kontraktowe na wykonawców, doprowadzić mogą do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty. Powyższe, w negatywny sposób może odbić na całym rynku infrastruktury i budownictwa, w którym partycypuje Związek.

We wstępie uzasadnienia zarzutów Odwołujący stwierdził, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim wykonawcy muszą sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Z tego względu SIWZ winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej postanowienia powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę powyższe, a także konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawców, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien

w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że również treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej mu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ K.c.). I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.

Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Uzasadniając poszczególne zarzuty odwołania Odwołujący stwierdził, co następuje.

Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (zarzut I – IV, żądanie 1)

Odwołujący wyjaśnił, że w ramach pkt 1.4.1.1 PFU, Zamawiający wyszczególnił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów wiążących wykonawcę, w tym katalog dokumentów odnoszących się do modelu budowy podłoża w formie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz modelu budowy podłoża w formie dokumentami hydrogeologicznej.

W odniesieniu do wskazanych dokumentów Zamawiający zawarł jednocześnie następujące zastrzeżenie: „Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że rozpoznanie podłoża – na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu – miało charakter punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez Wykonawcę; że przekazane wyniki badań wymagają uzupełnienia lub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo-wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu.”.

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia PFU świadczą o ich niespójności i już z samego tego faktu powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego jako niespełniające wytycznych ustawodawcy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, opisanych szczegółowo powyżej. Z jednej strony Zamawiający wskazuje bowiem, że udostępniane, załączone do PFU dokumenty, mają charakter wiążący, z drugiej zaś przerzuca na wykonawcę ryzyko związane z wystąpieniem w ich treści ewentualnych nieprawidłowości. Dochodzi więc do dualizmu postanowień SIWZ w tym zakresie, ponieważ wykonawcy – z jednej strony – wyceniając oferty mają kierować się informacjami geologicznymi i hydrogeologicznymi przekazanymi przez Zamawiającego, z drugiej zaś strony mają ponieść całkowite ryzyko błędów tej dokumentacji, których Zamawiający nie wyklucza, przerzucając jednak odpowiedzialność z tego tytułu na wykonawców. Innymi słowy, z uwagi na wiążący charakter SIWZ każdy z wykonawców teoretycznie powinien wyceniać ofertę na

podstawie przekazanych w jej ramach informacji. Niemniej jednak, wykonawcy zmuszani zostają w ramach Postępowania do przewidywania czy informacje przekazane przez Zamawiającego są prawidłowe, a w razie negatywnej konkluzji w tym zakresie, do oszacowania nieznanych ryzyk z tym związanych w ramach swojej oferty.

Odwołujący podkreślił, że nie jest rolą wykonawcy weryfikowanie informacji przekazanych przez zamawiającego, które stanowią podstawę do określenia zakresu jego świadczeń i wyceny składanej przez niego oferty. Informacje obejmujące taki zakres danych powinny być jednolite dla wszystkich wykonawców, tak aby zamawiający uzyskał porównywalne i konkurencyjne oferty. Odwołujący nie neguje, że formuła „zaprojektuj i wybuduj” zakłada pewną elastyczność postanowień opisujących przedmiot zamówienia, który uszczegóławiany jest w ramach projektów budowlanych i wykonawczych przygotowywanych przez wykonawcę uzyskującego dane zamówienie. Niemniej jednak, jak wynika z §15 Rozporządzenia, PFU powinien zawierać takie informacje, które umożliwią ustalenie planowanych kosztów i wycenę oferty. Informacje będące podstawą wyceny powinny mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie przewidziano możliwości ich weryfikacji na dalszym etapie Postępowania.

Przekładając powyższe na stan faktyczny Postępowania Odwołujący wskazał, że wykonawcy nie mają na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia możliwości wykonania badań terenowych w celu uzupełnienia wiedzy w zakresie warunków gruntowo-wodnych. Taka możliwość została im zagwarantowana dopiero na późniejszym etapie, co mogą uwzględnić w swojej ofercie. Nie eliminuje to jednak faktu, że na etapie składania oferty wykonawcy oszacować muszą nieznane ryzyka związane z błędami w udostępnionej dokumentacji, przyjmując *a priori* czy uznać dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego jako prawidłową czy też nie. Takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje przy tym, że każdy z oferentów może poczynić inne założenia w tym zakresie, a co za tym idzie przygotować nieporównywalne względem siebie oferty.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, doszło do naruszenia: art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, §15 Rozporządzenia, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c., a także w art. 7 ust. 1 Pzp.

Kolizje (zarzuty I – IV, żądania 2, 10-17)

Odwołujący podał, że stosownie do pkt 1.4.1.1 lit. C, 1.4.1.7, 1.4.1.7.1, 1.4.1.7.2, 1.4.1.7.3, 1.4.1.7.4, 1.4.1.7.5, 1.4.1.7.6 oraz 1.5.2.1 PFU, Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko związane z przebudową sieci, w tym w szczególności ryzyko związane z koniecznością przebudowy niezinventaryzowanej sieci na koszt wykonawcy.

Odwołujący oświadczył, że przedmiotowe ryzyko powinno obciążać Zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią § 19 pkt 4 lit. h Rozporządzenia, zamawiający zobowiązany jest zamieścić w PFU porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych.

Przedmiotowe dane są kluczowe z punktu widzenia wykonawcy do sporządzenia rzetelnej oferty. Tym samym w razie gdyby w toku realizacji kontraktu okazało się, że zakres przebudowy sieci uległ zmianie w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, powinno być to objęte ryzykiem Zamawiającego.

Koordinacja prac (zarzuty I – IV, żądanie 3)

Odwołujący wyjaśnił, że stosownie do pkt 1.4.1.1 PFU Zamawiający nałożył na wykonawcę między innymi następujący obowiązek:

„Wykonanie połączenia początkowego i końcowego odcinka drogi ekspresowej z odcinkiem sąsiednim (i związane z tym ew. zastosowanie tymczasowych rozwiązań w zakresie organizacji ruchu) należy zrealizować z uwzględnieniem stopnia zaawansowania robót budowlanych prowadzonych na sąsiednim odcinku. W ramach koordynacji i współdziałania Wykonawcy sąsiednich odcinków zobowiązani są w zakresie posiadanych możliwości, do ujednolicenia i typizacji rozwiązań projektowych oraz stosowanych materiałów budowlanych na styku odcinków (w zakresie np. ekranów akustycznych, urządzeń brd, oświetlenia drogowego, itp.). W odniesieniu do opracowań środowiskowych Wykonawcy zobowiązani są do skorelowania zasięgów przewidywanych oddziaływań na granicy odcinków, parametrów urządzeń ochrony środowiska (np. wysokości ekranów akustycznych, itp.) , jak również do uwzględnienia w cenie oferty konieczności przyjęcia części wód opadowych ze zlewni odcinka sąsiedniego, w tym wód ujętych w system odwodnienia, kanalizacji, melioracji na sąsiednim odcinku. Jeżeli Wykonawcy poszczególnych odcinków drogi ekspresowej nie uzgodnią wspólnych rozwiązań na styku opracowań, to obowiązującą będą rozwiązania wskazane przez Zamawiającego, a koszty ich wykonania będą uważane jako uwzględnione w cenie kontraktowej.”.

Odwołujący stwierdził, że rozwiązania na styku odcinków znajdują się w koncepcji programowej, która zgodnie z treścią PFU jest wiążąca jedynie w następującym zakresie:

- a) sposobu powiązania drogi ekspresowej z istniejącym układem komunikacyjnym,
- b) zaprojektowanie i budowa węzła drogowego „Szastarka” w km około 3+276 według wariantu 2 Koncepcji Programowej,

- c) zaprojektowanie i budowa węzła drogowego „Modliborzyce” w km około 13+028 według wariantu 2 Koncepcji Programowej,
- d) lokalizacji, rodzaju, etapowania i zagospodarowania MOP „Felinów”, tj. zaprojektowanie i budowa MOP w km około 10+100 strona lewa i prawa, rodzaju 1, według wariantu zagospodarowania 1 Koncepcji Programowej.

Mając na uwadze fakt, iż wykonawca danej części zamówienia nie może zakładać, że rozwiązanie na styku zostanie uzgodnione przez innego wykonawcę innej części, Zamawiający powinien jasno sprecyzować terminu w jakim wykonawca otrzyma rozwiązania z sąsiedniego odcinka umożliwiające koordynację, wskazanie osoby odpowiedzialnej za koordynację oraz wskazanie przez Zamawiającego rozwiązań, które będą obowiązywać wykonawcę w przypadku nie uzgodnienia wspólnych rozwiązań na styku z innymi wykonawcami. Dodatkowo konieczne jest podanie parametrów ilościowych i jakościowych dla wód opadowych ze zlewni odcinka sąsiedniego do ujęcia w system odcinka objętego kontraktem.

Przebudowa innych dróg (zarzuty I – IV, żądanie 4)

W ramach pkt 1.4.1.1 PFU (Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania, str. 15 PFU, tiret piąte) Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:

- budowę dróg Innych niż droga ekspresowa (obsługujące tereny przyległe do inwestycji i przywracające naruszone połączenia drogowe) w tym uzgodnienie z ich przyszłymi zarządcami zakresu budowy tub przebudowy i ustalenie ich przyszłej kategorii”

Powyższe postanowienie jest kolejnym z postanowień definiujących zakres świadczeń wykonawców przez odniesienie się do nieznanych na etapie sporządzania oferty okoliczności, stąd też aktualność zachowują dotychczas poczynione uwagi w tym zakresie. W kontekście tego konkretnego zarzutu nie ulega wątpliwości, że żaden z wykonawców na etapie składania ofert nie jest w stanie przewidzieć i wycenić postulatów zgłaszanych *ad hoc* przez zarządców drogi na etapie realizacji zamówienia. Żaden z wykonawców nie posiada więc *de facto* podstaw do wyceny swojej oferty, a ryzyko związane z jej ewentualnym niedoszacowaniem w tym zakresie jest całkowicie na niego przerzucone.

Tym samym, pozostawienie postanowienia o takiej treści w ramach PFU świadczy o naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz §15 Rozporządzenia, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c., a także art. 7 ust. 1 Pzp.

Współfinansowanie ze środków UE (zarzuty I – IV, żądanie 5)

Stosownie do treści pkt 1.4.1.1 PFU Zamawiający wskazuje:

„Występując o warunki techniczne, uzgodnienia projektu itp. Wykonawca zobowiązany jest pozyskać informację o współfinansowaniu ze środków UE lub braku współfinansowania planowanych do przebudowy kolizji z urządzeniami i sieciami istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej oraz przebudowy odcinków dróg, chodników, ścieżek rowerowych i innych, w związku z zakazem podwójnego finansowania wydatków.”

Odwołujący podniósł, że żaden z wykonawców nie ma pewności czy niezbędne informacje zostaną im udostępnione we właściwym czasie. Nie są określone konsekwencje braku terminowego pozyskania tych informacji i konsekwencje złamania zakazu podwójnego finansowania wydatków. Informacje te są kluczowe dla wykonawców w celu rzetelnego sporządzenia oferty, uwzględniającej wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia.

Koszty eksploatacji (zarzuty I – IV, żądanie 6)

Zgodnie z pkt 1.4.1.1 PFU podczas projektowania należy uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi ekspresowej Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie precyzuje w jaki sposób oceniać będzie optymalizacje i rozwiązania minimalizujące koszty eksploatacji. Innymi słowy, Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązki w tym zakresie, nie precyzując sposobu ich weryfikacji.

Komunikacja zbiorowa (zarzuty I – IV, żądanie 7)

Zgodnie z pkt 1.4.1.3.2. PFU ruch komunikacji zbiorowej odbywać się będzie poza jezdnią drogi ekspresowej S19, w większości po istniejącej drodze krajowej DK19 oraz odcinkami dróg innych kategorii. W zakres zamówienia wchodzi uzgodnienie z właściwym zarządcą drogi lub organizatorem transportu zbiorowego, zaprojektowanie i budowa zatok autobusowych oraz miejsc pod wiaty przystankowe, w szczególności uwzględnienie konieczności przeniesienia istniejących zatok autobusowych w nową lokalizację w związku

z np. zmianą przebiegu drogi. Rozbiórkę/demontaż istniejących wiat przystankowych dokonać w uzgodnieniu z właścicielem wiat uwzględniając przekazanie rozebranej/zdemontowanej wiaty właścicielowi. Wykonawca powinien wykonać infrastrukturę obejmującą zatoki, perony i ewentualne dojścia i dojazdy do przystanków oraz przygotować miejsca pod ustawienie wiat przystankowych.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe postanowienie stanowi niejednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia. Wykonawca na etapie przygotowania oferty nie ma bowiem możliwości powzięcia informacji o oczekiwaniach organizatora transportu zbiorowego, czy zarządcy drogi w tym zakresie. Obecnie Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko eskalacji wymagań organizatora transportu zbiorowego, czy zarządcy drogi.

Cieki wodne (zarzuty I – IV, żądania 8-9)

Odwołujący podał, że niezależnie od powoływanych już w treści odwołania postanowień definiujących zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę przez odniesienie do treści przyszłych decyzji i uzgodnień, nieznanymi na moment składania ofert, w ramach PFU zidentyfikowane zostały analogiczne postanowienia, uzależniające zakres prac od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków

a) pkt 1.4.1.5 PFU („Przepusty dla celów ekonomicznych i odwodnienia dróg”):

Na str. 40 PFU zawarto postanowienie

„Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będzie wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców deków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.”,

b) pkt 1.4.1.6 PFU („Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne”):

Na str. 41 PFU zawarto postanowienie

„Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków”.

Odwołujący stwierdził, że nieprawidłowym i naruszającym przepisy Pzp jest odwoływanie się w opisie przedmiotu zamówienia do nieznanymi i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia.

Powyższe świadczy o nadużywaniu praw podmiotowych przez Zamawiającego i skrajnej nierównowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawcy powinni mieć bowiem precyzyjne dane wyjściowe do przygotowania swojej oferty, przedstawione w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania.

O ile za nieprawidłowe uznaje się definiowanie zobowiązań nałożonych na wykonawcę za pomocą odwołania się do treści przyszłych decyzji, o tyle nieprawidłowość w takiej praktyce wzmożona jest w sytuacji konieczności czynienia bliżej nieokreślonych uzgodnień z właścicielami czy zarządcami cieków. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż w takim przypadku, w odróżnieniu od decyzji których zakres przedmiotowy definiowany jest ustawowo, zakres uzgodnień nie może być w jakikolwiek sposób przewidziany przez żadnego z wykonawców profesjonalnie działających na rynku. Takie uzgodnienia dotyczyć mogą w praktyce każdego z elementów.

Odwołujący podsumował, że swoim działaniem Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.

Długości pasów włączeń i wyłączeń na MOP (zarzuty I – IV, żądanie 18)

Zgodnie z treścią pkt 1.4.1.8 PFU podłączenie miejsc obsługi podróżnych do drogi ekspresowej należy wykonać za pomocą oświetlonych pasów włączania i wyłączania. Długość pasów włączania i wyłączania zostanie ustalona na podstawie zaleceń Audytu BRD, nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa. Na terenie MOP należy przyjąć zasadę jednokierunkowej organizacji ruchu, za wyjątkiem odcinka łączącego MOP z drogą obsługującą przyległy teren. Należy zapewnić aby układ jezdni obsługujących teren MOP był tak zaprojektowany, aby była możliwość powrotu dla każdego typu pojazdów w miejsce funkcjonalnie dla niego przeznaczone.

Forma komentowanego postanowienia pozwala Audytorom BRD bez końca wydłużać pasy (nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa), co uniemożliwia rzetelną wycenę. Zamawiający nie stawia Audytorom żadnej granicy do jakiej mogą zażądać wydłużenia pasów włączeń i wyłączeń. Tym samym przedmiot zamówienia nie jest precyzyjnie i jednoznacznie opisany.

Infrastruktura techniczna niezwiązana z budową drogi ekspresowej (zarzuty I – IV, żądanie 19)

W pkt 1.5.2.1 PFU („Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne”), na str. 65 PFU, Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury”.

Powyższym postanowieniem Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek uzgodnienia obcej infrastruktury, niezwiązanej z projektowaną drogą, na prośbę podmiotów niezależnych od Zamawiającego. Tym samym, siłą rzeczy wykonawca nie ma informacji o skali takich dodatkowych zobowiązań (skoro nie są one związane z budową drogi i wytycznymi przekazanymi w tym zakresie), nie mając też wystarczających danych do ich rzetelnego uwzględnienia w ramach przygotowywanej przez siebie oferty. Zamawiający nie uregulował przy tym kwestii związanej z tym czy z tego tytułu możliwe będzie zwiększenie wynagrodzenia czy czasu na realizację całego projektu, a w konsekwencji na ten moment wykonawcy identyfikują konieczność powyższych uzgodnień jako ryzyko, w którym w żadnym stopniu nie partycypuje Zamawiający.

Swoim działaniem Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.

Odstępstwa (zarzuty I – IV, żądanie 20)

Zgodnie z pkt 1.5.2.1 PFU w przypadku potrzeby procedowania w myśl art. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Wykonawca jest zobowiązany uzyskać odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie.

Odwołujący podał, że wykonawcy na etapie przygotowania oferty nie są w stanie ocenić czy wymagania Zamawiającego są możliwe do spełnienia w świetle obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający powinien oświadczyć, że stawiane przez niego wymagania są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Tak sformułowany zapis przenosi całe ryzyko niezgodności wymagań Zamawiającego z obowiązującymi przepisami na wykonawcę. Wykonawca może wziąć na siebie ryzyko wynikające z konieczności uzyskania odstępstwa od przepisów prawa dla rozwiązań wynikających z własnych optymalizacji.

Zabezpieczenia akustyczne (zarzuty I – IV, żądania 21 i 23)

Stosownie do pkt 1.4.1.1 lit. A, ppkt 02 PFU, Zamawiający wskazał, że decyzja środowiskowa jest wiążąca z wyłączeniem zabezpieczeń akustycznych, lokalizacji i ilości przejść dla zwierząt, a także ewentualnych innych elementów w zależności od zakresu

dopuszczalnych lub też koniecznych zmian przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ponownej Ocenie Oddziaływania Przedsięwzięcia na Środowisko.

Co więcej w pkt 1.5.1.2 PFU wskazał, iż ryzyka związane ze zmianą danych ilościowych i lokalizacyjnych zawartych w decyzji środowiskowej, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu opracowań wymaganych od wykonawcy, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Co więcej Zamawiający wymaga aby szczegóły dotyczące kolorystyki i faktury ekranów akustycznych zostały uzgodnione z Zamawiającym w ramach opracowania Projektu Wykonawczego (pkt1.5.1.2 PFU).

Odwołujący oświadczył, że stosownie do kwestionowane postanowienie oznacza, że ryzyko związane z ilością ekranów i przejść dla zwierząt spoczywa na przyszłej decyzji, a danych wynikających z tej decyzji wykonawcy nie są w stanie przewidzieć. Zamawiający powinien jednoznacznie określić ile ekranów należy założyć do wyceny. W przeciwnym razie prowadzić to może do nieporównywalności ofert.

Co więcej, obowiązek uzgodnienia z Zamawiającym szczegółów na etapie wykonywania kontraktu daje mu możliwość dowolnego, jednostronnego kreowania zobowiązań wykonawcy już po zawarciu umowy. Zamawiający powinien bowiem jednoznacznie określić parametry jakie ma spełniać przedmiot zamówienia, a nie na etapie jego realizacji decydować o tym czy materiały zastosowane przez wykonawcę spełniają, w jego ocenie, najwyższe parametry jakościowe bądź estetyczne.

Powyższe oznacza, że zakres prac projektowych i budowlanych nałożonych na wykonawcę na podstawie decyzji środowiskowej, zostanie zdeterminowany treścią decyzji wydanej w ramach ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Jej treść będzie w chwili sporządzania i wyceny oferty nieznana i niemożliwa do przewidzenia nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością. Istnieje przy tym spore prawdopodobieństwo, że na skutek przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, by sprostać wymogom tam zawartym, niezbędne będzie zaprojektowanie i wykonanie innych (nowych/dodatkowych) obiektów infrastrukturalnych, które nie były uwzględnione w postanowieniach PFU i dostępnych na moment sporządzenia oferty dokumentów. W konsekwencji, wykonawca nie posiada na moment sporządzenia oferty danych umożliwiających jej wycenę i określenie wszystkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przewidział jednocześnie możliwości zmiany warunków kontraktu na skutek zmiany zakresu świadczenia wynikającej z treści

zaktualizowanej decyzji środowiskowej. Tym samym, Zamawiający przerzucił na wykonawcę całość ryzyka wynikającego z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ zaniechał jego precyzyjnego określenia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń, w postaci ostatecznej treści decyzji środowiskowej, na którą wykonawcy nie mają wpływu. Konsekwencje swoich zaniechań Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z zaistniałych na tej podstawie zmian.

Swoim działaniem, Zamawiający naruszył zarówno przepisy art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego oddziałuje na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert.

Audyt BRD (zarzuty I – IV, żądania 22 I 30)

Odwołujący podał, że Zamawiający w ramach PFU definiuje obowiązki nałożone na wykonawcę przez odwołanie się do wyników Audytu BRD. Taką konstrukcję zastosował w ramach pkt 1.4.1.11 (str. 54 PFU – „Organizacja ruchu”) wskazując, że: „Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24i ust 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji.”.

Podobną konstrukcję Zamawiający zastosował w pkt 2.3 Specyfikacji na Projektowanie, wskazując: „Wymagania wynikające ze Stanowiska Zarządcy drogi/Zamawiającego w sprawie konieczności uwzględnienia zasadnych uwag, spostrzeżeń i wniosków Audytorów BRD w każdym ww. stadium realizacji projektu infrastruktury drogowej, są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanych Dokumentach Wykonawcy, a także wykonać wynikające z tego czynności i Roboty w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

Odwołujący podkreślił, że Audyt BRD, zgodnie z przepisami ustawy o ruchu drogowym, przeprowadzany jest na etapie projektowania (co zresztą wprost wynika z powyższego zapisu zastosowanego przez Zamawiającego w treści PFU). Zgodnie z art. 24k ust. 2 i 3 ustawy o ruchu drogowym Audyt BRD przeprowadzany jest przez audytora, który nie może być w jakikolwiek sposób powiązany z wykonawcą, audytor może być jednak związany z zarządcą drogi (vide art. 24k ust. 4-8 ww. ustawy). Jednocześnie, zgodnie z art. 24l ustawy o ruchu drogowym, zwieńczeniem przeprowadzonego Audytu BRD jest przedstawienie zaleceń dla zarządcy drogi, których w uzasadnionych przypadkach zarządca może jednak nie uwzględnić. W praktyce, w oparciu o cytowane przepisy ustawy o ruchu drogowym, Audyt BRD

przeprowadza GDDKiA, czyli Zamawiający, i od niego zależy jakie dodatkowe elementy wykonawca miałby ewentualnie wprowadzić do dokumentacji a następnie wybudować.

Powyższe, w połączeniu z cytowanym w ramach pkt 1 postanowieniem zastosowanym przez Zamawiającego determinuje, że przeniósł on całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na Wykonawcę, pozbawiając go możliwości zgłaszania na tej podstawie roszczeń o modyfikację kontraktu. Z uwagi na fakt, iż Audyt BRD przeprowadzany jest dopiero na etapie projektowania, a jednocześnie przeprowadzany jest przez GDDKiA, a więc podmiot niezależny od wykonawcy, siłą rzeczy wykonawca nie może znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków wynikających z tego audytu, zakres ten jest przy tym całkowicie od niego niezależny. Tym samym, wymagania zarządcy drogi (GDDKiA) miałyby być zobowiązaniem wykonawcy w sytuacji gdy wykonawca na etapie składania ofert nie może przewidzieć nakładu czasu i kosztów jakich wymagać będzie wynik Audytu BRD.

W związku z tym, stwierdzić należy, że Zamawiający, pomimo jednoznacznej kwalifikacji stosowanych przez niego praktyk związanych z wprowadzaniem do PFU postanowień o takiej treści jako nieprawidłowych, konsekwentnie opisuje przedmiot zamówienia i warunki przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób wadliwy. Zamawiający zaniechał bowiem precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Konsekwencje swoich zaniechań Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót, które mogą wynikać z treści Audytu BRD.

Swoim działaniem Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ K.c.

Harmonogram prac archeologicznych (zarzuty I – IV, żądania 24 i 25)

Odwołujący podał, że Zamawiający przerzucił na wykonawców obowiązek skoordynowania prac z innymi podmiotami od niego niezależnymi, przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji co do zakresu i terminów planowanych prac archeologicznych. Samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej.

Odwołujący podkreślił, że realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram minimalizujący ryzyko przestoju i optymalizujący koszty

projektu. Zaburzenie realizacji takiego harmonogramu wprost więc przekłada się na ryzyko gospodarcze, które mógłby ponieść wykonawca.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, oraz § 15 Rozporządzenia.

Kanalizacja Teletechniczna (zarzuty I – IV, żądanie 26)

W pkt 2.1.1.1.3 PFU, Zamawiający wskazał, że”

„Sieć teletechniczna ma służyć do komunikacji poszczególnych urządzeń i systemów w pasie drogowym i należy ją zrealizować poprzez:

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

Odwołujący stwierdził, że sformułowanie:

„Wykonana kanalizacja teletechniczna powinna mieć przekrój 4x110 mm, a w przypadku stwierdzenia niewystarczającej przepustowości należy zaprojektować przekrój zapewniający 50% wolnej przestrzeni po wprowadzeniu niezbędnego okablowania”

jest nieprecyzyjne i pozostawia pewną dowolność wykonawcy w wycenie przedmiotu zamówienia. Spowoduje to, że oferty będą nieporównywalne.

Analiza wielokryterialna (zarzuty I – IV, żądanie 27)

Stosownie do pkt 1.4, 1.5.1.2 i 2.1.10 PFU pkt 4.6 Specyfikacji na projektowanie SP.10.30.10:

„Zamówienie obejmuje:

- uzyskanie i opracowanie danych wyjściowych, w szczególności inwentaryzację obiektów i zagospodarowania terenu, inwentaryzację i waloryzację zieleni, uzyskanie mapy do celów projektowych (w tym również na terenach zamkniętych), opracowanie dodatku oraz uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej

i hydrogeologicznej oraz uzupełniających geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (projekt geotechniczny), opracowania z zakresu analizy i prognozy ruchu, analizy wielokryterialnej w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz środków ochrony przed hałasem, inne niezbędne;”

(...)

„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych opisanych w powyższej decyzji, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Ilość ekranów podana w decyzji środowiskowej jest wartością orientacyjną, a ostateczne ilości zostaną określone po opracowaniu Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego. W ramach oceny oddziaływania na środowisko należy przeprowadzić wielokryterialną analizę w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz środków ochrony przed hałasem. Analiza ta musi zostać szczegółowo opisana w Raporcie”.

(...)

„W celu ochrony przed ponadnormatywnym oddziaływaniem akustycznym drogi ekspresowej wzdłuż odcinków trasy zlokalizowanych w sąsiedztwie terenów podlegających ochronie akustycznej, dla których prognozowane są przekroczenia standardów środowiska w zakresie dopuszczalnych poziomów hałasu, należy zaprojektować i wykonać zabezpieczenia przeciwhałasowe (np. ekrany akustyczne, wały ziemne). Zaprojektowanie oraz wykonanie zabezpieczeń przeciwhałasowych poprzedzone musi być wykonaniem analizy wielokryterialnej w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz środków ochrony przed hałasem. Zamawiający preferuje stosowanie wałów ziemnych i ekranów ziemnych (konstrukcja ekranu wypełniona gruntem), chyba, że nie jest to uzasadnione warunkami techniczno-ekonomicznymi. Przez warunki techniczno-ekonomiczne uzasadniające ww. rozwiązania należy rozumieć takie, które nie powodują wzrostu kosztów nabycia gruntów i wzrostu kosztów utrzymania po stronie Zamawiającego.

Wykonawca w/w analizy wielokryterialnej w zakresie ustalenia optymalnych metod oraz środków ochrony przed hałasem ustali wagi dla zastosowanych przez siebie kryteriów w porozumieniu z Zamawiającym”.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wymaga wykonania analizy wielokryterialnej, która będzie miała wpływ na zakres przedmiotu zamówienia, nie podając przy tym wag dla zastosowanych kryteriów, które mają być uzgodnione z Zamawiającym, w domniemaniu w terminie późniejszym. Może to doprowadzić do sytuacji w której Wykonawcy przyjmą różne

wagi (np. utrzymaniowe, realizacyjne, zajętości terenu, ceny gruntu itp.) a tym samym oferty będą nieporównywalne, gdyż zostaną sporządzone przy różnych założeniach.

Krajowy System Poboru Opłat (zarzuty I – IV, żądanie 28)

W pkt 1.4. PFU Zamawiający wprowadził postanowienie o następującej treści:

„W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wprowadzeniu poboru opłat na odcinku drogi, będącym przedmiotem inwestycji, co będzie skutkowało budową KSPO jeszcze w trakcie trwania realizacji inwestycji, Wykonawca drogi zostanie o tym fakcie poinformowany przez Zamawiającego. Wykonawca inwestycji drogowej jest zobowiązany do współpracowania z Operatorem KSPO w szczególności w zakresie:

- zapewnienia bezzwłocznego dostępu do terenu realizowanej przez Wykonawcę inwestycji drogowej na potrzeby przeprowadzenia wizji lokalnej i dokonania ewentualnych pomiarów przez Operatora KSPO na każdy wniosek Zamawiającego lub wniosek Operatora KSPO,
- określenia, czy w miejscu wskazanym przez Operatora KSPO nie występuje kolizja z infrastrukturą podziemną, np. umocnienia terenu, kanalizacja teletechniczna, itp., która może wpływać na możliwość dokonania przez Operatora KSPO odwiertów pod przyszłą infrastrukturę KSPO oraz na możliwość budowy infrastruktury KSPO, w tym przyłączy energetycznych,
- zapewnienia każdorazowego i bezzwłocznego dostępu Operatorowi KSPO do terenu realizowanej przez Wykonawcę inwestycji drogowej w ce/u umożliwienia Operatorowi KSPO wykonania przyłączy energetycznych oraz posadowienia infrastruktury KSPO. Prace wykonane przez Operatora KSPO, bądź jego podwykonawcę, nie spowodują zmian warunków GJ udzielonej przez Wykonawcę inwestycji drogowej, jeżeli działania Operatora KSPO lub jego podwykonawcy nie będą miały wpływu na zmniejszenie funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Ewentualna utrata uprawnień Zamawiającego z tytułu GJ, spowodowana realizacją prac przez Operatora KSPO związanych z budową KSPO (w tym infrastruktury przydrożnej KSPO, w szczególności, bramownic i przyłączy energetycznych), będzie mieć wyłącznie charakter częściowy, tj. ograniczony do konkretnych uszkodzeń spowodowanych bezpośrednio lub pośrednio przez Operatora KSPO bądź jego podwykonawcę. Wykonawca inwestycji drogowej, w ce/u ewentualnego (częściowego) zwolnienia się od odpowiedzialności z tytułu GJ, będzie zobowiązany do wykazania, że ewentualne wady nie wynikają z przyczyny tkwiącej w rzeczy lub że nastąpiły na skutek działania Operatora KSPO bądź jego podwykonawcy”.

W pkt 2.1.14.5. PFU Zamawiający wprowadził postanowienie o następującej treści:

„Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wymaga współpracy z przyszłym, nieznanym obecnie Operatorem KSPO. W świetle postanowień PFU istnieje duże ryzyko, że w ramach obligatoryjnej współpracy wykonawca będzie musiał wprowadzić korekty do harmonogramu realizacji, a także dokonać zmian w opracowanej przez siebie dokumentacji bez prawa do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i wydłużenia Czasu na Ukończenie.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, nieuczciwym wydaje się zapis wg. którego wykonawca ma udowodniać, że ewentualne wady nie wynikają z przyczyny tkwiącej w rzeczy lub że nastąpiły na skutek działania Operatora KSPO bądź jego podwykonawcy.

Pozwolenie wodnoprawne (zarzuty I – IV, żądanie 29)

Stosownie do pkt 2.3 Specyfikacji na projektowanie SP.00.00.00:

„Wymagania wynikające z uzyskanej Decyzji pozwolenia wodno-prawnego, nie wyłączając innych; które mogą być nałożone w trakcie opracowywania i zatwierdzania Dokumentów Wykonawcy oraz wnioskowania o udzielenie zezwolenia na realizację i innych decyzji administracyjnych wymaganych przepisami prawa, są równoznaczne z wymaganiami w stosunku do Wykonawcy niniejszego przedmiotu zamówienia. Należy je uwzględnić w opracowywanych Dokumentach Wykonawcy, a także wykonać wynikające z tego czynności i Roboty w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotowy zapis stanowi próbę przerwania na wykonawcę ryzyka związanego z zakresem robót, a co za tym idzie właściwym opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca na obecnym etapie nie jest w stanie przewidzieć jakie ewentualne dodatkowe wymagania mogą zostać określone w decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym.

Remonty dróg (zarzuty I – IV, żądanie 31)

Odwołujący podał, że Zamawiający w pkt 1.4 PFU nakłada na wykonawcę obowiązek wykonania remontu odcinka istniejącej drogi krajowej nr 19 na długości od ok. 2 do ok. 3 km (w zależności od części zamówienia).

W opinii Odwołującego Zamawiający powinien jednoznacznie określić w jakim miejscu powinien przeprowadzony być remont. Tylko bowiem jednoznaczne określenie odcinka remontu, pozwoli wykonawcom na rzetelne przygotowanie ofert.

Niedozwolona treść Subklauzuli 4.4 WSK, pkt III (zarzut V)

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

- (a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadczenia Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę lub od dokonania przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy płatności za roboty wykonane przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę,
- (b) warunkujących Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot zabezpieczenia przez Wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego w tym odbioru innych robót, które nie były przedmiotem umowy podwykonawczej,
- (c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,
- (d) nakazujących Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancję bankową/ubezpieczeniową lub inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w szczególności Pzp,
- (e) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartości wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy,
- (f) przewidujących, iż wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją Umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny,
- (g) przewidujących, iż właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską,
- (h) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego Wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami,

- (i) zobowiązujących Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do przejścia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają Wykonawcę zgodnie z Kontraktem,
- (j) na mocy których, z datą zawarcia Umowy podwykonawczej, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zrzeka się względem Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy,
- (k) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji Umowy podwykonawczej od przedłużenia przez Zamawiającego Czasu na Ukończenie dla danego asortymentu robót,
- (l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu,
- (m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego,
- (n) uprawniających Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności,
- (o) na mocy których Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zrzeka się roszczeń od Wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych,
- (p) rozszerzających odpowiedzialność Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania Wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę,
- (q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą,
- (r) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamyh kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą,
- (s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez Wykonawcę lub Podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą, Uczęc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy,
- (t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez

Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę -przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.

W pkt II Subklauzuli 4.4 WSK zastrzeżono, iż:

„Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zgłosi pisemne zastrzeżenia do projektu umowy: 1) niespełniającej wymagań określonych w punkcie III niniejszej Subklauzuli”.

Natomiast zgodnie z ostatnim akapitem pkt I tej Subklauzuli:

„Niewypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych w tej Subklauzuli stanowi podstawę do natychmiastowego usunięcia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania od Wykonawcy usunięcia przedmiotowego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy z Placu Budowy. Niniejsze postanowienie nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego określonych w Warunkach Kontraktu”.

Zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienia pkt III Subklauzuli 4.4 WSK stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść swobody umów zawieranych przez Wykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 353¹ K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp. Jej ograniczenie w sposób zapisany w zaskarżonej części wzoru umowy nie ma podstaw na gruncie Pzp, w tym na gruncie art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp. Wymagania stawiane w SIWZ treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych nie mogą prowadzić do wyłączenia stosowania przepisów powszechnie obowiązujących, a takim jest art. 353¹ K.c. Żaden przepis ustawy, natura stosunku prawnego umowy o roboty budowlane ani też zasady współżycia społecznego, nie wyłączają prawa do umówienia się przez wykonawcę z podwykonawcą zgodnie z postanowieniami, które Zamawiający wyłączył z treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.

Analiza postanowień pkt III Subklauzuli 4.4 WSK wskazuje, że Zamawiający nie widzi się w tym zakresie w przypisanej mu ustawowo roli gwaranta zapłaty wynagrodzeń podwykonawców (wynagrodzeń należnych im zgodnie z treścią zawartych umów o podwykonawstwo), ale postrzega siebie w roli regulatora stosunków cywilnoprawnych pomiędzy osobami trzecimi i występowania jako rzecznik interesów podwykonawców, którzy tak samo jak wykonawca, samodzielnie oceniają ryzyko udziału w realizacji danego zamówienia na warunkach zawartych w podpisanych przez siebie umowach o podwykonawstwo. Treść ograniczonych lub wyłączonych ze stosowania instytucji prawnych wskazuje, iż Zamawiający w niedopuszczalny sposób ogranicza swobodę umów i czyni to w bezpośrednim interesie podwykonawców. Uzyskują oni bowiem wyłącznie za pomocą Zamawiającego gwarancje zapisów prawnych bardzo dla siebie korzystnych. O ile jednak przepisy Pzp uprawniają zamawiającego do narzucenia pewnych rozwiązań w umowie

o udzielenie zamówienia (ta jest zawierana jedynie z wykonawcą), w zakresie dotyczącym urzeczywistnienia celu realizacji zamówienia, to nie mogą one prowadzić do ingerencji w stosunki prawne nawiązywane pomiędzy osobami trzecimi (wykonawcą i podwykonawcą) przez zakazanie stosowania powszechnie obowiązujących rozwiązań prawnych nieistotnych z punktu widzenia prawa zamówień publicznych. W ten sposób dochodzi do naruszenia ustawowej gwarancji swobody kontraktowania w obrocie prawnym, która może doznać ograniczenia tylko na podstawie wyraźnego przepisu ustawy, a takiego przepisu brak.

Odwołujący stwierdził, że niedopuszczalność (niezgodność z prawem) zaskarżonych odwołań wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo robót wynika z kilku niezależnych od siebie podstaw i przyczyn.

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

Przewidziane w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp postawienie przez Zamawiającego w SIWZ wymagań dotyczących treści umowy o podwykonawstwo robót nie może naruszać innych bezwzględnie obowiązujących przepisów – są one granicą stosowania tego przepisu. Granicę do której sięgać mogą wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych stanowi art. 353¹ K.c. Przywołany przepis nie stanowi zwłaszcza dostatecznej podstawy prawnej do ograniczenia zasady swobody umów dotyczącej poszczególnych instytucji prawnych, które w Postępowaniu Zamawiający ograniczył lub wyłączył ze stosowania w zaskarżonych punktach Subklauzuli 4.4 WSK. Określony tym przepisem Pzp skutek zawarcia w projekcie umowy o podwykonawstwo robót postanowień sprzecznych z wymaganiami Zamawiającego polega na złożeniu przez Zamawiającego sprzeciwu lub zastrzeżeń do tej umowy. Instytucja sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo jest z kolei instrumentem realizacji przewidzianej w art. 143c ust. 1 w zw. z art. 143b ust. 1, 3 i 4 Pzp zasady odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Oznacza to, że wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót mogą w rozumieniu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp dotyczyć tylko kwestii służących realizacji instytucji gwarancyjnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń należnych podwykonawcom zgodnie z zawartymi przez nich umowami. W konsekwencji nie ma podstaw prawnych i nie jest dopuszczalne zakazywanie stosowania lub modyfikowanie powszechnie dostępnych instytucji prawnych nie dotyczących odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego. Nie mają z nią przecież nic wspólnego np. umowne prawo odstąpienia, dokonywanie rozliczeń bezgotówkowych, dozwolona ustawowo modyfikacja odpowiedzialności cywilnej za szkodę, prawo do umawiania się o kary umowne, w tym np. za nieprzestrzeganie przepisów BHP (czego Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy),

wysokością takich kar lub ogólnie katalogiem kar umownych, jakie strony zgadzają się stosować w swojej 2-stronnej relacji.

Przewidziana w Pzp szczególna ochrona podwykonawców sprowadza się do ustawowych gwarancji zapłaty należnych im wynagrodzeń, lecz nie jest szersza. Z żadnego przepisu ustawy nie wynika przyznanie Zamawiającemu kompetencji do zapewniania podwykonawcom instrumentów dalej idącej ochrony prawnej niż ustawowa gwarancja płatności ich wynagrodzeń. Zasada ta i tak stanowi już wyjątek od powszechnych reguł obrotu prawnego, więc jej rozszerzenie stanowić musi niedozwoloną ingerencję w rynek i zasady obrotu profesjonalnego. Brak szczegółowego określenia zakresu stosowania art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp oznacza, iż stosowanie go nie może wykraczać poza regulację umowy o podwykonawstwo dozwoloną w Pzp – Zamawiający może zatem uszczegóławiać tylko te instytucje, które są przewidziane w Pzp dla celów ochrony wynagrodzeń podwykonawców (np. procedurę zgłaszania podwykonawców, monitorowania ich roszczeń, zabezpieczania należnych im płatności itp.), lecz nie może to dotyczyć instytucji wykraczających poza gwarancję zapłaty wynagrodzeń podwykonawców. Tylko temu celowi służy art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp.

Nowelizacja z dnia 8 listopada.2013 r., zmieniająca Pzp z dniem 24 grudnia 2013 r., miała na celu zapewnienie zamawiającym instrumentów umożliwiających sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. Nie można zatem tych przepisów interpretować tak, że Zamawiający może postawić wykonawcy dowolne warunki co do treści umowy z podwykonawcą, warunki te bowiem muszą być ograniczone do realizacji ustawowego celu gwarancji zapłaty wynagrodzeń, ale nie mogą poza ten cel wykraczać z ingerencją w zasadę swobody umów, którą cieszy się wykonawca. Narzucanie wykonawcy terminów na wykonanie umownego prawa odstąpienia od umowy z podwykonawcą ma się przecież nijak do ochrony wynagrodzeń podwykonawców – jest to też doskonały przykład tego, jak daleko wykracza Zamawiający poza cele Pzp.

Odwolujący podkreślił, że ustawowa rola gwaranta zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, wynikającego z zawartej przez niego umowy o podwykonawstwo (art. 143c ust. 1 i 8 Pzp, art. 647¹ § 5 K.c.), ani żaden inny przepis prawa, nie uzasadniają ingerencji zamawiającego w takie podstawowe instytucje prawa cywilnego – oparte na swobodzie kontraktowania – jak: kary umowne, ich katalog i wysokość (art. 483 K.c.), modyfikacja zasad odpowiedzialności dłużnika (art. 473 K.c.), prawo do zapisu na sąd polubowny w kraju lub za granicą (art. 1154 i art. 1157 K.p.c.), niedopuszczalność żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 K.c.), prawo do kompensaty wzajemnych

rozzrachunków (art. 498 § 1 i art. 505 pkt 4) K.c.), czy umowne prawo odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 K.c.). Żadna kompetencja przyznana publicznemu zamawiającemu nie uprawnia go do ingerencji w te instytucje prawne ze skutkiem dla osób trzecich.

Wprowadzone do wzoru umowy wymagania dotyczące treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych są dodatkowymi zmianami na korzyść podwykonawców, których środki ochrony są już przewidziane w Pzp.

Koronnym argumentem Zamawiającego na temat swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych jest to, iż nikt nie zmusza wykonawcy do składania oferty. Po pierwsze jest to błędne stanowisko, ponieważ wykonawca działający na rynku zamówień publicznych działa pod przymusem ekonomicznym, a nie godząc się na jaskrawo niekorzystne dla siebie warunki umowne musiałby żadnych ofert nie składać i zlikwidować działalność. Po drugie jednak, stosowane przez Zamawiającego tłumaczenie, iż wykonawca nie musi się zgadzać na postawione mu w SIWZ warunki i nie składać oferty, ma ten mankament, że można (i należy) stosować je analogicznie dla relacji wykonawca – podwykonawca. Podwykonawca również nie ma obowiązku przystawać na warunki handlowe lub prawne stosowane przez wykonawcę. Nie ma więc żadnej różnicy pomiędzy swobodą przystąpienia przez wykonawcę do udziału w przetargu publicznym opartym na wzorze umowy znacząco uprzywilejowującym zamawiającego, a zawarciem przez podwykonawcę umowy o podwykonawstwo na warunkach umownych korzystniejszych dla wykonawcy.

Jeśli zatem Zamawiający „chce chronić” podwykonawców uzasadniając to twierdzeniem, iż ci zawierają z wykonawcą umowę o podwykonawstwo robót budowlanych pod przymusem ekonomicznym, to argumentacja taka nie może się ostać, ponieważ – analogicznie rzecz ujmując – pod jeszcze większym przymusem umowy o generalne wykonawstwo zawiera wykonawca z zamawiającym, skoro ten jest na krajowym rynku budowy dróg ekspresowych i autostrad 100-procentowym monopolistą.

Odwołujący wskazał, że podwykonawcy robót nie są konsumentami, lecz przedsiębiorcami, co oznacza, iż przepisy o klauzulach abuzywnych (art. 385³ K.c.) nie mają tu zastosowania, a każda forma uprzywilejowania podwykonawców względem wykonawcy (także przedsiębiorcy) musi mieć wyraźne ustawowe podstawy. Podstaw takich jednak brak w obowiązującym prawie zamówień publicznych, wobec czego zamawiający dopuszcza się naruszenia prawa.

Odwołujący stwierdził, że zachowanie tzw. interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może polegać na narzucaniu wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję podwykonawcy ponad gwarancje ochronne przewidziane dla podwykonawców w przepisach prawa. Działanie takie godzi w inny

interes publiczny ponieważ ogranicza zagwarantowane ustawowo prawo do swobodnego umawiania się przez uczestników rynku usług budowlanych. Co więcej, działanie takie może być uznane za pomoc publiczną w rozumieniu art. 87 ust. 1 [Pomoc publiczna dla przedsiębiorców] Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (Dz. Urz. UE. C 1992 Nr 224, str. 1), zgodnie z którym:

„Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w niniejszym Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”.

Zdaniem Odwołującego skutek zabiegów Zamawiającego polski rynek zamówień publicznych staje się bardziej uprzywilejowany dla branży podwykonawczej niż rynki innych państw członkowskich UE, które nie stosują analogicznych rozwiązań. Ostatecznie zaś, ukształtowanie treści wymagań do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w sposób dokonany przez Zamawiającego w pkt III Subklauzuli 4.4 WSK należy uznać za sprzeczne z art. 5 K.c., ponieważ stanowi nadużycie prawa.

Odwołujący przedstawił następnie uzasadnienie do zarzutów dotyczących poszczególnych zakazanych postanowień umowy.

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

Zgodnie z art 483 § 1 K.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Katalog dopuszczalnej ingerencji Zamawiającego w postanowienia dotyczące kar umownych zawiera art 143d ust 1 pkt 7) Pzp w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego o roboty budowlane, co oznacza, że Zamawiający nie jest w ogóle uprawniony kształtować ani katalogu ani wysokości kar umownych w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych, co bezpodstawnie czyni. Materia kar umownych określonych umową o podwykonawstwo robót budowlanych nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp (ani w żadnej innej ustawie), co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów w relacji prawnej wykonawcy z podwykonawcą. Nie ma więc żadnych podstaw prawnych, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich. Wykonawca i podwykonawca są na podstawie art. 353¹ K.c. uprawnieni określić zasady wzajemnej odpowiedzialności z tytułu

niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w taki sposób jaki uważają za dla siebie stosowny, w tym przez prawo do nakładania kar umownych w ustalonej przez siebie wysokości. Zamawiający nie ma podstaw prawnych by w tę materię ingerować, zaś czyniąc to, narusza zasadę swobodnego umawiania się przez wykonawcę i podwykonawcę.

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

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c).

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

Zgodnie z art 1157 K.p.c., jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty.

W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień publicznych nie jest dopuszczalne umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, Zamawiający nie może tego zakazać.

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

Zgodnie z art 1154 K.p.c., przepisy tam zawarte stosuje się, jeżeli miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w wypadkach w części tej określonych – także wtedy, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest oznaczone.

W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień publicznych nie jest

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

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

Zgodnie z art 473 § 1 i 2 K.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (h).

Ubocznie należy zauważyć, że nie ma w polskim prawie cywilnym konstrukcji prawnej „przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności” wykonawcy przez podwykonawcę. Możliwe jest tylko umowne przejęcie długu (art. 519 § 1 K.c.), a na to zawsze wymagana jest zgoda wierzyciela (*ius cogens*).

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (h).

(k)uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji Umowy podwykonawczej od przedłużenia przez Zamawiającego Czasu na Ukończenie dla danego asortymentu robót

Zgodnie z art 476 K.c., dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

- (i) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu

Por. uzasadnienie jak dla pkt (k).

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

Wymóg taki stanowi wprost naruszenie art. 632 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

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

Trudno dopatrzeć się prawnie chronionych interesów Zamawiającego, których realizacji miałyby służyć pozbawienie wykonawcy prawa do stosowania kompensat należności niewymagalnych w granicach umów zawartych z podwykonawcami.

Stosownie do treści art 505 pkt 4) K.c., nie mogą być umorzone przez potrącenie wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne. Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Odwołujący podniósł, iż brak przepisu szczególnego, na podstawie którego Zamawiający mógłby zakazać wykonawcy zamówienia publicznego dokonywania rozliczeń należności, także tych niewymagalnych, w relacji umownej, jaką wykonawca nawiązuje z podwykonawcą. Podstawą taką nie jest w szczególności art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, ponieważ – w braku przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 505 pkt 4) K.c. znajdującego zastosowanie w zakresie prawa zamówień publicznych – nie uprawnia on Zamawiającego do postawienia wykonawcy zamówienia wymagań godzących w zasadę swobody umów (art. 353¹ K.c.). Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp nie może prowadzić do wyłączenia lub ograniczenia zasady swobody umów w zakresie, w jakim nie ma wyraźnego przepisu ustawy, który zakazywałby umówienia się przez wykonawcę i podwykonawcę o stosowanie rozliczeń wzajemnych należności (kompensat umownych).

W aspekcie zasadności prawa wykonawcy do umówienia się z podwykonawcą o bezgotówkową formę rozliczeń, Odwołujący zwrócił uwagę, iż w celu obrony zamawiającego przed niezasadnymi roszczeniami podwykonawcy, można powoływać się na przepis art. 375 § 1 K.c., zgodnie z którym dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które przysługują mu osobiście wobec wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść

zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Należy do nich zaliczyć m.in. umorzenie zobowiązania na skutek spełnienia świadczenia ze skutkiem zaspokojenia wierzyciela i na skutek potrącenia. Co do tego ostatniego, to istota odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wyklucza nie tylko odwołanie się do dokonania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy ale i zarzutu potrącenia dokonanego w relacji inwestor – wykonawca. Za dopuszczalny uznać należy jednak zarzut umorzenia zobowiązania w następstwie potrącenia w relacji wykonawca – podwykonawca lub inwestor – podwykonawca. W istocie zatem posiadanie przez wykonawcę prawa do potrącenia należności przysługujących mu względem podwykonawcy, jest korzystne dla samego Zamawiającego, który może korzystać z szerszego katalogu zarzutów.

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (m).

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (h)

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c).

(r) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość tożsamyh kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c).

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

Zgodnie z art 395 § 1 K.c., można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

Brak jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach Pzp, by Zamawiający przez ukształtowanie treści SIWZ wpływał na ustalane pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą terminy wykonywania umownego prawa odstąpienia, co korzysta z wyrażonej w art. 353¹ K.c. gwarancji swobody kontraktowania.

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

Por. uzasadnienie jak dla pkt (c).

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę na przewidziany w Subklauzuli 4.4 WSK rygor w postaci żądania usunięcia z terenu budowy podwykonawcy, na zawarcie umowy z którym Zamawiający się nie zgodził, do czego doprowadzi niepodporządkowanie się przez wykonawcę niedopuszczalnym i nieważnym w świetle art. 58 § 3 K.c. wymaganiami dotyczącym umowy o podwykonawstwo robót. Jeśli zatem Zamawiający będzie żądał usunięcia takiego podwykonawcy z terenu budowy, to dopuści się braku należytego współdziałania z wykonawcą w realizacji umowy o zamówienie publiczne, przewidziane do realizacji za pomocą podwykonawców (art. 354 K.c., art. 36a ust. 1 Pzp).

Zmieniona Subklauzula 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] (Zarzut VI)

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zastąpił dotychczasową treść Subklauzuli 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę] treścią, zgodnie z którą, Zamawiający *de facto* dopuszcza, bez żadnych istotnych powodów, możliwość niewystawienia przez Inżyniera Świadectwa Płatności przez łączny okres 84 dni, jak również możliwość niedokonania zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia przez łączny okres 142 dni, co stanowi nie tylko naruszenie zasad współzycia społecznego oraz pewności obrotu gospodarczego we współpracy z zamawiającym, ale dodatkowo (w zakresie dotyczącym pkt (a) ww. Subklauzuli) narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy ustaw podatkowych, w zakresie momentu powstania, po stronie wykonawcy, obowiązku podatkowego w VAT. Istotnym jest również iż wykonawca przez cały ten okres związany jest postanowieniami Kontraktu oraz zawartymi przez niego umowami z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami.

Możliwość zawieszenia przez wykonawcę prac lub robót zgodnie z Subklauzulą 16.1. [Uprawnienie Wykonawcy do zawieszenia prac] jest tu bez znaczenia.

Tym samym, odwołujący wnioskuje i skrócenie terminów zwłoki/opóźnienia w spełnieniu przez Zamawiającego istotnych zobowiązań umownych, umożliwiające wykonawcy skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy zawartej z Zamawiającym jest w pełni uzasadnione.

W zakresie oczekiwanego przez Odwołującego wykreślenia ostatniego akapitu Subklauzuli 16.2. w brzmieniu:

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

wskazać należy, iż zapis ten stanowi kompilację wypowiedzenia umowy, odstąpienia od umowy w trybie art. 395 § 1 K.c. oraz odstąpienia od umowy w trybie art. 492 K.c., nakładając na wykonawcę obowiązek wezwania Zamawiającego do spełnienia świadczenia, wyznaczenia Zamawiającemu 5 dniowego terminu na spełnienia świadczenia oraz – jak należy domniemywać – złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w maksymalnym terminie 14 dni od daty wystąpienia okoliczności uzasadniającej odstąpienie. Pomijając już fakt, iż termin 14 dni może być niemożliwy do dotrzymania, z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy, a leżących po stronie Zamawiającego, to tak formułowany zapis Subklauzuli 16.2 narusza przepis art. 492 K.c.

Odwołujący podał, że przepis art. 395 K.c., w zakresie wyznaczania terminu, nie ma zastosowania w przypadkach, w których w umowie zastrzeżono uprawnienie do odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie, o którym mowa w art. 492 K.c. Prawo odstąpienia z art. 492 K.c. nie jest bowiem modyfikacją umownego prawa odstąpienia, ale modyfikacją ustawowego prawa odstąpienia.

Zmieniona Subklauzula 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2 (zarzut VII)

Zamawiający zmienił oryginalną wersję Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] przez usunięcie treści pierwszego i drugiego akapitu i zastąpienie jej poniższą treścią:

„strony postanawiają, że Wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że jest ono

Wykonawcy należne zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. Warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy o:

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

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

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

Powyższa zmiana warunkująca moment „powstania roszczenia” od faktu powiadomienia Inżyniera w określonym terminie „o okoliczności lub wydarzeniu powodującym powstanie takiego roszczenia”, jest sprzeczna z powołanymi w *petitum* odwołania bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem jest nim zaprojektowanie i wybudowanie drogi w ramach zamówień publicznych, to w myśl art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, zastosowanie mają przepisy art. 627 i 647 K.c. Zarówno umowa o roboty budowlane, jak i umowa o dzieło są umowami wzajemnymi w rozumieniu art. 487 § 2 K.c., co oznacza, że świadczenia każdej ze stron są ekwiwalentne, tzn. świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. Zatem spełnienie przez jedną ze stron (wykonawcę) swojego świadczenia, polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi zgodnie z umową stanowi tytuł do roszczenia o zapłatę, stąd ustanawianie jakiegokolwiek warunku powstania roszczenia jest niedopuszczalne. Roszczenie to stanowi prawo podmiotowe wykonawcy mające swoje źródło w umowie, do której mają zastosowanie bezwzględnie obowiązujące przepisy, tj. art. 627, art. 647 i art. 487 § 2 K.c., przyznające wykonawcy to uprawnienie i jedynym „warunkiem” postawienia tego prawa może być wykonanie świadczenia wzajemnego w sposób zgodny z umową. Zatem ustanawianie proceduralnego warunku „powstania roszczenia” narusza te przepisy i z tego względu jest nieważne.

Odwołujący zasygnalizował, że polski system prawa cywilnego wskazuje, że dla powstania zobowiązania, a w konsekwencji, roszczenia związanego z tym zobowiązaniem,

istotne są jedynie dwie kwestie: (1) świadczenie musi być możliwe do spełnienia i musi być oznaczone, przede wszystkim przez treść czynności prawnej tworzącej zobowiązanie, a także przez odnoszące się do danego typu zobowiązań przepisy prawa. Skoro zatem zarówno świadczenia wykonawcy (zaprojektowanie i wybudowanie drogi), jak i świadczenia Zamawiającego (m.in. zapłata wynagrodzenia) zostały określone (oznaczone) w umowie i są możliwe do spełnienia, to odpowiadające im wzajemne roszczenia drugiej strony powstają w dacie wykonania tych świadczeń, a nie w dacie spełnienia dodatkowych aktów staranności, czego życzyłby sobie Zamawiający, poprzez wprowadzenie komentowanej zmiany w warunkach Kontraktu.

Co więcej, Zamawiający ustanawiając zaskarżany warunek sam sobie przeczy, ponieważ – z jednej strony – pisze, że „warunkiem powstania roszczenia Wykonawcy (...) jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia”, z drugiej zaś, że warunek ten dotyczy „powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodująca powstanie takiego roszczenia”. Oznacza to, że Zamawiający ma świadomość, iż to nie żaden warunek powoduje powstanie roszczenia lecz, że to okoliczność lub wydarzenie stanowi źródło jego powstania.

Powyższe rozważania dotyczyły roszczenia wykonawcy o dodatkową zapłatę, jednakże są one aktualne również w odniesieniu do roszczenia o przedłużenie terminu wykonania robót, jak i w zakresie wykonania Kamienia Milowego, jako że ustanawianie warunku dla powstania tych roszczeń, w tym dwóch wyżej wymienionych, godzi również w naturę stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło oraz umowa o roboty budowlane oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie stanowi nadużycie prawa.

Dlatego też, biorąc pod uwagę cel stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło i umowa o roboty budowlane, ustanowienie warunku dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granicy swobody umów, o której mowa w art. 353¹ K.c., skutkujące nieważnością postanowień w tej części.

Każdorazowo trzeba pamiętać, że dochodzenie roszczeń na gruncie polskiego prawa cywilnego jest procesowym aspektem realizacji praw podmiotowych, które przysługują jednostce na podstawie przepisu ustawy lub stosunku prawnego, czy też wynikają z określonych zdarzeń, z którymi przepisy prawa lub postanowienia umowy wiążą skutek powstania prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe przysługuje zatem *ex lege* lub *ex contractu*, niezależnie od faktu powiadomienia kogokolwiek o jego istnieniu lub od zgłoszenia komukolwiek w określonym czasie zamiaru jego dochodzenia. Postanowienia zmienionej Subklauzuli 20.1 WSK akapit pierwszy i drugi nie mogą wpływać na terminy dochodzenia roszczeń określone w sposób bezwzględnie wiążący przepisami K.c.

(w tym art. 119 K.c.) – nie mogą być zmieniane przez czynność prawną, gdyż zmiana taka jest nieważna. Wykonawca jest uprawniony dochodzić swoich praw podmiotowych przed organem właściwym ustawowo do ich rozpoznawania (sądem powszechnym) w terminach przedawnienia, a nawet po ich upływie, skoro przedawnienie uwzględniane jest na zarzut drugiej strony. Proceduralne ujęcie trybu dochodzenia roszczeń na drodze kontraktowej (w reżimie warunków kontraktu) nie może jednak stanowić o istnieniu lub nieistnieniu praw służących wykonawcy na podstawie stosunku prawnego nawiązanego z zamawiającym, np. prawa do wynagrodzenia z tytułu wykonanych i odebranych robót, odsetek, pokrycia kosztu, odszkodowania za naruszenie umowy przez zamawiającego, czy zmiany terminu wykonania zamówienia – istniejących niezależnie od zgłoszenia Powiadomienia w terminie 28 dni od powstania okoliczności kreującej te prawa.

Zmieniona Subklauzula 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 6 (zarzut VIII)

W Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK Zamawiający usunął całą treść szóstego akapitu Subklauzuli 20.1 i zastąpił ją następującą treścią:

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

Zdaniem Odwołującego postanowienie to jest niezgodne z art. 455 K.c. w zakresie, w jakim nie określa żadnego terminu na spełnienie świadczenia, którego termin nie wynika z treści stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą, a jednocześnie nie uprawnia Wykonawcy do wniesienia sporu do Komisji Rozjemstwa Sporów.

Zgodnie z WSK, Subklauzula 3.1. [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] akapit trzeci, zdanie drugie:

„Inżynier jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego przed wydaniem rozstrzygnięcia w zakresie wynikającym z następujących Subklauzul: (g) Subklauzula 20.1 Roszczenia Wykonawcy. Rozstrzygnięcie Inżyniera będzie przekazane Wykonawcy wraz z pisemnym uzgodnieniem Zamawiającego. Wszędzie tam gdzie Warunki Kontraktu uwzględniają zastosowanie Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] Inżynier, przed wydaniem zatwierdzenia lub odrzucenia, o którym mowa w Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie Zamawiającego”.

Brak wskazania czasu oczekiwania na to uzgodnienie oznacza, iż rozpatrywanie roszczeń wykonawcy w trybie kontraktowym nie jest nieograniczone żadnym terminem. Powoduje to, że wykonawca do końca trwania Kontraktu może nie uzyskać rozstrzygnięcia swoich roszczeń, co powoduje stan niepewności co do jego sytuacji prawnej, a także bieżące problemy związane np. z aktualizacją Programu, gdy w rozsądnym terminie nie są rozstrzygane roszczenia Wykonawcy o przedłużenie Czasu na Ukończenie.

Jest poważnym mankamentem, podważającym sens procedury zgłaszania roszczeń wykonawcy, że Zamawiający może praktycznie zablokować kontraktową ścieżkę ich dochodzenia. Zarzut ten należy powiązać z naruszeniem art 5 K.c. (nadużycie prawa), ponieważ żadne racjonalne względy nie przemawiają za takim ukształtowaniem zasad rozpoznawania roszczeń wykonawcy.

Brak stanowiska Zamawiającego przedstawionego w rozsądnym terminie, stanowiącego warunek dalszego procedowania roszczenia wykonawcy, w zakresie, w jakim nie kreuje stanu wymagalności roszczenia niezwłocznie po wezwaniu do jego spełnienia, jest wprost sprzeczny z ustawą (art. 353¹ w zw. z art. 455 K.c.).

Parametr szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia) – zarzut IX

W Tomie II SIWZ, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” – wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia” (tabela 8), Zamawiający wskazał, że w okresie GJ, jakiej ma udzielić Wykonawca w zakresie warstwy ścieralnej nawierzchni na okres 5 lat, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni dla pasów drogi klasy A i S musi wynosić odpowiednio:

- dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego: $\geq 0,40$,
- dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic: $\geq 0,42$.

Określone przez Zamawiającego dopuszczalne wartości wskaźnika podają wartości minimalne, poniżej których wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania programu naprawczego.

Odwołujący wskazał, że powyższy miarodajny współczynnik tarcia określony w wymaganiach SIWZ, jako miarodajny dla okresu gwarancyjnego, jest na gruncie dotychczasowych doświadczeń oraz prowadzonych badań, obiektywnie niemożliwy do osiągnięcia. Powyższe powoduje, że zakres i rodzaj zobowiązania gwarancyjnego wymaganego przez Zamawiającego od wykonawców stanowi o niemożliwości świadczenia.

Należy mieć również na uwadze, że Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wymagania odnośnie projektowania konstrukcji nawierzchni – pkt. 2.1.2 PFU, jak również

technologię układania warstwy ścieralnej, parametry używanych materiałów (np. PSV dla kruszywa), właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej (MMA), itp. – WWiORB, do których wykonawca musi się bezwzględnie zastosować. Powyższe wymagania i technologia zostały określone na poziomie maksimum, dostępnym na rynku budowlanym. Zatem Zamawiający precyzyjnie określił, z jakich materiałów ma być wyprodukowana mieszanka mineralno-asfaltowa i jak ma być układana. Mimo tego określenie parametrów gwarancyjnych w zakresie szorstkości przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za przyjęte przez Zamawiającego parametry materiałowe oraz technologię wykonania.

Ponadto na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni wpływ mają różne czynniki niezależne od Wykonawcy robót, m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie), itp.

Wobec powyższego należy wskazać, że wspomniane czynniki wpływają na to, że dwubiegunowo określone przez Zamawiającego warunki realizacji przedmiotu umowy, tj. warunki i dane wyjściowe oraz parametry docelowe, niemające żadnego uzasadnienia merytorycznego powodują, iż należy je ocenić, jako sprzeczne. Zamawiający powinien określić w jaki sposób i z czego wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia, albo też określić sam rezultat konieczny do osiągnięcia. Podając oba te elementy, nie może przerzucać jednocześnie odpowiedzialności za rezultat umowy na wykonawcę, skoro sam Zamawiający dysponuje wynikami badań, które potwierdzają, iż jest to obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.

W związku z tym, w ocenie Odwołującego, zasadne byłoby nieokreślanie w ogóle miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni w okresie GJ. Dlatego w pierwszej kolejności Odwołujący wnioskuje o usunięcie tego wymagania z dokumentów kontraktowych.

W przypadku braku uwzględnienia tego wymagania, Odwołujący wskazuje, że aktualnie określony przez Zamawiającego współczynnik tarcia jest jednym z najwyższych w Europie. Dla porównania można przywołać analogiczne wymagania dla dróg, jakie stawiane są w Niemczech, które przywołuje się często jako przykład wzorca jakości wykonywania infrastruktury drogowej. Co ważne, na skutek prowadzonych na szeroką skalę badań, wymagania stosowane w Europie (z wyjątkiem Polski) w zakresie parametrów współczynnika tarcia zostały w ciągu ostatnich lat zmienione zarówno przez obniżenie wartości miarodajnego wskaźnika, jak i ustalenie dopuszczalnych odchyłek parametrów wyników oraz określenie innych metod pomiarowych.

Aktualnie wymagany przez Zamawiającego poziom współczynnika tarcia jest nieosiągalny i niemożliwy do uzyskania na całym odcinku drogi, a taki warunek został

w wymaganiach SIWZ postawiony. Badania Instytutu Badawczego Dróg i Mostów („IBDiM”) wykazały, że jest to wskaźnik znacząco zawyżony w stosunku do przeliczonego z wymagań stosowanych np. w Niemczech.

Odnosząc się do przywoływanych wymagań niemieckich przeliczonych przez IBDiM na nasz system pomiarowy, parametr graniczny w okresie gwarancji wynosi w Niemczech 0,37. Jednak według niemieckich wymagań, w przypadku obniżenia tego parametru o 0,03, tj. do 0,34, uznaje się to za mieszczący się w granicach dopuszczalnego odchylenia, które nie jest uważane za przekroczenie parametrów. Oznacza to, że wskaźnik wymagany przez Zamawiającego jest dla jezdni głównej o 0,06 większy niż w Niemczech, zaś dla łącznic i pasów włączeń i wyłączeń o 0,08. Nie ma również uzasadnienia technicznego różnicowanie parametrów dla jezdni głównej i łącznic, gdyż łącznice i pasy włączeń i wyłączeń wykonywane są z takiej samej mieszanki, jak jezdnie główna.

Istotne jest również to, że w systemie oceny nawierzchni stosowanej przez GDDKiA, tzw. DSN – Diagnostyka Stanu Nawierzchni, określa się klasy parametrów. Najwyższe parametry obejmują klasy A i B, przy czym klasa B jest według systemu oceny DSN stanem zadowalającym, charakteryzującym „nawierzchnie nowe, odnowione (...) nawierzchnie nie wymagające zabiegów” (załącznik do Zarządzenia nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 kwietnia 2015 r., tabela 6.1, str. 37). Parametr graniczny dla tej klasy wynosi 0,36. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający po okresie 5-letniego użytkowania wymaga, by parametr szorstkości był znacząco wyższy, niż dopuszczalny dla dróg nowych i odnowionych.

Parametr 0,36, zgłaszany przez Odwołującego, jako żądanie alternatywne, wynika z obowiązującego ww. dokumentu GDDKiA i jest o 0,02 wyższy, niż dopuszczalny na koniec okresu gwarancji w Niemczech.

Z przeprowadzonych przez IBDiM badań, opracowanych w „Sprawozdaniu z realizacji pracy TD-88” z czerwca 2009 r. wynika, że większość dróg już w momencie odbioru nie spełniała parametru 0,4, który w obecnym postępowaniu Zamawiający wymaga po okresie 5 lat. Badania dla tej pracy wykonywane były oponą Barum Bravuris, zatem dla porównania do dzisiejszych wymagań, odnoszonych do opony PIARC, wyniki przedstawione w załączniku do tej pracy powinny być przemnożone przez współczynnik 0,974, czyli powinny być jeszcze niższe. Współczynnik szorstkości charakteryzuje się tym, że zmniejsza się on w czasie użytkowania, dlatego po okresie 5 lat wyniki przedstawione w załączniku do pracy IBDiM byłyby dodatkowo znacząco niższe.

Oznacza to, że wykonanie drogi w sposób odpowiadający w 100% wszystkim wymaganiom Kontraktu, zastosowanie nakazanej technologii i użycie wymaganych

materiałów, nie daje żadnej gwarancji na to, iż współczynnik szorstkości osiągnie wymagany poziom. Przeciwnie, dotychczasowe badania pokazują, że jeszcze przed upływem pełnego okresu gwarancji poziom danego wskaźnika znacząco się obniża poniżej wartości określonych jako graniczne w dokumentach gwarancyjnych.

Niemożliwości wykonania świadczenia dowodzą również badania naukowców z Politechniki Białostockiej publikowane w 2016 r. Badania obejmowały 11 odcinków testowych, w tym 4 odcinki, gdzie warstwa ścieralna (górną warstwą nawierzchni) wykonana była w technologii SMA. Należy zaznaczyć, że warstwa ścieralna na przedmiotowej drodze musi być zgodnie z umową wykonana w technologii SMA. Badania wykazały, że żadna z dróg wykonanych w technologii SMA przy pomiarach z prędkością 60 km/h (tj. takich jak wymaga dokument gwarancyjny) nie osiąga parametru 0,4 (str. 3055 tabela 4 pozycje od 1 do 4 oraz wykres na str. 3056 Fig.5.b.). Należy jednak podkreślić, że badanie te były wykonywane po 4, a nie 5 latach po ułożeniu warstwy, zaś dla drogi S-8 zaledwie po dwóch latach. Oznacza to, że warstwa SMA (taka jak wymagana w tej sprawie) już po dwóch latach nie spełniała parametru, którego dla tej inwestycji Zamawiający oczekuje po pięciu latach.

Ogólnie na 11 odcinków badawczych tylko 5 miało parametr szorstkości powyżej 0,4, jednak z tych 5 odcinków 2 o najlepszych parametrach wykonane były w roku 2012 (czyli w momencie badań miały tylko 2 lata) i dotyczyły dróg wiejskich (czyli o znikomym natężeniu ruchu). Jeden z badanych odcinków był po naprawie w technologii Slurry Seal, zaś kolejny wykonany w technologii betonu cementowego PCC w roku 2014. Należy zwrócić uwagę, że ten odcinek oznaczony nr 10, tj. w technologii PCC, w momencie badania nie miał jeszcze roku, jednak parametr nieznacznie tylko przekraczał 0,4 oczekiwane przez Zamawiającego po 5 latach. Oznacza to, że z 11 odcinków badawczych tylko jeden oznaczony numerem 9, wykonany w roku 2010, utrzymywał parametr powyżej 0,4. Jednak była to warstwa wykonana z betonu asfaltowego, nie zaś SMA, jak wymagana w niniejszej umowie i wiek tej nawierzchni wynosił 4, a nie 5 lat.

Zdaniem Odwołującego przyczyny powyższego zjawiska (tj. braku możliwości utrzymania parametry szorstkości w dłuższym czasie) wynikają z tego, że na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni, zasadniczy wpływ mają różne czynniki obiektywne, niezależne od wykonawcy robót, w tym m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie).

Nie można również pominąć i tej okoliczności, że tak określony poziom współczynnika tarcia na poziomie $\geq 0,40$ i $\geq 0,42$ nie wynika z żadnej normy prawnej, a stanowi jedynie dowolnie narzucony wykonawcom obowiązek umowny, nie poprzedzony żadnymi badaniami

w tym zakresie – przeciwnie, postawiony wbrew wynikom przeprowadzonych badań. Tak określony parametr nie jest poparty żadną realną potrzebą Zamawiającego ani też użytkowników dróg, nie wpływa też na prawidłowość wykonania zamówienia, zaś określenie go na nierealnym poziomie, nie przynosi żadnej technicznej ani użytkowej korzyści. Jak wspomniano powyżej parametr graniczny klasy B, tj. stanu zadowalającego, wynosi 0,36.

Tymczasem jedna z naczelnych zasad prawa cywilnego, jaką jest zasada swobody umów wyrażona w art. 353¹ K.c., pozwala stronom stosunku obligacyjnego na ukształtowanie treści umowy w sposób zgodny z ich wolą, jednakże nie bezwzględnie dowolny, bowiem postanowienia umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze danego stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Istota udzielanej gwarancji jakości polega na zapewnieniu przez gwaranta, że wykonany przez niego przedmiot umowy posiada (i będzie posiadał przez okres próby) określone właściwości umożliwiające jego normalne użytkowanie, zgodnie z funkcją i przeznaczeniem. Jednakże również w tym przypadku, zobowiązania gwaranta, pomimo że mają charakter bardzo daleko idący, nie mogą wykraczać poza granice przewidziane w art. 353¹ K.c., bowiem stanowiłyby przykład zobowiązania niewykonalnego, nierealnego, niemożliwego do wykonania. Gwarant nie może przyjąć na siebie zobowiązań, które nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania. W takim przypadku nastąpiłby bowiem skutek przewidziany w art. 387 § 1 K.c., który powiada, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Jak wykazano powyżej, określone przez Zamawiającego parametry wskaźnika miarodajnego współczynnika tarcia, nie są możliwe do osiągnięcia, co potwierdzają przytoczone w pierwszej części wyniki badań prowadzonych nie tylko przez wykonawców, ale także niezależne instytuty (IBDiM), Politechnikę Białostocką jak i samego Zamawiającego. Skoro zatem już w chwili prowadzenia Postępowania, a więc jeszcze na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, wiadomym jest, że wymagane wskaźniki szorstkości nawierzchni nie są i nie będą możliwe do osiągnięcia, czyni to zobowiązanie gwarancyjne obiektywnie, trwale i pierwotnie niemożliwym.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wprowadzenie współczynnika tarcia na zawyżonym, nieuzasadnionym technicznie i użytkowo poziomie, ma na celu wyłącznie przerzucenie na wykonawcę ryzyka i kosztów związanych z nieosiągnięciem postulowanego poziomu szorstkości, a przez to, stworzenie podstawy dla roszczeń w okresie gwarancyjnym o obniżenie wynagrodzenia z powodu rzekomej niewłaściwej jakości wykonanych prac.

Odwołujący załączył do odwołania niżej wskazane dokumenty wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści, na okoliczności, które przytoczone zostały powyżej:

1. opracowanie IBDiM z dnia 14 marca 2016 r. pn.: „Wymagania dotyczące współczynnika tarcia nawierzchni drogowych” (dowód „O1”),
2. opracowanie IBDiM z czerwca 2009 r. pn.: „Sprawozdanie z realizacji pracy TD-88 pt.: *Analiza zmienności właściwości przeciwpślizgowych warstwy ścieralnej nawierzchni w początkowym okresie jej eksploatacji*” wraz z załącznikiem nr 2 – „Wyniki pomiarów w badaniach porównawczych urządzeniami SRT-3 i SCRIM” (dowód „O2”),
3. wyciąg z publikacji pn.: „Evaluation of skid resistance using CTM, DFR and SRT-3 devices” (dowód „O3”),
4. tabela własna z opracowaniem wyników badań przeprowadzonych przez Politechnikę Białostocką (dowód „O4”).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (zarzuty I – IV, żądanie 1)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny, ponieważ w dniu 25 listopada 2016 r. dokonał stosownej zmiany SIWZ.

Zamawiający wskazał ponadto, że w Tomie II SIWZ, Rozdział 4 – Warunki Ogólne Kontraktu oraz Rozdział 5 – WSK (Subklauzula 1.9) określone zostały zasady postępowania w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę błędów w dokumentach Zamawiającego wskazanych jako wiążące w PFU. Tym samym nie może być mowy o przeniesieniu na wykonawcę ryzyka związanego z błędami w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Nie można zapominać również, że Postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie „projektuj i buduj”, co oznacza, iż pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Natomiast wykonawca jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanym kształcie.

Zamawiający podał, że według art. 31 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Nie jest więc sprzeczny z Pzp wymóg stosowania się do specyfikacji technicznej, która nakłada obowiązek przeprowadzenia dodatkowych badań geologicznych.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że niezależnie od formy dokumentowania badań podłoża, prace geologiczne i geotechniczne wykonywane na potrzeby inwestycji drogowych zawsze mają charakter punktowy (wynika to wprost z postanowień Instrukcji badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych oraz Polskich Norm PN-EN 1997-1: Eurokod 7 Projektowanie geotechniczne – Część 1: Zasady ogólne, PN-EN 1997-2 Eurokod 7 Projektowanie geotechniczne – Część 2: Rozpoznanie i badania podłoża gruntowego). Szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw, czy głębokość występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych punktów badawczych lokalizowanych w odniesieniu do rozwiązań danego stadium projektowego. Na bazie wyników przeprowadzonych badań budowany jest model geologiczny, tj. model obrazujący możliwy i przypuszczalny przebieg warstw w podłożu między poszczególnymi punktami badawczymi. Niezależnie od ilości i rozstawu punktów badawczych wzdłuż drogi czy w pobliżu obiektu inżynierskiego przebieg granic wydzieleń między punktami jest interpretacją dokumentatora, który – bazując na swoim doświadczeniu – tworzy model lokalnych warunków gruntowo-wodnych.

Badania, niezależnie od zakresu, pokazują jedynie przybliżony obraz warunków gruntowo-wodnych, dlatego możliwa jest obecność między dwoma sąsiadującymi ze sobą punktami badawczymi gruntu o odmiennej genezie, czy odmiennych parametrach fizyczno-mechanicznych.

Zdaniem Zamawiającego w oparciu o przekazane przez niego dokumenty doświadczony wykonawca jest w stanie ocenić i przewidzieć zmienność warunków gruntowo-wodnych wynikających ze zmian położenia zwierciadła wód podziemnych wywołanego naturalnymi wahaniem sezonowymi określonymi w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i uwzględnić je w ofercie. Ponadto wpływ na zmiany stanu gruntów ma także przez wykonawcę technologia prowadzenia prac i wykonania robót. Zamawiający podkreślił, że postanowienie pkt 1.4.1.1 PFU jest w tym zakresie w pełni zgodne z warunkami kontraktu określonymi w Tomie II SIWZ, Rozdział 4 – Warunki Ogólne Kontraktu oraz 5 – Warunki Szczególne Kontraktu (Subklauzula 4.12).

Kolizje (zarzuty I – IV, żądania 2 i 10-17)

Zamawiający stwierdził, że zarzuty są nieaktualne, ponieważ w dniu 25 listopada 2016 r. dokonał stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).

Ponadto Zamawiający wskazał, że w przypadku niezainwentaryzowanych kolizji ujawnionych na etapie realizacji robót zastosowanie będą miały odpowiednie klauzule WSK, w szczególności Subklauzula 13, lub odpowiednie przepisy Pzp, w zależności od sytuacji.

Zamawiający podkreślił jednocześnie, że przedmiotowe zamówienia będzie realizowane w systemie „Projektuj i Buduj”, a to oznacza, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz zamawiającego decyzji ZRID. I to na tym etapie, tj. wykonywania projektu budowlanego oraz uzyskiwania decyzji ZRID wykonawca będzie zobowiązany do uzyskania wszystkich wymaganych prawem decyzji i uzgodnień.

Zamawiający na etapie Koncepcji Programowej dokonał uzgodnień rozwiązań projektowych, wszystkie opinie i uzgodnienia znajdują się w SIWZ w Tomie V „Materiały Informacyjne”. Ponadto Zamawiający, chcąc ułatwić wykonawcy właściwe skalkulowanie oferty, wskazał w pkt 1.4.1.7.1, 1.4.1.7.2, 1.4.1.7.3, 1.4.1.7.4, 1.4.1.7.5, 1.4.1.7.6 PFU na podstawie jakich dokumentów i wymagań należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Należy wskazać, iż przywołane przez odwołującego zapisy dotyczą uszczegółowienia wymagań w zakresie usunięcia kolizji z infrastrukturą techniczną, dla których uzyskano wstępne uzgodnienia, jak również uszczegółowienia wymagań w zakresie wyburzeń obiektów budowlanych.

Należy zauważyć, że to od ostatecznych rozwiązań projektowych zaproponowanych przez wykonawcę będzie zależeć kształt systemu odwodnienia, ilości i rozmiar zbiorników, itp. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątplenia są podmioty zaproszone do składania ofert są w stanie bez większych problemów wycenić ten zakres projektu i robót. Przedmiotowy zakres prac jest standardem w zamówieniach realizowanych w systemie projektu i buduj.

Koordinacja prac (zarzuty I – IV, żądanie 3)

Zamawiający stwierdził, że zarzuty są nieaktualne, ponieważ w dniu 25 listopada 2016 r. dokonał stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).

Kwestie koordynacji prac na styku odcinków regulują postanowienia Subklauzuli 4.6 WSK, zgodnie z którą „Wykonawca zobowiązuje się, przy udziale Zamawiającego, do współpracy z wykonawcami sąsiednich odcinków lub innymi wykonawcami (np. systemów poboru opłat, Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem itp.), celem minimalizowania utrudnień w zakresie realizacji Robót objętych opisem przedmiotu zamówienia. W przypadku niezastosowania się do powyższego, Wykonawca będzie odpowiedzialny na zasadach ogólnych za szkody wyrządzone na skutek swojego działania lub zaniechania”.

Zamawiający ponownie podkreślił, że przedmiotowe zamówienia będzie realizowane w systemie „Projektuj i Buduj”, a to oznacza, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz zamawiającego decyzji ZRID. I to na tym etapie, tj. wykonywania projektu budowlanego oraz

uzyskiwania decyzji ZRID wykonawca będzie zobowiązany do określenia m.in. parametrów ilościowych i jakościowych wód opadowych ze zlewni znajdujących się na styku odcinków.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że koncepcje rozwiązań zostały zawarte w SIWZ w Tomie V „Materiały Informacyjne”. Niemniej jednak to od rozwiązań projektowych przyjętych przez wykonawcę będzie zależał ostateczny kształt tych rozwiązań. Realizacja zamówienia w systemie projektuj i buduj oznacza, iż pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Natomiast wykonawca jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanym kształcie.

Zamawiający chcąc ułatwić wykonawcy właściwe skalkulowanie oferty wskazał w pkt 1.4.1.1 PFU na podstawie jakich dokumentów i wymagań (wszystkie wymagania określone w PFU) należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Takie rozwiązanie jest standardem i dobrą praktyką w ramach postępowań realizowanych w systemie projektuj i buduj. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątpienia są podmioty zaproszone do składania ofert, są w stanie bez większych problemów wycenić ten zakres obowiązków.

Przebudowa innych dróg (zarzuty I – IV, żądanie 4)

Zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezpodstawny.

Podał, że Postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie projektuj i buduj, co oznacza, że pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Natomiast wykonawca jest uprawniony do zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanym kształcie. Wskazać również należy, że Zamawiający w toku prac projektowych (etap Koncepcji Programowej) dokonał uzgodnień rozwiązań projektowych, wszystkie opinie i uzgodnienia znajdują się w SIWZ w Tomie V „Materiały Informacyjne”.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz zamawiającego decyzji ZRID. I to na tym etapie, tj. wykonywania projektu budowlanego oraz uzyskiwania decyzji ZRID wykonawca będzie zobowiązany, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (Prawo budowlane, specustawa drogowa, tj. ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, Dz.U.2015.2031 j.t. ze zm.), do uzyskania wszystkich wymaganych prawem decyzji i pozwoleń.

Zamawiający chcąc ułatwić wykonawcy właściwe skalkulowanie oferty wskazał w pkt 1.4.1.1 PFU na podstawie jakich dokumentów i wymagań (wszystkie wymagania

określone w PFU) należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątplenia są podmioty zaproszone do składania ofert są w stanie bez większych problemów wycenić ten zakres projektu i robót. Przedmiotowy zakres prac jest standardem w zamówieniach realizowanych w systemie projektuj i buduj.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający jest uprawniony, także w ramach zamówienia realizowanego w systemie projektuj i buduj do wskazania swoich wymagań, które muszą być przez wykonawcę zachowane. Zamawiający jako gospodarz Postępowania i podmiot zainteresowany otrzymaniem produktu (w postaci drogi) zgodnego ze swoimi wymogami określonymi w SIWZ, jest w pełni uprawniony do określenia wiążącego zakresu optymalizacji dokumentacji.

Zamawiający stwierdził również, że dokonując oceny tego, czy sposób określenia przedmiotu zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, należy brać pod uwagę całość postanowień SIWZ, a nie jedynie ich fragmenty. Nie ma bowiem wątpliwości, iż kontekst, w jakim dane wyrażenia zostały użyte determinuje ich znaczenie i w jego ramach oceniać należy stopień jednoznaczności.

Współfinansowanie ze środków UE (zarzuty I – IV, żądanie 5)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 25 listopada 2016 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).

Ponadto Zamawiający podkreślił, że nie nałożył żadnego katalogu kar dotyczącego wypełnienia przez wykonawcę przedmiotowego zobowiązania. Zakaz podwójnego finansowania wydatków w ramach funduszy europejskich dotyczy kwalifikowania wydatków przez Zamawiającego przeznaczonych do refundacji środków z UE.

Powyższe zostało opisane zarówno w podręczniku POliŚ, jak i wytycznych Ministra Rozwoju zawartych w dokumencie „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020”.

Rola wykonawcy sprowadza się jedynie do wystąpienia o udzielenie informacji o współfinansowaniu lub braku współfinansowania kolidującego elementu infrastruktury.

Koszty eksploatacji (zarzuty I – IV, żądanie 6)

W ocenie Zamawiającego zarzut, wobec dokonanej w dniu 25 listopada 2016 r. zmiany postanowień SIWZ, jest nieaktualny.

Ponadto Zamawiający po raz kolejny odwołał się do formuły, w jakiej realizowane będzie przedmiotowe zamówienie i konsekwencji z tego wynikających. Zaznaczył, że udostępnił wykonawcy materiały niezbędne do wyceny oferty w Tomie V dokumentacji oraz,

że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz zamawiającego decyzji ZRID.

W pozostałym zakresie Zamawiający powiecił argumentację z uzasadnienia wniosku o oddalenie poprzedniego zarzutu.

Komunikacja zbiorowa (zarzuty I – IV, żądanie 7)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny.

Zamawiający powołał się na wskazaną powyżej argumentację.

Cieki wodne (zarzuty I – IV, żądania 8 i 9)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny.

Zamawiający, poza argumentem odnoszącym się do formuły zamówienia, wskazał, że w pkt 1.4.1.5 i 1.4.1.6 PFU podał na podstawie jakich dokumentów i wymagań należy wycenić przedmiotowy zakres prac. Podkreślił, że wymagania właścicieli/zarządców cieków dotyczą jedynie warunków technicznych prac do wykonania. W żadnym razie nie można uznać, iż tak określony obowiązek wykonawcy narusza przepisy Pzp. Należy zauważyć, iż to od ostatecznych rozwiązań projektowych zaproponowanych przez wykonawcę będzie zależeć kształt systemu odwodnienia itp. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątpienia są podmioty zaproszone do składania ofert, są w stanie bez większych problemów wycenić ten zakres projektu i robót. Przedmiotowy zakres prac jest standardem w zamówieniach tego typu.

Długości pasów włączeń i wyłączeń MOP (zarzuty I – IV, żądanie 18)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny, ponieważ w dniu 25 listopada 2016 r. dokonał odpowiedniej zmiany postanowień SIWZ (zmiana nr 1).

Następnie Zamawiający ponownie przywołał streszczoną powyżej argumentację dotyczącą formuły w jakiej realizowane będzie zamówienie.

Infrastruktura techniczna niezwiązana z budową drogi ekspresowej (zarzuty I – IV, żądanie 19)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny.

Wyjaśnił, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz Zamawiającego decyzji ZRID, a następnie do wykonania robót drogowych. Na każdym z tych etapów może dojść do sytuacji, określonej w art 32 lub 39 ustawy o drogach publicznych. Z tego też względu określenie przedmiotowego zobowiązania wykonawcy w SIWZ jest zasadne i konieczne.

Zamawiający podkreślił, że profesjonalni wykonawcy, jakimi bez wątpienia są podmioty zaproszone do składania ofert są w stanie bez większych problemów wycenić ten zakres obowiązków, zwłaszcza że wiąże się on jedynie z uzgodnieniami projektów infrastruktury technicznej. Nie jest to więc obowiązek powodujący konieczność wykonania dodatkowych prac. Przedmiotowy obowiązek jest również standardem w zamówieniach realizowanych w systemie projektuj i buduj.

Odstępstwa (zarzuty I – IV, żądanie 20)

Zamawiający poinformował o zmianie SIWZ dokonanej w dniu 25 listopada 2016 r., wobec czego uznał zarzuty za bezpodstawne.

Ponadto Zamawiający wskazał, że wykonawca w trakcie przygotowania dokumentacji projektowej drogi ekspresowej może, także w ramach dozwolonej optymalizacji, przyjąć rozwiązania projektowe, które mogą wymagać uzyskania odstępowstwa, zgodnie z art. 9 Prawa budowlanego. Należy pamiętać, że do ew. procedury odstępowstwa może dojść m.in. na podstawie przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych.

Tym samym Zamawiający jest uprawniony do wymagania od wykonawcy wycenienia ryzyka ewentualnego wystąpienia przez wykonawcę o odstępowstwo na podstawie jego własnych rozwiązań projektowych. Takie rozwiązanie jest uczciwe, właściwie rozkłada między stronami ryzyka na kontrakcie i nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji. Profesjonalni wykonawcy, jakim bez wątpienia są podmioty zaproszone do składania ofert są w stanie bez większych problemów wycenić ewentualne ryzyko w tym zakresie.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący żąda, aby to na Zamawiającego zostało przerzucone pełne ryzyko związane z przyjętymi przez wykonawcę rozwiązaniami projektowymi wymagającymi uzyskania odstępowstwa. W ocenie Zamawiającego takie podejście jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zasadami uczciwości kupieckiej.

Zamawiający zasygnalizował, że w sytuacji, gdy organ nie wyda zgody na odstępowstwo powstałe z inicjatywy wykonawcy, to zrealizuje on projekt zgodnie z przepisami techniczno-budowlanymi, co jest wymagane zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Przepisy prawa i rozporządzenia wiążące wykonawcę są przywołane w Rozdziale II pkt 2.1 PFU, ppkt 3) Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U.2016.124).

Należy również zaznaczyć, że w kwestii braku zgody na odstępowstwo lub opóźnień w uzyskiwaniu odstępowstwa wynikającego z winy urzędu będą miały zastosowanie odpowiednie postanowienia WSK.

Zabezpieczenia akustyczne (zarzuty I – IV, żądania 21 i 23)

Zamawiający stwierdził, że zarzuty są bezpodstawne.

Poza odwołaniem się do formuły realizacji zamówienia Zamawiający zaakcentował, że jednoznacznie określił w PFU, że wymieniona w pkt 1.4.1.1 lit. A decyzja środowiskowa jest wiążąca, tj. na jej podstawie wykonawca dokonuje wyceny oferty, jednocześnie dopuszczając możliwość dokonania przez wykonawcę zmiany w lokalizacji i ilości zabezpieczeń akustycznych, przejść dla zwierząt i innych elementów, które to zmiany należy usankcjonować w ponownej ocenie oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Jeżeli w wyniku optymalizacji rozwiązań, czy też w wyniku koniecznych do wprowadzenia zmian okaże się, że ilość urządzeń ochrony środowiska będzie inna niż wskazana w obecnie posiadanej decyzji środowiskowej, to wówczas wynagrodzenie wykonawcy zostanie skorygowane w zależności od przypadku, zgodnie z postanowieniami Kontraktu.

Audyt BRD (zarzuty I – IV, żądania 22 i 30)

W ocenie Zamawiającego zarzuty są nieaktualne, jako że dokonana została zmiana postanowień SIWZ (zmiana nr 1 z dnia 25 listopada 2016 r.).

Harmonogram prac archeologicznych (zarzuty I – IV, żądanie 24)

W ocenie Zamawiającego zarzuty są bezpodstawne.

Przedmiotowy zarzut dotyczy wykazu dokumentów wskazanych w pkt. 1.4.1.1 lit. A PFU jako dokumenty wiążące wykonawcę. W ppkt 03 wymieniono decyzję Lubelskiego Konserwatora Zabytków z dnia 6 lutego 2014 r., którą ustalone zostały niezbędne do przeprowadzenia badania archeologiczne.

Kwestie kosztu nadzoru i badań archeologicznych szczegółowo reguluje pkt 1.5.1.1 PFU „Warunki wykorzystania terenu w fazie realizacji”, zgodnie z którym „W trakcie prowadzenia Robót ziemnych Zamawiający zapewni stały nadzór archeologiczny. Wykonawca winien współpracować z nadzorem archeologicznym, wyłonionym przez Zamawiającego, informując o terminach robót ziemnych oraz umożliwiając wstęp na plac budowy. Ponadto Wykonawca winien współpracować na etapie realizacji inwestycji z wykonawcami badań archeologicznych (sondażowych i wykopaliskowych), wyłonionymi przez Zamawiającego, umożliwić im wstęp na plac budowy oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych. Badania sondażowe i wykopaliskowe (na podstawie decyzji WKZ) zostaną zlecone przez i na koszt Zamawiającego”.

Harmonogram prac archeologicznych (zarzuty I – IV, żądanie 25)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 25 listopada 2016 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1). W tej chwili zarzut stał się bezpodstawny.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zarzut dotyczy badań archeologicznych (wykopaliskowych) zleconych przez Zamawiającego, a niemożliwych do zakończenia przed uzyskaniem decyzji ZRID. Szczegółowa lokalizacja stanowisk została wskazana w decyzji konserwatora załączonej do PFU w pkt. 1.4.1.1 lit. A, która jest dla wykonawcy dokumentem wiążącym. Wykonawca zawsze jest zobowiązany do dostosowania zakresu prac budowlanych i związanego z tym harmonogramu robót do okoliczności faktycznych powstałych na budowie, jednakże znając powyższe dane określone w PFU, jest w stanie ocenić ryzyko z tym związane.

Zamawiający stwierdził również, że w przypadku wystąpienia stanowisk archeologicznych niewskazanych w PFU na etapie prac budowlanych, wykonawca jest uprawniony do złożenia roszczenia zgodnie z Subklauzulą 20.1 WSK.

Kanalizacja Teletechniczna (zarzuty I – IV, żądanie 26)

W ocenie Zamawiającego zarzuty są bezpodstawne.

W pkt 2.1.1.1.3. PFU „Budowa sieci i urządzeń teletechnicznych” jednoznacznie określono wymagania dla kanalizacji teletechnicznej. Podkreślić należy, że wskazane w tym punkcie wymagania są zgodne z rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 21 kwietnia 2015 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać kanały technologiczne (Dz.U.2015.680).

Analiza wielokryterialna (zarzuty I – IV, żądanie 27)

W ocenie Zamawiającego zarzuty są bezpodstawne.

Zamawiający jednoznacznie określił w pkt 1.4 PFU „Opis ogólny przedmiotu zamówienia”, 1.5.1.2 „Ustalenie lokalizacji i parametrów urządzeń ochrony środowiska” i 2.1.10 „Zabezpieczenia akustyczne”, że obowiązuje wykonawcę do przeprowadzenia analizy wielokryterialnej w zakresie hałasu. Zalecane kryteria oraz wytyczne konieczne do wykonania przedmiotowej analizy zostały podane w treści specyfikacji SP.10.30.10 „Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko wymagany do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej”. Jednocześnie jednoznacznie określono, że ustalenie wag kryteriów jest obowiązkiem wykonawcy w porozumieniu z Zamawiającym. Zamawiający, mając na względzie zobowiązanie wykonawcy do sporządzenia projektu budowlanego zaznaczył również, iż nie znając ostatecznych rozwiązań projektowych dopuszcza zastosowanie innych kryteriów niż zalecane, co jednocześnie uniemożliwia ustalenie wag na obecnym etapie. Zamawiający bezsprzecznie zaznaczył

natomiast, że wielokryterialną analizę należy przeprowadzić w celu ustalenia optymalnych metod oraz środków ochrony przed hałasem i, że analiza ta musi zostać szczegółowo opisana w Raporcie o oddziaływaniu na środowisko wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Podkreślenia wymaga fakt, że w oparciu o wyniki przedmiotowej analizy wykonawca nie dokonuje wyceny oferty. Zamawiający ponad wszelką wątpliwość określił w pkt 1.4.1.1 lit. A PFU, iż decyzja środowiskowa jest wiążąca, tj. na jej podstawie wykonawca dokonuje wyceny oferty, jednocześnie dopuszczając możliwość dokonania przez wykonawcę zmiany w lokalizacji i ilości m.in. zabezpieczeń akustycznych, które to zmiany należy usankcjonować w ponownej ocenie oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż wyniki analizy wielokryterialnej są instrumentem ułatwiającym wykonawcy podjęcie decyzji o zastosowaniu optymalnych rozwiązań zabezpieczających, zarówno pod względem funkcjonalnym jak i finansowym.

Krajowy system poboru opłat (zarzuty I – IV, żądanie 28)

W ocenie Zamawiającego zarzuty są bezpodstawne.

Odwołujący zapomina, iż w zakresie zasad współpracy z Operatorem KSPO obowiązują również postanowienia Subklauzuli 4.6 WSK, z których wynika m.in., że „Operator będzie musiał uzgodnić i skoordynować wszelkie swoje rozwiązania techniczne i harmonogramy robót, w jakikolwiek sposób związane z infrastrukturą przydrożną, z Wykonawcą i przedkładać Zamawiającemu do zatwierdzenia po uprzedniej informacji Inżyniera Kontraktu. Rozwiązania techniczne Operatora nie mogą wpływać na zmianę Warunków Kontraktu”.

Pozwolenie wodnoprawne (zarzuty I – IV, żądanie 29)

W ocenie Zamawiającego zarzuty są bezpodstawne, a argumentacja w tym zakresie jest analogiczna, jak w przypadku wcześniej omówionych zarzutów.

Remonty dróg (zarzuty I – IV, żądanie 31)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 25 listopada 2016 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).

Niedozwolona treść Subklauzuli 4.4 pkt III WSK (zarzut V)

W ocenie Zamawiającego zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, że aktualna treść pkt III Subklauzuli 4.4 WSK obowiązuje na kontraktach GDDKiA w wersji niezmienionej od listopada 2015 r. i w tym też zakresie ma zastosowanie w toczących się postępowaniach przetargowych.

Katalog postanowień zakazanych w umowach podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane, został opracowany w znacznej mierze na podstawie propozycji środowiska budowlanego. GDDKiA otrzymała przedmiotową propozycję postanowień umownych (zwaną „Zbiór dobrych praktyk oraz wzorcowych klauzul w umowach podwykonawczych o roboty budowlane dotyczących obiektu liniowego”) za pismem Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa („OIGD”) z dnia 7 maja 2015 r. Zgodnie z informacją wskazaną w przedmiotowym piśmie, celem wypracowania dobrych praktyk został powołany specjalny zespół, w którego pracach brali udział „zarówno członkowie OIGD jak również zaproszeni przedstawiciele Odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że na podstawie ww. propozycji branży budowlanej, zostały wprowadzone m.in. postanowienia ujętej w lit. n, o, p, q, r, s, t, które aktualnie są przedmiotem zaskarżenia. Pozostały zakres zaskarżonych postanowień w Subklauzuli 4.4 WSK został opracowany w oparciu o doświadczenie GDDKiA z realizacji umów z poprzedniej perspektywy finansowej, a przede wszystkim zidentyfikowanych wówczas problemów kontraktowych przy zatwierdzaniu umów podwykonawczych, jak również skali dokonanych przez Zamawiającego wypłat poszkodowanym podwykonawcom, dostawcom i usługodawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 K.c. oraz ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wraz z późniejszymi zmianami. Właśnie ze względu na skalę problemów, o których mowa powyżej, ustawodawca za sprawą nowelizacji Pzp z dnia 8 listopada 2013 r., zdecydował się objąć szeroką ochroną podwykonawczą również podmioty świadczące usługi i dostawy.

Ponadto, dokonując weryfikacji i zatwierdzania umów podwykonawczych w ramach aktualnie realizowanych kontraktów drogowych, GDDKiA zidentyfikowała szereg postanowień w umowach podwykonawczych, które wprowadzały nierównowagę stron przez przenoszenie na podwykonawców lub dalszych podwykonawców poszczególnych ryzyk z umowy z generalnym wykonawcą, bądź które to postanowienia multiplikowały wymagania, jakie stawia GDDKiA wykonawcom robót.

Na podstawie przedmiotowej analizy zostały wprowadzone zaskarżone postanowienia z pkt c i e. Zostały one wprowadzone do WKS już w 2014 r. na skutek wspomnianej nowelizacji PZp w zakresie podwykonawstwa, która umożliwiła regulowanie w SIWZ wymagań Zamawiającego dotyczących umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Celem Zamawiającego wprowadzania ww. postanowień, była chęć zrównania wymagań jakie stawiane są podwykonawcom z analogicznymi wymaganiami wynikającymi z umowy zamawiającego z generalnym wykonawcą. W tym przypadku WSK przewidują

możliwość naliczenia i potrącenia kar umownych jedynie jako kary za zwłokę, a zatem wykonawca posiada znacznie korzystniejsze warunki umowne w przedmiotowym zakresie, niż te które narzuca swoim kontrahentom.

Podobnie, w przypadku limitu kar umownych, WSK ustanawiają go w wysokości 20% wartości umowy wykonawczej, podczas gdy w licznych umowach podwykonawczych nierzadko takowy limit kar możliwych do naliczenia podwykonawcy nie był w ogóle przewidziany w umowie bądź oscylował na poziomie nawet 50% wartości umowy podwykonawczej. Limity kar umownych zostały wprowadzone do WSK stosowanych przez GDDKiA na wniosek wykonawców, postulat ten był bowiem wielokrotnie zgłaszany przez przedstawicieli stowarzyszeń budowlanych w Polsce, w tym m.in. PZPB, SIDiR, OIGD. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom środowiska branżowego, Zamawiający wprowadził już kilka lat wcześniej limit kar umownych na poziomie 20 % wartości umowy brutto. Zamawiający stwierdził również, że wykonawcy w dalszym ciągu postulują o zmniejszenie limitu kar umownych, nawet do 10% wartości umowy netto, co nie ma przełożenia w relacjach na linii wykonawca – podwykonawca.

Zamawiający odwołał się następnie do przykładów potwierdzających opisaną powyżej praktykę nierównego traktowania podwykonawców, ze wskazaniem na wysokość dokonanych wypłat (1) na podstawie przepisu art. 647¹ K.c. i (2) specustawy:

1. A4 – w. Krzyż – w. Dębica Pustynia: (1) 116.472.406,05 zł, (2) 81.584.384,43 zł,
2. A1 Toruń – Stryków, odc. Czerniewic – Brzezie: (1) 35.111.274,76 zł, (2) 643.985,59 zł,
3. S8 Rawa Mazowiecka – granica woj. Łódzkiego i mazowieckiego: (1) 846.123,55 zł,
4. A1 odc. Sójki – Kotliska: (1) 54.462.880,19 zł, (2) 7.850.595,48 zł,
5. A2 Stryków – Konotopa: (odc. A) – Kontynuacja robót: (1) 1.212.551,72 zł.

W odniesieniu do lit. d Zamawiający wyjaśnił, że ujęte w niej postanowienie zostało wprowadzone do WSK już w 2014 r., na skutek nowelizacji Pzp w zakresie podwykonawstwa, która umożliwiła regulowanie w SIWZ wymagań Zamawiającego dotyczących umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Celem Zamawiającego była chęć zrównania wymagań jakie stawiane są podwykonawcom z analogicznymi wymaganiami wynikającymi z umowy Zamawiającego z generalnym wykonawcą. W tym przypadku WSK przewidują możliwość wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia wykonania w formach określonych w art. 148 Pzp. Ponadto, wykonawca jest również uprawniony do zmiany formy zabezpieczenia zgodnie z art. 149 Pzp. Tym samym brak zgody wykonawców na przyznanie analogicznych uprawnień

podwykonawcom i dalszym podwykonawcom jest niezrozumiały. Wykonawca posiada bowiem kolejny raz znacznie korzystniejsze warunki umowne w przedmiotowym zakresie, niż te które narzuca swoim kontrahentom.

W odniesieniu do lit. g Zamawiający podał, że celem wprowadzania do WSK tego postanowienia było ułatwienie podwykonawcom dochodzenie swoich roszczeń. Dotyczy to w szczególności małych podmiotów, których świadomość prawna może być mniejsza. W takim przypadku, mając na względzie wysokie koszty postępowania, zapis na sąd (powszechny lub polubowny) poza granicami kraju w wielu przypadkach może wyłączać możliwość skorzystania z takiej opcji przez poszkodowane przez wykonawców podmioty, co z kolei ma również bezpośrednie przełożenie na zwiększenie wysokości zobowiązań finansowych regulowanych przez Zamawiającego w ramach solidarnej odpowiedzialności.

W zakresie postanowień ujętych w lit. h, i, j, k, l Zamawiający przytoczył postanowienia z umowy podwykonawczej dużej firmy budowlanej i zestawił je z treścią zaskarżonych w odwołaniu postanowień WSK dochodząc do wniosku, że:

- uniezależniają one byt finansowy podwykonawców od określonych działań Zamawiającego względem wykonawcy,
- brak określania w umowach podwykonawczych przesłanek wydłużania terminów realizacji umów, czy też automatyczne wyłączenie uprawnień wykonawcy do dodatkowego wynagrodzenia jest przykładem wprowadzenia skrajnej nierównowagi stron umowy podwykonawczej; dla porównania umowa z generalnym wykonawcą wskazuje na konkretne przesłanki do wystąpienia przez wykonawcę z roszczeniem o przedłużenie lub dodatkową płatność,
- podwykonawcy wyceniają przerzucane na nich ryzyka w swojej ofercie, a to z kolei może mieć bezpośrednie przełożenie również na kwestie faktycznego przekraczania wartości tych umów powyżej wartości umowy z generalnym wykonawcą,
- pomimo że zamawiający nie jest stroną umowy podwykonawczej, zaakceptowanie umowy, w której pojawiłyby się ww. postanowienia może mieć w przyszłości również negatywny wpływ na zobowiązania finansowe GDDKiA, m.in. z tytułu solidarnej odpowiedzialności.

Ponadto Zamawiający poinformował, że w dniu 25 listopada 2016 r. dokonał zmiany SIWZ przez:

- wykreślenie lit. f,

- nadanie lit. g następujące brzmienia „przewidujących, iż właściwy do rozstrzygnięcia sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd, w tym polubowny, z siedzibą poza Rzeczpospolitą Polską”,
- nadanie lit. m następującego brzmienia „w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na drodze sądowej”.

Zamawiający oświadczył, że nie zgadza się również z tezą Odwoływającego jakoby „wymagania dotyczące treści umowy Wykonawcy z Podwykonawcą robót budowlanych (zawarte w pkt III) naruszały prawo Wykonawcy, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną Zamawiającego określoną w art. 647¹ § 5 k.c.”.

W przedmiotowym zakresie należy wskazać, iż treść umów podwykonawczych, a co za tym idzie płynące z nich zobowiązania finansowe stron takiej umowy, mają bezpośredni wpływ na odpowiedzialność solidarną Zamawiającego określoną zgodnie z art. 647¹ § 5 K.c. Mając na względzie doświadczenia Zamawiającego z realizacji kontraktów w poprzedniej perspektywie finansowej, w szczególności skalę dokonanych przez GDDKiA wypłat poszkodowanym podwykonawcom, dostawcom i usługodawcom, teza Odwoływającego nie znajduje potwierdzenia w faktach.

Działając celem należytego zabezpieczenia interesu Skarbu Państwa, Zamawiający stanął na stanowisku, że wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo (będące przedmiotem zaskarżenia) są uzasadnioną ingerencją w treść zawieranych umów służących realizacji zamówienia publicznego. Takie podejście jest również zgodne z intencją ustawodawcy, bowiem w uzasadnieniu do projektu nowelizacji Pzp w zakresie podwykonawstwa wskazano, że „Pomimo tego, że kwestie związane z relacjami prawnymi zachodzącymi pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, powinny co do zasady podlegać zasadzie swobody umów, stosunki te i sposób ich uregulowania mają zasadniczy wpływ na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych, a więc odnoszą się do sfery publicznoprawnej uregulowanej w ustawie Pzp. Stąd też zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych, i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak

spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.”.

Dodatkowo należy podkreślić, że w art. 647¹ § 1 K.c. wskazano, że w umowie o roboty budowlane strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Oznacza to, iż zgodne z powyższą normą jest postanowienie umowy wyłączające podwykonawstwo w ogóle (umówienie się na osobiste wykonanie całego zakresu umowy). Sporne pozostaje w doktrynie, czy na gruncie przepisów Pzp prawo wykonawcy do korzystania z podwykonawców istnieje jedynie na etapie ofertowania; co oznaczałoby, że zakres wskazany w ofercie jest wiążący i jego zmiana wymaga zgody zamawiającego, czy też prawo do korzystania z podwykonawstwa przysługuje wykonawcy aż do zakończenia realizacji zamówienia, niezależnie od treści oferty w tym zakresie. Nawet jeżeli przyjąć drugie stanowisko, zgodnie z którym zamawiający nie może zasadniczo odmówić udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, to jednak bezspornym pozostaje fakt, że Pzp daje mu prawo do określenia okoliczności, w których nie wyrazi on zgody na zawarcie takiej umowy. Zgodnie z art. 143b ust. 3 pkt 1 Pzp zamawiający ma obowiązek zgłosić zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane, jeżeli nie spełnia ona wymagań określonych uprzednio w SIWZ na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 11 Pzp. Jednocześnie przepis art. 143d ust. 1 ustawy Pzp zawiera otwarty katalog, statuujący minimalne wymagania co do treści umowy o roboty budowlane. W pkt 6 ww. przepisu ustawodawca nakazał zamawiającemu określenie zasad jakim powinny odpowiadać umowy o podwykonawstwo.

Kwestią sporną według Odwołującego jest to jaki zakres takich okoliczności zamawiający ma prawo wskazać. Odwołujący podnosi, że zakres ochrony podwykonawców ogranicza się jedynie do „ustawowej gwarancji zapłaty należnych im wynagrodzeń”, lecz nie może być szerszy. Jest to twierdzenie sprzeczne z brzmieniem przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, który kształtuje uprawnienie zamawiającego. Stanowi ono odzwierciedlenie rozróżnienia 2 sytuacji, w których zamawiający nie wyraża zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, a określonych w art. 143 b ust. 3 pkt 1 i 2, tj. niespełniania wymagań określonych w SIWZ (na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp) oraz niespełniania wymagań odnośnie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, określonych w art. 143b ust. 2 Pzp (maksymalny, 30-dniowy termin). Przyjęty w Pzp model implikuje więc, iż zakres ochrony podwykonawców może być szerszy niż owe wskazane przez odwołującego „gwarancje dotyczące zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy”. Przepisy Pzp wyróżniają dwie niezależne przesłanki warunkujące brak akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo robót budowlanych; jedną o charakterze fakultatywnym (art. 143b ust. 3 pkt 1 Pzp), drugą obligatoryjną (art. 143b. ust 3 pkt 2 Pzp).

Uwzględniając powyższe ustalenia, należy zauważyć, że rozwinięcie przepisu art. 143b ust. 3 Pzp stanowią przepisy art. 143d ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. Potwierdzają one powyżej zakreśloną dystynkcję; nakazują one uwzględnić zamawiającemu w treści umowy o roboty budowlane: termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (pkt 5) oraz zasady zawierania umów o podwykonawstwo lub z dalszymi podwykonawcami (pkt 6). Zdaniem Zamawiającego przepis art. 143d ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi przepis szczególny w stosunku do 647¹ § 3 K.c. (sposób wyrażenia zgody na zawarcie umowy). Modyfikuje on zatem ogólną zasadę w ten sposób, że brak zgody zamawiającego na zawarcie umowy podwykonawczej musi znajdować oparcie w przewidzianych przed zawarciem umowy okolicznościach. Zakreślając granice uprawnienia zamawiającego do odmowy zawarcia umowy o podwykonawstwo ustawodawca posługuje się pojęciem „zasad”, jednak ich treść określa sam zamawiający. Jest on przy tym skrępowany jedynie ogólnymi zasadami wynikającymi z przepisów Pzp, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO.

Zmieniona Subklauzula 16.2 WSK (zarzut VI)

Zamawiający podał, że prawo cywilne przewiduje kilka sposobów ustania stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami, tj.: odstąpienie od umowy, rozwiązanie umowy oraz jej wypowiedzenie.

Ustawowe sposoby unicestwienia stosunku zobowiązaniowego przewidziane zostały w poszczególnych przepisach kodeksu cywilnego i na warunkach oraz po spełnieniu przesłanek tam przewidzianych. Dla umowy o roboty budowlane przewiduje się:

- a) ustawowe prawo odstąpienia od umowy o roboty budowlane – art. 631, art. 635, art. 636 § 2, art. 637, art. 644 w zw. z 656 K.c.,
- b) ustawowe prawo odstąpienia od umowy wzajemnej (art. 491-494 K.c.) w przypadku: zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 491 K.c), niewykonania zobowiązania w terminie w umowie określonym (art. 492 K.c), czy zwinionej niemożliwości spełnienia świadczenia (art. 493 K.c),
- c) umowne prawo odstąpienia – art. 395 K.c.

W odniesieniu do art. 492 K.c. należy uznać, iż jest to przepis dyspozytywny. Ponadto stanowi on *legis specialis* w stosunku do art. 395 § 1 K.c, ale tylko w zakresie wskazania dodatkowej przesłanki odstąpienia, polegającej na niewykonaniu przez dłużnika świadczenia w oznaczonym terminie. Zastosowanie przez strony art. 492 K.c. jako umownego prawa odstąpienia wymaga zatem wskazania w umowie przesłanki niewykonania umowy w określonym terminie.

Zastrzeżenie w umowie uprawnienia do odstąpienia od umowy wzajemnej na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie jest rzeczą oczywistą, w pełni dopuszczalną i zgodną z przepisami prawa cywilnego (art. 395 i 492 K.c.).

Zamawiający podkreślił, że WSK precyzują przesłanki skorzystania z tego uprawnienia. Subklauzula 15.1 określa prawo Zamawiającego do wezwania wykonawcy do poprawy dając mu na to określony termin, a Subklauzula 15.2. zawiera sankcję w postaci prawa odstąpienia od umowy w przypadku nie wykonania w terminie wezwania w trybie Subklauzuli 15.1. Natomiast Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od umowy na podstawie Subklauzuli 16.2 w przypadkach tam opisanych i po uprzednim wezwaniu zamawiającego do usunięcia naruszeń w terminie nie krótszym niż 5 dni.

Zamawiający zauważył, że jest w pełni uprawniony do uzależnienia w umowie prawa wykonawcy do wykonania umownego prawa do odstąpienia po uprzednim wezwaniu go do usunięcia naruszenia. Takie określenie umownego prawa do odstąpienia nie narusza żadnego przepisu *ius cogens* prawa cywilnego, a tym samym jest dopuszczalne w świetle art. 353¹ K.c.

Doktryna i orzecznictwo przyjmują natomiast, że nie jest wymagane żadne uzasadnienie odstąpienia. Uprawniony ma pełną swobodę dokonania odstąpienia, chyba że strony przewidziały możliwość skorzystania z uprawnienia jedynie w określonych wypadkach, np. po ziszczeniu się określonego warunku zawieszającego (art. 89 K.c). Umowne prawo odstąpienia jest zatem co do zasady prawem bezwarunkowym, które przybrać może także postać uwarunkowaną, jeżeli mianowicie zgodnie z zastrzeżeniem jedna ze stron może je wykonać wtedy, gdy druga spełni swoje świadczenie nienależycie albo w ogóle go nie wykona (*lex commissoria* – art. 492 K.c).

Dodatkowo, z uwagi na pewność obrotu prawnego podkreślanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, dopuszczalne jest, aby termin w trakcie którego wykonawca mógł skorzystać z umownego prawa do odstąpienia nie przekraczał 14 dni, w trakcie których wykonawca jest również zobowiązany do wezwania Zamawiającego do usunięcia naruszenia. Tak określona treść Subklauzuli 16.2 ma bowiem na celu ograniczenie do minimum sytuacji pozostawania przez Zamawiającego w stanie niepewności, co do trwałości stosunku umownego, którego przedmiotem jest przecież wykonanie zamówienia istotnego dla interesu publicznego. Nie można przy tym abstrahować od faktu, iż Zamawiający jest zobowiązany, jako jednostka sektora finansów publicznych, pod rygorem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, do terminowego regulowania swoich zobowiązań finansowych. Ponadto zaś, jako *statio fisci* jednej i jednolitej

osoby prawnej – Skarbu Państwa, jest w pełni wypłacalny. W praktyce nie istnieje więc ryzyko, iż wykonawca nie otrzyma należnego mu wynagrodzenia za wykonane i odebrane prace.

Wobec powyższego należy uznać, iż kwestionowana przez Odwołującego treść Subklauzuli 16.2 WSK jest zgodna z prawem, a odwołanie w tym zakresie jest bezpodstawne.

Ponadto Zamawiający poinformował, że w dniu 25 listopada 2016 r. dokonał zmiany SIWZ w zakresie lit. b Subklauzuli 16.2 WSK, w której pierwotny 84-dniowy termin uległ skróceniu o połowę.

Zmieniona Subklauzula 20.1. WSK, akapit 1 i 2 (zarzut VII)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny.

Zamawiający nie zgadza się z tezą Odwołującego jakoby ustanowienie warunku dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granicy swobody umów, o której mowa w art. 353¹ K.c., skutkujące nieważnością postanowień w tej części.

Na wstępie Zamawiający podał, że tylko umawianie się co do innego okresu przedawnienia niż ustawowo przewidziany, jest objęte zakazem zawartym w art. 119 K.c., ale nie dotyczy to wymagalności roszczenia, od której, zgodnie z art. 120 § 1 K.c., zależy rozpoczęcie terminu przedawnienia. W konsekwencji uznać należy, że tym bardziej dopuszczalne jest umowne określenie okoliczności, od których w ogóle zależy powstanie roszczenia, a co za tym idzie Subklauzulą 20.1 WSK jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa. W umowie wskazane zostały okoliczności, których zaistnienie skutkuje możliwością skorzystania przez wykonawcę z określonych uprawnień umownych (takich jak przedłużenie Czasu na Ukończenie, uzyskanie dodatkowej płatności lub zmiana Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania). Zakwestionowane w odwołaniu postanowienie Subklauzuli 20.1 WSK uzależnia skorzystanie przez wykonawcę z tych uprawnień od dochowania przez niego aktu staranności w postaci zgłoszenia w określonym terminie powiadomienia o zamiarze skorzystania z tych uprawnień (zwanego w terminologii FIDIC „powiadomieniem o roszczeniu”). Niezachowanie przez wykonawcę tych wymogów wyłącza możliwość skorzystania przez niego z tych uprawnień umownych. Takie brzmienie przedmiotowych postanowień Subklauzuli 20.1 mieści się w zakresie swobody stron w kształtowaniu postanowień umownych.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, iż zaskarżone sformułowanie stosowane w WSK jest pochodną analogicznego postanowienia zawartego w Warunkach Ogólnych Kontraktu FIDIC, tj. „Powiadomienie będzie dane najwcześniej, jak to możliwe, ale nie później niż 28 dni po tym kiedy Wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni, to Czas na Wykonanie nie będzie przedłużony, Wykonawca nie będzie

uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. W przeciwnym razie będą miały zastosowanie poniższe postanowienia niniejszej Subklauzuli”. Zamawiający stosuje zatem w zakresie procedury roszczeniowej standardy FIDIC.

Właściwość stosunku zobowiązaniowego łączącego strony, tj. umowa na projekt i budowę drogi ekspresowej, który jest złożony i skomplikowany, m.in. z uwagi na zakres rzeczowy i czasowy, wymaga, aby Zamawiający i Inżynier Kontraktu mieli możliwość odniesienia się i zbadania okoliczności faktycznych skutkujących roszczeniem wykonawcy. W sytuacji, w której wykonawca nie dałby powiadomienia o tych okolicznościach Zamawiającemu oraz Inżynierowi Kontraktu w rozsądnym 28-dniowym terminie i zgłosił roszczenie wynikające z tych okoliczności w terminie np. 2-3 lat od ich zaistnienia, Zamawiający oraz Inżynier Kontraktu nie mieliby możliwości oceny i analizy tego roszczenia. Brak tej możliwości wynikałby przede wszystkim z faktu, że nie mieliby oni możliwości sprawdzenia w danym momencie i czasie, czy faktycznie dana okoliczność ma wpływ na czas na ukończenie oraz zaakceptowaną kwotą kontraktową.

Subklauzuli 20.1 WSK nie można interpretować w oderwaniu od pozostałych postanowień umowy, w szczególności postanowień WSK odnoszących się do niej.

Skoro strony, w tym Zamawiający, są, zgodnie z przepisami K.c, zobowiązane do współdziałania w wykonaniu zobowiązania, to Wykonawca nie może stawiać Zamawiającego przed faktami dokonanymi i zgłaszać w stosunku do niego roszczeń, które nie mogą być przez niego właściwie ocenione (w tym uznane). Zamawiający podkreślił, że 28-dniowy termin na powiadomienie o roszczeniu, ustalony przez strony w umowie pomiędzy generalnym wykonawcą a Zamawiającym, określa czas, do kiedy strona może skutecznie wystąpić z żądaniem przedłużenia Czasu na Ukończenie, dodatkowej płatności lub zmiany Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, termin ten został już niejednokrotnie uznany przez za umowny termin zawity.

Zdaniem Zamawiającego instytucji przedawnienia nie należy również mylić z terminami zawitymi, których upływ powoduje odmienne skutki. Podkreślić należy, że terminy wprowadzone w ogólnych i szczególnych warunkach kontraktu nie są terminami przedawnienia. Z tego też względu, nie można mówić o sprzeczności umownych terminów zawitych z ustawą, w szczególności z art. 119 K.c.

W zakresie możliwości stosowania terminów zawitych, warte podkreślenia jest również, iż sam ustawodawca korzysta z regulacji podobnej do Subklauzuli 20.1 WSK, czego przykładem może być chociażby art. 563 K.c. (terminy reklamacyjne a uprawnienie z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy). Mając na względzie powyższą argumentację należy

stwierdzić, że umowne uregulowanie terminu na powiadomienie o roszczeniu mieści się w granicach swobody umów.

Zmieniona Subklauzula 20.1 WSK, akapit 6 (zarzut VIII)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 25 listopada 2016 r. stosownej zmiany SIWZ, dodając w treści Subklauzuli 20.1 WSK niżej wskazaną treść:

„Zamawiający podejmie decyzję w terminie 90 dni od dnia doręczenia stanowiska Inżyniera Kontraktu wraz z wszystkimi wymaganymi dokumentami i informacjami. Zamawiający jest uprawniony do żądania od Inżyniera Kontraktu lub Wykonawcy dalszych niezbędnych informacji. Przedstawienie żądania przez Zamawiającego przerywa bieg 90-dniowego terminu”.

Parametr szorstkości nawierzchni – miarodajny współczynnik tarcia (zarzut IX)

W ocenie Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny.

Zamawiający wyjaśnił, że wartości przeciwpoślizgowe nawierzchni drogowych mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo wszystkich użytkowników dróg – wynika to wprost z przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Wskazane nim warunki techniczne przy zachowaniu m.in. przepisów prawa budowlanego, przepisów o drogach publicznych oraz ustaleń Polskich Norm, mają zapewnić spełnienie podstawowych wymagań m.in. w zakresie bezpieczeństwa użytkownika. Obowiązujące regulacje stanowią, że nawierzchnia jezdni drogi budowanej lub przebudowywanej musi spełniać wymagania w zakresie równości podłużnej, równości poprzecznej i właściwości przeciwpoślizgowych, przy czym minimalne wartości miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni dla konkretnej prędkości zablokowanej opony względem nawierzchni określa załącznik nr 6 do wspomnianego rozporządzenia. Tak więc spełnienie wymagań właściwości przeciwpoślizgowych nawierzchni drogowych wynika z przepisów prawa i jest obligatoryjne dla dróg klas od A do G.

Realizując swe ustawowe obowiązki, mając na względzie bezpieczeństwo ruchu drogowego, Zamawiający wskazuje, że wskazany w Tomie II SIWZ, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)”, wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia (tabela 8)” miarodajny współczynnik tarcia w okresie GJ kwestionowany przez Odwołującego stanowi zaledwie ok. 80% wartości wymaganej przepisami obowiązującego rozporządzenia.

Dopuszczalna wartość graniczna w okresie obowiązywania GJ, określona w Rozdziale II, Części Szczegółowej, pkt 1.1.3.1. „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” – wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia tabela nr 8)”, wynika z opracowanych przez IBDiM i rekomendowanych przez Ministra Infrastruktury wymagań technicznych pn. „Nawierzchnie asfaltowe na drogach publicznych. WT-2 Nawierzchnie asfaltowe 2008”, skorygowanych (przeliczonych) na stosowane obecnie opony testowe PIARC”. Zgodnie z rozdziałem 8.7.3 ww. wymagań przy ocenie właściwości przeciwpoślizgowych nawierzchni dróg klasy Z i dróg wyższych klas powinien być określony współczynnik tarcia na mokrej nawierzchni przy całkowitym poślizgu opony testowej (o rozmiarze 185/70 R14 – opona Barum Bravura), który przed upływem okresu gwarancyjnego nie powinien być mniejszy niż wymagania wskazane w tabeli 62, której treść została przez Zamawiającego przytoczona.

Należy podkreślić, że wskazane dopuszczalne wartości miarodajnego współczynnika tarcia wymagane przed upływem okresu gwarancyjnego opierały się wcześniejszych pracach naukowych i projektach międzynarodowych IBDiM i poparte były wnikliwą analizą będących w posiadaniu Instytutu danych. Powołując się na treść raportu z realizacji pracy TD-93 pt. „Aktualizacja zależności funkcyjnych w pomiarach urządzeniem SRT-3 między wartościami współczynnika tarcia uzyskiwanymi na oponach PIARC i Barum Bravuris”, który powstał w związku zaprzestaniem produkcji dotychczas wykorzystywanych opon testowych, Zamawiający wskazał, że podany w Tomie II SIWZ, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” – wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia (tabela 8)” miarodajny współczynnik tarcia określony dla dróg A i S na poziomie wskazanym w Tomie II SIWZ wynika z przeliczenia dopuszczalnych wartości miarodajnego współczynnika tarcia z WT-2 Nawierzchnie asfaltowe 2008 (pomiar na oponach testowych 185/70 R14) na stosowane obecnie opony testowe PIARC (zalecane przez World Road Association) za pomocą wzorów korelacyjnych opracowanych przez IBDiM.

Zamawiający przedstawił następnie wyniki przeliczeń w wariancie rekomendowanym przez IBDiM (wymagania na koniec okresu gwarancyjnego) – tab. nr 29 z raportu z realizacji pracy TD-93.

Zamawiający wskazał ponadto, że jako największy inwestor rynku infrastrukturalnego w kraju (w latach 2004-2013 zrealizował zadania drogowe za 140.340.107,70 tys. zł, w latach 2014-2023 planowana jest realizacja zadań drogowych za ok. 107 mld zł.) posiada doświadczenia wystarczające do stwierdzenia, że kwestionowany miarodajny współczynnik tarcia w okresie obowiązywania gwarancji jest jak najbardziej możliwy do osiągnięcia,

czego dowodzą pomiary regularnie prowadzone przez wyspecjalizowane laboratoria drogowe Zamawiającego, których wyniki z lat 2010-2014 przedstawiono w treści odpowiedzi na odwołanie.

W opinii Zamawiającego dowodzi to, że doświadczony wykonawca jest w stanie zrealizować na całym odcinku nawierzchnię zachowującą wymaganą (dopuszczalną przez Zamawiającego) wartość miarodajnego współczynnika tarcia przez cały okres gwarancji, tj. przez 5 lat.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą PFU. Wydane na podstawie art. 31 ust. 4 Pzp Rozporządzenie definiuje w PFU jako opracowanie służące do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych, zawierające: stronę tytułową, część opisową, w której zamawiający określa m.in. wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczące przygotowania terenu budowy, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia, zagospodarowania terenu, oraz część informacyjną. Opis wymagań, o których mowa powyżej – poza cechami obiektu dotyczącymi rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych – obejmuje warunki wykonania i odbioru robót budowlanych (WWIORB) odpowiadające zawartości Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB).

PFU obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Mając na względzie powyższe Zamawiający wskazał, że pkt 2.1.2 PFU określił m.in. następujące wymagania odnoszące się do projektowanej konstrukcji nawierzchni:

- konstrukcja nawierzchni musi zostać zaprojektowana na okresy eksploatacji przewidziane w Rozporządzeniu Ministra transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie,
- projekt konstrukcji nawierzchni należy wykonać na podstawie analiz ruchu uzgodnionych z Zamawiającym,
- projektowanie należy wykonać przy założeniu najmniej korzystnych warunków oraz uwzględnić wszelkie ryzyka, projekcie konstrukcji należy przewidzieć udział w ruchu pojazdów nienormatywnych stanowiących nie mniej niż 3,00% wszystkich pojazdów.

Biorąc pod uwagę postanowienia PFU niezrozumiałym dla Zamawiającego jest podnoszenie przez Odwołującego wpływu „różnych czynników niezależnych pod Wykonawcy” (np. wielkości obciążenia ruchem, struktury ruchu, warunków atmosferycznych etc.) na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w trakcie eksploatacji, skoro rolą wykonawcy jest zaprojektowanie konstrukcji nawierzchni uwzględniającej te czynniki, co wynika wprost z PFU.

Odnosząc się natomiast do określonych w WWiORB wymagań dotyczących materiałów i ich jakości, sprzętu, środków transportowych, warunków wykonania robót, badań i kontroli jakości należy wskazać, że są to wymagania minimalne w stosunku do wymagań, jakie mają być zawarte w opracowanych przez wykonawcę STWiORB. Wykonawca realizujący inwestycję, mając na uwadze konieczność zapewnienia parametrów jakościowych wymaganych przez Zamawiającego w okresie GJ, ma prawo zastosować materiały o wyższych/lepszych parametrach, niż wskazano w WWiORB.

Zamawiający podkreślił, że wbrew stanowisku Odwołującego istnieje wiele przykładów inwestycji, które spełniały wymagania w zakresie parametrów funkcjonalnych przez cały okres gwarancji. Zamawiający podkreśla również, że zapewnienie bezpieczeństwa wszystkich użytkowników dróg krajowych i autostrad to ustawowy obowiązek Zamawiającego. Tym samym każdy wykonawca uczestniczący w Postępowaniu jest świadomy wymagań funkcjonalnych, jakie musi spełniać nawierzchnia budowanych dróg. W opinii Zamawiającego niedopuszczalne jest zrezygnowanie z wymagań dotyczących miarodajnego współczynnika tarcia w okresie gwarancyjnym – może się to bezpośrednio przełożyć na zapewnienie bezpieczeństwa na drogach.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie niżej wskazane dokumenty, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści na okoliczności, które przytoczone zostały powyżej:

1. pismo OIGD z dnia 7 maja 2015 r. (dowód „Z1”),
2. wykaz zmian postanowień SIWZ (dowód „Z2”).

W piśmie procesowym z dnia 28 listopada 2016 r. Odwołujący sformułował, w zakresie zarzutu IX odwołania, wnioski o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego ze specjalności drogownictwo (inżynieria lądowa), na okoliczność ustalenia nieistnienia w świetle aktualnej wiedzy technicznej technologii budowy nawierzchni drogowych wykonanych z betonu cementowego umożliwiających utrzymanie parametrów szorstkości nawierzchni opisanych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w GJ i PFU przez okres co najmniej 5 do 10 lat od oddania drogi do użytkowania, bez konieczności

przeprowadzania okresowego uszorstnienia nawierzchni drogi w zależności od faktycznego natężenia ruchu drogowego oraz sposobu eksploatacji drogi.

Odwołujący uzasadnił wniosek koniecznością ustalenia okoliczności faktycznej wymagającej wiadomości specjalnych z zakresu drogownictwa (inżynierii lądowej), która ma istotne, zasadnicze i przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jedynie powołanie biegłego ze specjalności drogownictwa (inżynierii lądowej) spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych pozwoli na obiektywne ustalenie aktualnego stanu techniki budowlanej i rozstrzygnięcie czy istnieje technologia budowy nawierzchni drogowych wykonanych z betonu cementowego umożliwiająca utrzymanie parametrów szorstkości nawierzchni opisanych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w GJ i PFU przez okres co najmniej 5 do 10 lat od oddania drogi do użytkowania, bez konieczności przeprowadzania okresowego uszorstnienia nawierzchni drogi w zależności od faktycznego natężenia ruchu drogowego, innych czynników wpływających na utratę właściwości nawierzchni drogowej oraz sposobu eksploatacji drogi. Negatywna odpowiedź na powyższe pytania udzielona przez biegłego wprost potwierdziłaby zasadność odwołania. Pozytywna odpowiedź przesądziłaby o konieczności oddalenia odwołania. Jednak bez zasięgnięcia informacji specjalistycznych stwierdzenie istnienia takiej technologii wymagałoby poleganiu jedynie na zapewnieniach Zamawiającego, który nie wskazał na istnienie konkretnej technologii w tym zakresie, ani nie wskazał na aktualne dane wskazujące na istnienie przykładu drogi wykonanej w takiej technologii, w przypadku której zachowany byłby wymagany poziom szorstkości przez okres 5 do 10 lat bez dokonywania uszorstnienia nawierzchni drogi betonowej cementowej.

Odwołujący podał, że biegły miałby udzielić odpowiedzi na co najmniej następujące pytania:

1. Czy w świetle aktualnej wiedzy technicznej istnieje technologia budowy nawierzchni drogowych wykonanych z betonu cementowego umożliwiająca utrzymanie parametrów szorstkości nawierzchni opisanych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w GJ i PFU przez okres co najmniej 5 do 10 lat od oddania drogi do użytkowania, bez konieczności przeprowadzania okresowego uszorstnienia nawierzchni drogi w zależności od faktycznego natężenia ruchu drogowego oraz sposobu eksploatacji drogi?

oraz

2. Jakie czynniki mają znaczenie dla utraty przez nawierzchnię drogi wykonanej z betonu cementowego właściwości parametru szorstkości?

Ponadto, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że wyniki badań zawarte w treści odpowiedzi na odwołanie zostały przedstawione wybiórczo, w sposób nierzetelny, bez uwzględnienia rzeczywistego zużycia drogi. Ponadto przedstawiono badania nieaktualne. W opinii Odwołującego taka prezentacja badań wprowadza w błąd i kreuje obraz nieodpowiadający rzeczywistości. Zamawiający nie zaprezentował również żadnych badań z okresu odpowiadającego okresowi gwarancji dla Postępowania.

Odwołujący zawniósł również do Zamawiającego o przekazanie aktualnych badań przeprowadzonych w roku 2016, zwłaszcza dla dróg betonowych, które mogą stanowić odniesienie dla odcinka objętego odwołaniem: S-8 na odcinku Piotrków Trybunalski – Warszawa (w odpowiedzi na odwołanie przekazane dane nieaktualne sprzed 2 lat), oraz wykonanych 5-10 lat temu m.in: A4 Wrocław – Krzyżowa oraz np. S-18, A2 Świecko – Nowy Tomyśl.

Uzasadniając ww. wniosek Odwołujący podkreślił, że na podstawie danych zawartych w dokumencie GDDKiA „Raport o stanie technicznym nawierzchni sieci dróg krajowych na koniec 2015 roku” (str. 20) Zamawiający włączył do systemu diagnostyki nawierzchnie betonowe w 2007 roku. Powinien więc dysponować i przedstawić wartości parametru szorstkości z wielu lat np. po 9 latach od oddania betonowej nawierzchni Autostrady A-18 Olszyna – Golnice (70,9 km jezdni północnej).

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili:

1. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. wykonawca Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie,
3. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Strabag Infrastruktura Południe sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu,
4. wykonawca MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie,
5. wykonawca PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie,
6. wykonawca Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie. Uczestnicy postępowania odwoławczego wsparli stanowisko Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący dodatkowo wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści zarządzenia Nr 7 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 9 maja 2016 r. w sprawie stosowania wymagań technicznych na drogach krajowych dotyczących wykonania warstw nawierzchni asfaltowych oraz załącznika do zarządzenia nr 47 Generalnego Dyrektora

Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 25 września 2014 r. pn.: Nawierzchnie asfaltowe na drogach krajowych, WT-2 2014 – część I: Mieszanki mineralno-asfaltowe. Wymagania techniczne (dowód „O5”), na okoliczność opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wyłączający wykonawcom swobodę w doborze metod i środków jego realizacji w odniesieniu do nawierzchni.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Rozstrzygnięcie o zgłoszonych przystąpieniach i przesłankach wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp

Izba postanowiła dopuścić wszystkich wykonawców zgłaszających przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego stwierdzając, że spełnili oni przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

II. Omówienie materiału dowodowego i stanu faktycznego sprawy

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami oraz dokumentów załączonych do odwołania, odpowiedzi na odwołanie i złożonych do akt postępowania odwoławczego na rozprawie, z wyłączeniem dowodu O3, który został złożony w języku obcym z pominięciem jego tłumaczenia (por. § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t.). Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny (brzmienie zaskarżonych postanowień SIWZ) nie był przedmiotem toczącego sporu i nie wymaga odrębnego omówienia.

III. Zakres zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu

Skład orzekający uwzględnił przy orzekaniu, że Odwołujący cofnął na rozprawie zarzuty oznaczone w odwołaniu w następujący sposób: zarzuty I – IV, żądanie 2, 5, 18, 20, 31 i zarzut VIII. W konsekwencji braku między stronami sporu w powyższym zakresie zarzuty te nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu.

Wydając rozstrzygnięcie Izba nie mogła ponadto pominąć, w świetle przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, dokonanej przez Zamawiającego w dniu 25 listopada 2016 r. zmiany postanowień

SIWZ w zakresie, w jakim odnosiła się ona do przedmiotu zaskarżenia (zob. dowód Z2). Mając na względzie okoliczność, że w chwili zamknięcia rozprawy część zaskarżonych postanowień SIWZ nie istniała (została zastąpiona nową treścią), czemu nie towarzyszyło cofnięcie odnoszących się do nich zarzutów, skład orzekający stwierdził, że przesądzanie o ich zasadności nie jest celowe. Nawet gdyby okazało się bowiem, że którykolwiek z tej kategorii zarzutów był zasadny, to – biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 Pzp – odwołanie nie mogłoby zostać uwzględnione z uwagi na brak wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik Postępowania.

IV. Rozstrzygnięcie o podlegających merytorycznemu rozpoznaniu zarzutach odwołania

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

IV.1. Uwagi ogólne odnoszące się do zarzutów dotyczących OPZ (zarzuty I-IV odwołania)

Stosownie do przepisu art. 31 ust. 2 Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą PFU.

Wspomniany dokument został zdefiniowany przez wskazanie celów, których realizacji ma służyć, a wynikających z § 15 Rozporządzenia. W świetle wspomnianego przepisu PFU służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Merytoryczna zawartość PFU opisana została w § 18 i 19 Rozporządzenia przez wskazanie na elementy składowe części opisowej i informacyjnej tego dokumentu.

Zgodnie z § 18 ust. 1 Rozporządzenia część opisowa zawiera (1) opis ogólny przedmiotu zamówienia i (2) opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ramach opisu ogólnego przedmiotu zamówienia podaje się informacje dotyczące charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych, aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia, ogólnych i szczegółowych właściwości funkcjonalno-użytkowych (§ 18 ust. 2 Rozporządzenia). Z kolei wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia definiowane są przez opis wymagań dotyczących przygotowania terenu budowy, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia i zagospodarowania terenu, obejmujący cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych i warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadające zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (§ 18 ust. 3 i 4 Rozporządzenia).

Część informacyjna PFU scharakteryzowana została w § 19 Rozporządzenia przez wskazanie na jej niezbędne elementy w postaci dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, oświadczenia zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, przepisów prawnych i norm związanych z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego i innych posiadanych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych.

Zestawienie powyższych regulacji prowadzi, w ocenie składu orzekającego, do wniosku, że PFU jest dokumentem stanowiącym w pewnej mierze ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu (*ad casum* drogi), co odróżnia go od dokumentacji projektowej określającej szczegółowo zakres i sposób wykonania przedmiotu zamówienia (por. przepisy Rozdziału II Rozporządzenia). Powyższe można zilustrować przykładem odnoszącym się do § 19 pkt 4 Rozporządzenia, który stanowi o posiadanych przez zamawiającego (nie zaś wszystkich istniejących, czy możliwych do pozyskania) informacjach i dokumentach niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych w zakresie przykładowo wskazanym w lit. a – i.

Ergo stwierdzić należy, że opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą PFU zakłada pewną niedookreśloność tego opisu wynikającą z uprawnienia wykonawcy do określenia szczegółowych rozwiązań technicznych na etapie sporządzania projektu budowlanego. Odpowiedzialność zamawiającego ogranicza się zatem do przygotowania PFU w zgodzie z przytoczonymi powyżej przepisami Rozporządzenia, wobec czego zarzuty stawiane opisowi przedmiotu zamówienia muszą wskazywać na ich naruszenie. Izba uznaje za niewystarczające jedynie ogólne odwołanie się do przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp stanowiącego generalne wytyczne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, jako że doznają one konkretyzacji właśnie na gruncie przepisów Rozporządzenia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, poza ogólnym wskazaniem na powyższą regulację oraz odwołanie się do § 15 Rozporządzenia, zawierającego – jak wskazano – funkcjonalną definicję PFU, nie wskazał zasadniczo (poza zarzutem związanym z kolizjami) na naruszenie przepisów Rozporządzenia charakteryzujących PFU.

Dokonując oceny poprawności opisu przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie można pomijać przyjętej przez zamawiającego formuły wynagrodzenia wykonawcy. W przypadku ryczałtu, przez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp, zastosowanie znajduje przepis art. 632 § 1 K.c., z którego wynika, że wykonawca nie może żądać od zamawiającego podwyższenia wynagrodzenia nawet jeśli w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac. Dowodzi to, że nieujęcie wszystkich elementów kosztotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia nie musi pozostawać

w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp, co jest szczególnie widoczne w przypadku zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj, która – wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU – wręcz zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia.

Z wynagrodzeniem ryczałtowym wiąże się obciążające wykonawcę ryzyko wyrażające się koniecznością określenia wynagrodzenia, które później, co do zasady, nie będzie podlegało zmianie. Należy jednak zauważyć, że element ten został pozostawiony całkowitej swobodzie wykonawcy i jest swoistym remedium na nierówność uprawnień i obowiązków stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w której wynagrodzenie ma charakter ryczałtu. Trzeba mieć wreszcie na względzie i ten skutek przyjęcia ryczałtowego modelu wynagradzania wykonawcy, że w sytuacji, gdy wykona on jakieś roboty w zakresie mniejszym niż zakładany na etapie sporządzania oferty, bądź nie wykona jakichś robót w ogóle (choćby z uwagi na ich zbędność dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia ujawnioną na etapie wykonania umowy), to należne mu będzie wynagrodzenie w pierwotnej ustalonej przez niego wysokości.

Co więcej, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający przyjmując formułę ryczałtu, którego wysokość – jak wskazano – zasadniczo nie podlega zmianom, przewidział w szeregu postanowień WSK odstępstwa od tej zasady, przyznając wykonawcy uprawnienia do wystąpienia do niego o przedłużenie Czasu na Ukończenie, czy Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (zob. przykładowo Subklauzulę 4.12, czy 13.1 WSK).

Co zaś dotyczy oceny opisu przedmiotu zamówienia przez pryzmat przepisów art. 353¹ K.c. oraz art. 5 K.c. (przez odesłanie zawarte w przepisach art. 14 i 139 Pzp) Izba zwraca uwagę, że samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów. Trzeba mieć bowiem na względzie, że nawet w klasycznych (tj. powstających poza sferą zamówień publicznych) stosunkach cywilnoprawnych faktyczna nierówność stron umowy nie wymaga żadnego uzasadnienia, jeżeli sytuacja taka objęta jest ich zgodną wolą. O ile jednak we wspomnianej powyżej sferze jest to jedynie jedna z ewentualności, o tyle na gruncie zamówień publicznych nierówność stron stanowi regułę, której źródła – czego odwołujący nie biorą niejednokrotnie pod uwagę – upatrywać należy nie tylko w szczególnym statusie zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych, ale również w okoliczności, że co do zasady zamawiający nie ma swobody wyboru kontrahenta, z którym zawrze umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji li tylko stwierdzenie istnienia nieproporcjonalności, czy też obarczenia wykonawcę większością, bądź nawet wszystkimi ryzykami związanymi z realizacją zamówienia, nie jest wystarczające. Konieczne jest wykazanie, że powyższy stan rzeczy narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczny z naturą stosunku lub jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązujących przy stosunkach danego rodzaju. Odwołanie które na takie naruszenia nie wskazuje uznać należy jedynie za wyraz dążenia do ukształtowania stosunku obligacyjnego w sposób bardziej korzystny dla odwołującego, co wyklucza możliwość jego uwzględnienia. Należy przy tym pamiętać, że pozycja wykonawcy, nawet w zamówieniach publicznych, nie jest całkowicie przymusowa, tzn. jest on wyłącznie uprawniony do podjęcia decyzji w przedmiocie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto – jak wspomniano – ma swobodę w ustalaniu wysokości wynagrodzenia, które zamierza uzyskać za jego realizację.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania dotyczących OPZ Izba zważyła, co następuje.

IV.2. Zarzuty I-IV, żądanie 1 (dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna)

Zarzuty nie potwierdziły się.

Podkreślić należy, że dokumentom których kompletność i rzetelność została przez Odwołującego zakwestionowana Zamawiający nadał walor wiążących (argument z pkt 1.4.1.1 lit. A PFU, pkt 08 i 09). *Ergo*, Zamawiający zasadnie powołał się na Subklauzulę 1.9 WSK opisującą procedurę postępowania w przypadku błędów w Wymaganiach Zamawiającego wynikających z przywołanej dokumentacji, zgodnie z którą wykonawca, w razie poniesienia kosztu lub doznania opóźnienia, będzie uprawniony do wystąpienia o przedłużenie Czasu na Ukończenie i Płatność pokrywającą poniesiony koszt (z wyłączeniem zysku, co wynika z modyfikacji omawianej subklauzuli dokonanej przez Zamawiającego).

W konsekwencji zarzuty odwołania nie mogły się ostać, a żadaną przez Odwołującego zmianę uznać należało za skonsumowaną treścią przedmiotowej subklauzuli.

IV.3. Zarzuty I-IV, żądania 10-17 (kolizje)

Zarzuty okazały się trafne.

Pomijając, za względów wskazanych w pkt III uzasadnienia wyroku, merytoryczną ocenę wprowadzonej przez Zamawiającego zmiany generalnej zasady odnoszącej się do kolizji, ujętej w pkt 1.4.1.7 PFU, skład orzekający stwierdził, że pozostają z nią w sprzeczności postanowienia pkt 1.4.1.7.4 – 1.4.1.7.6 PFU, dotyczące przebudowy sieci

i urządzeń, w tym usunięcia kolizji, w zakresie – odpowiednio – sieci energetycznych, urządzeń melioracyjnych i innych sieci i urządzeń.

Zgodnie z ogólną regułą obowiązującą w odniesieniu do przebudowy instalacji i infrastruktury (pkt 1.4.1.7 PFU) brak skutku w postaci przedłużenia Czasu na Ukończenie i zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej dotyczyć ma wyłącznie zmian w zakresie przebudowy sieci, w tym usunięcia kolizji, które nie zostały zidentyfikowane w opracowanej przez wykonawcę dokumentacji projektowej, pomimo że przy zachowaniu przez niego należytej staranności powinny zostać zidentyfikowane. Z kolei w przytoczonych powyżej postanowieniach szczegółowych zmiany w zakresie przebudowy sieci/urządzeń nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, a w przypadku sieci energetycznych – również Czasu na Ukończenie, niezależnie od towarzyszących tym zmianom okoliczności.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził niespójność postanowień SIWZ uzasadniając nakazanie Zamawiającemu usunięcia z ww. postanowień PFU wspomnianych klauzul, o czym orzeczono w pkt 1.2 – 1.4 sentencji wyroku.

IV.4. Zarzuty I-IV, żądanie 3 (koordynacja prac)

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Dokonana przez Zamawiającego zmiana pkt 1.4.1.1 PFU wyczerpywała żądanie 3 lit. b (str. 4 odwołania), zaś Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia pozostałych żądań Odwołującego.

Skład orzekający stwierdza, że kwestie oznaczenia terminu, w którym wykonawca otrzyma od innego uczestnika procesu inwestycyjnego rozwiązania umożliwiające koordynację prac oraz wskazania przez niego osoby odpowiedzialnej za koordynację powinny być ustalone pomiędzy wykonawcami zobowiązanymi do skoordynowania prowadzonych przez siebie robót i brak jest argumentów przemawiających za zaangażowaniem Zamawiającego w owe ustalenia. Izba jest zdania, że stawianie wykonawcom tego typu oczekiwań jest uzasadnione posiadaniem przez nich statusem profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego.

W odniesieniu do ostatniego z żądań związanych z przedmiotowymi zarzutami (określenie parametrów ilościowych i jakościowych dla wód opadowych ze zlewni odcinka sąsiedniego do ujęcia w system odcinka objętego kontraktem) skład orzekający uznał, że uzasadnienie odwołania (str. 22-23) całkowicie pomija tę kwestię, wobec czego jej zasadność nie mogła zostać rozważona. Obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego dla podniesionych w odwołaniu zarzutów (argument z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie

regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t.), czemu nie sprostał w odniesieniu do podstaw faktycznych zarzutu.

IV.5. Zarzuty I-IV, żądanie 4 (przebudowa innych dróg)

Zarzuty nie potwierdziły się.

Izba nie zgadza się z Odwołującym w ocenie zakwestionowanego postanowienia pkt. 1.4.1.1 PFU (str. 15 PFU), w zakresie w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek zaprojektowania i wybudowania dróg innych niż droga ekspresowa (obsługujących tereny przyległe do inwestycji i przywracające naruszone połączenia drogowe), w tym uzgodnienia z przyszłymi ich zarządcami zakresu budowy i przebudowy i ustaleń ich przyszłej kategorii. Zamawiający trafnie wskazywał na zawarty w pkt 1.4.1.3.2 PFU zakres kwestionowanego zobowiązania wykonawcy, a wyrażane przez Odwołującego w tej kwestii obawy o tożsamość obowiązków wynikających z przywołanych postanowień PFU nie doznały konkretyzacji w postaci wskazania na konkretne różnice pomiędzy nimi.

W pozostałym zakresie Izba odsyła do rozważań zawartych w pkt IV.1 niniejszego uzasadnienia.

IV.6. Zarzuty I-IV, żądanie 6 (koszty eksploatacji)

Zarzuty odwołania Izba uznała za trafne.

Zdaniem składu orzekającego, nawet przy uwzględnieniu przywołanej przez Zamawiającego zmiany treści pkt 1.4.1.1 PFU, wykonawca nie ma wiedzy jakie okoliczności stanowić mogą podstawę odmowy zatwierdzenia proponowanych przez niego rozwiązań, niezależnie od tego, czy mają one charakter innowacyjny, czy też nie.

W powyższym zakresie konieczne stało się zatem doprecyzowanie postanowień SIWZ przez wskazanie na okoliczności, które będą uprawniały Zamawiającego do odmowy zatwierdzenia koncepcji proponowanej przez wykonawcę, o czym orzeczono w pkt 1.1 sentencji wyroku.

Co zaś dotyczy oczekiwania przedstawienia Zamawiającemu instrukcji utrzymania i przewidywanych kosztów eksploatacji rozwiązania innowacyjnego skład orzekający uznaje ten wymóg za uzasadniony, jako że w takich przypadkach Zamawiający może nie mieć wiedzy o szczegółach proponowanego mu rozwiązania, co z kolei może spowodować niezasadną odmowę jego zatwierdzenia.

W kwestii braku definicji rozwiązania innowacyjnego Izba stwierdza, że zarzut taki nie został sformułowany w odwołaniu, wobec czego nie mógł być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, przedmiotem orzekania.

IV.7. Zarzuty I-IV, żądanie 7 (komunikacja zbiorowa)

IV.8. Zarzuty I-IV, żądania 8 i 9 (cieki wodne)

IV.9. Zarzuty I-IV, żądanie 19 (infrastruktura techniczna niezwiązana z budową drogi ekspresowej)

Zarzuty z pkt IV.7 – IV.9 powyżej podlegały oddaleniu.

W powyższym zakresie Izba odsyła do rozważań zawartych w pkt IV.1 uzasadnienia.

IV.10. Zarzuty I-IV, żądania 21 i 23 (zabezpieczenia akustyczne)

Zarzuty okazały się niezasadne

Nie ulega wątpliwości, że decyzja środowiskowa zaliczona została do dokumentów o charakterze wiążącym oraz, że Zamawiający przewidział jednocześnie wyłączenie wiążącego charakteru zawartych w niej informacji dotyczących zabezpieczeń akustycznych (zob. pkt 1.4.1.1 lit. A pkt 02 PFU). Z powyższego, wbrew zapatrywaniom Odwołującego, nie wynika obowiązek przewidzenia przez wykonawcę na etapie sporządzania oferty wymagań, które wówczas nie będą znane, a które mogą w omawianym zakresie wpływać na wymiar świadczenia wykonawcy wynikającego z decyzji środowiskowej.

W pozostałym zakresie Izba odsyła do argumentacji przedstawionej w pkt IV.1 uzasadnienia.

IV.11. Zarzuty I-IV, żądania 22 i 30 (audyt BRD)

Izba, wobec dokonanej przez Zamawiającego zmiany pkt 1.4.1.11 PFU i pkt 2.3 Specyfikacji na Projektowanie SP.00.00.00, odsyła w tym zakresie do rozważań zawartych w pkt III niniejszego uzasadnienia.

IV.12. Zarzuty I-IV, żądania 24 i 25 (harmonogram prac archeologicznych)

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutów.

Przede wszystkim należy zauważyć, że z pkt 1.4.1.1 lit. A pkt 03 – 04 PFU wynika wiążący wykonawcę charakter dokumentów odnoszących się do badań archeologicznych i wynikający z nich zakres niezbędnych prac powinien stanowić podstawę wyceny oferty wykonawcy. Jak trafnie wskazywał Zamawiający we wspomnianym dokumencie z pkt 03 zawarto informacje dotyczące lokalizacji stanowisk archeologicznych.

Ponadto, w świetle dokonanej modyfikacji Subklauzuli 2.1, Zamawiający wskazał na ogólny termin udostępnienia terenu stanowisk archeologicznych (120 dni od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności lub 150 dni od daty, w której decyzja ZRID, której nie został nadany rygor natychmiastowej wykonalności, stała się ostateczna).

Odwołujący nie przedstawił Izbie argumentów przemawiających za koniecznością dalszego uszczegóławiania tego postanowienia przez wskazanie terminów udostępnienia poszczególnych działek, na których sytuowane są stanowiska.

IV.13. Zarzuty I-IV, żądanie 26 (kanalizacja teletechniczna)

Zarzuty nie mogły się ostać.

Skład orzekający uznał, że na podstawie kwestionowanego postanowienia PFU nie sposób twierdzić o niebezpieczeństwie otrzymania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert. Izba doszła również do wniosku, że nawet gdyby jednak tak było (za czym nie przemawiają jednak żadne argumenty), to proponowana przez Odwołującego modyfikacja pkt 2.1.1.1.3 PFU nie doprowadziłaby do usunięcia tego stanu rzeczy.

W pozostałym zakresie Izba odsyła do wywodów ujętych w pkt IV.1 uzasadnienia w części dotyczącej formuły zaprojektuj i wybuduj.

IV.14. Zarzuty I-IV, żądanie 27 (analiza wielokryterialna)

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził, że stanowisko Odwołującego o możliwości przyjęcia przez wykonawców różnych wag dla kryteriów odnoszących się do analizy było błędne. W szczególności zwrócono uwagę, że postanowienie SIWZ, z którego Odwołujący wyciągnął taki wniosek odnosić należy do wykonawcy, który uzyska przedmiotowe zamówienie, nie zaś do wykonawców ubiegających się o jego udzielenie. Innymi słowy dotyczy ono etapu realizacji inwestycji, nie zaś przygotowania oferty.

Co więcej, przywołany w nim obowiązek współpracy Zamawiającego i wykonawcy w ustaleniu wag dla przyjętych w analizie kryteriów nie został obwarowany żadną sankcją, wobec czego należy go poczytywać za zobowiązanie stron umowy do współdziałania, co wynika z wzajemnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego.

IV.15. Zarzuty I-IV, żądanie 28 (KSPO)

Zarzuty należało oddalić.

Zdaniem składu orzekającego twierdzenie o istnieniu dużego ryzyka konieczności wprowadzenia przez wykonawcę zmian do harmonogramu realizacji i opracowanej dokumentacji, będących następstwem współpracy z operatorem KSPO, było chybione. Zamawiający trafnie przywołał w odpowiedzi na odwołanie (str. 23 pisma procesowego) Subkaluzję 4.6 pkt (iii) WSK, z którego wynika, że przyjęte przez operatora KSPO rozwiązania techniczne nie mogą wpływać na zmianę warunków kontraktu, co stanowi

dla wykonawcy dostateczne zabezpieczenie przed powstaniem ryzyk opisanych w tym zarzucie odwołania.

W odniesieniu do twierdzenia o nieuczciwości postanowienia nakładającego na wykonawcę obowiązek wykazania, że ewentualne wady nie wynikają z przyczyn tkwiących w rzeczy lub że nastąpiły z na skutek działania operatora KSPO lub jego podwykonawcy Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej merytorycznej argumentacji.

IV.16. Zarzuty I-IV, żądanie 29 (pozwolenie wodnoprawne) – zarzuty były nietrafne

Zarzuty podlegały oddaleniu.

W powyższym zakresie Izba odsyła do rozważań zawartych w pkt IV.1 uzasadnienia.

IV.17. Zarzut V – niedozwolona treść Subklauzuli 4.4 WSK, pkt III

Zarzut okazał się chybiony. Skład orzekający nie stwierdził, aby zaskarżona część Subklauzuli 4.4 WSK naruszała przepisy przywołane w *petitum* odwołania.

Przede wszystkim podkreślić należy, że błędne było przekonanie Odwołującego, jakoby dopuszczalny zakres ingerencji Zamawiającego w umowy podwykonawcze wynikał wyłącznie z solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia, o której mowa w przepisie art. 647¹ § 5 K.c.

Wyjaśnienia wymaga, że zgodnie z art. 647¹ K.c. roboty budowlane mogą być wykonane przez wykonawcę albo samodzielnie albo przy pomocy (udziale) podwykonawców. W drugim przypadku trzeba mieć na uwadze m.in., że – po pierwsze – z umowy wykonawcy z inwestorem (zamawiającym) musi wynikać zakres podwykonawstwa (art. 647¹ § 1 K.c.), po drugie – zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą, jak również podwykonawcy z dalszym podwykonawcą, wymaga uzyskania przynajmniej milczącej zgody – odpowiednio – inwestora albo inwestora i wykonawcy (art. 647¹ § 2 i 3 K.c.), po trzecie – że zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (art. 647¹ § 5 K.c.). Podkreślenia wymaga przy tym, że odmienne postanowienia umów pomiędzy inwestorem (zamawiającym) a wykonawcą, dotyczące umów wykonawcy z podwykonawcą czy też dalszym podwykonawcą, są – w zakresie uregulowanym w komentowanym przepisie – z mocy prawa nieważne (art. 647¹ § 6 K.c.). W kwestii omawianego zarzutu istotne jest przede wszystkim, że z przytoczonego powyżej przepisu wynika obowiązek przedstawienia inwestorowi (zamawiającemu) umów podwykonawczych (projektów umów), skorelowany z przysługującym mu prawem ingerowania w ich treść.

W związku z istnieniem możliwości dokonywania wspomnianej ingerencji, wyrażającej się prawem zgłaszania przez Zamawiającego sprzeciwu lub zastrzeżeń, koniecznym jest ustalenie jej dopuszczalnego zakresu. W tym miejscu należy odwołać się, jak to uczynił sam Odwołujący, do przepisu art. 353¹ K.c. wskazującego nie tylko na swobodę umów, ale również na jej ograniczenia (treść lub cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego), pamiętając przy tym, że zasada ta na gruncie zamówień publicznych rozumiana jest specyficznie (zob. wywody zawarte w pkt IV.1 uzasadnienia).

Następnie, odnosząc się do regulacji obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, należy zauważyć, że w art. 36 ust. 2 pkt 11a Pzp ustawodawca określił, że w przypadku, gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej, SIWZ zawiera, w przypadku zamówień na roboty budowlane, wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania.

Z powyższym uprawnieniem zamawiającego związany jest wynikający z przepisu art. 143b ust. 1 Pzp, a ciążyący na wykonawcy, podwykonawcy lub dalszym podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane, obowiązek przedstawienia zamawiającemu projektu umowy na podwykonawstwo robót budowlanych, jeżeli zamierzają oni takową zawrzeć. Dodatkowo, jeżeli inicjatywę w omawianym zakresie przejawia podwykonawca lub dalszy podwykonawca, ma on obowiązek załączyć do projektu umowy zgodę wykonawcy na jej zawarcie w brzmieniu wynikającym z treści projektu. W takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego, w świetle przepisu art. 143b ust. 3 Pzp, jest zgłoszenie w określonym terminie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, która: (1) nie spełnia wymogów określonych postanowieniami SIWZ lub (2) przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w art. 143b ust. 2 Pzp. Już chociażby ze wspomnianego odesłania wynika, w przekonaniu składu orzekającego, jednoznacznie, że zamawiający ma prawo określić skonkretyzowane postanowienia jakie mają zostać zawarte w umowie o podwykonawstwo.

Izba podkreśla w tym miejscu, że podziela wyrażone w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, że przepis art. 143b ust. 3 Pzp przewiduje dwie odrębne przesłanki odmowy zaakceptowania przez zamawiającego wzoru umowy o podwykonawstwo. Jedna z nich, określona w art. 143 ust. 3 pkt 2 Pzp, ma charakter obligatoryjny, związany z naruszeniem przepisu art. 143b ust. 2 Pzp, natomiast druga (art. 143b ust. 3 pkt 1 Pzp) – fakultatywny (zależny od woli zamawiającego, co wynika z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a *in fine* Pzp). Istotne jest jednak, że druga z ww. przesłanek związana jest z uprawnieniem zamawiającego do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych, zatem – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wykracza poza

gwarancyjną rolę zamawiającego w odniesieniu do wypłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Na marginesie można zauważyć jaki jest stosunek komentowanych regulacji K.c. i Pzp. Zgodnie z art. 143c ust. 8 Pzp przepisy art. 143a – 143d Pzp nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647¹ K.c. W ocenie Izby powyższe przepisy określają zatem procedurę postępowania przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane w sytuacji korzystania przez wykonawcę z podwykonawstwa w zakresie ustalania kręgu podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz procedurę bezpośredniej wypłaty przez zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom w przypadku, gdy od zapłaty tego wynagrodzenia uchyla się wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca. W konsekwencji Izba stanęła na stanowisku, że przepisy Pzp w sposób jednoznaczny i całościowy regulują podstawy do zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń i sprzeciwów, występowania z żądaniem zmian w umowach o podwykonawstwo oraz sankcji jaka może dotknąć wykonawcę z powodu niedochowania przewidzianej w nich procedury.

Podsumowując, z zestawienia powyższych regulacji wynika prawo zamawiającego do określenia zasad zawierania umów o podwykonawstwo bez wskazania na dopuszczalny zakres tego uprawnienia. Jego ograniczeń nie sposób upatrywać – jak chciał tego Odwołujący – w uzasadnieniu do projektu nowelizacji Pzp, na mocy której wprowadzono omówione powyżej przepisy. W jej treści znalazło się wprawdzie stwierdzenie, że kwestie relacji prawnych pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą, czy podwykonawcą, a dalszym podwykonawcą powinny być kształtowane z uwzględnieniem zasady swobody umów, niemniej jednak z zastrzeżeniem, że powyższe obowiązuje jedynie co do zasady. Oznacza to, że nie jest to bezwzględnie obowiązująca reguła i – w ocenie składu orzekającego – sytuacją, w której nie znajdzie zastosowania będzie skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia do określenia wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych, zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp. Co więcej, we wspomnianym uzasadnieniu do projektu nowelizacji wskazano na istotne przyczyny wyposażenia zamawiającego w taką kompetencję, związane z wpływem relacji prawnych pomiędzy uczestnikami procesu inwestycyjnego (wykonawców – podwykonawców – dalszych podwykonawców) na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych. Stwierdzono w nim wprost, że „zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy,

służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.” (zob. uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm RP VII kadencji, nr druku 1179, LEX/el.).

Co jednak najistotniejsze ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie zamawiającego w korzystaniu z powyższego uprawnienia, limitując je chociażby, zgodnie z intencją Odwołującego, do umożliwienia mu wpływu na postanowienia umów o podwykonawstwo w zakresie, w jakim dotyczą solidarnej odpowiedzialności zamawiającego wynikającej z art. 647¹ § 5 K.c. Powyższe nie może wprawdzie uzasadniać wniosku, że prawo zamawiającego do kształtowania omawianych stosunków prawnych jest niczym nieskrępowane, ponieważ jego granice stanowiąc będą bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Izba jest jednak zdania, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonując uprawnienie wynikające z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, zamawiający kształtował prawa i obowiązki strony umowy o podwykonawstwo w zakresie regulowanym sferą przepisów o charakterze dyspozytywnym, wybierając niejako za strony umowy określone rozwiązania. Należy się wprawdzie zgodzić z Odwołującym, że stanowi to ingerencję w swobodę kontraktowania, jednakże odbywa się ona za przyzwoleniem ustawodawcy, który – jak wspomniano – pozostawił zamawiającemu swobodę w określeniu wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, która służyć ma urzeczywistnianiu celów wzmiankowanej wcześniej nowelizacji Pzp.

Powyższy wywód nie pozostawał bez wpływu na uznanie bezzasadności przedmiotowego zarzutu, jako że Odwołujący tylko w przypadku jednego zakazanego przez Zamawiającego postanowienia umownego (lit. n) powołał się na przepis bezwzględnie obowiązujący (art. 505 pkt 4 K.c.), w pozostałym zakresie argumentując zasadniczo, że wymienione klauzule uznane przez Zamawiającego za niedozwolone dotyczą sfery objętej swobodą umów. Z kolei w przypadku wspomnianego wyjątku skład orzekający zwrócił uwagę, że odsyła on do przepisów szczególnych wyłączających potrącenie, których wskazania próżno szukać w treści odwołania.

Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację Izba uznała dowód Z1 za nieprzydatny do rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania.

IV.18. Zarzut VI – zmieniona Subklauzula 16.2 [Odstąpienie przez Wykonawcę]

Zarzut okazał się nietrafny.

Rozważenia wymagały trzy kwestie związane z treścią zaskarżonej subklauzuli WSK – terminy określone w lit. (a) i (b) Subklauzuli 16.2 oraz 14-dniowy termin na wykonanie przez wykonawcę prawa odstąpienia od umowy.

Zamawiający zmodyfikował termin określony w lit. (b) Subklauzuli 16.2 WSK zgodnie z żądaniem odwołania. Wobec tego skierowany przeciw jej pierwotnemu brzmieniu zarzut, nawet gdyby się potwierdził, pozostawałby – wobec nieistnienia w dacie orzekania zaskarżonego postanowienia SIWZ – bez wpływu na wynik Postępowania (zob. przepis art. 192 ust. 2 Pzp).

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego rzekomo zbyt długiego terminu z lit. (a) Subklauzuli 16.2 WSK. Odwołujący – poza ogólnikowym stwierdzeniem o naruszeniu zasad współżycia społecznego i przytoczeniu przepisu art. 353¹ K.c. oraz art. 5 K.c. – nie przedstawił argumentacji uzasadniającej oczekiwaną przez niego zmianę kwestionowanego terminu. Wobec powyższego Izba odsyła w tym zakresie do rozważań zawartych w pkt IV.1 niniejszego uzasadnienia.

Skład orzekający nie podzielił również argumentacji Odwołującego odnośnie postanowienia zastrzegającego wykonawcy 14-dniowy termin na wykonanie przez wykonawcę prawa odstąpienia od umowy. W powyższym zakresie Izba nie dopatrzyła się powodów, dla których ukształtowanie umownego prawa odstąpienia od umowy (art. 395 K.c.), upodabniające je w istocie do przewidzianego w przepisie art. 492 K.c. tożsamego uprawnienia wynikającego z przepisów K.c., byłoby niedopuszczalne. Podkreślenia również wymaga, że zakwestionowane określenie umownego prawa odstąpienia nie wyłącza możliwości skorzystania z innych niż wynikająca z przepisu art. 492 K.c. ustawowych możliwości odstąpienia od umowy.

Izba odmówiła wiarygodności twierdzeniom Odwołującego odnośnie niewystarczającej długości terminu na wykonanie omawianego prawa. Zwrócono bowiem uwagę, że zdarzenia (okoliczności) powodujące rozpoczęcie biegu 14-dniowego terminu nie dotyczą sytuacji nagłych, powstających „z dnia na dzień”, a związane są z istnieniem (utrzymywaniem) określonych w lit. (a) – (c) Subklauzuli 16.2 WSK stanów przez pewien okres czasu, co przeczy twierdzeniom Odwołującego o konieczności pośpiesznego podejmowania przez wykonawcę decyzji o odstąpieniu od umowy.

IV.19. Zarzut VII – zmieniona Subklauzula 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2 (zarzut VII)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zdaniem Izby Odwołujący niezasadnie utożsamił instytucję przedawnienia roszczeń ze zrzeczeniem się uprawnienia wynikającego z braku wykonania obowiązku przekazywania

Zamawiającemu informacji istotnych dla zapewnienia terminowego wykonania umowy. W pierwszym przypadku chodzi o niemożność skutecznego zgłaszania roszczeń z racji upływu czasu od wydarzenia powodującego powstanie roszczenia, w drugim – o konsekwencje niewykonania powinności umownej (niedochowania aktów staranności) w określonym czasie. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w sytuacji, w której wspomniana procedura zostanie przez wykonawcę zachowana roszczenie przedawniać się będzie na zasadach ogólnych, wynikających z przywołanych w *petitum* odwołania przepisów K.c. o przedawnieniu roszczeń.

Co więcej, Izba zwraca uwagę, że zakwestionowana przez Odwołującego procedura ujęta w Subklauzuli 20.1 WSK nie dotyczy roszczeń związanych z *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. W szczególności nie niweczy ona ani wzajemnego charakteru takiej umowy, ani, co do zasady, jej odpłatności, wobec czego przedstawioną w odwołaniu argumentację dotyczącą powstania wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia uznać należało za chybioną. Sporna subklauzula dotyczy bowiem, w omawianym aspekcie (odpłatności i wzajemności umowy), roszczenia o dodatkową płatność, co odnosić należy do zapłaty za wykonanie robót, które nie zostały ujęte w przewidzianym umową wynagrodzeniu wykonawcy. Powyższe, w ocenie składu orzekającego, należy odnieść także do pozostałych wymienionych w Subklauzuli 20.1 WSK roszczeń, dla których przewidziano zaskarżoną procedurę. Na marginesie zaznaczyć należy, że w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił argumentów o sprzeczności przedmiotowej subklauzuli z przepisami prawa. Przesądza to, że roszczenia ujęte w komentowanym postanowieniu WSK mają charakter dodatkowy.

W konsekwencji Izba stwierdza, że zgłoszenie takiego dodatkowego roszczenia w celu jego dochodzenia na warunkach kontraktu nie jest obowiązkiem, a uprawnieniem wykonawcy. Jeżeli zatem wykonawca, w związku z określonym zdarzeniem uprawniającym go do zgłoszenia takiego roszczenia (np. uprawniającym do żądania przedłużenia Czasu na Ukończenie) zaniecha wykonania przysługującego mu uprawnienia, to strony mogą w umowie przewidzieć taki skutek tego zaniechania, jakim jest właśnie brak powstania wspomnianego, niezgłoszonego, roszczenia. Źródłem takiego uregulowania jest, zdaniem składu orzekającego, przepis art. 353¹ K.c., nie dopatrzone się bowiem, aby treść lub cel omawianej subklauzuli sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Dodatkowo należy zauważyć, że przewidziane przez Zamawiającego akty staranności dotyczą roszczeń, których źródłem są postanowienia umowy, co nie wyłącza, chociażby w zakresie żądania dodatkowej płatności, oparcia go o przepisy K.c. dotyczące materii bezpodstawnego wzbogacenia.

IV.20. Zarzut IX – parametr szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)

Zarzut podlegał oddaleniu.

W ocenie Izby zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia nie była kwestia techniczna, której ustalenie wymagałoby wiadomości specjalnych, a odpowiedź na pytanie natury prawnej, tj. czy Zamawiający jest uprawniony do oczekiwania, aby w okresie gwarancji jakości przedmiot zamówienia zachowywał określone właściwości opisane w treści gwarancji. Nie były bowiem w sprawie sporne okoliczności, że – po pierwsze – wybudowanie drogi, dla której osiągnięty zostanie parametr szorstkości nawierzchni na poziomie wymaganym przez Zamawiającego jest technicznie możliwe, a nawet wymagane przepisami prawa (zob. załącznik nr 6 do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, z którego wynika, że wartości omawianego parametru mogą być nawet wyższe i wynosić, w przypadku dróg klasy A, S, dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego, przy prędkości 60 km/h $\geq 0,49$, przy prędkości 90 km/h 0,44 oraz dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic, przy prędkości 60 km/h $\geq 0,51$). Po drugie – nie ulega wątpliwości, że wartość miarodajnego współczynnika tarcia ulega degradacji będącej następstwem użytkowania drogi i może być podniesiona przez zastosowanie tzw. „zabiegów uszorstniających”. Z powyższych przyczyn skład orzekający doszedł do przekonania, że przedstawione przez Odwołującego wyniki badań (dowody O1, O2, O4) i podnoszona przez strony w tym zakresie argumentacja nie dotyczyły kwestii stanowiącej *clou* problemu i toczzonego w postępowaniu odwoławczym sporu, zatem ocenę ich kompletności oraz rzetelności należało pozostawić na boku. Odwołujący kwestionował bowiem zasadność zobowiązania o charakterze gwarancyjnym, wobec czego rozważenia wymagała natura gwarancji jakości, nie zaś techniczne aspekty obowiązków mających stanowić jej treść. W konsekwencji Izba oddaliła wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego przyjmując za podstawę takiego rozstrzygnięcia przyjmując przepis art. 190 ust. 6 *in fine* Pzp (dowód powołany jedynie dla zwłoki).

W ocenie składu orzekającego natura gwarancji jakości zakłada utrzymanie przedmiotu świadczenia (w okolicznościach sporu – wybudowanej drogi) w stanie niepogorszonym przez cały okres trwania gwarancji. Niesprostanie tym wymaganiom oznacza wadliwe wykonanie przedmiotu zamówienia i powoduje konieczność jego naprawy, czyli w okolicznościach sporu zabiegu „uszorstniania”. Wykonywanie napraw w okresie gwarancyjnym jest normalną praktyką rynkową, zgodną – co warto podkreślić – z istotą gwarancji. Gwarant musi bowiem zakładać, że w okresie gwarancji mogą zajść okoliczności uzasadniające wystąpienie przez podmiot uprawniony z gwarancji z roszczeniem o przywrócenie przedmiotu świadczenia do stanu niepogorszonego, tj. do stanu opisanego w treści gwarancji. Brak jest przy tym podstaw

do utożsamiania takich czynności, jak chciał tego Odwołujący, z realizacją świadczeń objętych zamówieniami na utrzymanie dróg. W ocenie Izby to, czy wykonanie napraw będzie konieczne oraz ich liczba są zależne od wykonania umowy – standardu zrealizowanych prac budowlanych.

Skład orzekający uznał za nietrafne stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający tak precyzyjnie opisał sposób wykonania nawierzchni i materiały, z których ma zostać wykonana, że wykonawca nie ma swobody w doborze metod i środków realizacji przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie takiej tezy Odwołujący nie przedstawił dowodów lub chociażby zasadnych argumentów. Przedstawionej oceny nie zmienia dowód O5 dotyczący obowiązujących u Zamawiającego standardów wykonywania robót objętych przedmiotem zamówienia, jako że mają one źródło w obowiązujących normach i przepisach prawa. Abstrahując od okoliczności, że w razie nieistnienia tych dokumentów, wykonawca i tak musiałby stosować się do opisanych w nich standardów, to przede wszystkim nie dowodzą one tezy, że zamówienie można wykonać wyłącznie w jeden, z góry narzucony przez Zamawiającego, sposób. Izba jest zdania, że to od samego wykonawcy zależeć będzie, czy sięgnie do rozwiązań umożliwiających mu ograniczenie napraw nawierzchni, czy też wykona przedmiot zamówienia w oparciu o dotychczas stosowane rozwiązania licząc się z koniecznością wykonania napraw w większym rozmiarze lub liczbie. Obie te ewentualności wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty kalkulując koszty realizacji umowy.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań skład orzekający doszedł do wniosku, że rezygnacja ze spornego wymogu, biorąc pod uwagę przepisy przywołanego powyżej rozporządzenia, jest niedopuszczalna. Co zaś dotyczy żądania obniżenia parametru szorstkości do poziomu wskazanego w odwołaniu Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił argumentów przemawiających za jego uwzględnieniem. Takowego nie może bowiem stanowić stwierdzenie, że wartość wskaźnika podana w odwołaniu jest akceptowana w branży budowlanej, albo że oczekiwany przez Zamawiającego poziom omawianego współczynnika jest jednym z najwyższych w Europie. Pamiętać trzeba bowiem, że zamawiający mogą wymagać wysokiego standardu realizacji zamówień, z czym wiązać będzie się poniesienie przez nich większych kosztów z tego tytułu. *Ad casum* Odwołujący niezasadnie utożsamiał podwyższone oczekiwania Zamawiającego z nakładaniem na wykonawcę obowiązku wykonania świadczenia niemożliwego. Istotą problemu nie był jednak brak możliwości udzielenia Zamawiającemu gwarancji na warunkach przez niego opisanych, co Odwołujący uznał za niemożliwe, a jedynie to czy w jej okresie zajdzie konieczność ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności z tego tytułu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....