

**WYROK**

**z dnia 30 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska  
Robert Skrzyszewski  
Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 roku przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Mota-Engil Central Europe S.A., (2) Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A., z siedzibą dla lidera w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Przedsiębiorstwo Robót Mostowych MOSTY ŁÓDŹ S.A., (2) BUNTE POLSKA Sp. z o.o., (3) JOHANN BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG, (4) MIRBUD S.A., z siedzibą dla lidera w Łodzi** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Bilfinger Berger Budownictwo S.A., (2) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., (3) Bilfinger Berger Ingenieurbau GmbH, z siedzibą dla lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Ferrovial Agroman S.A., (2) BUDIMEX S.A., z siedzibą dla lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Astaldi S. p. A. Oddział w Polsce, (2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o., z siedzibą dla lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje wykreślenie w Tomie II SIWZ „Warunki Kontraktu” – Rozdział 4 „Warunki Szczególne Kontraktu” (Część II) Subklauzula 4.2. w zdaniu „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem” słów „(...) i Kontraktem”;

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, 10** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie** .....

.....

## Uzasadnienie

W dniu 18 stycznia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwaną w dalszej części w „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków ” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków ” i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz.I - odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, Etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z DW 721 ” przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dnia 31 marca 2012r., pod Nr 2012/S 64-103681.

*Odwołanie wniesiono wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), to jest na:*

1) postanowienie Tom I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Czas na Ukończenie”, nr warunku 1.1.3.3. & 8.2. w zakresie dodanego po słowach „32 miesiące od daty podpisania Umowy” - postanowienia, w którym Zamawiający określił Czas na Ukończenie poprzez wskazanie:

„: 5 m-cy - opracowanie Projektu Budowlanego, 5 m-cy uzyskiwanie decyzji ZRID, 22 m-ce roboty budowlane wraz z odbiorami oraz uzyskanie decyzji na użytkowanie.”

2) postanowienie Tom II SIWZ „Warunki Kontraktu” - Rozdział 4 „Warunki Szczególne Kontraktu (Część II) Subklauzula 4.2., w zakresie, w którym Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek utrzymania Zabezpieczenia Wykonania:

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

3) postanowienie Tom II SIWZ „Warunki Kontraktu” - Rozdział 4 „Warunki Szczególne Kontraktu (Część II) Subklauzula 8.3. Program, w zakresie, w którym przewiduje, że bez względu na istniejące okoliczności:

„Inżynier nie zaakceptuje Programu lub jego aktualizacji, jako zgodnych z Kontraktem,

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

Odwołujący podnosi, że wskazane przez niego postanowienia SIWZ naruszają następujące przepisy:

1) art. 29 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 484 § 1 zdanie drugie kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez podanie w Tomie I SIWZ - Rozdziale 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularzu 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” w rubryce: „Czas na Ukończenie”, nr warunku 1.1.3.3. & 8.2. terminów na ukończenie poszczególnych prac w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny i w konsekwencji skutkujący możliwością naliczenia przez Zamawiającego dwukrotnie kar umownych Wykonawcy za to samo zdarzenie;

2) art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nałożenie przez Zamawiającego na Wykonawcę postanowieniem Tom II SIWZ „Warunki Kontraktu” - Rozdział 4 „Warunki Szczególne Kontraktu (Część II) Subklauzula 4.2. obowiązku utrzymania Zabezpieczenia Wykonania w wysokości 10% przez cały okres obowiązywania umowy;

3) art. 7 ustawy Pzp, art. 140 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 484 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp poprzez określenie warunków wykonania umowy z Zamawiającym, w których Wykonawca nie może wykonać zobowiązania w taki sposób, aby nie zostały mu naliczone kary umowne.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści postanowienia Tom I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Czas na Ukończenie”, nr warunku 1.1.3.3. & 8.2. poprzez wykreślenie słów:

„: 5 m-cy - opracowanie Projektu Budowlanego, 5 m-cy uzyskiwanie decyzji ZRID, 22 m-ce roboty budowlane wraz z odbiorami oraz uzyskanie decyzji na użytkowanie”

2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści postanowienia Tom II SIWZ „Warunki Kontraktu” - Rozdział 4 „Warunki Szczególne Kontraktu (Część II) Subklauzula 4.2. poprzez wykreślenie słów:

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

3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści postanowienia Tom II SIWZ

„Warunki Kontraktu” - Rozdział 4 „Warunki Szczególne Kontraktu (Część II) Subklauzula 8.3. Program, poprzez dopisanie do tej Subklauzuli podkreślonego poniżej zwrotu:

„Inżynier nie zaakceptuje Programu lub jego aktualizacji jako zgodnych z Kontraktem w którym data zakończenia Robót łącznie z dokonaniem wszelkich formalności przewidzianych w Kontrakcie, w tym w szczególności uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie wykracza poza Czas na Ukończenie - **z wyłączeniem przypadku w którym przedstawienie przez Wykonawcę Programu nieprzekraczającego Czasu na Ukończenie nie jest możliwe - lub który sporządzony został z uwzględnieniem roszczeń nierozpatrzonych bądź odrzuconych przez Inżyniera lub Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 20.1”**

Zamawiający w dniu 4 stycznia 2013 roku wysłał do Odwołującego SIWZ za pomocą poczty kurierskiej. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 18 stycznia 2013 roku Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. wniósł odwołanie w ustawowo wymaganym terminie. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Wykonawca uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZP, co oznacza że odwołanie nie zawiera braków formalnych.

Wykazano, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i zamierza przygotować swoją ofertę oraz może otrzymać do realizacji zamówienie. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty będzie on zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi przez Zamawiającego, chociaż w swojej treści są one niezgodne z obowiązującymi przepisami. Jak wskazał Odwołujący treść SIWZ narusza zasady związane z prawidłowym prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowaniem zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Odnosząc się do poszczególnych postanowień SIWZ, zaskarżonych w *petitum* odwołania, Odwołujący podnosił, co następuje:

Ad 1)

Zamawiający w Formularzu 2.1. w Subklauzuli: 1.1.3.3 & 8.2 „Czas na Ukończenie” określił termin zakończenia robót na zadaniu: „32 m - ce od daty podpisania Umowy: 5 m - cy - opracowanie Projektu Budowlanego, 5 m - cy uzyskiwanie decyzji ZRID, 22 m - ce roboty budowlane wraz z odbiorami oraz uzyskanie decyzji na użytkowanie. Do czasu realizacji wlicza się również okresy zimowe.”

Odwołujący podnosi, że Zamawiający określił terminy wykonania tych robót w sposób sprzeczny z pozostałymi postanowieniami umowy i niejasny. Ponadto określenie terminów wykonania poszczególnych robót w sposób: „5 m - cy - opracowanie Projektu

Budowlanego, 5 m - cy uzyskiwanie decyzji ZRID, 22 m - ce roboty budowlane wraz z odbiorami oraz uzyskanie decyzji na użytkowanie” jest wadliwe przy uwzględnieniu terminu, od którego należy obliczyć rozpoczęcie biegu w/w okresów.

Odwołujący wskazuje, że:

W Subklauzuli 8.13 Zamawiający przewidział „Wymagania Minimalnej Ilości Wykonania”, określając, że Wykonawca jest zobowiązany wykonać prace w następujących terminach:

„Wymagana Minimalna Ilość Wykonania stanowi wykonanie w terminach:

Kamień Milowy nr 1 - wykonanie (optymalizacja) dokumentacji projektowej w terminie 150 dni od Daty Rozpoczęcia. W tym terminie Wykonawca uzyska zatwierdzenie dokumentacji projektowej zgodnie z Kontraktem oraz w przypadku koniecznym złoży wniosek o wydanie niezbędnych decyzji administracyjnych. Czas niezbędny do uzyskania decyzji administracyjnych wskazanych w zdaniu poprzednim nie jest objęty zakresem zobowiązań Wykonawcy opisanych jako Kamień Milowy nr 1, przy czym czas niezbędny do ich uzyskania wynikający z Prawa nie uprawnia Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz zmiany terminu osiągnięcia pozostałych Kamieni Milowych określonych w Warunkach Kontraktowych.

Kamień Milowy nr 2 - 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w terminie 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.”

Biorąc pod uwagę zacytowane powyżej postanowienia Subklauzuli 8.13 w zestawieniu z brzmieniem Subklauzuli 1.1.3.3. „Czas na Ukończenie” należy wskazać, że:

- 1) postanowienia te są wewnętrznie sprzeczne, bowiem Zamawiający z jednej strony zobowiązuje Wykonawcę do „opracowania Projektu budowlanego w terminie 5 miesięcy (1.1.3.3.) z drugiej zaś wskazuje, że wykonanie (optymalizacja) dokumentacji projektowej ma nastąpić w terminie 150 dni od Daty Rozpoczęcia. Odwołujący wskazuje, że termin „5 miesięcy” nie jest tożsamy w terminem „150 dni”.
- 2) oznaczenie terminów na Subklauzuli 1.1.3.3. jest niejasne dla Wykonawcy, bowiem nie sposób jednoznacznie określić, jaki charakter mają wprowadzone terminy w Subklauzuli 1.1.3.3. Nie wiadomo bowiem, czy Wykonawca powinien je traktować jako „odcinki” w rozumieniu kontraktowym (choć nie są one zawarte w wierszu Subklauzuli 1.1.5.6.), czy może należy je uznać za kamienie milowe, chociaż nie zostały one określone w Subklauzuli 8.13. Odwołujący podnosi, że także sam Zamawiający w Rozdziale 4 Warunki Szczególne Kontraktu (Część II) w Subklauzuli 1.1 Definicje w Dodatkowej Subklauzuli 1.1.3.11 „Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy) wskazał, że oznacza ona „wartość lub zakresy prac lub Robót jakie jest zobowiązany wykonać Wykonawca w terminie ustalonym w Załączniku do Ofert - Dane Kontraktowe”. Skoro tak, również w Załączniku do oferty - Dane Kontraktowe zawarte są zaskarżone postanowienia, pomimo że nie są wprost nazwane kamieniami milowymi.

Odwołujący wskazuje, że kwestia terminów zakończenia robót w Czasie na Ukończenie oraz w terminach wyznaczonych kamieni milowych jest nader istotna dla każdego Wykonawcy. Niedotrzymanie terminów umownych jest równoznaczne z naliczeniem bardzo wysokich kar umownych. Jeżeli Zamawiający będzie traktował terminy z Subklauzuli 1.1.3.3. jako kamienie milowe Wykonawca będzie ponosił karę umowną na podstawie Subklauzuli 8.7. pkt (c) oraz jednocześnie za przekroczenie Czasu na Ukończenie na podstawie Subklauzuli 8.7. pkt (a).

Odwołujący podnosi ponadto, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy określił terminy wykonania poszczególnych robót wskazując, że mają one być wykonane: „5 m-cy - opracowanie Projektu Budowlanego, 5 m-cy uzyskiwanie decyzji ZRID, 22 m-ce roboty budowlane wraz z odbiorami oraz uzyskanie decyzji na użytkowanie”.

W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający określił termin na wykonanie wszystkich prac, jako 32 miesiące od daty podpisania Umowy, również terminy „pośrednie” należałoby liczyć od tej daty. W takim przypadku powinny one zostać określone przez Zamawiającego odpowiednio na 5, 10 i 32 miesiące, a nie 5, 5 i 22 miesiące. Przy uznaniu, że Zamawiający w sposób prawidłowy wskazał te terminy, to jeżeli Wykonawca wykona projekt w terminie 2 miesięcy, to będzie możliwa interpretacja, że skróceniu uległ także termin wykonania zadania o 2 miesiące. Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza, że zapisy te są niejednoznaczne i wprowadzają możliwość odmiennej interpretacji przez Strony Umowy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że zaskarżone postanowienie narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest to opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, czego nie uczynił Zamawiający określając w sposób niejasny dla Wykonawcy termin wykonania zamówienia. Ponadto w przy obecnych niejednoznacznych zapisach warunków umownych kary umowne będą przysługiwały Zamawiającemu dwa razy to samo zaniechanie / działanie Wykonawcy. Jak wskazano powyżej Zamawiający będzie uprawniony do żądania zapłaty kar, raz za opóźnienie w zakończeniu robót, drugi za niedotrzymanie kamienia milowego. W ocenie zaskarżone postanowienia naruszają także art. 484 § 1 zdanie 2 kodeksu cywilnego. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem przy zastosowaniu kar umownych Zamawiający może żądać - jeżeli strony tak postanowiły - odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary, ale nie drugiej kary umownej za to samo zdarzenie.

W ocenie Odwołującego postanowienia naruszają także art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, bowiem o ile strony mogą ułożyć stosunek prawny według uznania, to treść tego stosunku lub cel nie mogą sprzeciwiać się naturze zawartej umowy. Istotną częścią zobowiązania Wykonawcy jest wykonanie umowy w terminie, a zatem niezbędne jest takie oznaczenie

tego terminu, aby możliwe było ustalenie przez Wykonawcę ciężącego na nim obowiązku.

Ad 2)

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią Subklauzuli 4.2. „Szczególnych Warunków Kontraktu (Część II) Zamawiający nałożył na Wykonawców obowiązek utrzymania Zabezpieczenia Wykonania: "Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem"

Jednocześnie w Tomie I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Zabezpieczenie Wykonania”, nr warunku 4.2. wskazał obowiązek Wykonawcy do udzielenia tego zabezpieczenia w wysokości: „10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto”.

Odwołujący podnosi, że treść Subklauzuli 4.2. zgodnie, z którą Wykonawca będzie zobowiązany do utrzymania Zabezpieczenia Wykonania w wysokości 10% przez cały czas obowiązywania umowy narusza przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W myśl art. 150 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie to ustala się w wysokości od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Zatem zgodnie z celem udzielanego zabezpieczenia oraz uwzględniając powyższe przepisy ustawy Pzp, Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy zabezpieczenia przewyższającego 10% wartości zamówienia brutto. Ustawodawca wprowadził bowiem limit (do 10% wartości zamówienia brutto) kwoty, z której Zamawiający może pokrywać swoje roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z udzielonego zabezpieczenia. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie jest uprawniony zatem do zobowiązania Wykonawcy utrzymania zabezpieczenia w tej wysokości, na przykład w sytuacji gdy Zamawiający pokryje częścią zabezpieczenia swoją szkodę. W przedmiotowym postępowaniu treść umowy powoduje, że Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania Zabezpieczenia Wykonania w wysokości 10% przez cały czas obowiązywania umowy - bez względu czy Zamawiający skorzysta z udzielonego zabezpieczenia.

Odwołujący wskazuje, że także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 roku, sygn. akt: 1529/12; 1535/12; 1546/12, stwierdziła, że:

„Skoro ustawodawca z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia, to w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że



ustawodawca zezwolił na podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w każdym przypadku, gdy zamawiający pokrył częścią zabezpieczenia swoją szkodę. Sprzeciwia się takiemu rozumieniu jednoznaczna treść art. 150 ust. 2 ustawy, a także cel ustanowienia zabezpieczenia. Należy bowiem zauważyć, że zabezpieczenie ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ustawodawca nie wskazał, że roszczenia te mają być niesporne, wymagalne, czy stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym. Tym samym zamawiający ma prawo potrącenia roszczeń z zabezpieczenia nawet, gdy jest ono sporne. Skoro tak, to zakładając racjonalność ustawodawcy, w ustawie w art. 150 ust. 2 ustawy został określony limit pokrywania z zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. ”

Ponadto w wyroku z dnia 29 października 2012r., sygn. akt: KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12 i KIO 2224/12 Krajowa Izba Odwoławcza, rozstrzygając identyczny zapis umowny, zastrzeżony przez tego samego Zamawiającego uznała, że:

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

Mając na uwadze przedstawione argumenty, Odwołujący zarzuca, że zaskarżone postanowienie jest niezgodne z art. 150 ust. 2 ustawy PzpP i art., 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ad3)

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Subklauzulą 8.3. „Program” Wykonawca jest zobowiązany do przedkładania aktualizacji Programu w każdej sytuacji, kiedy Program stanie się niespójny z faktycznym postępem prac lub robót. Obowiązkiem Wykonawcy jest zatem przedstawienie zawsze Programu - zgodnego ze stanem rzeczywistym.

Jednocześnie zgodnie z dalszą treścią w/w Subklauzuli:

„Inżynier nie zaakceptuje Programu lub jego aktualizacji, jako zgodnych z Kontraktem w którym data zakończenia Robót łącznie z dokonaniem wszelkich formalności

przewidzianych w Kontrakcie, w tym w szczególności uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie wykracza poza Czas na Ukończenie lub który sporządzony został z uwzględnieniem roszczeń nierozpatrzonych bądź odrzuconych przez Inżyniera lub Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 20.1 ”

Zamawiający wskazuje ponadto, że „Jeżeli w jakimkolwiek momencie Inżynier da Wykonawcy powiadomienie, że Program (w podanym zakresie) lub jego aktualizacja nie zgadza się z wymaganiami określonymi Kontraktem, a w ocenie Inżyniera złożenie takiego Programu jest możliwe, to po uwzględnieniu uwag Inżyniera, Wykonawca w terminie określonym przez Inżyniera, przedłoży Inżynierowi zaktualizowany Program. Dotyczy to również sytuacji, gdy Program lub jego aktualizacja nie jest w ocenie Inżyniera lub Zamawiającego spójny z faktycznym postępem pracy, Robót oraz przyjętymi przez Wykonawcę założeniami.”

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Subklauzulą 8.7. pkt (d) Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej „za nieprzedłużenie lub przekroczenie terminu przedłożenia lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do: Programu lub jego aktualizacji (Subklauzula 8.3. i Subklauzula 8.6), raportu (Subklauzula 4.21), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 5000 PLN (pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki.

Mając na uwadze powyższe postanowienia umowne, Odwołujący podnosi, że w przypadku opóźnienia w wykonywaniu robót - gdy nie będzie ponosił za to opóźnienie odpowiedzialności - to przedkładając Inżynierowi Program zgodny z rzeczywistością i uwzględniający obiektywne możliwości wykonania robót - nie będzie on zaakceptowany przez Inżyniera - jako niezgodny z Kontraktem, co jednocześnie będzie rodziło po stronie wykonawcy obowiązek zapłaty kary umownej. Wykonawca będzie zatem zobowiązany do uiszczenia kary umownej, pomimo że złoży Program zgody z jednej strony z nałożonymi na niego obowiązkiem aktualizacji Programu zgodnie z faktycznym postępem prac lub Robót, który jednocześnie nie może zostać zaakceptowany - jako z tym Kontraktem niezgodny.

Zdaniem Odwołującego zaskarżone postanowienie stanowi naruszenia art. 7 ustawy Pzp, art. 140 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 484 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp bowiem określenia takie zasady wykonania Umowy z Zamawiającym, zgodnie z którymi Wykonawca nie może wykonać zobowiązania w taki sposób, aby nie zostały mu naliczone kary umowne.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak w *petitum*.

W dniu 23 stycznia 2013 roku Zamawiający powiadomił pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego o wniesieniu odwołania.

W dniu 25 stycznia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia – konsorcjum **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie we Włoszech oraz **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.**

Przystąpienie złożono z zachowaniem 3-dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania od Zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Przystępujący wskazał, że legitymuje się interesem w zgłoszeniu bowiem Zamawiający w dniu 04.01.2013 r. zaprosił go, po przeprowadzonej kwalifikacji, do złożenia oferty i przekazał mu SIWZ. Interes Przystępującego materializuje się zatem w tym, iż uwzględnienie zarzutów oraz żądań Odwołującego spowoduje, że Zamawiający przeprowadzi postępowanie poprawnie, z poszanowaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co umożliwi Przystępującemu ubieganie się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na względzie Przystępujący wnosi o uznanie odwołania jako zasadnego.

Co do zarzutu pierwszego z odwołania podniesiono, że Odwołujący ma rację twierdząc, że ustalone terminy „są wewnątrznie sprzeczne, bowiem Zamawiający z jednej strony zobowiązuje Wykonawcę do „opracowania Projektu budowlanego w terminie 5 miesięcy (1.1.3.3.) z drugiej zaś wskazuje, że wykonanie (optymalizacja) dokumentacji projektowej ma nastąpić w terminie 150 dni od Daty Rozpoczęcia oraz, że termin „5 miesięcy" nie jest tożsamy w terminem „150 dni" oraz „nie sposób jednoznacznie określić, jaki charakter mają wprowadzone terminy (...). Nie wiadomo bowiem, czy Wykonawca powinien je traktować jako „odcinki" w rozumieniu kontraktowym (...) czy może należy je uznać za kamienie milowe, chociaż nie zostały one określone w Subklauzuli 8.13." Ponadto „jeżeli terminy z Subklauzuli 1.1.3.3. należy traktować jako kamienie milowe, to Wykonawca będzie ponosił karę umowną na podstawie Subklauzuli 8.7. lit. (c) oraz jednocześnie za przekroczenie Czasu na Ukończenie na podstawie Subklauzuli 8.7. lit. (a)."

Przystępujący zgadza się ze zdaniem Odwołującego, że dodatkowe określenie terminu zakończenia robót w przedstawiony sposób jest mylące i może być rozumiane jako sprzeczne z innymi postanowieniami projektu umowy oraz „wadliwe przy uwzględnieniu terminu, od którego należy obliczyć rozpoczęcie biegu w/w okresów."

Skoro bowiem Zamawiający określił termin na wykonanie wszystkich prac jako 32 miesiące od daty podpisania Umowy, to również terminy „pośrednie" powinny być liczone od tej daty. Zatem powinny one zostać określone odpowiednio na 5, 10 i 32 miesiące, a nie 5, 5 i 22 miesiące. Rację ma Odwołujący twierdząc, że może to powodować sytuację, w której

jeżeli Wykonawca wykona projekt w terminie np. 2 miesięcy, to „będzie możliwa interpretacja, że skróceniu uległ także termin wykonania zadania o 2 miesiące”.

Określenie w sposób precyzyjny terminów ma olbrzymie znaczenie ze względu na wysokie kary umowne za ich niedotrzymanie. Zatem brak tej precyzji należy uznać za naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający zobowiązany jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, czego nie uczynił określając w sposób opisany wyżej termin wykonania zamówienia.

Ponadto należy podkreślić, że przy tak sformułowanych wymaganiach dotyczących terminu realizacji i terminów pośrednich kary umowne będą mogły być naliczone Wykonawcy przez Zamawiającego co najmniej dwa razy za to samo zaniechanie lub działanie, raz za niedotrzymanie terminu zakończenia robót, drugi raz za niedotrzymanie kamienia milowego. W ocenie Odwołującego „zaskarżone postanowienia naruszają (...) art. 484 § 1 zdanie 2 kodeksu cywilnego. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem przy zastosowaniu kar umownych Zamawiający może żądać - jeżeli strony tak postanowiły - odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary, ale nie drugiej kary umownej za to samo zdarzenie (...) a także art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, bowiem o ile strony mogą ułożyć stosunek prawny według uznania, to treść tego stosunku lub cel nie mogą sprzeciwiać się naturze zawartej umowy. Istotną częścią zobowiązania Wykonawcy jest wykonanie umowy w terminie, a zatem niezbędne jest takie oznaczenie tego terminu, aby możliwe było ustalenie przez Wykonawcę ciężącego na nim obowiązku.”

Przystępujący zatem zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego w tej sprawie.

Odnosnie drugiego zarzutu wskazano, że Przystępujący zgadza się z opinią Odwołującego, że treść zakwestionowanych przepisów wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy przewyższającego 10% wartości zamówienia brutto. Jest to maksymalna wprowadzona przez Ustawodawcę wysokość kwoty, której wniesienia może wymagać Zamawiający i z której mogą zostać pokryte roszczenia Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę. Zamawiający nie ma zatem prawa do zobowiązania Wykonawcy do utrzymywania zabezpieczenia na poziomie 10% > Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto. Gdyby faktycznie w trakcie realizacji umowy Zamawiający pokrył swoją szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem umowy z zabezpieczenia, to na mocy Subklauzuli 4.2. Wykonawca miałby obowiązek brakującą kwotę zabezpieczenia uzupełnić, a to spowodowałoby, że faktycznie wniesione przez Wykonawcę zabezpieczenie należytego wykonania umowy przekroczyłoby wymaganą w SIWZ kwotę, czyli w analizowanym przypadku przekroczyłoby 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Nie ma znaczenia, że być może Zamawiający nie skorzysta z wniesionego

przez Wykonawcę zabezpieczenia i faktycznie ta wartość nie zostanie przekroczona. Potencjalnie taka możliwość istnieje. Przystępujący zatem zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego w tej sprawie.

W przypadku trzeciego z zarzutów, Przystępujący zgadza się z opinią Odwołującego, że z treści umowy wynika z jednej strony obowiązek Wykonawcy do przedstawienia Programu, który zawsze musi być zgodny ze stanem rzeczywistym, z drugiej zaś strony w przypadku ewentualnego niezawinionego przez Wykonawcę opóźnienia w wykonywaniu Robót i przedstawienia Inżynierowi Programu zgodnego z rzeczywistością, czyli uwzględniającego obiektywne możliwości wykonania robót, należy przewidywać, że Program, jako niezgodny z Kontraktem, nie będzie zaakceptowany przez Inżyniera. Będzie to powodować konsekwencje w postaci obowiązku zapłaty kary umownej. Jeżeli w danych okolicznościach nie będzie już w ogóle możliwe złożenie Programu zgodnego z Kontraktem, to uznać należy, że od pewnego momentu do końca realizacji Kontraktu Zamawiający będzie naliczał 5 000 PLN dziennie kary umownej.

2) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (Lider) z siedzibą w Warszawie; Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. (Partner) z siedzibą w Zawierciu; Bilfinger Berger Ingenieurbau GmbH (Partner) z siedzibą w Wiesbaden, Federalna Republika Niemiec  
Przystąpienie złożono z zachowaniem 3-dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania od Zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Przystępujący, jako podmiot profesjonalny branży budowlanej, realizujący szereg publicznych inwestycji infrastrukturalnych, posiada interes prawny w uzyskaniu korzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, ponieważ również w ocenie Przystępującego - wskutek ukształtowania przez Zamawiającego treści SIWZ, w tym Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej „WSK”) stanowiących jej integralną część, w sposób sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa - wątpliwą stała się możliwość złożenia przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu poprawnej, prawidłowo skalkulowanej Oferty.

Uwzględnienie odwołania wniesionego przez Odwołującego stworzy i dla Przystępującego Wykonawcy szansę złożenia zgodnej z prawem i wymaganiami Zamawiającego Oferty, co w efekcie pozwoli Przystępującemu ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący popiera zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu, a dotyczące ukształtowania postanowień SIWZ – WSK.

W ocenie Przystępującego, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający

dopuszczył się naruszenia przepisów prawa poprzez ukształtowanie SIWZ - WSK w sposób sprzeczny z naturą stosunku obligacyjnego, powodując tym samym rażąco nierównowagę pomiędzy stronami w zakresie ich praw i obowiązków cywilnoprawnych. SIWZ - WSK w pierwotnym kształcie przedstawionym przez Zamawiającego rodzą po stronie Wykonawcy m.in. ryzyko podwójnej zapłaty kar umownych naliczanych za niedotrzymanie tych samych terminów umownych. Pozostawienie zaskarżonych postanowień SIWZ - WSK bez zmian wnioskowanych w odwołaniu stwarza wręcz nieuchronność obciążenia Wykonawcy karami umownymi przez Zamawiającego.

Reasumując, Przystępujący wnosil o uwzględnienie zarzutów Odwołującego sformułowanych w przedmiotowym odwołaniu oraz wnosi o jego uwzględnienie w całości.

3) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (Partner); BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider).

Przystąpienie złożono z zachowaniem 3-dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania od Zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu przepisu art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, tj. posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony, do której przystępuje (Odwołującego). Przystępujący wykonawcy, wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia są wykonawcami zaproszonymi do złożenia oferty. Odwołujący wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ, przekazane wszystkim wykonawcom, którzy zostali zaproszeni do składania ofert. Przystępujący podziela stanowisko i argumentację Odwołującego zawarte w przedmiotowym odwołaniu. Uwzględnienie wniosków zawartych w odwołaniu w bezpośredni sposób wpłynie na przygotowanie oferty przez Przystępującego (poprzez wyeliminowanie postanowień SIWZ rodzących ryzyko). W przypadku wyboru jego oferty przez Zamawiającego Przystępujący będzie zmuszony realizować umowę (w sprawie przedmiotowego zamówienia) sprzeczną z obowiązującymi przepisami, w sytuacji, gdy przedmiotowe odwołanie nie zostanie uwzględnione.

Przystępujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

4) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. (Lider) z siedzibą w Łodzi; BUNTE POLSKA Spółka z o.o. (Partner) z siedzibą w Warszawie ; JOHANN BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG (Partner) z siedzibą w Papenburgu, Niemcy; MIRBUD S.A. (Partner) z siedzibą w Skierniewicach.

Przystąpienie złożono z zachowaniem 3-dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania od Zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w pozytywnym rozpoznaniu wniesionego przez Strabag Sp. z o.o. odwołania, ponieważ jako podmiot posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz w pełni zdolny do realizacji zamówienia, poprzez niezgodnie z przepisami prawa ukształtowanie przez Zamawiającego treści SIWZ w zakresie Szczególnych Warunków Kontraktu, został pozbawiony możliwości złożenia racjonalnej i poprawnej Oferty, a w konsekwencji potencjalnie również zawarcia umowy z Zamawiającym, co skutkuje możliwością poniesienia przez niego szkody. Wadliwe sformułowanie Szczególnych Warunków Kontraktu powoduje nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego i narusza zasady uczciwej konkurencji. Podpisanie umowy z Zamawiającym w jej obecnym brzmieniu naraża Przystępującego na szkodę w skutek zawarcia w niej zapisów niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższe rozumienie „interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości doznania szkody” jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej na stronie internetowej UZP ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r.

Przystępujący wnosił o uwzględnienie odwołania wniesionego przez Wykonawcę - Strabag Sp. z o.o. oraz popierał wszelkie zawarte w nim zarzuty oraz wnioski co do rozstrzygnięcia odwołania.

Przystępujący pragnie podkreślić, że mimo iż Zamawiający ma wynikające z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp prawo do kształtowania warunków umownych, to nie ma prawa do kształtowania ich w sposób całkowicie dowolny. Jest w powyższym uprawnieniu ograniczony zarówno obowiązującymi przepisami jak i wolą drugiej strony umowy, czyli wykonawcy, który może mieć wpływ na jej treść m. in. poprzez zadawanie pytań do SIWZ czy wnoszenie środków ochrony prawnej. Warto podkreślić, że art. 5 kodeksu cywilnego wyraźnie wskazuje iż: „Nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego, takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Należy podkreślić, iż wszystkie kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego i jako takie powinny zostać wyeliminowane bądź skorygowane zgodnie z wskazaniem zawartymi w treści odwołania.

5) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum - Mota-Engil Central Europe SA z siedzibą w Krakowie (Lider); Mota-Engil, Engenharia e Construcao, SA, z siedzibą w Amarante w Portugalii.

Przystąpienie złożono z zachowaniem 3-dniowego terminu liczonego od dnia otrzymania kopii odwołania od Zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Przystępujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny, czym naruszył art. 29 ustawy Pzp. Postanowienia SIWZ odnoszące się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy naruszają art. 147 ustawy Pzp. Uzależnienie obowiązku zapłaty kary umownej od subiektywnej oceny aktualizacji Programu przez Inżyniera narusza art. 7 ustawy Pzp i art. 353<sup>1</sup> kc.

Przystępujący do postępowania odwoławczego posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego przystąpienia, wskazując iż w interesie Przystępującego jest aby odwołanie, zostało rozstrzygnięte na korzyść Odwołującego tj. aby zostało w całości uwzględnione. Przystępujący został przez Zamawiającego zaproszony do składania ofert i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Utrzymanie obecnej treści SIWZ przy oddaleniu wniosków odwołania, spowoduje iż w razie wybrania oferty Przystępującego, będzie on zobligowany do zawarcia umowy, której treść będzie, z pokrzywdzeniem interesu prawnego Przystępującego, naruszała przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie przedstawił stanowiska pisemnego, bądź też ustnego na rozprawie, ponieważ prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą, na powyższe nie przybył.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ przekazanej wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, iż nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis, a więc mogło zostać merytorycznie rozpoznane na rozprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem przyjąć, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada interes w jego uzyskaniu na etapie po ocenie wniosków a przed złożeniem ofert. Na etapie kształtowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i postanowień przyszłego kontraktu łączącego strony, brak jest możliwości określenia i udowodnienia



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

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością podano stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia z uwzględnieniem zapisów przyszłych warunków kontraktowych i prawidłowo zaprezentowano dokonane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się jeden z zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uwzględniono zarzut dotyczący wymagania przez Zamawiającego utrzymywania przez cały okres obowiązywania umowy zabezpieczenie wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem, a więc zarzut naruszenia postanowień art. 150 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Art. 150 ust. 2 ustawy Pzp ustala maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Celem zabezpieczenia, określonym przez ustawodawcę w art. 147 ust. 2 ustawy Pzp jest zabezpieczenie pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ustawodawca zatem z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia do wysokości 10%. Brak jest wobec tego podstaw do przyjęcia, że uprawnione i możliwe jest podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w przypadku, gdy zamawiający pokrył część zabezpieczenia swoją szkodę. Takiej interpretacji wymienionych przepisów sprzeciwia się treść art. 150 ust. 2 ustawy Pzp, a także cel ustanawiania zabezpieczenia. Za taki stojący w opozycji do przepisów ustawy Pzp uznano zapis warunków kontraktowych w postępowaniu wymagający od wykonawcy, zgodnie z subklauzulą 4.2., aby „Przez cały okres obowiązywania Umowy, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać Zabezpieczenie Wykonania w wysokości określonej Prawem i Kontraktem.”

Jednakże, biorąc pod uwagę okoliczność, że Izba nie jest związana żądaniem Odwołującego wyartykułowanym w odwołaniu, uznano żądanie usunięcia zapisu w całości

za daleko idące, a za wystarczające uznano usunięcie z powyższego zadania słów „i Kontraktem”. Oznacza to, iż wykonawca zobowiązany będzie do wniesienia przed zawarciem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przewidzianej przez Zamawiającego, tj. 10%, a nawet w przypadku zmniejszeniu kwoty w trakcie realizacji umowy poprzez dokonane potrącenia przez Zamawiającego swojej szkody, wykonawca nie będzie zobowiązany do uzupełniania kwoty do ponownego osiągnięcia limitu 10%. Z drugiej strony istnienie limitu zabezpieczenia nie ogranicza Zamawiającego w dochodzeniu jego uzasadnionych roszczeń przekraczających kwotę zabezpieczenia na zasadach ogólnych.

W pozostałej części zarzutów podniesionych w odwołaniu nie uwzględniono.

Odnosnie zarzutu pierwszego, stwierdzono, iż nawet jeżeli argumentacja przedstawiona przez Odwołującego była zasadna, za niezasadne uznano żądanie wykreślenia w całości zapisów subklauzuli 1.1.3.3 warunków kontraktowych dotyczących terminów realizacji zadania.

Zgodzić się należy z Odwołującym, iż Zamawiający zobowiązany jest do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, w tym także postanowień dotyczących terminów wykonywania poszczególnych etapów prac. Zgodzić się również należy z twierdzeniami, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu tego nie uczynił, nie wykonał powyższego założenia w sposób prawidłowy, określając w sposób niejasny dla wykonawcy termin wykonania zamówienia przez wprowadzenie różnych określeń dla tożsamych pojęć, np. w jednym miejscu postanowień kontraktowych posługując się stwierdzeniem „:5 m - cy - opracowanie Projektu Budowlanego, 5 m - cy uzyskiwanie decyzji ZRID, 22 m - ce roboty budowlane wraz z odbiorami oraz uzyskanie decyzji na użytkowanie”, w innym natomiast wskazując „wykonanie (optymalizacja) dokumentacji projektowej w terminie 150 dni od Daty Rozpoczęcia”.

Mimo to dostrzeżenia wymaga okoliczność, że Odwołujący wykonawca żądał wykreślenia w całości postanowień klauzuli 1.1.3.3, co uznać należało za żądanie za daleko idące. Choć Izba nie jest związana żądaniami odwołania, to w rozpoznawanym przypadku samodzielne określenie i poprawienie poszczególnych postanowień umownych dotyczących terminów nie mogło zostać dokonane przez skład orzekający. Postanowienia w zakresie terminów realizacji, czy też kamieni milowych są na tyle ważkimi elementami przeszłej umowy, że samodzielne poprawianie poszczególnych klauzul umownych przez skład orzekający doprowadzić mogłoby do całkowitej niespójności tego dokumentu mającego fundamentalne znaczenie przy realizacji kontraktu.

Jednakże w tym zakresie postuluje się, aby Zamawiający, jako autor projektu umowy

i gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie przeanalizował treść wspomnianych klauzul i dokonał jednoznacznego określenia terminów i dookreślenia pojęć niejasnych, niejednoznacznych.

W przypadku zarzutu dotyczącego subklauzuli 8.3, to w ocenie składu orzekającego Izby nie znalazł on potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Uznano, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 140 ustawy Pzp i wskazanych przepisów prawa cywilnego.

Izba uznała, że postawienie takich wymogów w zakresie Programu i jego aktualizacji jest dopuszczalne w ramach swobody umów. Określenie zasad aktualizacji w warunkach kontraktowych ma niewątpliwie na celu dyscyplinowanie stron umowy do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z nałożonych na nie obowiązków.

Zasada swobody umów doznaje bowiem na gruncie ustawy Pzp pewnych ograniczeń, zarówno w odniesieniu do swobody Zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody kształtowania stosunku umownego. Co do zasady, to Zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje treść dokumentacji decydując o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy innych obowiązkach umownych. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które Zamawiający zgodnie z własnymi interesami może ale nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego typu stosunku umownego w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto w momencie składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z postanowień umowy w sprawie zamówienia. Przywołania warte jest stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku zaprezentowane w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kc Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym

przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy” (sygn. akt XII Ga 314/11).

W przedmiotowym postępowaniu możliwe jest ujęcie w cenie kontraktowej w ofercie ryzyka związanego z koniecznością aktualizowania Programu i koniecznością zapłaty kar umownych za różnego rodzaju zdarzenia związane z wykonywaniem kontraktu. A jednocześnie nie można odmówić stronie Zamawiającej takiego ukształtowania zapisów umownych, że nadrzędnym celem staje się obowiązek dotrzymania terminu Czasu na ukończenie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....