

Sygn. akt KIO/UZP 1248/09

WYROK

z dnia 17 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Jolanta Markowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław Pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** protestu z dnia **3 sierpnia 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum firm: Hochtief Polska sp. z o.o., Waagner-Biro Austra Stage Systems AG, LTT sp. z o.o., M. Ostrowski sp.j.; ul. Elbląska 14, 02-737 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** na rzecz **Gminy Wrocław Pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Budowę Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742).

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została przekazana Wykonawcom w dniu 24 lipca 2009 roku.

Dnia 3 sierpnia 2009 roku Wykonawca Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „IWA”, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 „Wrobis” S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (zwane dalej Odwołującym) wniosło protest na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dołączonego do niej wzoru aktu umowy i warunków szczególnych kontraktu poprzez określenie ich treści w sposób naruszający w szczególności przepisy art. 7, art. 23 ust. 4, art. 29, art 36 ust. 1, 4 i 5, art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 5, art. 58, art. 77, art. 471, art. 475§1, art. 483, art. 578, art. 629, art. 632, art. 647¹ i art. 651 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy z dnia 04.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z. 2006 r., nr 90, poz. 631 z późn. zm.), a także art. 35 i nast. ustawy z dnia 30.06.2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r., nr 249, poz. 2104 z późn. zm). Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego, polegające na sformułowaniu treści postanowień s.i.w.z. i wzoru umowy w powyższy sposób narusza interes prawny Odwołującego i prowadzi do naruszenia naczelnych zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych przez co utrudnia Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący żądał zmiany treści oprotestowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dołączonego do niej wzoru aktu umowy i warunków szczególnych kontraktu poprzez ich zmianę zgodnie z żądaniami Odwołującego określonymi w punktach 1-25 uzasadnienia protestu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, jakie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dołączonym do niej wzorze aktu umowy i warunków szczególnych kontraktu, zawierają naruszenia zasad i przepisów obowiązującego prawa:

1. Klauzula 1 pkt 1.1.1.1, Warunki Szczególne Kontraktu - ujęta w postanowieniu definicja kontraktu, powołując się na dokumenty, których zakres różni się od dokumentów wymienionych w pkt 2 Aktu Umowy powoduje, iż nie jest możliwy do zdefiniowania faktyczny zakres dokumentów stanowiących umowę, a tym samym może mieć na zmianę zakresu świadczenia wynikającego z umowy w stosunku do zobowiązania zawartego w treści oferty,
2. Klauzula 1 pkt 1.1.1.11, pkt 1.1.4.13, 1.1.4.14, Warunki Szczególne Kontraktu z uwagi na fakt, iż Zamawiający pozostawił w treści umowy brzmienie klauzuli 13.1. („Prawo do zmian”), zgodnie z którą Zamawiający de facto może "polecić" wprowadzenie zmiany do Umowy, a Wykonawca faktycznie nie ma podstawy sprzeciwienia się wprowadzonym zmianom, poza jedną sytuacją określoną w przedmiotowej klauzuli, treść sformułowanych postanowień należy uznać za niezgodną z art. 77 § 1 k.c. Z uwagi na fakt, iż zawarcie umowy następuje przez zgodne oświadczenia stron wyrażone w formie pisemnej, nie powinno ulegać wątpliwości, iż taka procedura winna być wymagana w sytuacji wprowadzenia zmian do umowy, z zastrzeżeniem dopuszczalności pod rygorem nieważności ich wprowadzania w świetle art. 144 ustawy Pzp. W tej sytuacji powołane postanowienia warunków kontraktu winny zostać skorygowane,
3. Klauzula 1 pkt 1.7, Warunki Szczególne Kontraktu - Przedmiotowa regulacja umowna zabraniająca Wykonawcy dokonania cesji oraz przeniesienia zobowiązań wynikających z kontraktu na podmiot trzeci bez zgody Zamawiającego, przy jednoczesnej pełnej dowolności w przedmiotowym zakresie po stronie Zamawiającego, pozostaje w bezpośredniej sprzeczności z wyżej wskazana zasadą i w sposób rażąco narusza art. 353¹ w zw. z art. 5 k.c. W tej sytuacji powołane postanowienie warunków kontraktu winno zostać przez Zamawiającego zmienione,
4. Klauzula 1 pkt 1.8, Warunki Szczególne Kontraktu - zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zgodnie z art. 140 ust. 3 Pzp w zw. z art. 58 k.c. - umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Z uwagi na powyższe - jako sprzeczne z powołanymi przepisami - należy wykreślić dodane na końcu drugiego akapitu słowa *"... lub jak wymagane jest przez Inżyniera"*. Ponadto należy wskazać, iż przekazanie określonej umową dokumentacji, jak również

zatwierdzanie dokumentacji przekazywanej przez Wykonawcę jest jednym z podstawowych obowiązków umownych Zamawiającego. Niewywiązywanie się przez Zamawiającego z przedmiotowych obowiązków może zgodnie z przepisami prawa (art. 471 k.c.) prowadzić do powstania po stronie Wykonawcy roszczeń odszkodowawczych. Z uwagi na powyższe nie znajduje uzasadnienia dodana w przedmiotowej klauzuli regulacja, iż *"W przypadku opóźnienia w przekazaniu lub nie zatwierdzenia takich dokumentów, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń odnośnie do dodatkowego czasu lub Kosztu"*. W tej sytuacji, powołane postanowienia warunków kontraktu winny zostać zmienione przez Zamawiającego,

5. Klauzula 1 pkt 1.10, Warunki Szczególne Kontraktu - przedmiotowe postanowienia stanowiące, iż Zamawiający ma prawo do aktualizacji, zmian oraz modyfikacji dokumentacji wykonanej przez Wykonawcę naruszają autorskie prawa osobiste twórcy, w szczególności prawo do integralności utworu, które chroni (autorskie) dobro osobiste twórcy w postaci integralności utworu. Powyższe prawo należy do praw niemajątkowych, a te ze swej natury, mają charakter niezbywalny. Z osobistego charakteru tych praw wynika, że podmiot, któremu one przysługują nie tylko nie może ich przenieść na inną osobę, ale również nie może się ich skutecznie zrzec, ograniczyć ani w żaden inny sposób wyzbyć się ich w drodze czynności prawnej. W tej sytuacji, wszelkie postanowienia umowne sprzeczne z naturą tych praw, w szczególności przewidujące możliwość dokonywania aktualizacji, zmian, czy też modyfikacji utworów, należy uznać za naruszające art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a przez to podlegające sankcji nieważności bezwzględnej (art. 58 k. c.). Ponadto, należy wskazać, iż zgodnie z przedmiotową klauzulą, Wykonawca ma dostarczyć Zamawiającemu wymienione w przedmiotowej klauzuli projekty i dokumenty *„(...) we wskazanym przez Zamawiającego terminie (...)”*. W tym względzie należy zwrócić uwagę, iż termin wykonania świadczeń umownych jest istotnym elementem umownym, który musi być wyraźnie zdefiniowany, a nie stanowić arbitralną decyzję, jednej ze stron. Przedmiotowa regulacja może określać, iż wykonanie danego obowiązku umownego stanowić będzie świadczenie niemożliwe. Ponadto w ostatnim akapicie należy wykreślić słowa *"... domniemanymi lub"*, gdyż przepisy obowiązującego prawa nie przewidują odpowiedzialności za domniemane naruszenia praw osób trzecich,
6. Klauzula 1 pkt 1.14 lit. (e), Warunki Szczególne Kontraktu - Umowa konsorcjum reguluje jedynie stosunki wewnętrzne pomiędzy konsorcjantami, nie ma natomiast żadnego wpływu na kwestię odpowiedzialności konsorcjantów w stosunku do Zamawiającego,

która unormowana jest bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. W tej sytuacji powołane postanowienie winno zostać przez Zamawiającego zmienione,

7. Klauzula 4 pkt 4.1, Warunki Szczególne Kontraktu - należy wskazać na zbyt szerokie i generalne ukształtowanie odpowiedzialności Wykonawcy w odniesieniu do dostarczonej mu dokumentacji projektowej przez Zamawiającego. Odpowiedzialność Wykonawcy w tym przedmiocie powinna zostać ukształtowana zgodnie z brzmieniem art. 651 k.c.,
8. Klauzula 4 pkt 4.1, ostatnie zdanie, Warunki Szczególne Kontraktu - wykreśleniu powinno ulec postanowienie zobowiązujące Wykonawcę do wykonania w ramach przedmiotu umowy dokumentacji „(...) w jakimkolwiek innym zakresie, jeżeli wykonawca uzna je za konieczne do ukończenia Robót”. Wykonanie takiej brakującej dokumentacji stanowić powinno powiem przedmiot odrębnego zamówienia (robota dodatkowa) w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
9. Klauzula 4 pkt 4.2, Warunki Szczególne Kontraktu - świadczeniem niemożliwym jest otrzymanie dokumentu gwarancji lub poręczenia bez wzmianki, iż dokonywane zmiany umowy wymagają notyfikacji gwarantowi. Powyższe postanowienie winno zostać zmienione przez Zamawiającego,
10. Klauzula 4 pkt 4.4 lit (e), Warunki Szczególne Kontraktu – za wykonanie prac przez podwykonawcę odpowiada Wykonawca jak za własne działania lub zaniechania, zatem zmiana podwykonawcy w sytuacji, gdy np. niewłaściwie realizuje umowę, nie może być w żadnym razie uzależniona od zgody Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, postanowienie w brzmieniu niezgodnym z powołanym przepisem winno zostać wykreślone,
11. Klauzula 4 pkt 4.4 lit. (g), klauzula 15 pkt 15.2. lit. (g), Warunki Szczególne Kontraktu - przedmiotowa umowa jest umową w sprawie zamówienia publicznego to Zamawiającego obciąża obowiązek jednoznacznego i zrozumiałego sformułowania postanowień SIWZ. Postanowienie „*sumę stanowiącą różnicę pomiędzy kwotą, na jaką opiewa rozszczenie podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, a sumę kwot zwróconych przez Wykonawcę lub mogących być potrąconymi z kwot mu należnych*” winno zostać wykreślone jako naruszające art. 29 ust. 1 w zw. z 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
12. Klauzula 4 pkt 4.4 lit. (h), Warunki Szczególne Kontraktu - roszczenia Zamawiającego określone w przedmiotowym postanowieniu mają charakter pieniężny, zastrzeżenie określone powyżej narusza przepis art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp,
13. Klauzula 4 pkt 4.28, Warunki Szczególne Kontraktu - przedmiotowa klauzula winna stanowić, iż Wykonawca ponosi odpowiedzialność za roszczenia osób trzecich powstałe

w związku z realizacją Kontraktu przez Wykonawcę. Obecne brzmienie postanowień jest sprzeczne z zasadami określonymi w art. 647¹ i nast. k.c.,

14. Klauzula 11 pkt 11.10 Warunki Szczególne Kontraktu - kwestionowana klauzula stanowi o usuwaniu w ramach gwarancji *"wszelkich powstałych wad"*, co oznacza, że może dotyczyć wad powstałych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, za które nie powinien ponosić odpowiedzialności. Postanowienia jako sprzeczne z istotą gwarancji jakości i naruszające tym samym przepis art. 578 k.c., winny zostać przez Zamawiającego zmienione,
15. Klauzula 12 Warunki Szczególne Kontraktu, Akt Umowy pkt 4, Załącznik nr 4 do SIWZ, ust. 5, pkt 5.3. - Klauzula 12.1 i 12.2 mówi o dokonywaniu obmiarów. Załącznik nr 4 do SIWZ pkt 5.3. stanowi, iż podstawą płatności będą *"rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych Robót obmierzonych przez Wykonawcę i sprawdzone przez Inżyniera Kontraktu oraz Ceny Jednostkowe podane w wycenionym Przedmiarze Robót"*. Klauzula 12.3. stanowi, iż *"zaakceptowana cena kontraktowa ma charakter stały i nie podlega późniejszym zmianom"*. Sprzeczności w treści SIWZ i wzorze umowy w zakresie określenia najistotniejszego elementu, jakim jest cena, utrudnia skalkulowanie ceny ofertowej i stanowi ewidentne naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 i 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
16. Klauzula 12, ostatni akapit Warunki Szczególne Kontraktu - ponieważ umowa nie definiuje w sposób jednoznaczny charakteru wynagrodzenia, niemożliwym jest stwierdzenie do jakich sytuacji odnosi się przedmiotowy zapis,
17. Klauzula 13 ust. II, pkt 11.1, Warunki Szczególne Kontraktu -Zamawiający zastrzega możliwość zmiany umowy w sytuacji niedostępności na rynku materiałów lub urządzeń wskazanych w dokumentacji Kontraktu (lit. a). Jednakże niemożliwość świadczenia powstała z przyczyn niezależnych od Wykonawcy nie może w żadnym wypadku obciążać Wykonawcy,
18. Klauzula 14 pkt 14.3, Warunki Szczególne Kontraktu - przedmiotowe postanowienie ingeruje w treść stosunku umownego pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą a mianowicie zmusza Wykonawcę do określenia w umowach z podwykonawcami terminu płatności krótszego niż w umowie z Zamawiającym. Powyższe postanowienie w obecnym brzmieniu narusza art. 353¹ k.c. w zw. z art. 36 ust. 5 i art. 7 ustawy Pzp i powinno zostać zmienione,
19. Klauzula 14 pkt 14.4 Warunki Szczególne Kontraktu, załącznik nr 2d do oferty, poz. 17 - zgodnie z postanowieniami umowy płatności dokonywane będą zgodnie z planem

płatności przekazywanym co miesiąc i zatwierdzanym przez Zamawiającego. Oznacza to, iż *de facto* sposób płatności będzie określany przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy, a Wykonawca nie ma żadnego wpływu na powyższe, co zmuszać go może *de facto* do "kredytowania" inwestycji i nie pozwala na skalkulowanie ryzyk finansowych związanych z realizacją umowy. Takie określenie postanowień umownych wraz ze wskazaniem limitu minimalnego przejściowej faktury przy jednoczesnym braku wskazania, iż płatności realizowane będą za roboty wykonane w danym miesięcznym okresie rozliczeniowym, sprzeczne jest z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa wzajemna, a więc jest nieważne zgodnie z art. 58 k.c. Powyższe postanowienie powinno zostać zmienione przez Zamawiającego,

20. Klauzula 1 pkt 1.2 lit (e), Warunki Szczególne Kontraktu, załącznik nr 2d do oferty, poz. 15 - istotą stosunku zobowiązaniowego jest równość stron. Tymczasem określenie "rozsądnego zysku" na poziomie 2 % w odniesieniu do wszelkich sytuacji określonych w umowie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego ani faktycznego. Jeśli intencją Zamawiającego było określenie marży Wykonawcy w sytuacji zlecenia dodatkowych lub zamiennych dostaw należy wskazać, iż taka praktyka niezgodna jest z przepisami prawa, a mianowicie art. 77 k.c. w sytuacji zmian, oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w sytuacji robót dodatkowych. Z tego względu postanowienie to winno zostać zmienione,
21. Załącznik nr 2d do oferty, poz. 12 - Wykonawca zgodnie z postanowieniami Umowy odpowiedzialny jest za realizację umowy w terminach w niej określonych. Jednakże sposób prowadzenia prac powinien być pozostawiony Wykonawcy jako profesjonalście. Narzucanie przez Zamawiającego norm czasu pracy nie znajduje uzasadnienia w świetle powyższego, co więcej może powodować nieuzasadniony wzrost cen ofert i narazić Zamawiającego na niezgodne z ustawą z dnia 30.06.2005 r. o finansach publicznych wydatkowanie środków publicznych, stanowiąc tym samym -naruszenie art. 35 powołanej ustawy,
22. załącznik nr 2d do oferty, poz. 20 – zawyżanie wartości polisy do 120 % jest nieuzasadnione i może powodować nieuzasadniony wzrost cen ofert i narazić Zamawiającego na poniesienie odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych,
23. część II s.i.w.z. - Protestujący wnosi o zmianę powołanego zapisu i dostosowanie do brzmienia zgodnego z ustawą Pzp poprzez wykreślenie słów "z podaniem listy podwykonawców",

24. Protestujący wnosi o skrócenie czasu na przekazanie placu budowy do 7 dni. Obecna regulacja (30 dni) może, bowiem utrudniać uczciwa konkurencję i stanowi naruszenie art. 7 ustawy Pzp,
25. pkt 14.2 załącznika 2d do s.i.w.z. - zawarte postanowienia nie określają jasnych zasad wypłaty zaliczki, uzależniając jej wysokość i wypłatę, od niesprecyzowanego w SIWZ Programu za roboty wykonane. Protestujący wnosi o jednoznaczne określenie kwoty zaliczki lub jasne sprecyzowanie zasad i wysokości dokonywania jej wypłaty. Obecne brzmienie narusza art. 29 w zw. z art. 36 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp i ma wpływ na utrudnienie uczciwej konkurencji.

Zamawiający, dnia 4 sierpnia 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 5 sierpnia 2009 roku **Konsorcjum firm: Hochtief Polska sp. z o.o., Waagner-Biro Austra Stage Systems AG, LTT sp. z o.o., M. Ostrowski sp.j.; ul. Elbląska 14, 02-737 Warszawa**, przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zamawiający dnia 13 sierpnia 2009 roku protest rozstrzygnął w ten sposób, iż w zakresie zarzutów dotyczących punktów 6, 10, 11, 12, 14 i 23 z protestu - zarzuty uwzględnił, natomiast w zakresie zarzutu nr 3 z protestu - uwzględnił go częściowo. W pozostałym zakresie protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, co następuje:

- 1) Zarzut wskazany w pkt. 1 protestu - wbrew twierdzeniom protestującego definicja Kontraktu wskazana w przedmiotowej klauzuli nie jest sprzeczna z definicją, Kontraktu określoną w Akcie Umowy. Nadto, zapis pkt 2 Aktu Umowy stanowi klauzulę interpretacyjną w zakresie pierwszeństwa dokumentów kontraktowych,
- 2) Zarzut wskazany w pkt. 2 protestu - Polecenie Inżyniera Kontraktu zostanie wydane po spełnieniu wszystkich warunków określonych w przepisach Pzp. Jeśli zatem, zgodnie z PZP, koniecznym będzie wprowadzenie zmian do umowy, to zostanie również zawarty stosowny aneks do umowy. Nie każda zmiana w rozumieniu klauzuli 13.1 SWK stanowi zmianę umowy w rozumieniu PZP. W tych przypadkach polecenia Inżyniera będą wydawane w takim zakresie, w jakim nie jest to sprzeczne z ustawą,
- 3) Zarzut wskazany w pkt. 3 przedmiotowego protestu – Zamawiający wyraża zgodę na cesję wierzytelności przysługujących wykonawcy w związku z realizacją przedmiotu

zamówienia na rzecz banku, celem umożliwienia mu ustanowienia zabezpieczenia finansowania zewnętrznego inwestycji,

- 4) Zarzut wskazany w pkt. 4 protestu - Inżynier ma prawo określać wymogi, co do zakresu wymaganej dokumentacji. Inżynier nie może w tym zakresie wychodzić poza zakres przepisów prawa oraz Kontraktu. Drugi kwestionowany zapis - jest to sankcja za uchybienie kontraktowe Wykonawcy, a nie z działania Inżyniera,
- 5) Zarzut wskazany w pkt. 5 protestu - Zamawiający nabywa prawa majątkowe do dokumentacji w zakresie określonym w Kontrakcie, w tym w zakresie wskazanych pól eksploatacji. Przedmiotowe zapisy gwarantują, Zamawiającemu prawidłową realizację inwestycji oraz eksploatację obiektu po jej zakończeniu. Wskazane zapisy w żaden sposób nie naruszają niezbywalnych osobistych praw autorskich. Pojęcie domniemanych dotyczy roszczeń dochodzonych przez osoby trzecie i zapis ten powoduje obowiązek podjęcia działań prawnych w ramach toczących się sporów przez wykonawcę po stronie Zamawiającego, w celu zwolnienia go z odpowiedzialności z tego tytułu,
- 6) Zarzut wskazany w pkt. 7 protestu - Zamawiający podnosi, iż właśnie z powodu swojego profesjonalnego charakteru Wykonawca winien dołożyć szczególnej staranności przy weryfikowaniu dokumentacji. Jego zadaniem jest stwierdzenie, czy dokumentacja jest prawidłowa z punktu widzenia celu, dla którego zawarta została z nim umowa. Stopień odpowiedzialności Wykonawcy z tego tytułu będzie uwzględniany w odniesieniu do stopnia dołożenia przez niego należytej, profesjonalnej staranności w weryfikacji dokumentu. Nadto Zamawiający wskazuje, iż brak jest, w ramach swobody kontraktowania, przeszkód do rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy w stosunku do jej zakresu wynikającego z normy art. 651 k.c.,
- 7) Zarzut wskazany w pkt. 8 protestu - Zaskarżony zapis nie odnosi się do robót dodatkowych, a jedynie do ewentualnych prac projektowych i to wyłącznie w zakresie, w jakim sam wykonawca uzna je za niezbędne. Jeśli prace te będą miały charakter robót dodatkowych, to w tym zakresie znajdą zastosowanie bezwzględnie obowiązujące przepisy Pzp,
- 8) Zarzut wskazany w pkt. 9 protestu - Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że zarówno banki, jak i zakłady ubezpieczeń wyrażają zgodę na umieszczanie w gwarancjach zapisów, stosownie, do których ewentualna zmiana postanowień umowy wiążącej strony nie wymaga jego notyfikacji. Nadto, wprowadzenie modyfikacji wnioskowanej przez Wykonawcę spowoduje, iż gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od odpowiedzialności w przypadku powołania się na jakąkolwiek modyfikację Kontraktu,

- 9) Zarzut wskazany w pkt. 13 protestu – subklauzula zawiera zapis, o jaki wnioskuje protestujący,
- 10) Zarzut wskazany w pkt 15 protestu – Zamawiający wyjaśnia, iż w s.i.w.z. brak jest zapisów wzajemnie sprzecznych. Zamawiający uprawniony jest do ustalenia, iż wynagrodzenie wykonawcy ustalone zostanie w oparciu o załączone przedmiary, przy jednoczesnym ustaleniu górnej granicy takiego wynagrodzenia,
- 11) Zarzut wskazany w pkt 16 protestu – przedmiotowy zapis dotyczy robót zamiennych lub sytuacji nie wykonania części robót przez wykonawcę, co znajduje swoje odzwierciedlenie w treści subklauzuli 12.3 SWK,
- 12) Zarzut wskazany w pkt 17 protestu – zapis powyższy nie dotyczy niemożliwości wykonywania świadczenia, tylko wprowadzenia ewentualnych zmian do umowy wynikających z rynkowych niedoborów materiałowych i sprzętowych,
- 13) Zarzut wskazany w pkt 18 protestu - Powyższy zapis chroni interesy Zamawiającego i nie stanowi nieuzasadnionej ingerencji w umowie Wykonawcy z Podwykonawcami. Jego celem jest ochrona Zamawiającego przed potencjalnymi roszczeniami Podwykonawców. Zapis ten nie narusza normy art. 353¹ kc w zw. z art. 36.ust. 5 i art. 7 Pzp,
- 14) Zarzut wskazany w pkt 19 protestu - Przedmiotowy zapis nie odnosi się do sposobu i terminu płatności. Zatwierdzenie planu ma na celu stwierdzenie jego zgodności z innymi zapisami Kontraktu oraz Harmonogramem robót,
- 15) Zarzut wskazany w pkt 20 protestu - Przytoczona klauzula ma charakter interpretacyjny i jej wprowadzenie do Kontraktu nie stoi w sprzeczności z przepisami PZP. Jeśli jednak znajdą przesłanki ustawowe wystąpienia robót dodatkowych to odpowiednie przepisy znajdą zastosowanie,
- 16) Zarzut wskazany w pkt 21 protestu - Powyższy zapis nie odnosi do norm czasu pracy, a do godzin, w jakich roboty mają być wykonywane. Nadto, zapis ten nie stanowi zobowiązania do wykonywania prac w całym wskazanym przedziale czasowym, a jedynie zobowiązanie do nie wykonywania ich poza tymi godzinami, tj. w porze nocnej (zob. subklauzula 6.5 SWK). Powyższy zapis wynika z przepisów porządkowych obowiązujących na terenie gminy regulujących między innymi ograniczenia wykonywania prac uciążliwych dla otoczenia. Budowa będzie, bowiem realizowana w centrum Miasta, w zamieszkałej okolicy. Ponadto należy wskazać, iż Kontrakt przewiduje procedurę odstąpienia od wskazanych godzin pracy w uzasadnionych przypadkach,
- 17) Zarzut wskazany w pkt 22 protestu - Zapis powyższy zabezpiecza Zamawiającego przed skutkami nieprawidłowych działań Wykonawcy i ewentualnych szkód z tego tytułu. Jego

wprowadzenie jest przejawem troski o zabezpieczenie środków publicznych, które zostaną wydatkowane na budowę obiektu,

- 18) Zarzut wskazany w pkt 24 protestu - Termin na przekazanie placu budowy, wskazany w załączniku jest terminem maksymalnym. Przedmiotowy zapis w żaden sposób nie narusza normy art. 7 Pzp,
- 19) Zarzut wskazany w pkt 25 protestu – pojęcie „Programu” zostało zdefiniowane w klauzuli 8.3 Warunków Ogólnych Kontraktu oraz w Warunkach Szczególnych zmieniających tą klauzulę. Wielkości i daty płatności poszczególnych rat zaliczki będą zaś wynikać z Programu opracowanego przez Wykonawcę.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 24 września 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i żądania nie uwzględnione przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2009 roku (doręczonym Prezesowi UZP w dniu 1 września 2009 roku) **Konsorcjum firm: Hochtief Polska sp. z o.o., Waagner-Biro Austra Stage Systems AG, LTT sp. z o.o., M. Ostrowski sp.j.; ul. Elbląska 14, 02-737 Warszawa**, przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, uwzględniając cały materiał dowodowy zgłoszony w postępowaniu, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jako, że Odwołujący na rozprawie odstąpił od zarzutów sformułowanych w punktach 14, 16, 17 i 18 odwołania, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Odnosząc się zaś do pozostałych zarzutów, skład orzekający Izby w pełni uznaje stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w rozstrzygnięciu protestu, poparte argumentacją jak w piśmie procesowym z dnia 14 września 2009 roku.

Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący nie udowodnił, w żadnym z zarzutów naruszenia wskazywanych przepisów, które jego zdaniem utrudniają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym bardziej, że zarzuty protestu, jak i odwołania odnoszą się do wzorców umownych, mających swoje zastosowanie na etapie realizacji umowy.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje:

1. Odnośnie zarzut nr 1 odwołania. Klauzula 1.1.1 Szczególnych Warunków Kontraktu zawiera następujące postanowienia: „**Kontrakt**” oznacza *Akt Umowy, Warunki Kontraktu, Specyfikacje, Rysunki, Formularz Oferty z Załącznikiem do Oferty, oraz inne dokumenty wymienione w Akcie Umowy. Zawsze ilekroć w niniejszych Warunkach używany jest termin „Kontrakt” oznacza także „umowę” w rozumieniu przepisów Prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks Cywilny oraz ustawy Prawo zamówień publicznych*”. Punkt 2 Aktu umowy stanowi: *„Następujące dokumenty będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część niniejszego Kontraktu, według następującego pierwszeństwa:*

- (a) *niniejszy Akt Umowy;*
- (b) *Warunki Szczególne Kontraktu (Część II);*
- (c) *Warunki Ogólne Kontraktu (Część I);*
- (d) *Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych;*
- (e) *Dokumentacja projektowa;*
- (f) *Wszystkie inne dokumenty, niewymienione powyżej, a wchodzące w skład Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;*
- (g) *Oferta Wykonawcy;*
- (h) *Wyceniony Przedmiar Robót (po korekcie arytmetycznej);*
- (i) *Harmonogram”*

Zdaniem Izby ww. postanowienia nie mogą skutkować powstaniem wątpliwości, co do zakresu świadczeń, do jakich zobowiązany będzie wykonawca, w związku z zawarciem umowy, w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Odnośnie zarzutu Nr 2 odwołania. Klauzula 1.1.1.11 Szczególnych Warunków Kontraktu zawiera następujące postanowienia: „**Zmiana do Kontraktu**” oznacza *dokument tak zatytułowany, wprowadzający do postanowień Kontraktu zmiany zgodnie z Prawem obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności z przepisami ustawy Prawo*

zamówień publicznych (w szczególności art. 144 teje ustawy) oraz ustawy Kodeks Cywilny. Żadna Zmiana do Kontraktu nie może być podpisana później niż 45 dni przed upływem Czasu na Ukończenie Robót, chyba, że jest to Zmiana wynikająca ze zmiany polityki podatkowej Państwa w zakresie podatku od towarów i usług (podatek VAT). Szczegółowe zasady, na jakich będą wprowadzane zmiany do Kontraktu oraz ich zakres zostały określone w Klauzuli 13 [Zmiany i korekty].”, klauzula 1.1.4.13 w treści: **„Protokół konieczności”** - dokument przygotowany przez Inżyniera zawierający uzasadnienie dla wykonania Robót zamiennych. Załącznikiem do Protokołu konieczności jest Protokół z negocjacji. Protokoły konieczności mają znaczenie dla rozliczeń dokonywanych pomiędzy stronami Kontraktu w zakresie przewidzianym ustawą prawo zamówień publicznych i nie mogą stanowić podstawy odmowy wykonania Polecenia Inżyniera.” oraz klauzula 1.1.4.14 w brzmieniu: **„Protokół z negocjacji”** – dokument przygotowany przez Inżyniera zawierający uzgodnione z Wykonawcą ceny dla robót dodatkowych i/lub zamiennych, z tym, że forma tego dokumentu musi być zgodna z wymogami ustawy prawo zamówień publicznych. Protokoły z negocjacji mają znaczenie dla rozliczeń dokonywanych pomiędzy stronami Kontraktu w zakresie przewidzianym ustawą prawo zamówień publicznych i nie mogą stanowić podstawy odmowy wykonania Polecenia Inżyniera.” Wyżej cytowane postanowienia w żadnej mierze nie naruszają przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ani Kodeksu cywilnego i to bez względu na kwestię treści klauzuli Nr 13.1., która zakreśla prawo do zmian.

3. Odnośnie zarzutu Nr 3 odwołania. Klauzula 1 pkt 1.7 w brzmieniu: **„Cesje”** Klauzulę 1.7 skreśla się i zastępuje następująco: Wykonawca nie ma prawa - pod rygorem nieważności - dokonać cesji jakiegokolwiek ze swoich praw/wierzytelności ani przenieść zobowiązań wynikających z niniejszego Kontraktu na rzecz jakiegokolwiek podmiotu trzeciego bez uzyskania uprzedniej, pisemnej zgody Zamawiającego.” nie jest, w swej treści równoznaczna z brakiem możliwości uzyskania takiej zgody od Zamawiającego. Uzyskanie zgody Zamawiającego, uzasadnione jest słuszną obawą Zamawiającego, iż wykonawcy mogą zgłaszać wobec jednostek sektora publicznego nieuzasadnione żądania zapłaty, a następnie wierzytelności te mogą zbyć firmom windykacyjnym, które tego rodzaju bezpodstawnymi wierzytelnościami handlują. Takie sytuacje mogą wpłynąć na wiarygodność finansową samorządu - Zamawiającego, co mogłoby negatywnie wpłynąć na jego wizerunek. Ponadto, poprzez takie sformułowanie ww. klauzuli, w przypadku uzasadnionego wniosku – informacji skierowanego przez wykonawcę, Zamawiający taka

zgode może wyrazić. Jednakże to w jego gestii pozostaje uznanie czy dana wierzytelność może zostać poddana cesji.

4. Odnośnie zarzutu Nr 4 odwołania. Klauzula 1 pkt 1.8 stanowi: „**Przechowywanie i dostarczanie dokumentów.**” W niniejszej klauzuli 1.8 wprowadza się następujące zmiany:

Na końcu pierwszego akapitu dodaje się następujący zapis:

Razem z powiadomieniem o wyznaczeniu Daty Rozpoczęcia wydanym przez Inżyniera zgodnie z klauzulą 8.1 [Rozpoczęcie Robót], Wykonawca otrzyma oryginał lub uwierzytelniony odpis Projektu Budowlanego, oraz egzemplarz Pozwolenia na Budowę, wydanego przez właściwy organ.

Wykonawca będzie również prowadził na Terenie Budowy Dziennik Budowy, zgodnie z klauzulą 4.25 [Dziennik Budowy].

Na końcu drugiego akapitu dodaje się następujący zapis:

Wykonawca przedłoży Inżynierowi do zatwierdzenia takie rysunki, świadectwa, obliczenia i/lub inną techniczną dokumentację, jak określone zostało w Specyfikacjach lub jak wymagane jest przez Inżyniera.

W przypadku opóźnienia w przekazaniu lub nie zatwierdzenia takich dokumentów, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń odnośnie do dodatkowego czasu lub Kosztu.”. Izba uznaje za wystarczające wyjaśnienia Zamawiającego, iż Inżynier ma prawo określać wymogi co do zakresu wymaganej dokumentacji, która będzie podlegać zatwierdzeniu przez Inżyniera (oczywiście tej, którą wykonawca ma obowiązek sporządzić). Wymóg powyższy nie dotyczy żądania sporządzania innej dokumentacji niż ta, której obowiązek sporządzenia wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Stąd też Wykonawca nie będzie mógł dochodzić roszczeń z tytułu jego (Wykonawcy) zawinionych uchybień kontraktowych dotyczących niedostarczenia lub opóźnienia w dostarczeniu takich dokumentów.

5. Odnośnie zarzutu Nr 5 odwołania. Klauzula 1 pkt 1.10 w brzmieniu: „**Używanie Dokumentów Wykonawcy przez Zamawiającego.**” W ramach Ceny Kontraktowej Wykonawca łącznie z przekazaną dokumentacją przekazuje na rzecz Zamawiającego prawa autorskie majątkowe do dokumentacji Wykonawcy- bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia tj. Zamawiający będzie miał prawo do jej używania i sporządzania kopii przy robotach objętych niniejszą dokumentacją i w celu do którego jest ona przeznaczona i nie będzie musiał uzyskać zezwolenia Wykonawcy na sporządzenie kopii do

takiego użytku. Zamawiający będzie miał również prawo do jej aktualizacji, jeżeli realizacja inwestycji na podstawie wykonanej dokumentacji nie będzie możliwa. (...)” upoważnia Zamawiającego do dokonywania zmian w dokumentacji, czyli jest to prawo do dokonywania tzw. Opracowań w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zamawiający korzystając ze swojego prawa będzie musiał honorować autorskie prawa osobiste twórcy m.in. poprzez zachowanie się zgodnie z dyspozycją art. 2 ust. 5 wyżej cytowanej ustawy. Takie postanowienia gwarantują Zamawiającemu prawidłową realizację inwestycji oraz eksploatację obiektu po jej zakończeniu, a przede wszystkim w razie dokonywania modernizacji lub przebudowy budynku wykonanego w oparciu o projekty wykonane przez wykonawcę umożliwią zlecenie całości prac modernizacyjnych, w tym zakresie projektowania w sposób w pełni konkurencyjny.. W przypadku braku takiego postanowienia, Zamawiający ze względu na kwestię praw autorskich zmuszony byłby udzielić zlecenia z wolnej ręki temu wykonawcy, który dysponowałby prawami do dokumentacji pierwotnej. Taka sytuacja z pewnością utrudnia uczciwą konkurencję i faworyzuje jednych wykonawców kosztem innych. Co do terminów przekazania dokumentacji cyt. *„Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wszelkie oryginalne szkice, dokumenty, plany, pomiary, raporty oraz inne materiały, a także dane przygotowane przez niego zgodnie z niniejszą Umową, we wskazanym przez Zamawiającego terminie lub najpóźniej w dacie Czasu na Ukończenie”* dotyczą one jedynie terminu przekazania już wcześniej wykonanej dokumentacji. W odniesieniu do żądania wykreślenia z ostatniego akapitu klauzuli 1 pkt 1.10 słowa *„...domniemanymi lub...”* Izba uznaje wyjaśnienia Zamawiającego, iż sformułowanie powyższe należy traktować jako przeciwieństwo udowodnionych, w tym zasądzonych roszczeń. Ponadto dotyczy to roszczeń dochodzonych przez osoby trzecie i postanowienie to powoduje podjęcie działań prawnych w ramach toczących się sporów przez wykonawcę po stronie Zamawiającego, w celu zwolnienia go z odpowiedzialności z tego tytułu.

6. Odnośnie zarzutu Nr 6 odwołania. Klauzula 4 pkt 4.1 określa **Ogólne zobowiązania Wykonawcy**. Zdaniem Izby z treści modyfikacji ww. klauzuli wynika, iż celem Zamawiającego nie jest rozszerzanie odpowiedzialności wykonawcy wynikającej z art. 651 k.c., ale jest nałożenie na wykonawcę dodatkowego obowiązku umownego w postaci szczegółowego zweryfikowania prawidłowości dokumentacji projektowej i to w terminie wskazanym w tym postanowieniu. Co się z tym wiąże wykonawca ma prawo uwzględnić tę czynność w swoim wynagrodzeniu. Tak więc uzasadnionym wydaje się argumentacja Zamawiającego poparta wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku sygn.

akt III CKN 629/98, gdzie Sąd w uzasadnieniu stwierdził, iż „Z takiego sformułowania treści umowy nie wynika, aby pozwany przyjął na siebie obowiązki dalej idące niż wynikające z art. 651 k.c. Jakkolwiek bowiem strony umowy mogą rozszerzyć zakres obowiązków określonych ustawą, jednak wymaga to jednoznacznego określenia”. Tak więc Zamawiający, z uwagi na fakt, iż art. 651 k.c. nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, miał prawo dowolnie modyfikować ww. przepis, zarówno poprzez rozszerzenie odpowiedzialności, jak i jej zawężenie.

7. Odnośnie zarzutu Nr 7 odwołania. Klauzula 4 pkt 4.1 określa **Ogólne zobowiązania Wykonawcy**. W zakresie wskazanym przez Odwołującego, dotyczącym sformułowania „...jak również w jakimkolwiek innym zakresie, jeżeli Wykonawca uzna je za konieczne do ukończenia Robót”, Izba stwierdziła, iż sformułowanie powyższe nie odnosi się do robót dodatkowych, a jedynie do ewentualnych prac projektowych i to wyłącznie w zakresie w jakim sam wykonawca uzna je za niezbędne.
8. Odnośnie zarzutu Nr 8 odwołania. Klauzula 4 pkt 4.2 określa **Zabezpieczenie wykonania**. Zdaniem Izby, postanowienie Zamawiającego w zakresie umieszczenia w gwarancji postanowień, stosownie do których ewentualna zmiana postanowień umowy wiążącej strony nie wymaga notyfikacji Gwaranta jest prawnie możliwa, co potwierdza dowód w postaci oświadczenia złożonego przez Panią Justynę N. – Dyrektora Działu Ubezpieczeń Marcinkowski Broker sp. z o.o. W odpowiedzi na pytanie pełnomocników Zamawiającego „Czy zakłady ubezpieczeniowe działające w Polsce wystawiają gwarancje należytego wykonania zawierające stwierdzenie, że: żadna zmiana czy uzupełnienie lub inna modyfikacja warunków Kontraktu lub Robót, które mogą zostać przeprowadzone na podstawie Kontraktu lub w jakichkolwiek dokumentach kontraktowych, jakie mogą zostać sporządzone między Zamawiającym a Wykonawcą, nie uwalniają poręczyciela lub gwaranta od odpowiedzialności wynikającej z niniejszej gwarancji oraz, że poręczyciel lub gwarant zrzeka się obowiązku notyfikacji o takiej zmianie, uzupełnieniu czy modyfikacji?” uzyskano odpowiedź, że „Zapis, o którym mowa w pytaniu jest akceptowany przez towarzystwa ubezpieczeniowe zapisem dla kontraktów realizowanych na warunkach FIDIC-a. (...) w poszczególnych towarzystwach ubezpieczeniowych przedmiotowy zapis może mieć inne niż przytoczone powyżej brzmienie, zachowując jednak taki sam sens”.
9. Odnośnie zarzutu Nr 9 odwołania. Klauzula 4 pkt 4.26 określa **Zabezpieczenie przylegających nieruchomości**. Zarzut Odwołującego jest niezasadny, gdyż żądanie określone w odwołaniu znajduje swoje odzwierciedlenie w ww. klauzuli, cyt.

„Wykonawca zabezpieczy i zobowiązuje się zwolnić Zamawiającego przed, i przejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie następstwa z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z Terenem Budowy w wynikające z realizacji Kontraktu”.

10. Odnośnie zarzutu Nr 10 odwołania. Izba nie stwierdziła naruszeń przepisów w zakresie w jakim wskazywał Odwołujący. Zdaniem składu orzekającego, Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił sposób obliczenia, podania i rozliczania ceny kontraktowej. Zarówno przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jaki Kodeksu cywilnego nie ograniczają w tym zakresie swobody Zamawiającego. Dopuszczalność swobodnego określania sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy w umowie na roboty budowlane stanowi kwestię bezsporną w doktrynie (zob. np.: Białończyk W., glosa do wyroku SN z dnia 6 maja 2004 roku, sygn. akt II CK 315/03, teza nr 1, OSP 2005/5/60).
11. Odnośnie zarzutu Nr 11 odwołania. Dotyczy klauzuli 12 ostatni akapit, w treści: *„Obmiary i wycena. (...)Jeżeli z Kontraktu wynikać będzie, że pewne elementy robót wymagać będą uzgodnienia lub ustalenia ceny, wtedy Inżynier winien postępować zgodnie z Klauzulą 3.5 i dokonać wyceny tych elementów stosując pomiary uzgodnione lub ustalone zgodnie z klauzulami 12.1 i 12.2 oraz odpowiednie stawki lub ceny dla danego elementu.”.* Zdaniem Izby przedmiotowe postanowienia nie dotyczą robót dodatkowych, a jedynie robót zamiennych lub sytuacji nie wykonania części robót przez wykonawcę. O powyższym świadczy treści subklauzuli 12.3 *„Zaakceptowana Cena Kontraktowa ma charakter stały i nie podlega późniejszym zmianom, za wyjątkiem przypadków, gdy: a) Inżynier zleci Wykonawcy wykonanie robót zamiennych, b) Wykonawca nie wykona robót w jakiegokolwiek części lub nie dostarczy Materiałów i Urządzeń niezależnie od przyczyny.”.*
12. Odnośnie zarzutu Nr 12 odwołania. Dotyczy klauzuli 13 ust. II, pkt II.1 - **Zmiana sposobu spełnienia świadczenia Kontraktu** - kwestionowane postanowienie – *„Zmiany, o których mowa w lit a) (przyp. niedostępność na rynku materiałów lub urządzeń wskazanych w dokumentacji Kontraktu, w szczególności w projekcie budowlanym oraz projekcie wykonawczym, a spowodowana zaprzestaniem produkcji lub wycofaniem z rynku tych materiałów lub urządzeń) mogą być podstawą zwiększenia Ceny Kontraktowej wyłącznie w przypadku, w którym Wykonawca udowodni, iż ceny materiałów lub urządzeń zastępujących wycofane z produkcji lub rynku są wyższe od proponowanych w ofercie, o co najmniej 10%. Wzrost wynagrodzenia może zostać wówczas ustalony o nie więcej niż 10 % różnicy w cenie”.* Zdaniem Izby przedmiotowe postanowienie nie stanowi o

niemożliwości świadczenia, tylko o wprowadzeniu ewentualnych zmian do umowy wynikających z rynkowych niedoborów materiałowych i sprzętowych. Zaniechanie produkcji materiałów i urządzeń budowlanych określonego typu, z reguły wiąże się z rozpoczęciem produkcji ich zamienników, które mogą zostać wykorzystane przez wykonawcę w celu realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca kalkulując cenę oferty, winien sam ocenić ryzyko z tym związane i uwzględnić je w cenie. Ponadto Zamawiający określił zarówno przesłanki umożliwiające dokonanie zmian, a także określił sposób dokonywania tych zmian, zgodnie z przepisem art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

13. Odnośnie zarzutu Nr 13 odwołania. Dotyczy klauzuli 14 pkt 14.3 - **Wnioski o Przejściowe Świadcstwa Płatności** – *„Każde rozliczenie przejściowe winno zawierać oświadczenie Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, że wszystkie należne płatności Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców za Roboty objęte danym Przejściowym Świadcstwem zostały zapłacone, lub podać powody niezapłacenia całości lub części takich faktur.”*. Postanowienie powyższe nie narusza normy art. 353¹ k.c. w zw. z art. 36 ust. 5 i art. 7 ustawy Pzp, gdyż chroni interesy Zamawiającego, który jest odpowiedzialny solidarnie za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom.
14. Odnośnie zarzutu Nr 15 odwołania. Dotyczy pozycji 1.2 lit. e, załącznik Nr 2d do oferty, poz. 15 – *„Stopa procentowa dla rzeczywistych kwot do wyliczenia kwoty narzutu zysku - 2% (w przypadku zakupów)”*. Zdaniem Izby powyższe postanowienie nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący nie udowodnił w jakim zakresie wyżej cytowane postanowienie wpływa na ograniczenie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.
15. Odnośnie zarzutu Nr 19 odwołania. Dotyczy pkt 14.2 załącznika Nr 2d – *„Zaliczka w maksymalnej kwocie do 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej płatna po zatwierdzeniu i przedłożeniu gwarancji spłaty zaliczki w formie zatwierdzonej przez Zamawiającego. Liczba i terminy rat zaliczki zostaną określone po zatwierdzeniu Programu przez Zamawiającego. Wysokość raty zaliczki będzie uzależniona od ilości wykonanych robót określonych w Programie.”*. Pojęcie PROGRAMU zostało zdefiniowane w klauzuli 8.3 Warunków Ogólnych Kontraktu oraz w Warunkach Szczególnych zmieniających tą klauzulę – **„Program** - Wykonawca dostarczy Inżynierowi szczegółowy program w formie uzgodnionej z Inżynierem najpóźniej 7 dni przed Datą Rozpoczęcia określoną w klauzuli 8.1 [Rozpoczęcie Robót]. Wykonawca winien przechowywać na Terenie Budowy kopię programu Robót sporządzoną w formie wykresu ukazującego postęp wszystkich rodzajów

Robót w odniesieniu do wykonania Kontraktu. Program winien być uaktualniany przez Wykonawcę na żądanie Inżyniera.”. Tym samym, to Wykonawca określa w Programie wielkość i daty płatności poszczególnych rat zaliczki, co w odniesieniu do stawianego zarzutu, musi stanowić o jego bezzasadności.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....