

Sygn. akt KIO 1381/21

Sygn. akt KIO 1388/21

WYROK

z dnia 5 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kawa

Ewa Kisiel

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21) oraz odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach (sygn. akt KIO 1388/21) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- A. BUDIMEX S.A. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1381/21),
- B. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1381/21, sygn. akt KIO 1381/21),
- C. MOTA ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1381/21),

D. STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1381/21) oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1388/21

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w pkt VI, X i XI odwołania wniesionego przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21);

2. uwzględnia odwołanie wniesione przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21) w zakresie zarzutu opisanego w pkt I - naruszenia art. 452 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) przez żądanie wniesienia Zabezpieczenia Należytego Wykonania w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i nakazuje Skarbowi Państwa – Generalnemu Inspektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe w zakresie Subklauzuli 4.2;

3. uwzględnia odwołanie wniesione przez COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach (sygn. akt KIO 1388/21) w zakresie zarzutów naruszenia art. 121 pkt 1 w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 oraz art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) i nakazuje Skarbowi Państwa – Generalnemu Inspektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającemu przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia przez usunięcie zastrzeżenia ujętego w:

3.1. pkt 6.5 IDW - obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług oraz zakazu powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w odniesieniu do kluczowych zadań w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu;

3.2. pkt 12.1 IDW - możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania tylko tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w IDW jako kluczowe zadania;

4. oddała oba odwołania w zakresie pozostałych zarzutów;

5. kosztami postępowania obciąża Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21), COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach (sygn. akt KIO 1388/21) oraz Skarb Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21, sygn. akt KIO 1388/21) i:

5.1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczone przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną Skarb Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1381/21);

5.1.2. zasądza od Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa w Warszawie na rzecz Skarb Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie kwotę 200 zł 00 gr (słownie: dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1381/21);

5.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczone przez COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną Skarb Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1388/21);

5.2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie na rzecz COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach kwotę 14.553 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu

kosztów postępowania odwoławczego wynikających z wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1388/21).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1381/21

Sygn. akt KIO 1388/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Inspektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie – wszczął na podstawie przepisów ustawy z 11 października 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na projekt i budowę obwodnicy Kołbieli w ciągu drogi krajowej nr 50. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 084-2132163. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, 10 maja 2021 r. odwołania wnieśli: Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21) oraz wykonawca COLAS Polska Sp. z o. o. w Pałędziach (sygn. akt KIO 1388/21) Odwołujący zachowali został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21):

Odwołujący podniósł następujące zarzuty oraz odpowiadające im żądania:

I. naruszenie przez zamawiającego art. 452 ust. 2 i ust. 3 Pzp przez żądanie wniesienia Zabezpieczenia Należytego Wykonania w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w sytuacji, gdy nie zachodzą okoliczności uzasadniające żądanie zabezpieczenia w wysokości większej niż 5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wskazane w art. 452 ust. 3 Pzp, a zamawiający nie powołał się w SWZ na żadne okoliczności uzasadniające zwiększoną wysokość zabezpieczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe, Subklauzula 4.2 przez zastąpienie postanowienia o treści:

„Przed zawarciem Umowy, Wykonawca wniósł Zabezpieczenie Należytego Wykonania w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej albo co najmniej 3 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, z zastrzeżeniem, iż pozostałe wówczas 7% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zostanie potrącone przez Zamawiającego przez procentowe potrącenia z każdej faktury VAT Wykonawcy” postanowieniem o treści:

„Przed zawarciem Umowy, Wykonawca wniósł Zabezpieczenie Należytego Wykonania w wysokości 5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej albo co najmniej 2 % Zaakceptowanej Kwoty

Kontraktowej, z zastrzeżeniem, iż pozostałe wówczas 3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zostanie potrącone przez Zamawiającego przez procentowe potrącenia z każdej faktury VAT Wykonawcy aż do osiągnięcia wymaganej kwoty.

II. naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 8 Pzp i art. 464 Pzp przez ukształtowanie określonych we wzorze umowy - Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu, Pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] ust. 1, ust. 2 i ust. 3 - wymagań dotyczących treści umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, co narusza prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami (będącymi dostawcami lub usługodawcami) w materii, której przepisy Pzp i kodeksu cywilnego nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak jest podstaw w Pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami (będącymi dostawcami lub usługodawcami), zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy dostawy lub umowy o świadczenie usług ani kwestii związanych z odpowiedzialnością zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia dla tych podwykonawców,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy], Pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] w następujący sposób:

1. Zastąpienie w ust. 1 fragmentu o treści:

„Umowa o podwykonawstwo, musi zawierać w szczególności postanowienia dotyczące:”
postanowieniem o treści:

„Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, musi zawierać postanowienia dotyczące:”

2. Zastąpienie w ust. 2 fragmentu o treści:

„Postanowienia Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, dostawy, roboty wykonywane na Placu Budowy, będą uwzględniały poniższe założenia w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy:”

postanowieniem o treści:

„Postanowienia Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane wykonywane na Placu Budowy, będą uwzględniały poniższe założenia w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy:”

3. Zastąpienie w ust. 3 fragmentu o treści:

„Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, usługi i dostawy nie może zawierać postanowień:”

postanowieniem o treści:

„Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, nie może zawierać postanowień:”

III. naruszenie art. 465 ust. 6 Pzp oraz art. 505 pkt 4 k.c. w związku z art. 8 Pzp przez ukształtowanie określonych w treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy], Pkt IV [Bezpośrednia zapłata], uprawnień przysługujących zamawiającemu w razie dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w sposób wykraczający poza uprawnienia przyznane zamawiającemu na mocy przepisów Pzp, zgodnie z którymi „W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.”, a to oznacza, że ustawodawca w sposób wyczerpujący uregulował, z jakich wierzytelności wzajemnych wykonawcy zamawiający może dokonać potrącenia i nie ma wśród nich zabezpieczenia należytego wykonania umowy (tego stosunku prawnego, który wynika z zawartej umowy), ani też wierzytelności wykonawcy wynikających z innych stosunków prawnych nawiązanych z zamawiającym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy], Pkt IV [Bezpośrednia zapłata] przez zastąpienie postanowienia ust. 6 o treści:

„W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub z Zabezpieczenia Należytego Wykonania lub z wszelkich wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego.” postanowieniem o treści:

„W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy lub odzyskuje zapłaconą kwotę z Zabezpieczenia Należytego Wykonania.”

IV. naruszenie art. 16 Pzp, art. 99 Pzp, art. 433 pkt 2 Pzp oraz art. 353¹ k.c. i art. 475 k.c. w związku z art. 8 Pzp przez ukształtowanie treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.5 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania] w sposób, który umożliwia zamawiającemu (działającemu w jego imieniu Inżynierowi) jednostronne wydzielanie Odcinków (w rozumieniu Subklauzuli 1.1.76), to jest ograniczonych części Robót, podlegających odrębnym procedurom odbiorowym i odrębnemu Czasowi na Ukończenie, których nieukończenie w terminie powoduje odpowiedzialność z tytułu kar umownych - a co za tym idzie w sposób, który umożliwia zamawiającemu jednostronną zmianę umowy, która będzie wiązać strony, a przez to przerzucenie na Wykonawcę ryzyka związanego z wykonaniem umowy w sposób zmieniony o przesłanki niesprecyzowane w SWZ, a zatem nieprawidłowym (niekompletnym, niepełnym) opisem przedmiotu zamówienia przez zamawiającego i co może prowadzić do naruszenia równowagi ekonomicznej stron stosunku prawnego, a także do złożenia nieporównywalnych ofert. Powyższa jednostronna zmiana prowadzi nadto może do wprowadzenia kar umownych nie związanych z przedmiotem zamówienia, a także do niemożności świadczenia w sytuacji, gdy dla wydzielonego jednostronnie Odcinka nie da się z przyczyn obiektywnych uzyskać pozwolenia na użytkowanie.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.5 (Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania) przez wykreślenie postanowienia o treści:

„Jeżeli Wykonawca złoży roszczenie o zmianę Czasu na Ukończenie lub zmianę czasu na osiągnięcie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, wtedy Inżynier, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.7 [Uzgodnienie lub określenie] może działać w celu wyodrębnienia ograniczonej części Robót, których dotyczyć będzie przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana zakresu wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania - taka część Robót będzie traktowana jako Odcinek. W takim przypadku Czas na Ukończenie pozostaje niezmienny w części Robót poza Odcinkiem, a ich przejęcie nastąpi w trybie Subklauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków]. W takim przypadku, do daty usunięcia Wad oraz drobnych zaległych prac wskazanych w Świadectwie Przejęcia (dotyczącym części Robót poza Odcinkiem), Koszt związany z przedłużeniem Czasu na Ukończenie uznany będzie proporcjonalnie do wartości tego Odcinka, po tej dacie Wykonawca uprawniony będzie do otrzymania płatności za Koszt bez odniesienia się do wartości Odcinka.

Jeśli Inżynier podejmie działania w celu wyodrębnienia Odcinka, w takim przypadku:

1. Inżynier winien wystąpić do Wykonawcy o przedstawienie Harmonogramu z podziałem na zakres Robót, na który okoliczności i przyczyny roszczenia miały istotny wpływ oraz dla tej części Robót, dla której okoliczności i przyczyny roszczenia nie miały wpływu lub miały znacząco mniejszy wpływ,
2. Wykonawca w ciągu 21 dni przedstawi taki Harmonogram,
3. Inżynier w ciągu 21 dni uzgodni ten Harmonogram lub zgłosi do niego uwagi,
4. Następnie Inżynier przeprowadzi konsultacje w celu osiągnięcia uzgodnienia, zgodnie z Subklauzulą 3.7.1,
5. W przypadku braku uzgodnienia Inżynier może wydać Określenie, na warunkach Subklauzuli 3.7.2, wyodrębniające Odcinki (łącznie odpowiadające całości Robót), dla których Czas na Ukończenie może ulec zmianie w różnym wymiarze, przy czym:
 - a. inżynier będzie mógł zwiększyć całkowite przedłużenie Czasu na Ukończenie Odcinka, ale go nie zmniejszy,
 - b. Wyodrębnienie Odcinków musi nastąpić z wyprzedzeniem terminowym pozwalającym na ukończenie każdego z nich w wyznaczonym czasie, z użyciem nakładów planowanych w pierwotnym Harmonogramie, lecz takie wyodrębnienie nie może nastąpić później aniżeli 6 miesięcy przed upływem Czasu na Ukończenie każdego z nich,
 - c. Wyodrębnienie Odcinków z wyprzedzeniem czasowym mniejszym aniżeli 6 miesięcy przed upływem Czasu na Ukończenie każdego z nich może nastąpić wyłącznie za zgodą Stron.

V. naruszenie przez zamawiającego art. 433 pkt 2) Pzp przez wprowadzenie określonych w treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.8 [Kary umowne] pkt. II, kar umownych za zachowanie Wykonawcy nie związane

bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.8 [Kary umowne] pkt II przez wykreślenia postanowienia o treści:

„Zamawiający naliczy Wykonawcy Kary umowne:

- a. za przekroczenie terminu przedłożenia Harmonogramu lub jego aktualizacji (z wyłączeniem aktualizacji wykresu czasowo - przestrzennego) w terminach określonych w Subklauzuli 8.3 (Harmonogram) i Subklauzuli 8.7 (Szybkość postępu prac i Robót), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 5 000 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki;
- b. za przekroczenie terminu przedłożenia aktualizacji wykresu czasowo - przestrzennego w terminie określonym w Subklauzuli 8.3 (Harmonogram), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 500 PLN (słownie: pięćset złotych), za każdy dzień zwłoki;
- c. za nie odniesienie się do uwag Inżyniera lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do Harmonogramu lub jego aktualizacji, w terminie określonym w Subklauzuli 8.3 (Harmonogram) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 5 000 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.3 (Harmonogram), to jest z wyłączeniem uwag inżyniera do założonych przez Wykonawcę w Harmonogramie lub jego aktualizacji terminów realizacji: wykraczających poza określony w Kontrakcie Czas na Ukończenie lub zakładających nieosiągnięcie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania;
- d. za przekroczenie terminu przedłożenia miesięcznego raportu w terminie określonym w Subklauzuli 4.20 (Raporty o postępie prac i Robót), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 5 000 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki;
- e. za przekroczenie terminu przedłożenia tygodniowego raportu w terminie określonym w Subklauzuli 4.20 (Raporty o postępie prac i Robót), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 1.000 PLN (słownie: jeden tysiąc złotych), za każdy dzień zwłoki.

VI. naruszenie przez Zamawiającego art. 353¹ k.c. w związku z art. 8 Pzp przez sformułowanie kary umownej należnej wykonawcy w sposób, który może powodować podważanie skuteczności zastrzeżenia tej kary, a także ograniczenie uprawnienia wykonawcy do dochodzenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego jedynie do sytuacji, gdy przedmiotowe odstąpienie zostało dokonane przez wykonawcę z przyczyn enumeratywnie wskazanych w treści Subklauzuli 15.2, przy jednoczesnym braku ograniczenia uprawnienia zamawiającego do dochodzenia tożsamej kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, co stanowi ukształtowanie treści stosunku prawnego wbrew zasadom współżycia społecznego

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.8 (Kary umowne), pkt III przez zastąpienie postanowienia o treści:

„Zamawiający zapłaci Wykonawcy Karę umowną:

(a) z przyczyn określonych w Subklauzuli 16.2 (Odstąpienie przez Wykonawcę), zależnych od Zamawiającego w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 (Odstąpienie z winy Wykonawcy) i Subklauzuli 15.5 (Odstąpienie dla potrzeb Zamawiającego) i Subklauzuli 18.6 (Zwolnienie z wykonania zobowiązań z mocy Prawa) i art. 456 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych” postanowieniem o treści:

„Zamawiający zapłaci Wykonawcy Karę umowną:

(a) z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn określonych w Subklauzuli 16.2 (Odstąpienie przez Wykonawcę) lub z innych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, z wyłączeniem przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 (Odstąpienie z winy Wykonawcy) i Subklauzuli 15.5 (Odstąpienie dla potrzeb Zamawiającego) i Subklauzuli 18.6 (Zwolnienie z wykonania zobowiązań z mocy Prawa) i art. 456 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

VII. naruszenie art. 16 Pzp, art. 99 Pzp oraz art. 647 k.c. w związku z art. 8 Pzp przez uzależnienie dokonania przejęcia (odbioru) przez zamawiającego części robót, które zamawiający użytkuje na mocy swojej autonomicznej decyzji od sporządzenia dokumentacji powykonawczej dla tej części robót oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla tej części robót.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 10.2 (Przejęcie części Robót) przez wykreślenie postanowienia o treści:

„Przed wystawieniem Świadczenia Przejęcia dla jakiegokolwiek części Robót, Wykonawca jest zobowiązany sporządzić i zgromadzić kompletne dokumenty i oświadczenia wymagane ustawą Prawo budowlane, niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie części Robót i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie (jeżeli jest wymagana według wyłącznego uznania Zamawiającego dla tej części Robót).

Jeżeli Wykonawca dla przejmowanej w trybie niniejszej Subklauzuli części Robót przedłoży Inżynierowi dokumentację powykonawczą zgodnie z Subklauzulą 5.6 [Dokumentacja powykonawcza], to tak przedłożona dokumentacja będzie stanowić element dokumentacji powykonawczej dla Robót przejmowanych w trybie Subklauzuli 10.1”.

VIII. naruszenie art. 16 oraz art. 99 Pzp przez narzucenie wykonawcy, nie dającego się przewidzieć ani wycenić na etapie sporządzenia oferty sposobu obliczania wartości robót, w zamian za które wykonywane będą inne roboty w razie wprowadzenia Zmiany (a o którą to wartość będzie następnie pomniejszane wynagrodzenia wykonawcy) przez narzucenie konieczności stosowania cen aktualnych w dacie ustalania Zmiany z całkowitym pominięciem ceny ujętej w ofercie wykonawcy.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 13.3.1 przez zastąpienie postanowienia o treści:

„Inżynier, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.7 [Uzgodnienie tub określenie], ustali zmianę wartości

odpowiedniego elementu ryczałtowego określonego w Wykazie Płatności w oparciu o Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1389). Wartość robót przed Zmianą należy ustalić z zastosowaniem cen aktualnych w dacie ustalenia wartości tej Zmiany, tak ustaloną wartość robót przed Zmianą należy podzielić przez współczynnik waloryzacji, obliczony zgodnie z Subklauzulą 13.7 [Korekty wynikające ze zmian w Koszcie] z uwzględnieniem zmian cen od Daty Odniesienia do daty ustalenia wartości tej Zmiany. Dla Robót pominiętych zastosowanie będą miały ceny jednostkowe uzgodnione przez Inżyniera w Tabeli Rozliczeniowej (TRoz). Poprzez Roboty pominięte rozumie się roboty, z których rezygnacja nie wiąże się z koniecznością wykonania robót Zamiennych” postanowieniem o treści:

„Inżynier, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.7 [Uzgodnienie lub określenie], ustali zmianę wartości odpowiedniego elementu ryczałtowego określonego w Wykazie Płatności w oparciu o Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1389). Wartość robót przed Zmianą należy ustalić w oparciu o ceny jednostkowe uzgodnione przez Inżyniera w Tabeli Rozliczeniowej (TRoz). Dla Robót pominiętych zastosowanie będą miały ceny jednostkowe uzgodnione przez Inżyniera w Tabeli Rozliczeniowej (TRoz). Poprzez Roboty pominięte rozumie się roboty, z których rezygnacja nie wiąże się z koniecznością wykonania robót Zamiennych”.

IX. naruszenie art. 447 ust. 1 i art. 16 Pzp oraz art. 354 § 2 k.c. w związku z art. 8 Pzp przez niezgodnie z przepisami Pzp wymagania, aby wykonawca przedkładał dowody zapłaty wynagrodzenia nie tylko dla podwykonawców robót budowlanych, ale również dla dostawców i usługodawców, podczas gdy z bezwzględnie obowiązującego art. 447 ust. 1 pkt 1 Pzp odsyłającego jedynie do art. 464 ust. 1 Pzp wynika, że chodzi wyłącznie o podwykonawców robót budowlanych, a nie również podwykonawców, z którymi zawarto umowy o dostawy lub usługi, a także przez dyskwalifikację oświadczenia danego podwykonawcy o braku wymagalnych wierzytelności, jako dowodu na uregulowanie wynagrodzenia na rzecz tego podwykonawcy, podczas gdy oświadczenia takie, pochodzące wprost od samego podwykonawcy (profesjonalisty w obrocie gospodarczym), którego zapłata dotyczy, potwierdza określony w tym oświadczeniu stan faktyczny i z tego względu brak jest jakichkolwiek uzasadnionych przyczyn, by nie dawać mu wiary oraz odmawiać waloru dowodowego, a czyniąc to Zamawiający narusza obowiązek należytego współdziałania z Wykonawcą w realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ-Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 14.3 przez zastąpienie postanowienia o treści:

„Do drugiego i następnych Rozliczeń Wykonawca dołączy dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom I dalszym Podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych i prac projektowych wraz z zestawieniem wystawionych przez nich wymagalnych faktur VAT zawierającym szczegółowy opis ewentualnej różnicy pomiędzy wartością faktury a wartością dokonanej płatności. Za dowód zapłaty uznaje się w szczególności: potwierdzenie wykonania przelewu, wyciąg z rachunku bankowego, dowód wpłaty - pokwitowanie druk „kasa przyjmie”. Dowodem zapłaty nie jest oświadczenie Podwykonawcy (dalszego Podwykonawcy) o braku wymagalnych wierzytelności w stosunku do Wykonawcy.”

postanowieniem o treści:

„Do drugiego i następnych Rozliczeń Wykonawca dołączy dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust 1 Prawa zamówień publicznych; biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych i prac projektowych wraz z zestawieniem wystawionych przez nich wymagalnych faktur VAT zawierającym szczegółowy opis ewentualnej różnicy pomiędzy wartością faktury a wartością dokonanej płatności. Za dowód zapłaty uznaje się w szczególności: oświadczenie Podwykonawcy (dalszego Podwykonawcy) o braku wymagalnych wierzytelności w stosunku do Wykonawcy potwierdzenie wykonania przelewu, wyciąg z rachunku bankowego, dowód wpłaty - pokwitowanie druk „kasa przyjmie”.”

X. naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co przejawia się we wprowadzeniu do treści PFU postanowień pkt 1.1.3.2. oraz pkt 1.1.1. ppkt 27) PFU, uzależniających zakres i sposób świadczenia od zdarzeń przyszłych i niepewnych, niezależnych od wykonawcy i niemożliwych do przewidzenia na etapie wyceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ - Tom III, Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) przez:

- modyfikację treści pkt 1.1.3.2. w zakresie dodatkowych jezdni obsługujących przyległy teren - bez mijanek poprzez nadanie mu następującego brzmienia: W przypadku woli uregulowania przez jst przejęcia dodatkowych jezdni i zakwalifikowania ich jako własne drogi publiczne należy: podjąć ustalenia z jst z uwzględnieniem początkowych parametrów technicznych dróg, jako 3,5 m z mijankami, konstrukcja nawierzchni z kruszywa. Ewentualne zwiększenie parametrów technicznych z ograniczeniem do następujących stopni:

- 3,5 m, konstrukcja nawierzchni z kruszywa z podwójnym powierzchniowym utwaleniem,
- 3,5 m, konstrukcja nawierzchni KRI,
- 5 m (pod warunkiem partycypacji w kosztach przez jst), konstrukcja nawierzchni z kruszywa z podwójnym powierzchniowym utwaleniem,
- 5 m (pod warunkiem partycypacji w kosztach przez jst), konstrukcja nawierzchni KRI. będzie traktowane jako wykonywanie robót dodatkowych, odrębnie wdrażanych i rozliczanych.

Przekazanie wykonawcom informacji dotyczących lokalizacji oraz charakterystyki miejsc do kontroli pojazdów, które mają być przyjęte i skalkulowane w ramach składanej oferty.

XI. naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 15 Rozporządzenia w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co przejawia się we wprowadzeniu do treści PFU postanowień dotyczących sposobu przeprowadzenia przejść dla zwierząt (konstrukcji dróg równoległych oraz przepustów) niespójnych w stosunku do postanowień wiążącej DŚU.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ - Tom III, Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) przez:

- jednoznaczne wskazanie, jaki sposób przeprowadzenia przejść dla zwierząt opisanych w DŚU, w tym jaki rodzaj nawierzchni dróg równoległych, należy przyjąć jako podstawę sporządzenia i wyceny oferty.

Przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłosili wykonawcy: BUDIMEX S.A. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim, MOTA ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie, STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie. Wykonawcy opowiedzieli się po stronie odwołującego. Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zarządzeniem z 8 czerwca 2021 r. Izba zobowiązała zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie, a przystępujących do złożenia pisemnych stanowisk w sprawie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 16 czerwca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w części i zapowiedział zmianę SWZ. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania opisane w pkt VI, X i XI odwołania, co potwierdził następnie oświadczeniem złożonym na posiedzeniu z udziałem stron. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Pisemne stanowiska w sprawie złożyli również przystępujący.

Odwołanie wniesione przez COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach (sygn. akt KIO 1388/21):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 121 pkt 1 Pzp w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez nieuzasadnione zastrzeżenie przez zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub którzy mogliby uczestniczyć w inny sposób w postępowaniu;
2. art. 99 ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
3. art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 3 Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców ("IDW") przez usunięcie zastrzeżenia ujętego w:
 - a) pkt 6.5 IDW tj. (i) obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług oraz zakazu powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do kluczowych zadań, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w Postępowaniu;
 - b) pkt 12.1 IDW, tj. możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania tylko tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w IDW jako kluczowe zadania;
2. zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą ("KIO") zgodnie z dołączoną fakturą.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim przystąpił do udziału w postępowaniu po stronie odwołującego, wykonawca STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie przystąpił do udziału w postępowaniu po stronie zamawiającego. Wykonawcy wnieśli odpowiednio o uwzględnienie i o oddalenie odwołania.

Zarządzeniem z 8 czerwca 2021 r. Izba zobowiązała zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie, a przystępujących do złożenia pisemnych stanowisk w sprawie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 16 czerwca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący przedstawili swoje stanowiska.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Przystępujący Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim oraz MOTA ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie prawidłowo powiadomieni o terminie wyznaczonym przez Prezesa Izby nie stawili się na posiedzenie i rozprawę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w pkt VI, X i XI odwołania oraz braku przystąpienia po stronie zamawiającego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie stosownie do art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów.

Odwołanie wniesione przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 1381/21):

Odwołujący będący organizacją wpisaną na listę prowadzoną przez Prezesa UZP na podstawie art. 469 pkt 15 Pzp jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie pierwszego z rozpoznanych zarzutów, w pozostałej części oddaleniu.

Ad I. Zarzut naruszenia art. 452 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie.

W SWZ - Tom I IDW w pkt 23.1 zamawiający wskazał:

„Zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenia na poziomie 10% ceny brutto podanej w ofercie ze względu na fakt, że inwestycja musi być w możliwie jak najkrótszym terminie powiązana z istniejącym węzłem „Kołbiel”, zrealizowanym w ramach oddzielnego zadania pn. „Budowa drogi ekspresowej 517 Warszawa (w. Zakręt) - Garwolin na odcinku węzeł „Lubelska” (bez węzła) - Garwolin (początek obwodnicy): Część 2 obwodnica Kołbieli od km ok. 19+200 do ok. 27+900 długości ok. 8.700 km”. Ponadto zamówienie przewidziane jest do współfinansowania ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, w związku z czym Zamawiający uważa za stosowne zabezpieczyć się w w/w sposób na wypadek nieuprawnionych działań ze strony Wykonawcy prowadzących w konsekwencji do ewentualnych strat wynikających z korekt finansowania UE dla

w/w zadania. Powyższe okoliczności stanowią ryzyka, które wymagają zabezpieczenia na wskazanym poziomie 10%”.

Izba zważyła, że zamawiający ustalił wysokość zabezpieczenia z naruszeniem ustawy.

Art. 452 ust. 2 Pzp stanowi, że zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Natomiast zgodnie z art. 452 ust. 3 Pzp zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 2, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

Stosownie do przywołanych przepisów ustanowienie zabezpieczenia o wartości nie przekraczającej progu 5% nie wymaga uzasadnienia i stanowi suwerenne uprawnienie zamawiającego. Natomiast ustanowienie zabezpieczenia w wyższej wysokości wymaga kumulatywnego spełnienia dwóch warunków. Pierwszy z nich ma charakter materialny, gdyż wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia lub ryzyka związanego z realizacją zamówienia, które domagają się zwiększonego zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy lub naprawienia ewentualnych szkód i usunięcia usterek. Drugi warunek nakłada na zamawiającego wymaganie o charakterze formalnym, polegające na zamieszczeniu uzasadnienia żądania zabezpieczenia w wyższej wysokości w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

Zgodnie z obowiązującymi w procedurze odwoławczej regułami postępowania dowodowego wskazanymi w art. 535 ust. 1 Pzp ciężar dowodu wykazania spełnienia tych warunków spoczywa na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci żądanie wniesienia zabezpieczenia w wyższej wartości. Art. 452 ust. 3 Pzp obciąża zatem zamawiającego, który żąda zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, powinnością dowodową w zakresie wykazania, że przyczyny tego żądania znajdują uzasadnienie w przedmiocie zamówienia lub ryzyku związanego z realizacją zamówienia. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia ta powinność dowodowa realizuje się przez wykonanie obowiązku opisanie wskazanych okoliczności w SWZ lub dokumentach zamówienia. Dostrzec trzeba, że ustawa nie wskazuje wyłącznie dwóch progów zabezpieczenia 5% i 10%, lecz daje zamawiającemu możliwość ustalenia go w stosownej wysokości z zastrzeżeniem uzasadnienia w przypadku przekroczenia wartości 5%. Powinność dowodowa zamawiającego obejmuje zatem dwa elementy: przekroczenie progu 5% oraz ustalenie wartości w przedziale od 6% do 10%. Z uwagi na zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazane w art. 16 Pzp przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji powinność dowodowa ciążąca na zamawiającym wymaga opisu, który można ocenić w kategoriach obiektywnych. Wymaganie wynikające z art. 452 ust. 3 Pzp w świetle zasad

prowadzenia postępowania wskazanych w art. 16 Pzp uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności jest spełnione wtedy, gdy zamawiający żądając zabezpieczenia w wysokości przekraczającej 5%, poda w SWZ uzasadnienie odnoszące się do szczególnych uwarunkowań przedmiotu zamówienia, jego specyfiki lub obiektywnych ryzyk dotyczących jego realizacji. Subiektywne przekonanie zamawiającego co do wysokości zabezpieczenia w danym postępowaniu uznać należy za niewystarczające.

W postępowaniu odwoławczym, w którym Izba dokonuje oceny tego opisu, zamawiający nie może podawać uzasadnienia, które nie było zawarte w dokumentach postępowania i wykraczać poza granice określone treścią SWZ. Odwołanie jest bowiem wnoszone wobec konkretnych postanowień SWZ i tylko w tych granicach może być rozpoznane, o czym stanowi art. 555 Pzp.

W ocenie Izby zamawiający w SWZ nie podał obiektywnych przyczyn uzasadniających zwiększenie wysokości zabezpieczenia, nie uzasadnił przekroczenia progu 5%, ani tym bardziej nie wykazał konieczności żądania zabezpieczenia w maksymalnej wysokości 10%.

Uzasadnienie podane przez zamawiającego wiąże wysokość zabezpieczenia z terminowością wykonania zamówienia z powodu potrzeby połączenia drogi z istniejącym już jej fragmentem oraz dofinansowania ze środków europejskich.

Izba zważyła, że sama potrzeba wykonania zamówienia w jak najkrótszym terminie nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla ustanowienia zabezpieczenia w maksymalnej przewidzianej przez ustawę wartości. Wynika to już z brzmienia art. 134 Pzp opisującego treść SWZ. Stanowi on w pkt 4, że dokument ten zawiera opis przedmiotu zamówienia, a w pkt 6 oddzielnie wskazuje termin wykonania zamówienia. Ustawodawca zatem wyraźnie odróżnił przedmiot zamówienia publicznego, jako odrębną kategorię prawną, od terminu wykonania zamówienia. Przepis art. 452 ust. 3 Pzp referuje wyłącznie do przedmiotu zamówienia i nie obejmuje kwestii związanych z terminem jego wykonania. W konsekwencji to w specyfice przedmiotu zamówienia, jego złożoności, szczególnych uwarunkowaniach, a nie w terminie wykonania zamówienia, należy poszukiwać uzasadnienia zwiększenia zabezpieczenia. Skoro termin wykonania zamówienia nie mieści się w zakresie przedmiotowym art. 452 ust. 3 Pzp, to potrzeba zamawiającego wykonania zamówienia w krótszym terminie może znaleźć swoje odzwierciedlenie w innych elementach SWZ, w tym w ustaleniu terminu wykonania umowy jako kryterium oceny ofert, wysokości kar umownych za niedotrzymanie terminów cząstkowych lub terminu na ukończenie, nie zaś w wysokości zabezpieczenia.

Również do terminu wykonania zamówienia referuje drugi z argumentów powołanych przez zamawiającego – ryzyko utraty środków unijnych przewidzianych na dofinansowanie zamówienia. W tym zakresie aktualna jest argumentacja powołana wcześniej. Dodatkowo można wskazać, że w takim przypadku zamawiający powinien wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia w takiej dacie, by terminowe wydatkowanie uzyskanego dofinansowanie nie było zagrożone. Zamawiający nie wykazał, że wcześniejsze wszczęcie postępowania nie było możliwe. Ponadto Izba zważyła, że

kwestia rozliczenia zamawiającego z instytucją finansującą nie dotyczy bezpośrednio relacji umownych między zamawiającym a wykonawcą, nie ma zatem bezpośredniego związku ani z przedmiotem zamówienia, ani z ryzykiem związanym z jego wykonaniem. Dotyczy bowiem relacji między zamawiającym a instytucją finansującą, będącą wobec kontraktu podmiotem trzecim.

Nie zostało też wykazane przez zamawiającego, aby połączenie drogi stanowiącej przedmiot zamówienia z istniejącym węzłem „Kołbiel”, zrealizowanym w ramach oddzielnego postępowania, stanowiła o specyfice postępowania uzasadniającej zwiększenie zabezpieczenia. Potrzeba połączenia obu inwestycji związana jest z terminem wykonania zamówienia, co zostało omówione powyżej. Podzielono w tym zakresie również pogląd przystępującego, że inwestycje drogowe w przeważającej części polegają na dołączaniu do istniejących dróg kolejnych fragmentów, zatem okoliczność w ten sposób opisana przez zamawiającego w SIWZ nie stanowi o specyfice danego postępowania.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał w SWZ podstaw do zwiększenia zabezpieczenia w wysokości przekraczającej 5%, czym naruszył art. 452 ust. 3 Pzp.

Art. 554 ust. 1 pkt 3 lit. c Pzp stanowi *in initio*, że uwzględniając odwołanie Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy. Izba nakazała zatem zmianę skarżonego postanowienia SWZ. Ograniczenie rozstrzygnięcia wyłącznie do nakazu zmiany SWZ uwzględnia wynikający z art. 554 ust. 6 Pzp zakaz wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

W pozostałym zakresie odwołanie okazało się bezzasadne.

Ad. II. zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. w związku z art. 8 Pzp i art. 464 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W Tomie II SWZ Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy], w pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] zamawiający postanowił w ust. 1, że:

1. Umowa o podwykonawstwo, musi zawierać w szczególności postanowienia dotyczące:

a) oznaczenia stron umowy,

b) zakresu umowy,

c) wartości wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy wraz z warunkami przewidującymi zmianę wynagrodzenia,

d) terminu płatności, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, za wykonanie zleconych Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług,

e) zasad płatności i sposobu rozliczenia, umożliwiających ocenę zaawansowania wykonanych robót budowlanych, usług lub dostaw. Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca może wnioskować o rozliczenie wykonanych robót budowlanych, usług lub dostaw co najmniej raz w miesiącu,

f) waloryzacji z uwzględnieniem postanowień Subklauzuli 13.7 (Korekty wynikające ze

zmian w Koszcie) z wyłączeniem umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy,

g) terminu realizacji wraz z warunkami przewidującymi zmianę terminu,

h) bezpieczeństwa i higieny pracy,

i) obowiązku realizacji płatności zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług,

j) warunków dalszego powierzenia przetwarzania danych osobowych - w przypadku gdy następuje dalsze powierzenie tych danych. Umowa o podwykonawstwo, musi zawierać w szczególności postanowienia dotyczące:

Ust. 2 stanowi, że:

Postanowienia Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, dostawy, roboty wykonywane na Placu Budowy, będą uwzględniały poniższe założenia w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy:

Ust. 3 natomiast: Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, usługi i dostawy nie może zawierać postanowień:

- a) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę jako karę za opóźnienia, kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę,
- b) przewidujących, iż łączna wysokość kar umownych należnych Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy przekroczy 20% wartości netto wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy,
- c) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych poprzez ogólne wskazanie, iż w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości,
- d) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;
- e) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w wysokości wyższej niż wysokość tożsamyh kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;
- f) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w wyższej wysokości wyrażonej w procentach niż wysokość wyrażona w procentach tożsamyh kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;
- g) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego na drodze sądowej;
- h) uprawniających Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;

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

Wskazując, że powołane postanowienia naruszają prawo, odwołujący powołał się na art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Badając przesłanki zawarte w przywołanym przepisie Izba w pierwszej kolejności odniosła się do przepisów Pzp i nie dopatrzyła się ich naruszenia.

Art. 464 ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Rację ma odwołujący, że przepis odnosi się wyłącznie do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane. Również do umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane, odnoszą się przepisy art. 464 ust. 3 - 10 Pzp, natomiast art. 464 ust. 2 Pzp odnosi się do umów o podwykonawstwo, jednak bez sprecyzowania ich przedmiotu.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, zgodnie z którym brzmienie art. 464 Pzp wyłącza możliwość wpływu zamawiającego na treść umów zawieranych między wykonawcą a podwykonawcą, których przedmiotem są dostawy lub usługi. Taki zakaz nie wynika *explicite* z żadnego przepisu ustawy, w szczególności art. 464 Pzp nie sprzeciwia się kształtowaniu przez zamawiającego umów podwykonawczych na dostawy lub usługi. Zakaz taki jest jedynie wyinterpretowany przez odwołującego, który zdaje się wnioskować w ten sposób: skoro ustawa stanowi jedynie o treści umów podwykonawczych na roboty budowlane, to treść umów podwykonawczych na usługi lub dostawy pozostawiona została całkowicie uzgodnieniu między wykonawcą a podwykonawcą.

Izba nie zgadza się z tym kierunkiem wykładni wskazując na art 463 Pzp, do którego odsyła art. 464 ust. 3 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że umowa o podwykonawstwo może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Z zestawienia norm przywołanego przepisu oraz art. 464 Pzp wynika, że ustawodawca zwrócił szczególną uwagę na umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, jednak ustalił pewne standardy w odniesieniu do wszystkich umów podwykonawczych niezależnie od ich przedmiotu.

Dostrzec trzeba, że Subklauzula 4.4 pkt III ppkt. 3 SWK zawiera katalog postanowień

dotyczących kar umownych (litery a – f) oraz sposobu rozliczenia z podwykonawcą (litery g - i). Zgodnie z art. 463 Pzp kształtują one prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego nie mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy.

Prezentowany kierunek wykładni potwierdza również brzmienie art. 465 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Wynika z niego, że warunkiem wypłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy robót budowlanych jest akceptacja przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, natomiast w odniesieniu do umów podwykonawczych, których przedmiotem są dostawy lub usługi, wystarczy ich złożenie. Nie oznacza to jednak, że postanowienia tych umów mogą być kształtowane przez wykonawcę całkowicie dowolnie. Z całą pewnością powinny odpowiadać wymaganiom wynikającym z art. 463 Pzp i w tym zakresie zamawiający może ustalać wymagania stawiane takim umowom. Wynikający z przepisów obowiązek akceptacji umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane daje natomiast zamawiającemu prawo i obowiązek przeprowadzenia oceny wszystkich postanowień takiej umowy.

Nie zostało wykazane przez odwołującego, aby skarżone postanowienia SWZ sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku lub zasadom współżycia społecznego. Izba uwzględniła w tej mierze, że funkcją zamówień publicznych nie jest wyłącznie wydatkowanie środków publicznych na zamawiane dostawy, usługi lub roboty budowlane zgodnie z przepisami o finansach publicznych. Nie można pomijać, że system zamówień publicznych realizuje nie tylko cele ekonomiczne, ale również m.in. społeczne, środowiskowe oraz wywiera istotny wpływ na życie gospodarcze. W związku z tym zamawiający jest uprawniony do tego, aby - w granicach wynikających z przepisów ustawy - w zawieranych przez siebie umowach w sprawie zamówienia publicznego dążyć do ochrony słusznego interesu wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji inwestycji, przestrzegania dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej. Temu celowi sprzyjają skarżone postanowienia, których przedmiotem jest ochrona słusznego interesu podwykonawców.

Izba uznała zatem, że postanowienia dotyczące zapłaty wynagrodzenia, kar umownych w umowach podwykonawczych oraz obowiązki dotyczące bezpieczeństwa i higieny pracy nie naruszają art. 353¹ k.c.

Ad. III. Zamawiający nie naruszył art. 465 ust. 6 Pzp oraz art. 505 pkt 4 k.c. w związku z art. 8 Pzp.

W SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 4.4 [Podwykonawcy], Pkt IV [Bezpośrednia zapłata] zamawiający ustalił, że w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy zamawiający jest uprawniony do potrącenia kwoty zapłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy, potrącenia kwoty zapłaconego wynagrodzenia z zabezpieczenia należytego wykonania oraz potrącenie kwoty wypłaconego wynagrodzenia z wszelkich wierzytelności wykonawcy względem zamawiającego.

Rozpoznając ten zarzut w granicach określonych w odwołaniu Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionował możliwości zaspokojenia się zamawiającego, który dokonał bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z zabezpieczenia należytego wykonania. Potwierdza to treść żądania. Odwołujący wnosił o nakazanie zmiany SWK m.in. przez ustalenie, że zamawiający odzyskuje zapłaconą kwotę z Zabezpieczenia Należytego Wykonania. Izba zważyła, że odwołujący nie wykazał prawnej doniosłości różnicy między ustaleniem przez zamawiającego potrącenia należności zapłaconej na rzecz podwykonawcy z zabezpieczenia a odzyskaniem tej kwoty z zabezpieczenia.

Subklauzula 4.2 stanowi, że przed zawarciem umowy wykonawca jest zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej albo co najmniej 3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, z zastrzeżeniem, iż pozostałe wówczas 7% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zostanie potrącone przez zamawiającego przez procentowe potrącenia z każdej faktury VAT wykonawcy. Zestawienie skarżonego postanowienia SWZ z przywołaną subklauzulą prowadzi do przekonania, że zamawiający może dokonać potrącenia w sytuacji, gdy zabezpieczenie należytego wykonania jest wnoszone w pieniądzu albo gdy jego źródłem będą płatności na rzecz wykonawcy w toku wykonywania umowy.

Należało też rozważyć, jaki zakres przedmiotowy ma pojęcie „innych wierzytelności”. W tej mierze Izba zważyła, że z poglądów prezentowanych na rozprawie można wywieść jedynie, że jest to wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu wykonania innych umów łączących go z zamawiającym. Inne rodzaje wierzytelności nie zostały wskazane przez odwołującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu.

W tym stanie rzeczy Izba zważyła, że nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 465 ust. 6 Pzp stanowi bowiem, że w przypadku bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający dokonuje potrącenia swojej wierzytelności wynikającej z tego tytułu z wynagrodzenia wykonawcy. Niewątpliwie obowiązkiem wynikającym z tego przepisu jest dokonanie potrącenia należności w pierwszej kolejności z wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z tej umowy, w której zamawiający dokonał bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Izba nie dopatryła się jednak podstaw do uznania, że zamawiający nie może dokonać potrącenia swojej wierzytelności z wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie innej umowy zawartej z zamawiającym, w

sytuacji, gdy spełnione są warunki wymagana przez art. 498 § 1 k.c. Przepis ten stanowi, że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Dokonanie przez zamawiającego potrącenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie innej umowy mieści się w dyspozycji art. 504 pkt 4 k.c., zgodnie z którym nie mogą być umorzone przez potrącenie wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne. Po pierwsze, potrącenie wierzytelności wynikającej z tytułu zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy z wynagrodzenia wykonawcy nie jest wyłączone przez przepis szczególny. Przeciwnie, obowiązek potrącenia wynika wprost z art. 465 ust. 6 Pzp będącym *lex specialis* wobec przepisów k.c. Ustawa zatem nakazuje zamawiającemu dokonanie potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy. Po drugie, odwołujący dokonuje rozszerzającej wykładni art. 505 pkt 4 k.c. Przepis ten jedynie przedmiotowo wskazuje, że nie jest możliwe potrącenie wierzytelności, w odniesieniu do których istnieje wyłączenie ustawowe. Wskazuje zatem na rodzaj wierzytelności. Odwołujący natomiast chciałby zakaz ustawy rozszerzyć.

Ad. IV. Nie doszło do naruszenia art. 16 Pzp, art. 99 Pzp, art. 433 pkt 2 Pzp oraz art. 353¹ k.c. i art. 475 k.c. w związku z art. 8 Pzp.

W Tomie II SWZ, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.5 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania] zamawiający przewidział możliwość wydzielenia przez Inżyniera wydzielenia Odcinków (w rozumieniu Subklauzuli 1.1.76), to jest ograniczonych części Robót, podlegających odrębnym procedurom odbiorowym i odrębnemu Czasowi na Ukończenie. W wypadku, gdy wykonawca złoży roszczenie o zmianę Czasu na Ukończenie lub zmianę czasu na osiągnięcie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, zamawiający (w braku osiągnięcia w tym zakresie konsensusu z wykonawcą) uprawniony jest do jednostronnej zmiany Umowy poprzez wydzielenie Odcinków.

Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę, że zarzut odwołania jest budowany w ten sposób, że odwołujący utożsamia działania inżyniera kontraktu z działaniami zamawiającego. Przepisy prawa polskiego nie opisują funkcji inżyniera kontraktu, stanowią o niej postanowienia FIDIC. Zgodnie z warunkami FIDIC, inżynier kontraktu powinien być niezależny oraz bezstronny, ponieważ celem jego działalności jest zasadniczo równoważenie interesów wszystkich stron umowy, zarówno inwestora, jak i wykonawcy. Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że inżynier kontraktu, pomimo tego, że jest wybierany przez zamawiającego, nie wypełnia standardów bezstronności. Ani odwołujący, ani przystępujący nie wskazali okoliczności uzasadniających taką ocenę.

Izba uwzględniła, że zgodnie z Warunkami Kontraktu Subklauzula 3.7.1 wydzielenie przez Inżyniera Odcinka każdorazowo poprzedzą Konsultacje z udziałem Zamawiającego i Wykonawcy

w celu uzgodnienia wspólnego stanowiska. Inżynier samodzielnie wydzieli Odcinek jedynie w przypadku braku stosownego uzgodnienia tej kwestii przez Strony. Ponadto uprawnienie Inżyniera do samodzielnego wydzielenia Odcinka, przy braku uzgodnienia tej kwestii przez strony umowy, jest dodatkowo ograniczone przez warunki wskazane w Subklauzuli 8.5 pkt V lit. a-c.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, aby przez skarżone postanowienia SWZ zamawiający zapewnił sobie prawo do nadmiernej arbitralnej ingerencji w proces inwestycyjny. W ocenie składu orzekającego SWZ w tym zakresie w pierwszej kolejności odwołuje się do obowiązku współdziałania stron umowy, o którym stanowi art. 431 Pzp. *Ratio legis* tego przepisu jest zapewnienie równowagi stron przy wykonywaniu umowy i wykonywanie jej z poszanowaniem obydwu stron umowy. Regulacja ta odpowiada art. 354 k.c. Dopiero w braku dojścia stron umowy do porozumienia Warunki Kontraktu przewidują uprawnienie Inżyniera do Wydzielenia Odcinka. Brak tego uprawnienia oznaczałoby groźbę nie dojścia inwestycji do skutku lub co najmniej znaczącego opóźnienia w jej wykonaniu, gdyż w takim przypadku sposobem rozwiązania ewentualnego sporu – jak potwierdził odwołujący na rozprawie – byłaby droga sądowa.

Izba pominęła zawarte w odwołaniu wywody dotyczące stanowiska zamawiającego wyrażonego w toku spotkań z odwołującym. Na rozprawie zamawiający prezentował inne stanowisko. Ponadto stosownie do art. 513 pkt 1 *in fine* Pzp odwołanie przysługuje na projektowane postanowienia umowy. W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia zatem te postanowienia wyłącznie według ich brzmienia, zatem poglądy wyrażane na spotkaniach poprzedzających wszczęcie badanego postępowania pozbawione są doniosłości prawnej.

Ad. V. zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 433 pkt 2 Pzp.

W SWZ - Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 8.8 [Kary umowne] pkt II zamawiający postanowił, że naliczy wykonawcy kary umowne:

- a. za przekroczenie terminu przedłożenia Harmonogramu lub jego aktualizacji (z wyłączeniem aktualizacji wykresu czasowo - przestrzennego) w terminach określonych w Subklauzuli 8.3 (Harmonogram) i Subklauzuli 8.7 (Szybkość postępu prac i Robót), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 5 000 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki;
- b. za przekroczenie terminu przedłożenia aktualizacji wykresu czasowo - przestrzennego w terminie określonym w Subklauzuli 8.3 (Harmonogram), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 500 PLN (słownie: pięćset złotych), za każdy dzień zwłoki;
- c. za nie odniesienie się do uwag Inżyniera lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do Harmonogramu lub jego aktualizacji, w terminie określonym w Subklauzuli 8.3 (Harmonogram) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 5 000 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.3

(Harmonogram), to jest z wyłączeniem uwag inżyniera do założonych przez Wykonawcę w Harmonogramie lub jego aktualizacji terminów realizacji: wykraczających poza określony w Kontrakcie Czas na Ukończenie lub zakładających nieosiągnięcie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania;

- d. za przekroczenie terminu przedłożenia miesięcznego raportu w terminie określonym w Subklauzuli 4.20 (Raporty o postępie prac i Robót), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 5 000 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych), za każdy dzień zwłoki;
- e. za przekroczenie terminu przedłożenia tygodniowego raportu w terminie określonym w Subklauzuli 4.20 (Raporty o postępie prac i Robót), z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 1.000 PLN (słownie: jeden tysiąc złotych), za każdy dzień zwłoki.

Art. 433 pkt 2 Pzp stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że ustalone w skarżonym postanowieniu kary umowne są co najmniej pośrednio związane z przedmiotem umowy i bezpośrednio związane z prawidłowym wykonaniem umowy. Zakaz wynikający z art. 433 pkt 2 Pzp nie został więc przekroczony.

Przedmiot badanego postępowania jest skomplikowany, a czas jego wykonania znaczący. Nie budzi wątpliwości, że zamawiający jako strona umowy jest uprawniony do uzyskiwania w czasie wykonywania takiej umowy wiedzy na temat zaawansowania przewidzianych w niej prac, postępu robót, a także ewentualnych przeszkód występujących w trakcie wykonywania robót. Źródłem tej wiedzy są raporty: miesięczny i tygodniowy oraz harmonogram. Dają one zamawiającemu możliwość oceny, czy wykonawca realizuje roboty zgodnie z Warunkami Kontraktu i w terminie. Ma również znaczenie, że kary umowne z tytułu nieprzedłożenia w terminie Harmonogramów, raportów miesięcznych lub tygodniowych zostaną potrącone jedynie w przypadku niewykonania Kontraktu w Czasie na Ukończenie. Potwierdza to związek kar umownych z prawidłowym wykonaniem umowy, a ponadto łagodzi ich dolegliwość dla wykonawcy.

Izba uwzględniła, że zamawiający zmienił postanowienia SWK w stosunku do opracowanych na FIDIC 1999, przez wyłączenie kar umownych w przypadku uwagi Inżyniera do założonych przez wykonawcę w Harmonogramie lub jego aktualizacji terminów realizacji: wykraczających poza określony w Kontrakcie Czas na Ukończenie lub zakładających nieosiągnięcie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania.

Ad. VII zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 16 Pzp, art. 99 Pzp oraz art. 647 k.c. w związku z art. 8 Pzp.

Tom II SWZ, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 10.2 [Przejęcie części Robót] stanowi, że:

Przed wystawieniem Świadcstwa Przejęcia dla jakiegokolwiek części Robót, Wykonawca jest zobowiązany sporządzić i zgromadzić kompletne dokumenty i oświadczenia wymagane ustawą Prawo budowlane, niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie części Robót i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie (jeżeli jest wymagana według wyłącznego uznania Zamawiającego dla tej części Robót).

Jeżeli Wykonawca dla przejmowanej w trybie niniejszej Subklauzuli części Robót przedłoży Inżynierowi dokumentację powykonawczą zgodnie z Subklauzulą 5.6 [Dokumentacja powykonawcza], to tak przedłożona dokumentacja będzie stanowić element dokumentacji powykonawczej dla Robót przejmowanych w trybie Subklauzuli 10.1.

Zarzut naruszenia art. 99 Pzp w kontekście zasad prowadzenia postępowania wskazanych w art. 16 Pzp odwołujący buduje na dwóch elementach: arbitralności decyzji zamawiającego przy decyzji o przejściu części robót oraz wynikającej z niej niemożliwości wyceny dodatkowych kosztów z tym związanych.

Odwołujący pomija jednak inne postanowienia kontraktowe, które wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, który wskazał, że zgodnie z Subklauzulą 10.2 Warunków Kontraktu zamawiający nie będzie użytkował żadnej części Robót (inaczej niż jako użytkowanie tymczasowe w szczególności zgodnie z Czasową Organizacją Ruchu, które jest albo przewidziane w wymaganiach Zamawiającego, albo odbywa się za wcześniejszą zgodą Wykonawcy), jeżeli i dopóki Inżynier nie wystawi Świadcstwa Przejęcia dla tej części. Zamawiający może zatem użytkować część robót jako użytkowanie tymczasowe tylko i wyłącznie za zgodą wykonawcy. Jeśli zamawiający będzie zainteresowany użytkowaniem części robót na podstawie Czasowej Organizacji Ruchu powinien dokonać odbioru robót.

Zgodnie z postanowieniem dodanym do Subklauzuli 10.2, jeżeli wykonawca dla przejmowanej w trybie Subklauzuli 10.2 części Robót przedłoży Inżynierowi dokumentację powykonawczą zgodnie z Subklauzulą 5.6 (Dokumentacja powykonawcza), to tak przedłożona dokumentacja będzie stanowić element dokumentacji powykonawczej dla Robót przejmowanych w trybie Subklauzuli 10.1.

Wobec dowodów na twierdzenie przeciwne Izba zważyła, że postanowienia Subklauzuli 10.2 nie dają zamawiającemu prawa do arbitralnych decyzji skutkujących poniesieniem przez wykonawcę kosztu, który nie był możliwy do oszacowania na etapie przygotowania oferty.

Ad. VIII. Również w odniesieniu do opisanego w tym punkcie postanowienia SWK Izba nie stwierdziła naruszenia art. 16 oraz art. 99 Pzp.

SWZ Tom II, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 13.3.1 stanowi, że:

„Inżynier, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.7 [Uzgodnienie tub określenie], ustali zmianę wartości odpowiedniego elementu ryczałtowego określonego w Wykazie Płatności w oparciu o Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych

kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1389). Wartość robót przed Zmianą należy ustalić z zastosowaniem cen aktualnych w dacie ustalenia wartości tej Zmiany, tak ustaloną wartość robót przed Zmianą należy podzielić przez współczynnik waloryzacji, obliczony zgodnie z Subklauzulą 13.7 [Korekty wynikające ze zmian w Koszcie] z uwzględnieniem zmian cen od Daty Odniesienia do daty ustalenia wartości tej Zmiany. Dla Robót pominiętych zastosowanie będą miały ceny jednostkowe uzgodnione przez Inżyniera w Tabeli Rozliczeniowej (TRoz). Poprzez Roboty pominięte rozumie się roboty, z których rezygnacja nie wiąże się z koniecznością wykonania robót Zamiennych”

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich stwierdzeń. Izba nie uzyskała zatem wiedzy, jak kwestionowany mechanizm działał w rzeczywistości i czy powodował sytuacje, w których wykonawca nie otrzymywał wynagrodzenia lub wykonywał roboty budowlane ze stratą. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do stanowiska zawartego w odwołaniu. Twierdził w nim odwołujący, że gdy przedmiotem zmiany jest wprowadzenie robót zamiennych, polegających przykładowo na zastąpieniu jednych robót droższych innymi robotami tańszymi, wykonawca nie osiągnie zakładanego wynagrodzenia za wykonanie robót, które nie są przedmiotem zmiany, co prowadzić może do obniżenia zysku na tych robotach, a nawet do poniesienia przez wykonawcę straty z tytułu realizacji Kontraktu. Odwołujący zapowiedział w odwołaniu, że podczas rozprawy przedstawi dokumenty obrazujące przykłady takich sytuacji, oparte na danych archiwalnych, jednak dokumentów tych nie złożył.

Powyższe jest wystarczające dla oddalenia zarzutu jako nieudowodnionego.

W tym stanie rzeczy Izba zgodziła się z poglądem zamawiającego, że żądanie odwołującego odrywa wycenę robót zamiennych od wyceny ofertowej. Tymczasem dla warunków umowy ceny zawarte w ofercie powinny mieć znaczenie, również w przypadku robót zamiennych, umowa w prawie zamówienia publicznego zawierana jest bowiem na podstawie tej oferty. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia znając doskonale branżę, rynek oraz ryzyka związane z wykonywaniem umów na rzecz zamawiających publicznych powinien poszukiwać granicy między konkurencją o zamówienie publiczne, a warunkami wykonywania przyszłej umowy, w tym zmiany cen na rynku.

Z braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że proponowany mechanizm sprzyja realności wyceny robót zamiennych oraz wspiera uczciwe konkurencję o zamówienie publiczne, które powinno wyrażać się m.in. rzetelnej wycenie oferowanych robót budowlanych. Uwzględniono też stanowisko zamawiającego, że ryzyko wprowadzenia zmiany polegającej na wprowadzeniu robót zamiennych, gdzie roboty droższe są zastąpione robotami tańszymi w praktyce bardzo rzadko występuje, a najwięcej Poleceń Zmian związanych jest z odmiennymi warunkami gruntowymi, które są ryzykiem zamawiającego, gdyż zwykle są to zmiany zwiększające wynagrodzenie wykonawcy. Ponadto wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyceny robót objętych zmianą, a zgodnie z Subklauzulą 3.7 Warunków Kontraktu każdorazowe wydanie

Polecenia Zmiany poprzedzają konsultacje w celu uzgodnienia stanowiska w sprawie Polecenia Zmiany z udziałem Stron umowy i Inżyniera. Zamawiający nie ma też żadnej dowolności wprowadzania Zmian na Kontrakcie. W PFU określono jakie asortymenty robót mogą być objęte Zmianą, co uzasadnia również oczekiwanie, że ich wyceny wykonawca dokona ze szczególną starannością.

Ad. IX. Nie doszło do naruszenia art. 447 ust. 1 i art. 16 Pzp oraz art. 354 § 2 k.c. w związku z art. 8 Pzp.

Tom II SWZ, Szczególne Warunki Kontraktu - Część B Postanowienia Szczególne, Subklauzula 14.3 stanowi, że:

„Do drugiego i następnym Rozliczeń Wykonawca dołączy dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych i prac projektowych wraz z zestawieniem wystawionych przez nich wymagalnych faktur VAT zawierającym szczegółowy opis ewentualnej różnicy pomiędzy wartością faktury a wartością dokonanej płatności. Za dowód zapłaty uznaje się w szczególności: potwierdzenie wykonania przelewu, wyciąg z rachunku bankowego, dowód wpłaty - pokwitowanie druk „kasa przyjmie”. Dowodem zapłaty nie jest oświadczenie Podwykonawcy (dalszego Podwykonawcy) o braku wymagalnych wierzytelności w stosunku do Wykonawcy.”

Omawiany zarzut odwołujący buduje na dwóch elementach. Po pierwsze: zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby kształtować relacje umowne między wykonawcą a podwykonawcą dostaw lub usług. Po drugie: zamawiający powinien uznać oświadczenie podwykonawcy/dalszego podwykonawcy o braku wymagalnych wierzytelności w stosunku do wykonawcy.

W odniesieniu do pierwszego z nich Izba wypowiedziała się omawiając zarzut II. To stanowisko pozostaje aktualne.

Natomiast w sporze co do odmowy uznania oświadczenia za dowód potwierdzający brak wymagalnych wierzytelności Izba postanowiła przyznać rację zamawiającemu. Zgodnie z art. 465 ust. 1 Pzp w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Na mocy przywołanego przepisu zamawiający jest zobowiązany do bezpośredniej zapłaty zarówno podwykonawcom, jak i dalszym podwykonawcom robót budowlanych, usług i dostaw.

Wykonanie tego obowiązku uzasadnia oczekiwanie zamawiającego, że obowiązki wykonawcy wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozwolą na uzyskanie wiedzy o płatnościach dokonanych na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców. Pewnym źródłem tej wiedzy są przede wszystkim dokumenty księgowe: faktury lub rachunki, do

których wystawienia zobowiązani są tak samo zamawiający dokonujący płatności wymagalnych wierzytelności na rzecz wykonawcy, jak i wykonawca regulujący swoje zobowiązania wobec podwykonawcy. Skoro te dokumenty są wystawiane, nieuzasadnione jest ich zastępowanie przez oświadczenie własne podwykonawcy. Nie narusza zatem przepisów prawa wymaganie przez zamawiającego dokumentów, które dadzą zamawiającemu podstawy do uznania, że płatność rzeczywiście została dokonana.

Naruszenie przez zamawiającego art. 452 ust. 3 Pzp skutkuje uwzględnieniem odwołania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 Izba uwzględni bowiem odwołanie w całości lub w części, jeśli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z przepisami ustawy.

Dokonanych ocen Izba dokonała na podstawie dowodu z II Tomu SWZ – Szczególnych Warunków Kontraktu. Izba rozważyła pisemne stanowiska stron i uczestników złożone do akt sprawy. Pomięła jednak pismo odwołującego, które wpłynęło do akt sprawy 5 lipca 2021 r. po zamknięciu rozprawy. Odwołujący powołał się w nim na brak możliwości wyrażenia stanowiska na rozprawie oraz wyjaśniał zakres uzgodnień branży budowlanej z zamawiającym. Uszło uwadze odwołującego, że oświadczenia stron i uczestników nie mogą być składane w czasie rozprawy w sposób nieograniczony i całkowicie dowolny, lecz powinny odnosić się do kwestii mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, w przeciwnym razie ich skutkiem byłyby przewlekłość postępowania. Zgodnie z art. 513 pkt 1 *in fine* Pzp odwołanie przysługuje wobec projektowanych postanowień umowy. Fakt prowadzenia lub nie uzgodnień zamawiającego z potencjalnymi wykonawcami dotyczących danych postanowień jest nierelevantny z punktu widzenia oceny zgodności projektowanych postanowień umowy z przepisami ustawy, którą Izba jest zobowiązana dokonać w postępowaniu odwoławczym. Jeśli dane postanowienie okaże się niezgodne z przepisami prawa, to Izba zobowiązana jest przez art. 554 ust. 1 pkt 3 lit. c Pzp nakazać jego zmianę lub usunięcie, nawet jeśli zamawiający uzgodnił je wcześniej z przedstawicielami wykonawców. Należy też przypomnieć odwołującemu, że art. 551 ust. 1 *in fine* Pzp uprawnia do zamknięcia rozprawy, jeśli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.

Odwołanie wniesione przez COLAS Polska Sp. z o.o. w Palędziach (sygn. akt KIO 1388/21):

Odwołujący jako zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia spełnił przesłanki zgłoszenia przystąpienia wskazane w art. 505 Pzp.

Spełnienie przesłanek ustawowych – interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz szkody - Izba potwierdziła na podstawie deklaracji zawartych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie dotyczących statusu odwołującego jako wykonawcy, który może ubiegać się o zamówienie w badanym postępowaniu. Wskazywana przez odwołującego możliwość uczestnictwa w realizacji zamówienia jako podwykonawca nie mieści się w zakresie przedmiotowym art. 505 Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje wykonawcy. Podwykonawca nie może być też uznany za inny podmiot, o którym mowa w przywołanym przepisie. Art. 505 Pzp wymaga

posiadania przez podmiot składający odwołanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Zamówienie to zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 32 Pzp umowa o charakterze odpłatnym zawarta między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Skoro podwykonawca nie zawiera umowy z zamawiającym, nie może uzyskać danego zamówienia, lecz jedynie jego wydzieloną część. Stroną umowy zawieranej przez podwykonawcę nie jest wówczas zamawiający, lecz wykonawca.

Pamiętać jednak należy, że na etapie postępowania, w którym wnoszone są środki ochrony prawnej skierowane wobec treści wymagań zamawiającego zawartych w dokumentach postępowania przesłanki wymagane przez art. 505 Pzp powinny być wykładane szeroko. Wymagania zawarte w tym przepisie spełnia każdy wykonawca potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa obwodnicy Kołbieli w ciągu drogi krajowej nr 50. Zamówienie obejmuje m.in. zaprojektowanie obwodnicy Kołbieli, o długości ok. 11,3 km wraz z obiektami inżynierskimi, towarzyszącą infrastrukturą i urządzeniami bezpieczeństwa ruchu oraz wybudowanie powyższej drogi krajowej wraz z obiektami inżynierskimi i towarzyszącą infrastrukturą.

Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę odpowiednich zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w postaci:

1. wiedzy i doświadczenia, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a. jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 150.000.000,00 PLN netto;
 - b. budowy lub przebudowy dwóch obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
 - c. budowy lub przebudowy dwóch obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.
2. wskazać osobę proponowaną do pełnienia funkcji kierownik budowy posiadającą doświadczenie zawodowe wynoszące minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 150 000 000,00 PLN netto każde, na stanowisku/stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub kierownika robót mostowych dla budowy lub przebudowy co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub inżyniera kontraktu lub inżyniera rezydenta.

W sekcji 6 IDW TOM I SWZ zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia. W pkt 6.5

wskazanej sekcji zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług ("kluczowe zadania"). W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

W pkt 12.1 IDW zamawiający zastrzegł, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie jedynie tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w pkt 6.6 IDW jako Kluczowe Zadania.

Odwołanie w odniesieniu do dwóch zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 121 pkt 1 Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. Uprawnienie wynikające z tego przepisu nie jest nieograniczone. Jest ono limitowane przedmiotowo, gdyż może dotyczyć wyłącznie części zamówienia określonych jako kluczowe. Art. 118 ust. 1 Pzp daje wykonawcy w zależności od indywidualnych uwarunkowań danego postępowania możliwość powołania się na zdolności innego podmiotu w odniesieniu do całego zamówienia lub jego części. Natomiast z art. 118 ust. 2 Pzp wynika, że podmioty, które udostępniają wykonawcy swoje zdolności dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zobowiązane są wykonać roboty budowlane lub usługi, w odniesieniu do których wymagane są udostępnione zdolności. Oznacza to, że realizacja przez zamawiającego uprawnienia wynikającego z art. 121 pkt 1 Pzp ogranicza prawo wykonawcy do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Uprawnienie zamawiającego jako odstępstwo od możliwości posłużenia się podwykonawcami w celu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego ma charakter wyjątku (tak też w wyroku z 2 października 2020 r. sygn. akt KIO 2052/20 oraz uchwale z 11 sierpnia 2015 r. sygn. akt: KIO/KD 43/15). W konsekwencji, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, pojęcie „kluczowego zadania” użyte w art. 121 pkt 1 Pzp nie może być wykładane dowolnie, w sposób umożliwiający zamawiającemu arbitralne ustalenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Decyzja zamawiającego o uznaniu części danego zamówienia za kluczowe może wpływać na konkurencję na rynku, powinna zatem następować wyłącznie w sytuacjach, które można uzasadnić w obiektywny sposób. Zamawiający nie może bowiem stawiać wymagań ponad swe obiektywnie uzasadnione potrzeby.

Przeniesienie tych rozważań na grunt okoliczności faktycznych sprawy skłania do poszukiwania odpowiedzi na dwa pytania. Po pierwsze, czy zastrzeżenie dokonane przez

zamawiającego dotyczy prac, które rzeczywiście mają charakter kluczowy? Po drugie, czy uzasadnione jest ustalenie limitu procentowego w wysokości 80% w odniesieniu do robót wskazanych w SWZ?

Na tak sformułowane pytania należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Pojęcie "kluczowej części zamówienia" nie zostało zdefiniowane w ustawie, jednak jego wykładnię można odnaleźć w orzecznictwie. Za kluczowe części zamówienia należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, że ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, którego kompetencje oraz osobista odpowiedzialność wobec zamawiającego powinny zwiększyć szanse na wykonanie tego szczególnego elementu, a w następstwie również całego przedmiotu zamówienia, z należytą starannością (por. wyrok KIO z 27 maja 2019 r. sygn. akt KIO 867/19 oraz z 21 września 2021 r. sygn. akt KIO 1837/17). W ocenie Izby nie można wykluczać, że w indywidualnych okolicznościach danego zamówienia na roboty budowlane, w tym takiego, którego przedmiotem są obiekty liniowe, można i powinno się wyodrębnić część kluczową. Jednak w badanym postępowaniu Izba argumentacja zamawiającego nie uzasadnia takiego zastrzeżenia.

Uznając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 121 pkt 1 Pzp w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp za potwierdzony Izba oparła się na następujących elementach:

Po pierwsze, w opisie zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie odniósł się do prac dotyczących nawierzchni. Ogłoszenie zawiera wyliczenie 26 robót budowlanych koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia, jednak nie wymienia ani prac dotyczących nawierzchni trasy głównej, ani wykonania pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni, co przeczy kluczowemu charakterowi tych prac.

Po drugie, brak jest podstaw do uznania, że prace dotyczące nawierzchni, nawet w ilości 80%, mają największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu w tej materii, pomimo tego, że to na nim jako na podmiocie dokonującym zastrzeżenia spoczywał ciężar dowodu. Fakt, że zamawiana droga zostanie „doklejona” z dwóch stron do istniejącego węzła, nie jest wystarczającym uzasadnieniem. Samo wykonanie zakładanych przez zamawiającego ilości nie zapewni wszak zamawiającemu możliwości wykorzystania węzła, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonanie to będzie dotyczyć części nie łączących się z węzłem bezpośrednio. Zamawiający nie sformułował wymagania co do lokalizacji części określonych przez siebie jako kluczowe.

Izba podziela pogląd zawarty w wyroku z 12 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3321/20, zgodnie z którym „postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być jednak prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia. Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy ustawy nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w

zależności od wagi i rangi danego zamówienia. Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia. Zamawiający, w obliczu mankamentów wykonywania wcześniejszych umów powinien był ocenić, czy trudności te były incydentalne, czy też systemowe, a nadto winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększenia prawidłowości wykonywanych prac”.

Po trzecie, roboty dotyczące zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe nie są skomplikowane, ani wysoce specjalistyczne. Przeciwnie, należy uznać, że mają one charakter powtarzalny i powszechny, co potwierdza lektura odpowiedzi na odwołanie. Wiedza posiadana przez skład orzekający z urzędu oraz doświadczenie życiowe skłania do przekonania, że trudniejsze projektowo i konstrukcyjnie oraz rzadziej zamawiane są obiekty mostowe, które nie zostały zastrzeżone przez zamawiającego.

Po czwarte, prace dotyczące nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni zastrzeżone przez zamawiającego mają zostać wykonane w takim samym standardzie jakościowym, jak pozostałe 20%, w odniesieniu do których zamawiający dopuścił możliwość posłużenia się podwykonawcami. Brak jest zatem podstaw do uznania, że ich szczególny charakter uzasadnia konieczność wykonania przez wykonawcę.

Po piąte, podniesiony przez zamawiającego argument dotyczący płynności wykonania zamówienia uzasadnia tezę, że przyczyną dokonania zastrzeżenia nie były wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, jego złożoności, charakterystyki, szczególnych wymagań związanych z jego wykonaniem. Stanowisko i argumentacja prezentowane przez zamawiającego skłaniają do przekonania, że przyczyną zastrzeżenia były względy w dużej mierze organizacyjne oraz związane z odpowiedzialnością zamawiającego wobec podwykonawców. Współpraca z jednym wykonawcą bezpośrednio odpowiedzialnym przed zamawiającym sprzyja zmniejszeniu zaangażowania kadrowego, czasowego etc. związanego z obsługą procesu inwestycyjnego, w porównaniu z sytuacją, gdzie umowę wykonuje wiele podmiotów. Ponadto sytuacja taka ogranicza ryzyko związane z zapłatą wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

W ocenie Izby szybkości i sprawności wykonania zamówienia, czyli - posługując się określeniem użytym przez zamawiającego - płynności wykonania zamówienia, służą inne instytucje ustawowe, w tym odpowiednie ustalenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz adekwatne do założonych celów warunki udziału w postępowaniu.

Po szóste, o braku szczególnego charakteru prac dotyczących nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni świadczą również warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego. Zamawiający w żadnym z nich nie wymagał kompetencji w wykonaniu prac, które zastrzegł jako kluczowe. Nie przekonuje argumentacja zamawiającego, że taki stan rzeczy ma na celu rozszerzenie konkurencji. Wykonanie części zamówienia zastrzeżonych jako kluczowe wymaga ze względu na ich charakter, sprawdzenia

kompetencji wykonawcy niezbędnych do prawidłowego wykonania tych prac. Ponadto pogląd o rozszerzeniu konkurencji, w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje zastrzeżenia 80% prac dotyczących nawierzchni trasy głównej oraz wykonania pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni, co kształtuje konkurencyjność postępowania, wydaje się być wewnętrze sprzeczny.

Przedstawiona argumentacja uzasadnia również uznanie, że ustalenie przez zamawiającego kluczowej części zamówienia jako 80% nawierzchni trasy głównej oraz wykonania pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni nastąpiło w sposób całkowicie arbitralny. Jakkolwiek brak jest podstaw do wykluczenia *a limine* możliwości zastrzeżenia kluczowej części zamówienia z zastosowaniem opisu procentowego, to zastrzeżenie takie powinno być dokonywane w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Konsekwencją powyższych poglądów jest uznanie za potwierdzony zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Wymaganie dotyczące osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę, jako dotyczące sposobu realizacji zamówienia, jest elementem szeroko rozumianego opisu przedmiotu zamówienia i podlega ocenie z uwzględnieniem art. 16 Pzp. Skoro zamawiający nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, to przyjęć należy, że doszło do naruszenia zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji. Wymaganie zamawiającego ogranicza bowiem możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez małych i średnich przedsiębiorców, a preferuje duże podmioty. Sposób realizacji przez zamawiającego w badanym postępowaniu uprawnienia do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem dostępu do zamówienia, czemu skład orzekający postanowił się sprzeciwić.

Za niepotwierdzony uznała Izba zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 3 Pzp. Opisanie przez zamawiającego wymagań w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zamawiający formułuje wymagania nadmierne, przewyższające badanie zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wymagania zamawiającego w badanym postępowaniu nie są nadmierne, nieuzasadnione, a zatem nadmierne jest zastrzeżenie kluczowych części zamówienia. Brak powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia uzasadnia - jak Izba wskazała wyżej - nieprawidłowość określenia przez zamawiającego kluczowych części zamówienia. Nie oznacza to jednak, że spełnienie tych wymagań jest niewystarczające dla należytego wykonania tego zamówienia.

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Przesłanka uwzględnienia odwołania wskazana w art. 554 ust. 1 pkt 1 Izba została spełniona, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Dokonanych ocen Izba dokonała na podstawie dowodu z I Tomu SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Izba rozważyła również stanowiska stron i uczestników.

Podsumowując całość rozstrzygnięcia, w pkt 1.1 sentencji Izba na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu w pkt VI, X i XI. Orzeczenie w tym zakresie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp. Sentencja orzeczenia Izby może zawierać również rozstrzygnięcia o charakterze formalnym. Takim rozstrzygnięciem jest również orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego.

W pkt 1.2. i 1.3. orzeczenia zawarte zostało rozstrzygnięcie w odniesieniu do zarzutów, które Izba uznała za potwierdzone, odpowiednio w sprawie o sygn. akt KIO 1381/21 i sygn. akt KIO 1388/21. Natomiast w pkt 1.4. orzeczenia Izba łącznie odniosła się do zarzutów podniesionych w obu odwołaniach, które nie znalazły potwierdzenia. Pomieszczenie w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze formalnym i merytorycznym powoduje, że całe orzeczenie przybiera postać wyroku. Odniesienie się przez Izbę w pkt 1 sentencji do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, w tym również w zakresie, w którym postępowanie odwoławcze zostało umorzone, realizuje pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15. Sąd Najwyższy wywiódł, że rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania w uzasadnieniu orzeczenia jest nieprawidłowe, zaś Izba powinna w orzeczeniu odnieść się do wszystkich za zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto ustalając proporcję przyczynienia się każdej ze stron do wyniku postępowania. Na koszty w obu postępowaniach odwoławczych składał się wpis od odwołania, wniesiony przez każdego z odwołujących w kwocie 20.000 zł oraz koszty poniesione przez obie strony postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600 zł każda ze stron postępowania. Koszty postępowaniu w każdej ze spraw odwoławczych wynosiły zatem 27.200 zł.

W sprawie o sygn. akt KIO 1381/21 przedmiotem rozpoznania było 8 zarzutów, z których jeden okazał się skuteczny. W konsekwencji zamawiający odpowiadał za wynik postępowania w 1/8, natomiast odwołujący odpowiadał za wynik postępowania w 7/8. W związku z czym Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 200 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionym przez zamawiającego, a kosztami za które zamawiający był odpowiedzialny.

Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 1388/21 przedmiotem rozpoznania były 3 zarzuty, z których dwa okazały się skuteczne. W konsekwencji zamawiający odpowiadał za wynik postępowania w 2/3, natomiast odwołujący odpowiadał za wynik postępowania w 1/3. W związku z czym Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 14.553 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionym przez odwołującego, a kosztami za które odwołujący był odpowiedzialny z uwzględnieniem obowiązku i reguł zaokrąglania kosztów, o których mowa w § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 6 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Na podstawie art. 556 Pzp Izba wydała orzeczenie łączne.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....