

Sygn. akt: KIO 1019/12

WYROK

z dnia 5 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 31 maja 2012 r. oraz 1 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2012 r. przez wykonawcę Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- A. SGS Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- B. SAFEGE S.A. w Warszawie,
- C. ECM Group Polska S.A. w Warszawie

orzeka:

1. oddała odwołanie:

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 - ode. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, Etap II - ode. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z DW 721”* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 89-146426 w dniu 10 maja 2012 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (postanowień składającego się na nią wzoru umowy), odwołujący w dniu 18 maja 2012 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z pominięciem okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w związku z przyjęciem w SIWZ, w Tomie II Istotne Dla stron Postanowienia Umowy, w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy, w art. 11 ust. 11.9 pkt 19, że przedmiot zamówienia obejmuje także nadzorowanie wykonywania robót dodatkowych,
względnie
art. 353¹ w zw. z art. 487 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 11 ust. 11.9 pkt 19, że Konsultant jest zobowiązany do nadzorowania wykonywania robót dodatkowych,

- 2) art. 353¹ w zw. z art. 735 § 1 i 750 KC w zw. art. 14 i 139 ust. 1 oraz art. 2 pkt 13 ustawy, przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 15 ust. 15.2, że Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:
 - a) jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin i nie większy niż 24 godziny w danej dobie;
 - b) połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 4 pełne godziny i nie większym niż 8 pełnych godzin w danej dobie.
- 3) art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e), że Konsultant zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000,00 PLN (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za naruszenie jakiegokolwiek innego obowiązku określonego w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu,
- 4) art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.7, że prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną przysługuje wyłącznie Zamawiającemu,
- 5) art. 353¹ KC w zw. z art. 746 § 1 i 750, w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy przez przyjęcie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 3 ust. 1 umowy, prawa Zamawiającego do rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu a dalej także poprzez wyłączenie możliwości otrzymania wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie oraz zastrzeżenie, że Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi, a w konsekwencji uchybień o których mowa w pkt 1 - 6 także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- 1) wykreślenie w SIWZ, w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy, w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy, w art. 11 ust. 11.9 pkt 19;
- 2) zmianę w SIWZ w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 15 ust. 15.2 i nadanie mu brzmienia:

„15.2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta bez względu na czas świadczenia tych usług w ciągu doby.”;

- 3) wykreślenie w SIWZ w Tomie II Istotne dla stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e), względnie dodanie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 26 ust. 26.7 po pierwszym zdaniu, zdania w brzmieniu;

„Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w wysokości 20 000 złotych za naruszenie jakiegokolwiek obowiązku określonego w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu.”;

- 4) zmianę w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.7 i nadanie mu brzmienia:

„23.7 Każda ze stron ma prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych.”

- 5) wykreślenie w SIWZ w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 3 ust. 1 umowy w ostatnim akapicie tego ustępu treści:

„Zamawiający zastrzega również możliwość rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu. W takiej sytuacji Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie. Ponadto Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi.”

oraz wykreślenie powyższego we wcześniejszych i dalszych postanowieniach SIWZ, gdzie prawo takie zostało zastrzeżone na rzecz Zamawiającego, tj.

- 1) w SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 5;

- 2) w SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 9 ust. 9.3 ppkt 9.3.1.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie odwołującego trzej wykonawcy: SGS Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SAFEGE S.A. w Warszawie, oraz ECM Group Polska S.A. w Warszawie.

Nie dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie odwołującego wykonawcy Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich w Warszawie. W myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na zgłoszenie w niniejszym przypadku przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia wnosi się w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

Kopię odwołania przekazano wykonawcy w dacie 18 maja 2012 r., zatem termin ten upływał 21 maja 2012. Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 21 maja 2012 r. – faksem; zaś w oryginale – 25 maja 2012 r. Ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z nadaniem przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Po rzeczonyj nowelizacji, dla zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym, trzydniowym terminie. Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zastrzegł wyraźnie jego doręczenie w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Skoro trzydniowy termin na złożenie przystąpienia, liczony od dnia następnego po dniu przekazania informacji o wniesieniu odwołania (18 maja 2012r.) upływał dnia 21 maja 2012 r., przystąpienie złożone w tym terminie faksem, zaś 25 maja 2012 r. w oryginale jest wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkowało koniecznością uznania zgłoszenia przystąpienia za nieskuteczne.

W dniu 31 maja 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i podejmując polemikę z każdym z zarzutów. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pkt 15.2 Rozdziału 2 Warunków Ogólnych Umowy, w którym ustalone zostały zasady wynagradzania wykonawcy zamawiający podał, iż podnoszone zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający wskazał również w tym zakresie, iż celem umożliwienia zapłaty za świadczenie przez Konsultanta usług w wymiarze mniejszym niż 4 godziny – gdyby taka sytuacja w trakcie realizacji zamówienia zaistniała - *zamierza dokonać zmiany SIWZ w tym zakresie, uzupełniając Art.15 WOU o zapis: „W przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta danej dobie świadczy usługi w wymiarze mniejszym niż pełne 4 godziny, Konsultantowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości 1/8 stawki dziennej członka Personelu konsultanta określonej w tabeli „Formularz Cenowy”.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga uwaga ogólna, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W takim wypadku zarzuty wyartykułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie ze sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi.

Odnosząc się do poszczególnych postawionych zarzutów, uwzględniono:

1. Kwestionowany w odwołaniu pkt 19 art. 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Tom II Istotne Dla stron Postanowienia Umowy ma następującą treść:

„Konsultant jest zobowiązany, z uwzględnieniem art. 5.7 WOU, w szczególności do:

11.9 nadzoru nad wykonywania robót dodatkowych”

Odwołujący postuluje definitywne wykreślenie tego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako naruszającego, w jego ocenie treść art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, względnie - art. 353¹ w zw. z art. 487 § 2 KC, uzasadniając powyższe tym, iż wymaganie nadzoru nad robotami dodatkowymi nie towarzyszy jednocześnie określenie przedmiotu takich robót jak i też ich rozmiaru, co nie jest sytuacją nadzwyczajną, biorąc pod uwagę specyfikę robót dodatkowych a wynikającą z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Zdaniem odwołującego, uwzględniając powyższą specyfikę nie sposób będzie przyjąć, że Wykonawca będzie w stanie w oczekiwany od niego postanowieniami SIWZ skalkulować cenę oferty za usługi, które miałyby objąć świadczenie nadzoru nad takimi robotami; należy mieć przy tym na uwadze następujące okoliczności, które musi wziąć pod uwagę wykonawca kalkulując tę cenę:

- 1) postanowienia SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 9:
 - a) ust. 9.2 z których wynika, że Wykonawca ma przeprowadzić analizy i uwzględnić w swoim działaniu zatrudnienie takiej ilości ekspertów i personelu pomocniczego, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy a nadto uwzględnić wynagrodzenie dodatkowych ekspertów i personelu pomocniczego w wynagrodzeniu personelu podstawowego,
 - b) ust. 9.3.2, w myśl którego w pozycji „Usługi nadzoru w okresie projektowania i budowy” dla każdej pozycji ze wskazanych w ofercie osób winien przewidzieć także wynagrodzenie wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia a nie wskazanego w załączniku do Oferty -Formularzu cenowym,
- 2) postanowienia SIWZ, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział 2 Formularz oferty i formularze załączników do oferty, Formularz 2.2 Formularz Cenowy, z którego wynika m.in., że Wykonawca nie ma możliwości wskazania w odrębnej pozycji wynagrodzenie wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, który mógłby obejmować wspomniane roboty dodatkowe,
- 3) postanowienia SIWZ, Tom II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 13 ust. 13.7 w myśl, którego Konsultant jest zobowiązany

przeprowadzić właściwe analizy i uwzględnić w swoim działaniu zatrudnienie takiej liczby osób, aby zapewnić sprawną i terminową realizację zadań objętych Umową. Strony dopuszczają zatrudnienie przez Konsultanta w ramach jednej dniówki więcej niż jednej osoby na koszt Konsultanta, pod warunkiem, że Konsultant otrzyma na to zgodę Zamawiającego według procedury, o której mowa w art. 13.1. Wynagrodzenie dodatkowej liczby osób ponad osobę wskazaną w Ofercie, Konsultant ma obowiązek uwzględnić w dniówce.

4) postanowienia SIWZ, Tom II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.2, w myśl których Wykonawca powinien tak zorganizować codzienną pracę swojego całego personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy Robót w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jaki i Kontraktu, zatem okoliczności od niego niezależnych i na które nie ma wpływu.

Odwołujący podał również, iż uwzględniając fakt, iż to Zamawiający jest „gospodarzem” postępowania o udzielenie zamówienia, kształtując wzór umowy, może oprzeć się na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC w zw. z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy; wskazana zasada doznaje ograniczeń wynikających z właściwości (natury stosunku prawnego), zasad współżycia społecznego oraz przepisów ustaw. Zdaniem odwołującego, mając na uwadze, że projektowana umowa ma charakter umowy wzajemnej, odpłatnej, którą należy zaliczyć do umów o świadczenie usług, zamawiający nie może kształtować jej postanowień, w taki sposób, że ewentualne ryzyka, które mają obiektywnie charakter nieprzewidywalny, przekłada na drugą stronę, kształtuje jej postanowienia w taki sposób, że wypaczają istotę zobowiązań wzajemnych pozostają w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego lub też istotą takiego stosunku; przyjęcie, że wykonawca ma obowiązek nadzorowania robót dodatkowych, przy braku możliwości tak przewidzenia i określenia stosownych stawek dla dodatkowego personelu, pozbawia go możliwości uzyskania wynagrodzenia z tytułu świadczenia takich usług. Taki stan rzeczy powoduje, że zawarta umowa nie będzie miała charakteru umowy, w której świadczenia stron są ekwiwalentne, kosztem wykonawcy, na którego zostało przełożone w całości ryzyko ich wystąpienia.

W powyższym zakresie zamawiający prezentuje natomiast stanowisko opozycyjne, argumentując w złożonej odpowiedzi na odwołanie, iż art. 11 ust. 11.9 Ogólnych warunków Umowy obliguje Konsultanta do nadzorowania robót dodatkowych, ale takich, których zakres odpowiada zakresowi prac (branż) wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający podał, iż niekwestionowana jest nieprzewidywalność robót dodatkowych; mogą to być nie tylko zamówienia dodatkowe (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy) ale także roboty dodatkowe będące następstwem zmian Kontraktu na roboty budowlane, realizowane na zasadach określonych w Kontrakcie; w zdecydowanej większości przypadków roboty dodatkowe wykonywane są

w tym samym czasie co roboty podstawowe, wobec czego Konsultant bez ponoszenia dodatkowych nakładów, sprawuje nadzór nad tymi robotami łącznie z nadzorowaniem robót zasadniczych. Zamawiający podał także, że jeśli z kolei roboty dodatkowe są wykonywane w okresie, w którym nie są wykonywane roboty zasadnicze, naturalnym jest, że Konsultant otrzymuje w tym okresie wynagrodzenie zgodne z Umową, gdyż świadczy usługi objęte tą Umową.

Jak ustalono, sporne postanowienie dotyczy robót budowlanych, jakie ewentualnie mogą być wykonywane w ramach kontraktu na roboty budowlane, którego nadzoru dotyczy to postępowanie.

Bezspornie kontrakt na roboty budowlane, nad którym nadzór ma być sprawowany przez wykonawcę wyłonionego w przedmiotowym postępowaniu jest w fazie przygotowywania. Jak podał zamawiający, na rozprawie, ten kontrakt jest aktualnie na etapie postępowania – trwa ocena wniosków w przetargu ograniczonym. Powyższe oznacza, że zakres robót budowlanych nie jest szczegółowo zaprezentowany nie tylko wykonawcy przedmiotowego zamówienia ale także wykonawcom, którzy biorą udział w postępowaniu prowadzonym na same roboty budowlane. Nie ulega także wątpliwości, że przewidziany w tym postępowaniu nadzór nad robotami budowlanymi odnosi się do przedmiotu tego nadzoru na obecną chwilę relatywnie ogólnie sformułowanego, skoro kontrakt na roboty budowlane nie jest jeszcze zawarty, nie jest nawet ujawniona dokumentacja tego postępowania, czy choćby jego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – ten dopiero zostanie wyartykułowany po ocenie wniosków w postępowaniu o zamówienie na roboty budowlane, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, a i w takim wypadku można liczyć się, że będzie on dość ogólnie opisany, skoro roboty budowlane w nadzorowanym kontrakcie mają być prowadzone według metodyki „zaprojektuj i wybuduj”. Zatem pełny i szczegółowo zaprezentowany przedmiot nadzoru na obecnym etapie, ze wskazanych wyżej względów, jest nieosiągalny. Zamawiający zakres czynności Inżyniera w przedmiotowym postępowaniu opisał poprzez wyspecyfikowanie rodzaju czynności do wykonania (tom II specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Rozdział 2 art. 11 Warunków Ogólnych Umowy; załącznik do Umowy tytułowany *Raporty*, tom III Opis Przedmiotu Zamówienia), podanie rezultatu, jaki ma być osiągnięty w ramach robót budowlanych (tom III specyfikacji, pkt 1.3 Opis zadania) a także zakreślenie obszaru geograficznego nadzorowanych robót budowlanych.

Podkreślenia wymaga, że kwestionowane przez odwołującego objęcie zakresem nadzoru także elementu nieprzewidywalnego, to jest ewentualnych robót dodatkowych, jakie mogą okazać się niezbędne do wykonania w ramach kontraktu na roboty budowlane odnosi się do zakresu innego postępowania oraz jego przedmiotu – odwołujący wskazuje bowiem, iż *wymaganiu nadzoru nad robotami dodatkowymi nie towarzyszy jednocześnie określenie*

przedmiotu takich robót jak i też ich rozmiaru, co nie jest sytuacją nadzwyczajną, biorąc pod uwagę specyfikę robót dodatkowych a wynikającą z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy. Fakt, że charakter robót dodatkowych (a dokładnie: możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki na zamówienie dodatkowe, którego przedmiotem są roboty dodatkowe – o czym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy), wymaga, by takie zamówienie na roboty dotyczyło usług lub robót budowlanych nieobjętych zamówieniem podstawowym niezbędnymi do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, nie oznacza, że skoro roboty te są z definicji niemożliwe do przewidzenia, to w tym postępowaniu nie zostały one przewidziane. Ta nieprzewidywalność dotyczy bowiem zamówienia dotyczącego robót budowlanych.

Po pierwsze – zamawiający w kwestionowanym pkt 19 art. 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Tom II Istotne Dla stron Postanowienia Umowy posłużył się pojęciem robót dodatkowych, nie nawiązując do zamówienia dodatkowego udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pojęcie robót dodatkowych może być różnie traktowane: w znaczeniu, o jakim mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, kiedy dopuszczalne jest zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki; jak i w warunkach kiedy roboty są niezbędne do prawidłowego wykonania robót budowlanych choć nie są spełnione dalsze przesłanki dla zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, czy wreszcie w znaczeniu, o jakim mowa w znajdującym zastosowanie do robót budowlanych art. 630 kodeksu cywilnego. Brak tożsamości pomiędzy tymi kategoriami potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2011 r. w spr. V CSK 508/10. Intencję takiego rozumienia kwestionowanego postanowienia specyfikacji zaprezentował również zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 3), podając iż *art. 11 ust. 11.9 Ogólnych warunków Umowy obliguje Konsultanta do nadzorowania robót dodatkowych, ale takich, których zakres odpowiada zakresowi prac (branż) wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ (...). Niekwestionowana, także przez Odwołującego jest nieprzewidywalność robót dodatkowych. Przy czym podkreślić należy, iż mogą to być nie tylko zamówienia dodatkowe (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy) ale także roboty dodatkowe będące następstwem zmian Kontraktu na roboty budowlane, realizowane na zasadach określonych w Kontrakcie.*

Po drugie – nieprzewidywalność (a tym samym ewentualną trudność w zakresie wyceny tych robót) można rozważać wyłącznie w odniesieniu do zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane. W niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem jest nadzór nad tymi robotami budowlanymi, roboty dodatkowe zostały objęte zakresem obowiązków wykonawcy. Obowiązek ten został wskazany jako bezwarunkowy w pkt 19 art. 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Tom II Istotne Dla stron Postanowienia Umowy. Oznacza to tyle, że z perspektywy wykonawcy w tym postępowaniu zamawiający jednoznacznie zakomunikował

obowiązek uwzględnienia takich prac w ramach niniejszego zamówienia. Zamawiający nie wskazał nadzoru nad tymi robotami w charakterze opcji czy w inny warunkowy sposób, ale zobligował wykonawców do sprawowania w tej części nadzoru nad robotami. Zatem z perspektywy wykonawcy tego zamówienia nie sposób mówić o nieprzewidywalności wykonywania czynności. W tym zamówieniu nadzór nad robotami dodatkowymi został przez zamawiającego przewidziany i ujęty w ramach obowiązków ciężących na wykonawcy.

Po trzecie – objęcie zakresem przedmiotowego postępowania nadzoru nad robotami dodatkowymi nie oznacza, że w tej mierze przedmiot zamówienia opisany został w sposób nieprecyzyjny i niepełny. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, że zamawiający opisał przedmiot tego zamówienia poprzez wyliczenie obowiązków Konsultanta sprawowanych w ramach nadzoru nad robotami budowlanymi, zaś przedmiot tych robót pozostawił w znacznej mierze niesprecyzowanym – czego odwołujący nie kwestionuje. W zakresie zatem objęcia obowiązkiem Konsultanta nadzoru nad robotami dodatkowymi, przedmiot tego nadzoru nie został opisany mniej precyzyjnie aniżeli sam zakres robót. W tym kontekście objęcie nadzorem również robót dodatkowych zostało opisane w sposób równie precyzyjny, co nadzór nad samymi robotami. Powyższe zresztą wkomponowuje się w kształt tego postępowania, które dotyczy nadzoru nad robotami budowlanymi mającymi być wykonywane w przyszłości, w systemie „Zaprojektuj i wybuduj”.

Zastrzeżenia sformułowane przez odwołującego wskazujące na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, uzasadnione niemożnością przewidzenia wystąpienia tych robót (a w konsekwencji – niemożność przewidzenia obowiązku ich wykonywania jak również ich zakresu), wywodzone przez odwołującego z charakteru robót budowlanych (rozumianych zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) i upatrywanie w tej istocie robót budowlanych, jako uwarunkowanych nieprzewidywaną na etapie postępowania potrzebą wymaga jednak dopełnienia o następujące okoliczności:

- w przedmiotowym postępowaniu nadzór nad robotami dodatkowymi wprowadzony jest bezwarunkowo i bynajmniej nie w charakterze prawa opcji zamawiającego. Zatem wykonawca jest zobligowany w ramach tego zamówienia do sprawowania nadzoru nad takimi robotami, w takim zakresie, w jakim nastąpi ich wykonywanie obok robót budowlanych objętych kontraktem na wykonanie robót budowlanych (dokładniej zaprojektowanie i wykonanie tych robót). Sam obowiązek wykonania tego rodzaju robót nie budzi wątpliwości i został czytelnie i jednoznacznie podanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- odwołujący upatruje nieprecyzyjnego opisu przedmiotu tego zamówienia, w tym postępowaniu, poprzez objęcie jego zakresem dodatkowych robót budowlanych, które

z natury są nieprzewidywalne – tak co do rodzaju, jak i zakresu. Te roboty zostały jednak przewidziane w tym postępowaniu w sposób równie precyzyjny co same roboty podstawowe.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób podzielić zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, względnie - art. 353¹ w zw. z art. 487 § 2 KC. Nie zostały bowiem naruszone przepisy nakazujące dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy). Brak jest także podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 353¹ w zw. z art. 487 § 2 KC. Przepisy te wyrażają zasadę swobody umów oraz wzajemności umowy. Poprzez objęcie zakresem przedmiotu zamówienia nadzoru nad robotami dodatkowymi nie został naruszony przepis art. 487 § 2 KC, zgodnie z którym umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Nie sposób mówić tutaj o zakłóceniu zasad ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron przyszłej umowy, skoro wykonawca obowiązany jest uwzględnić nadzór nad spornymi robotami dodatkowymi, oszacować jego koszt i uwzględnić w cenie za wykonanie zamówienia. Za wykonanie tego rodzaju czynności wykonawcy będzie zatem przysługiwało wynagrodzenie.

2. Kwestionowany w odwołaniu art. 15 ust. 15.2 Istotnych Postanowień Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy ma brzmienie:

„Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości:

- a) jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 8 pełnych godzin i nie większy niż 24 godziny w danej dobie;***
- b) połowy stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta w wymiarze nie mniejszym niż 4 pełne godziny i nie większym niż 8 pełnych godzin w danej dobie.”***

Odwołujący, zarzucając naruszenie art. 353¹ w zw. z art. 735 § 1 i 750 KC w zw. art. 14 i 139 ust. 1 oraz art. 2 pkt 13 ustawy, postuluje nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia:

„15.2. Konsultant jest uprawniony do wynagrodzenia w wysokości jednej stawki dziennej określonej w tabeli „Formularz Cenowy” - z tytułu usług świadczonych przez członka Personelu Konsultanta bez względu na czas świadczenia tych usług w ciągu doby.”

W uzasadnieniu odwołujący argumentuje, iż powyższa regulacja nie jest niczym uzasadniona, biorąc pod uwagę, że bez względu na czas pracy swojego personelu, wykonawca jest zmuszony do ponoszenia z tego tytułu kosztów jego zatrudnienia. Co więcej, nie ma on większego wpływu na okres pracy swojego personelu w ciągu doby biorąc pod uwagę, że tak jak stanowią o tym postanowienia SIWZ, Tom II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.2, wykonawca powinien tak zorganizować codzienną pracę swojego całego personelu, aby uwzględnić czas pracy Wykonawcy Robót w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu, zatem okoliczności od niego niezależnych i na które nie ma wpływu. W ocenie odwołującego, powyższe podkreśla także dyspozycja SIWZ, Tom II Istotne Postanowienia Umowy, Rozdział 2 Warunków Ogólnych Umowy, art. 15 ust. 15.5, w której zdefiniowano „świadczenia usługi” jako pobyt na Placu Budowy lub poza nim członka Personelu Konsultanta i świadczenie czynności związanych z realizacją Umowy, zleconych przez Zamawiającego lub wynikających z postanowień Kontraktu.

W powyższym zakresie zamawiający zaprezentował w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, zgodnie z którym przyjęty sposób rozliczania usługi nie stoi w sprzeczności z art. 735 KC; ukształtowany został przy uwzględnieniu zasady swobody umów; nie uchybia żadnemu z przepisów iuris cogens; zamawiający ma uprawnienie do przyjęcia systemu, który w najpełniejszym stopniu będzie odpowiadał zasadom gospodarności i celowości wydatkowania środków publicznych; a Konsultant ma możliwość odpowiedniego skalkulowania ceny oferty uwzględniającej metodykę rozliczeń a następnie złożenia oferty. Zamawiający wskazał także na brzmienie art. 6.3 Warunków Ogólnych Umowy o treści: *„Personel Konsultanta zatwierdzony do realizacji niniejszej Umowy nie będzie w okresie wykonywanej usługi podejmował się jakiegokolwiek pracy kolidującej z realizacją Umowy”*

Jednocześnie zamawiający zapowiedział zmianę tego postanowienia, polegającą na uzupełnieniu Art.15 Warunków Ogólnych Umowy o treść: *„W przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta danej dobie świadczy usługi w wymiarze mniejszym niż pełne 4 godziny, Konsultantowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości 1/8 stawki dziennej członka Personelu konsultanta określonej w tabeli „Formularz Cenowy”.*

Biorąc pod uwagę podniesione wobec spornego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzuty wraz z odpowiadającym im żądaniem, nie podzielono argumentacji odwołującego. O ile, co do zasady zgodzić się należy, że za wykonywane czynności wykonawcy powinno należeć się wynagrodzenie, oraz że tego rodzaju – jak ma to miejsce w zakresie kwestionowanego postanowienia – stopniowanie wynagrodzenia mogłoby skutkować pozbawieniem wykonawcy wynagrodzenia, jeśli w danej dobie czas

świadczenia usługi nie przekroczyłyby czterech godzin (art. 15 ust. 15.2 Istotnych Postanowień Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy, ppkt b), to istotne jest, że nie jest także właściwym proponowane przez odwołującego brzmienie tego postanowienia. Zgodnie z jego treścią, wykonawcy należałoby się wynagrodzenie według stawki dziennej, niezależnie od przepracowanego w rzeczywistości czasu. Istotnie, realizację postulatów podniesionych w odwołaniu, w tym przede wszystkim zapewnieniu uzyskania przez wykonawcę zapłaty za zaświadczone usługi służyć może takie uregulowanie rozliczeń z wykonawcą, w wyniku którego wynagrodzenie będzie należne za jak najmniejsze jednostki przepracowanego czasu. Tak określony postulat może zatem realizować taki kształt regulacji dotyczącej rozliczeń, jaki został zasygnalizowany w odpowiedzi na odwołanie.

Dostrzeżenia dalej wymaga, iż nie sposób w powyższym zakresie uznać zarzutu naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, to jest art. 353¹ w zw. z art. 735 § 1 i 750 KC w zw. art. 14 i 139 ust. 1 oraz art. 2 pkt 13. O ile pierwszy z przepisów wyraża zasadę swobody umów oraz jej ograniczenia (właściwość – natura stosunku prawnego, ustawa oraz zasady współżycia społecznego), to odwołujący nie wykazał, by w powyższym zakresie zachodziły takie ograniczenia. Kształt umowy w tej mierze jest jednostronnie określany przez zamawiającego, w granicach stawianych treścią przepisów. Przepis art. 735 § KC (stosowany na mocy art. 750 do umów o świadczenie usług, odrębnie nieuregulowanych) przewiduje natomiast, iż jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie. Argumentacja zaprezentowana w odwołaniu nie prowadzi jednak do wniosku, by poprzez kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składający się na nią wzór umowy) miało dojść do sytuacji, że wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za wykonywane czynności. Dostrzeżenia wymaga, że inicjatywa w zakresie zapotrzebowania na czynności Konsultanta, organizacji jego czynności w pierwszym rzędzie należy do zamawiającego. Kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składający się na nią wzór umowy) dotyczy natomiast sfery wykonywania przyszłej umowy – mechanizmu rozliczenia za wykonywane usługi. Nie sposób zatem przesądzać, na podstawie mechanizmu rozliczania za wykonywane usługi Konsultanta w określonych zakresach czasowych o pozbawieniu wykonawcy wynagrodzenia z tytułu świadczenia usługi. Powyższe może bowiem być konsekwencją założonego przez zamawiającego minimalnego dziennego zaangażowania Konsultanta, z którego będzie wynikać takie obciążenie pracą, że nie wystąpią sytuacje pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu podniesionego zarzutu oraz dopełniającego go żądania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającego się na nią wzoru umowy).

3. Kwestionowany w odwołaniu art. 23 ust. 23.2 lit. e) Istotnych Postanowień Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy ma brzmienie:

„Konsultant zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 000 PLN (dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) za każdą z następujących czynności:

e) naruszenie jakiegokolwiek innego obowiązku określonego w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu.”

Odwołujący, zarzucając naruszenie art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, postuluje wykreślenie tego postanowienia, względnie dodanie w SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 26 ust. 26.7 po pierwszym zdaniu, zdania w brzmieniu:

„Zamawiający zapłaci Konsultantowi karę umowną w wysokości 20 000 złotych za naruszenie jakiegokolwiek obowiązku określonego w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu.” (powyższe żądanie odwołujący ostatecznie wycofał na rozprawie).

W uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący podał, iż z naruszeniem wskazanych przepisów mamy do czynienia przez ukształtowanie treści stosunku prawnego, w którym każde uchybienie Konsultanta obowiązkom określonym w Umowie, obowiązujących przepisach prawa i Warunkach Kontraktu, skutkuje naliczeniem kar umownych, a to postanowienie należy rozpatrywać łącznie z innymi postanowieniami art. 23 tej części SIWZ. Zdaniem odwołującego, poprzez kwestionowane postanowienia, kara umowna jest naliczona wykonawcy przy okazji jakiegokolwiek uchybienia, bez względu na to czy istnieje ryzyko nie tylko powstania szkody po stronie zamawiającego ale też zagrożenia jego interesów. Oceniając powyższe należy mieć na uwadze, że postanowienia SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.2 lit. e), mają charakter *lex specialis* w stosunku do innych przypadków, w których Zamawiający przewidział karę umowną we wcześniejszych i dalszych postanowieniach tegoż art. 23. Tak szeroki zakres ich zastosowania ze strony Zamawiającego i tylko na jego rzecz, stanowi – w ocenie odwołującego – nadużycie w świetle art. 5 KC, a oceniając powyższe należy

mieć też na uwadze, że poprzez ogólne sformułowanie przyjęte w art. 23 ust. 23.2 lit. e), wykonawca może się narazić na odpowiedzialność z tego tytułu za każde naruszenie obowiązujących przepisów prawa, bez względu czy pozostaje ono w związku z realizowaną Umową. Co więcej, nie znając jeszcze Warunków Kontraktu (tj. umowy, jaka ma zostać zawarta z wykonawcą robót) już na tym etapie powinien przyjąć na siebie wynikające stąd ryzyko. W żaden sposób tak szeroko nie jest chroniony interes wykonawcy przed naruszeniami umowy ze strony Zamawiającego, ten może bowiem oczekiwać kary umownej od zamawiającego wyłącznie w sytuacji, gdy z tytułu rażącej winy zamawiającego, rozwiąże umowę.

W powyższym zakresie zamawiający zaprezentował w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, zgodnie z którym zapis art. 23.2 lit e) OWU nie stanowi *lex specialis* w stosunku do pozostałych przypadków zastrzeżenia kar umownych, lecz ich dopełnienie. Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za każde naruszenie przepisów prawa, bez względu na to, czy pozostaje ono w związku z realizowaną Umową, czy też nie, wskazując iż powyższe wynika z istoty prawa cywilnego. Zamawiający podał, że kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla Stron tylko wówczas, gdy związane są one zobowiązaniem, którego niewykonania bądź nienależytego wykonania kara dotyczy; zastrzeżenie kar umownych wiąże się ściśle z umową, którą zamawiający zawrze z Konsultantem. W związku z tym, zdaniem zamawiającego, Konsultant będzie ponosił odpowiedzialność wyłącznie za działania lub zaniechania wynikające z tego stosunku prawnego. Zamawiający wskazał także, że w ramach tego stosunku w umowie i innych dokumentach kontraktowych określone zostały zobowiązania Konsultanta, jednakże takie zobowiązania określają także przepisy prawa powszechnie obowiązującego w tym np. przepisy prawa budowlanego, gdzie są uregulowane obowiązki Konsultanta mającego pełnić funkcję nadzoru inwestorskiego. Zamawiający wskazał, że będzie uprawniony do dochodzenia wyłącznie takich uchybień, które mają związek z zawartą umową i jej realizacją na podstawie obowiązków wymienionych czy to w umowie, warunkach kontraktu, czy też w przepisach prawa.

Poddając analizie kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającego się na nią wzoru umowy) dostrzeżenia wymaga, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność

postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ograniczenie stosowania wskazanych zasad prawa cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest przy tym podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyroki z dnia 4 października 2010 r. w spr. KIO 2036/10, z dnia 28 lutego 2012r. w spr. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12). Stąd nie mogły zostać uwzględnione zarzuty naruszenia art. 353¹ kc, dotyczące naruszenia równości stron stosunku cywilnoprawnego, także zarzut naruszenia art. 5 KC.

Także nie można uznać, by naruszony został przepis art. 484 § 1 KC, zgodnie z którym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Niewątpliwie, wskazany przepis ma charakter dyspozytywnego, pozostającego w sferze woli stron. W powyższej mierze inicjatywa w zakresie ukształtowania warunków umowy należy do zamawiającego, nie sposób zatem stawiać zarzutu naruszenia w tej mierze. Należy także pamiętać o dalszych regulacjach dotyczących kary umownej, to jest art. 483 1 KC, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), przy czym dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania

przez zapłatę kary umownej. Zgodnie zaś z treścią § 2 art. 484 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przez pryzmat powyższych przepisów a także ryzyk obciążających zamawiającego oraz wykonawcę należy rozważać kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie znalazły potwierdzenia także zarzuty naruszenia art. 353¹KC, art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wskazujące na nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 KC. Kwestionowane postanowienia dotyczą przyszłej umowy łączącej zamawiającego z wybranym wykonawcą. Umowa zawierana jest z jednym wykonawcą i wpływ jej postanowień na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenia oferty i przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: *„Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy*”. Podobne wnioski płyną z treści wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: *„Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się*

przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”. Z powyższego wynika, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie. Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

Ponadto, wbrew twierdzeniu odwołania, kwestionowane postanowienie nie oznacza także, że zamawiający będzie mógł dochodzić kary umownej w sytuacji naruszenia jakichkolwiek przepisów lub niesprecyzowanych obowiązków:

- z treści postanowienia wprost wynika, że kara umowna została przewidziana na wypadek naruszenia jakiegokolwiek innego obowiązku umownego – co pozwala ustalić zakres obowiązków wykonawcy obwarowanych wskazaną karą umowną;

- nawiązanie do naruszenia obowiązujących przepisów prawa skutkujących naliczeniem kary umownej nie oznacza, że mowa o jakichkolwiek, nawet niezwiązanych z wykonywaniem przedmiotowej umowy przepisach, lecz przepisach z których wynika obowiązek wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia. Trafnie wskazał zamawiający, że kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są one zobowiązaniem, którego niewykonania bądź nienależytego wykonania kara dotyczy; w ramach tego stosunku w umowie i innych dokumentach kontraktowych określone zostały zobowiązania Konsultanta, jednakże takie zobowiązania określają także przepisy prawa powszechnie obowiązującego w tym np. przepisy prawa

budowlanego, gdzie są uregulowane obowiązki Konsultanta mającego pełnić funkcję nadzoru inwestorskiego a zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia wyłącznie takich uchybień, które mają związek z zawartą umową i jej realizacją na podstawie obowiązków wymienionych czy to w umowie, warunkach kontraktu, czy też w przepisach prawa.

- nie sposób również przyjąć, by w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy zastrzeżenie kary umownej w odniesieniu do naruszenia obowiązków wynikających z Warunków Kontraktu było niedopuszczalnym. O ile sam kontrakt dotyczy innego zamówienia (umowy o roboty budowlane, mającej być przedmiotem nadzoru), łączącego inne strony aniżeli zamawiający oraz wykonawca wyłoniony w tym postępowaniu, to bezspornie zakresem obowiązków wykonawcy w tym postępowaniu objęte zostały czynności Inżyniera określone w Warunkach Kontraktu. W myśl bowiem pkt 4.1 Instrukcji dla wykonawców – Tom I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, *wykonawca w Ramach usługi zarządza, pełni kontrolę i nadzór inwestorski, a także współpracuje ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości i promocji realizowanego Projektu unijnego. Kontrakt na roboty budowlane będzie realizowany zgodnie z „Warunkami Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę”. COSMOPOLI CONSULTANS, wydanie angielsko – polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999. (...) Wykonawca (zwany również Konsultantem) w ramach Umowy będzie wykonywał czynności przypisane Inżynierowi w wyżej wymienionych Warunkach Kontraktowych. Zatem w przedmiotowym postępowaniu na wykonawcę nałożone zostały przypisane Inżynierowi obowiązki uregulowane w Warunkach Kontraktowych FIDIC, co nakazuje uznać zastrzeżoną w tej mierze karę umowną za znajdującą odzwierciedlenie w treści określonych obowiązków wykonawcy.*

Powyższe okoliczności decydowały o nieuwzględnieniu stawianych w powyższej mierze zarzutów, niezależnie od żądań stawianych w związku z tymi zarzutami (zarówno tego dotyczącego wykreślenia postanowienia, jak i żądania które zostało wycofane, a dotyczyło wprowadzenia analogicznego postanowienia zastrzeżonego na rzecz wykonawcy).

4. Kwestionowany w odwołaniu art. 23.7 Istotnych Postanowień Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy ma brzmienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar mownych”

Odwołujący, zarzucając naruszenie art. 353¹ KC w zw. z art. 484 § 1 KC i w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, postawił żądanie zmiany tego postanowienia i nadanie mu brzmienia:

„23.7 Każda ze stron ma prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych.”

W uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący podał, iż zgodnie z art. 484 § 1 KC, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, przy czym w drugim zdaniu tego przepisu ustawodawca przewidział możliwość dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania przewyższającego wysokość szkody, jednak możliwość taka istnieje wyłącznie w sytuacji, kiedy strony przewidziały ją w umowie. Zdaniem odwołującego, w postępowaniu z niezrozumiałych przyczyn, prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną przysługuje wyłącznie Zamawiającemu, tak jak stanowi o tym SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy w Rozdziale 2 Warunków Ogólnych Umowy w art. 23 ust. 23.7; prawo takie zaś nie przysługuje Wykonawcy, mimo, że w jednym przypadku, kiedy zastrzeżona jest na jego rzecz kara umowna i kara ta została określona na poziomie 10% wysokości łącznego wynagrodzenia, nie ma szansy pokryć ewentualnej szkody (obejmującej tak szkodę rzeczywistą jak i utracone korzyści) po stronie wykonawcy. Tym samym możliwość rozwiązania umowy z winy zamawiającego staje się iluzoryczna.

W powyższym zakresie zamawiający zaprezentował w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, analogiczne jak w zakresie zarzutu dotyczącego naliczenia kar umownych.

W odniesieniu do tego zarzutu aktualność znajduje wcześniejsza argumentacja, odnosząca się do postanowienia dotyczącego kary umownej – kwestia powyższa leży w gestii zamawiającego, którego uprawnieniem jest jednostronne ukształtowanie warunków przyszłej umowy. Odwołujący nie wykazał w tej mierze naruszenia przepisów prawa bezwzględnie obowiązujących – podnoszony zarzut naruszenia przepisu art. 484 § 1 KC, stanowi, iż w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Z treści tego przepisu wprost wynika jego dyspozytywny charakter, nie sposób zatem stawiać zamawiającemu zarzutu jego naruszenia. Brak jest także podstaw do formułowania ogólnego wniosku nadużycia prawa, jak również naruszenia przepisu art. 353¹ KC, skoro zamawiający ujął w odpowiednie postanowienia specyfikacji swoje interesy, zaś wykonawcy mają możliwość wyceny wiążących się z tym ryzyk i ujęcia ich w cenie za wykonanie zamówienia.

5. Kwestionowany w odwołaniu § 3 Tomu II Istotne Postanowienia Umowy, w części końcowej ma brzmienie:

„Zamawiający zastrzega również możliwość rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu. W takiej sytuacji Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie

z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie. Ponadto Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi."

Odwołujący, zarzucając naruszenie art. 353¹ KC w zw. z art. 746 § 1 i 750, w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, postawił żądanie wykreślenia tego postanowienia oraz dalszych analogicznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie prawo takie zostało zastrzeżone na rzecz Zamawiającego, tj. Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 5, Tom I Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców pkt 9 ust. 9.3 ppkt 9.3.1.

W uzasadnieniu tego zarzutu odwołujący podał, iż za sprzeczne z przepisami prawa, godzące w zasady współzycia społecznego oraz właściwość umowy o świadczenie usług, należy uznać prawo Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zakresu świadczenia Wykonawcy po zawarciu umowy. Taki zaś charakter mają postanowienia SIWZ w Tomie II Istotne dla Stron Postanowienia Umowy, Rozdział 1 w § 3 ust. 1 umowy, zastrzegające na rzecz Zamawiającego prawo do rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu a dalej także poprzez wyłączenie możliwości otrzymania wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie oraz zastrzeżenie, że Wykonawca zrzeka się również ewentualnego odszkodowania z tytułu utraconych korzyści powstałych z powodu rezygnacji przez Zamawiającego ze świadczenia Usługi. Mając na uwadze dyspozycję art. 746 § 1 KC, która znajdzie zastosowanie w zw. z art. 750 KC, zdaniem odwołującego, co do zasady zamawiający nie jest pozbawiony prawa do rezygnacji z części świadczenia, która została zastrzeżona na jego rzecz w zawartej umowie o świadczenie usług, ale powinien liczyć się, korzystając z takiego prawa z koniecznością zwrotu poniesionych przez wykonawcę nakładów, zapłaty wynagrodzenia, jak i też zapłaty odszkodowania w sytuacji, kiedy rezygnacja taka nastąpiła bez ważnej przyczyny. Przyjęte w SIWZ rozwiązanie pozbawia natomiast wykonawcę wpływu na treść łączącej strony stosunku prawnego jak i możliwości uzyskania zwrotu poniesionych nakładów, zapłaty wynagrodzenia, zapłaty odszkodowania. Tymczasem działając w dobrej wierze powinien pozostawać w gotowości do świadczenia usługi w powyższym zakresie, świadczyć ją, będąc uprawnionym z tego tytułu do stosownego wynagrodzenia. Jest to też o tyle niezrozumiałe, że z tego prawa Zamawiający może skorzystać zarówno przed jak i w trakcie świadczenia ww. usługi i bez względu na powyższe wykonawca zostaje pozbawiony prawa do zwrotu nakładów, wynagrodzenia, czy też odszkodowania. Mamy zaś do czynienia z podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w celu osiągnięcia zysku zaś przedmiotowa umowa ma charakter umowy odpłatnej. W ocenie odwołującego, pozbawienie wykonawcy prawa do wpływu na kształtowanie treści stosunku prawnego powstałego w wyniku zawartej umowy, prawa do wynagrodzenia, czy też odszkodowania nie

tylko stoi w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami ale też narusza zasady współzycia społecznego oraz pozostaje w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług, która ma charakter odpłatny. W konsekwencji uchybień o których mowa w pkt 1 - 6, sporządzając SIWZ Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego, sporne postanowienia pozostają w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami ale też naruszają zasady współzycia społecznego oraz pozostają w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług istnieją uzasadnione ryzyko, że zawarta umowa w postępowaniu będzie obciążona wadą nieważności.

W powyższym zakresie zamawiający zaprezentował w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, zgodnie z którym art. 646 § 1 KC jest przepisem dyspozytywnym, a więc może być przez strony zmieniany, a granice tych zmian stanowi § 3 tego przepisu który ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zamawiający poddał, że strony mogą się umówić co do sposobu rezygnacji z części umowy jak i skutków takiej rezygnacji, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2011 r. w spr. KIO 225/11. Zamawiający podał, iż zastrzegł sobie możliwość nie jakiegokolwiek zmiany w jakimkolwiek czasie, lecz dokonania konkretnej ściśle określonej modyfikacji, w zależności od wynikłych w trakcie procedury przetargowej na wybór Wykonawcy potrzeb.

Poddając ocenie podniesione zarzuty, dostrzeżenia wymaga, że odwołujący zdaje się przyjmować pewne, skrajnie pesymistyczne, w tym nieakceptowane założenie, że kwestionowane postanowienie wyraża zamiar odstąpienia przez zamawiającego od realizacji części umowy w trakcie wykonywania prac, bez wynagrodzenia dla wykonawcy za wykonaną część prac lub innej rekompensaty należnych wykonawcy. Kwestionowane postanowienie jest jednak kontynuacją szerszej regulacji, dotyczącej terminów realizacji zamówienia, gdzie wskazano (cały § 3 zawarty w Tomie II Istotne Postanowienia Umowy) termin realizacji zamówienia jako rozłożony na trzy etapy: dwumiesięczny – wsparcie zamawiającego na etapie postępowania o zamówienie publiczne na roboty budowlane, po którym po upływie ok. trzech miesięcy „bezczynności” Konsultanta ma nastąpić okres właściwego nadzoru (32 miesiące) – nadzór w okresie projektowania oraz wykonywania robót na Kontrakcie, wreszcie dwunastomiesięczny okres Przeglądów i Rozliczenia Kontraktu. Analizowana możliwość rezygnacji z części usługi dotyczy wyraźnie etapu pierwszego, to jest usługi wsparcia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Kontynuację projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z*

węzłem „Paszków” i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 - odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, Etap II - odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z DW 721”.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił intencje, jakie ma realizować sporne postanowienie: że to nie dowolna modyfikacja na przyszłość, ale wskazane w powyższym zakresie okoliczności rezygnacji z części usług. Ponadto możliwość ta dotyczy niewielkiej części usług tj. dwóch miesięcy w stosunku do 46 miesięcznej umowy.

Biorąc przy tym pod uwagę okoliczność, że zamawiający poprzez to postanowienie nie wyartykułował konkretnej formy takiej „rezygnacji ze świadczenia przez Konsultanta Usługi wsparcia zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu” – rozumianej przykładowo jako odstąpienie od części umowy, nie sposób przypisywać temu zapisowi znaczenia, na które wskazuje odwołujący. Znaczenie tego postanowienia musi mieć charakter jedynie informacyjnego dla wykonawców uprzedzającego o ewentualności rezygnacji – przed rozpoczęciem świadczenia usługi dotyczącej wsparcia zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację Kontraktu, co wyraźnie nawiązuje do etapu pierwszego, to jest wsparcia Zamawiającego w okresie postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe jest zresztą zrozumiałe, biorąc pod uwagę że niniejsze postępowanie a także postępowanie na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych toczą się w różnym tempie i może się zdarzyć, że wykonywanie etapu pierwszego będzie bezprzedmiotowe, jeśli postępowanie o zamówienie dotyczące robót budowlanych będzie tak zaawansowane, że usługa wsparcia na tym etapie okaże się zbędna. Stąd tego rodzaju postanowienie nie może być uznane za niedopuszczalne.

Powyższe postanowienie – jeśli budziło wątpliwości wykonawcy – mogło i powinno być przedmiotem wniosku o wyjaśnienie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jakkolwiek bowiem nie ma obowiązku składanie wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie oznacza to zasadności zarzutu, który opiera się na przyjęciu pewnej, nie znajdującej umocowanie w treści specyfikacji interpretacji jej postanowień.

Stąd złożona na potwierdzenie zasadności stanowiska odwołującego uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 22 maja 1991 roku w spr. o sygn. akt III Czp 15/91, z której wynika, że nie jest dopuszczalnym kształtowanie stosunku cywilno – prawnego z pozostawieniem jednej ze stron możliwości jednostronnego kształtowania zmiany takiej umowy, pozostaje bez znaczenia dla okoliczności spornych w tym postępowaniu.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że kwestionowane postanowienie może wywoływać niejasności, wobec wskazania, iż „W takiej sytuacji Konsultantowi nie przysługuje wynagrodzenie z tytułu wykonywania Usługi w tym zakresie”, co mogłoby sugerować, że zamawiający zastrzega sobie prawo rezygnacji z wykonywania usługi, której wykonywanie już zostało rozpoczęte, bez prawa

wynagrodzenia dla wykonawcy. Pozostawałoby to również w sprzeczności z wykładnią spornego postanowienia, jakiej zamawiający dokonał na rozprawie.

Jak wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„Dokonana przez umocowanego pełnomocnika Zamawiającego wykładnia poszczególnych postanowień IPU stanowi bowiem istotną informację, nie tylko dla Odwołującego, ale również dla pozostałych uczestników postępowania i winna zostać zakomunikowana, przy uwzględnieniu zasady transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę fakt, iż jak zostało wskazane w toku rozprawy przez Zamawiającego, wyjaśnienia te oddają rzeczywiste znaczenie poszczególnych postanowień IPU są one wiążące, zarówno dla Zamawiającego, jak również uczestników postępowania.”* (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r. w spr. KIO 360/12).

Powyższe przemawia za celowością zakomunikowania wykonawcom przez zamawiającego o znaczeniu i zastosowaniu tego postanowienia.

Nie zasługiwała przy tym na uwzględnienie argumentacja odwołującego, prezentowana na rozprawie, zmierzająca do wykazania, iż w obrocie profesjonalnym (za taki zaś odwołujący traktuje przyszły stosunek zobowiązaniowy łączący wykonawcę z zamawiającym) niedopuszczalna jest wykładnia postanowień nieprecyzyjnej umowy, w tym wywodzenie z niej wniosków wyraźnie niewyartykułowanych. Zgodzić się trzeba, że jasne, nie budzące wątpliwości i potrzeby prowadzenia zabiegów interpretacyjnych postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz umowy są pożądane. Niemniej, jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2012 r. w spr. o sygn. IV CSK 219/11 (zapadłego na gruncie zagadnienia dotyczącego wykonywania oraz odstąpienia od umowy o roboty budowlane, prowadzonej z zastosowaniem Warunków ogólnych FIDIC): *„(...) zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa, które podziela skład orzekający Sądu Najwyższego, art. 144 prawa zamówień publicznych w brzmieniu poprzednim i obecnym nie wyłącza możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 kc. Celem wykładni jest bowiem ustalenie rzeczywistej treści zawartej umowy, a nie zmiana jej postanowień (wyrok SN z dnia 17 czerwca 20/09 r., IV CSK 90/09, Lex nr 51 2012). Utrwalone jest również orzecznictwo wskazujące na kierowanie się przy umowie stron w postaci pisemnej przede wszystkim tekstem umowy, a więc jej wykładni nie może prowadzić do wniosków sprzecznych z tym tekstem, mimo nakazu zawartego w art. 65 § 2 k.c., aby przy wykładni kierować się celem umowy zamierzonym przez strony (wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 stycznia 2010 r., IV CSK 269/0, Lex 668919, z dnia 17 czerwca 2009, IV CSK 90/09, Lex nr 512012, z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CSK 558/08, Lex nr 512966 i z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 47 9315 i z dnia 18 marca 2008 r., II CSK 336/07, Lex 385593). Pewien element odmiennego rozumienia przez strony postanowień łączącej je*

umowy jest niemożliwy do wyeliminowania, czemu służy możliwość dokonywania wykładni umowy z zastosowaniem regulacji art. 65 § KC, a w postępowaniu o zamówienie publiczne – uzyskaniu możliwie jednoznacznego rozumienia dokumentów postępowania jeszcze przed zawarciem umowy sprzyja możliwość składania wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazane okoliczności przemawiały za uznaniem, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 353¹ KC w zw. z art. 746 § 1 i 750, w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy. Wymienione przepisy nie czynią bowiem kwestionowanego postanowienia niedopuszczalnym.

Nie dopatrzone się także podstaw do uznania, że kwestionowane postanowienia pozostają w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami, czy naruszają zasady współzycia społecznego oraz pozostają w sprzeczności z właściwością umowy o świadczenie usług, co mogłoby wywoływać – jak wskazuje odwołujący – uzasadnione ryzyko, że zawarta umowa w postępowaniu będzie obciążoną wadą nieważności. Podkreślenia w tym miejscu, wymaga że podnoszone przez odwołującego tezy i argumentacja nie prowadzą do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Jak wskazano wyżej, dokonanie ustalenia zakresu obowiązków umownych, ukształtowanie zasad odpowiedzialności jest uprawnieniem zamawiającego, którego w analizowanej sytuacji zamawiający nie nadużył. Stąd brak jest podstaw do przypisania działaniom zamawiającego w tej mierze takich naruszeń ustawy, które by mogły prowadzić do skutku w postaci zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Nie mogło zostać zasądzone wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, mimo zawartego w odpowiedzi na odwołanie wniosku o zasądzenie kosztów postępowania, „w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych”. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego (*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*) nie przyjął, wzorem kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02) zasad przyznawania kosztów na podstawie samego tylko wniosku czy oświadczenia (spisu kosztów), wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem

składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* (tekst jedn.: Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.) oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm). Skoro takiego rachunku zamawiający nie złożył – wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

Przewodniczący: