

Sygn. akt KIO/UZP 812/09

Sygn. akt KIO/UZP 833/09

WYROK
z dnia 14 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Jankowska

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10.07.2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 roku do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. wykonawcę **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa (sygnatura akt KIO/UZP 812/09);**

B. wykonawcę **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (sygnatura akt KIO/UZP 833/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg i Autostrad w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa:**

A. protestu z dnia 26 maja 2009 r. wniesionego przez wykonawcę **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa;**

B. przystąpienia wniesionego w dniu 1 czerwca 2009 r. przez wykonawcę **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wniesionego dnia 26 maja 2009 r. przez wykonawcę **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa****

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

w sprawie sygn. akt KIO/UZP 812/09 **ILF Consulting Engineers Polska, ul. Postępu 15B, 02-676** po stronie odwołującego **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa** i w sprawie sygn. akt KIO/UZP 833/09 po stronie odwołującego **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**;

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

w sprawie sygn. akt KIO/UZP 812/09 **EGIS POLAND Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** po stronie odwołującego **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa**

orzeka:

- 1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg i Autostrad w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A.** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa**,
 - B.** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa**;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg i Autostrad w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A.** **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul.**

Taśmowa 7, 02-677 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

B. 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

3) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A. kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **TEBODIN-SAP-PROJEKT Sp. z o.o., ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa,**

B. kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **ARCADIS Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej budowy północnego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 w kierunku Gdańska na odcinku Czosnów-Trasa Armii Krajowej w Warszawie”. **14.05.2009 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE Nr 2009/S 9-132640.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej Pzp.

26.05. 2009 r. wykonawca ARCADIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 182 (zwany dalej: „protestującym”) wniósł protest.

Protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, art. 353¹, art. 487 § 2, art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 139 ust. 1 Pzp.

Protestujący żąda zmiany postanowień specyfikacji w zakresie

1) *Opisu przedmiotu zamówienia;*

2) Formularza wycena opracowania;

3) Wzoru umowy w punktach wskazanych w uzasadnieniu protestu.

Utrzymanie wskazanych postanowień specyfikacji będzie skutkowało tym, że protestujący w przypadku uzyskania zamówienia będzie zmuszony zaakceptować sprzeczne z przepisami prawa lub rażąco dla siebie niekorzystne warunki umowy.

I. W **pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia**, zamawiający zastrzegł, iż „Ryzyko związane z opracowaniem przedmiotu umowy wynikające z wszelkich uzgodnień, a w szczególności prowadzonych konsultacji społecznych, w trakcie realizacji umowy ponosi wykonawca i nie może to być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia.”. Dalej zamawiający wymienia trzy podstawowe grupy ryzyk, jakie mogą spowodować zwiększone nakłady pracy wykonawcy:

- 1) wprowadzenia wszelkich zmian w trakcie wykonywania zamówienia polegających m.in. na zleceniu dodatkowych projektów węzłów, obiektów mostowych, kładek dla pieszych, przejazdów, ścieżek rowerowych, chodników, korekt osi trasy i wszelkich innych rozwiązań wynikających z uzgodnień i konsultacji społecznych,
- 2) zmiany przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg Publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194, Nr 199, poz. 1227, z 2009 r. Nr 72, poz. 620) dalej: specustawa.
- 3) zmiany warunków technicznych dot. przebudowy lub budowy wszelkich urządzeń infrastruktury w trakcie realizacji zamówienia i do czasu ostateczności decyzji o pozwoleniu na budowę.

Kolejny akapit tego punktu *Opisu przedmiotu zamówienia* stanowi, że cyt.: „zamawiający nie będzie uwzględniał roszczeń finansowych wykonawcy z tego tytułu. Wprowadzanie ww. zmian (w tym robót dodatkowych i nieprzewidzianych) stanowi ryzyko wykonawcy, które powinno być uwzględnione w ofercie (**pkt 9 Wycena opracowania**).

Wskazany **pkt 9 Wycena opracowania** zatytułowany jako „Prace nieprzewidziane obejmujące ryzyko Wykonawcy” zawiera sześć pozycji wśród których znajdują się np.:

- 1) dodatkowe ekspertyzy i opinie,
- 2) zmiany rozwiązań projektowych, w tym także dodatkowe opracowania wynikające, m.in. z uzgodnień i konsultacji społecznych zarówno na etapie Koncepcji Programowej jak i na etapie uzyskania decyzji ZRID czy
- 3) zmiany rozwiązań projektowych wynikające ze zmian przepisów (ustaw, rozporządzeń a także zarządzeń i instrukcji GDDKiA).

Powyższe postanowienia zawarte w *pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia* zamawiający zamieścił także w **§ 3 ust. 2 Wzoru umowy**.

Mimo tak szerokiego obowiązku wyceny ryzyk nałożonego na wykonawców, zamawiający zastrzega dla siebie jeszcze prawo ograniczenia przedmiotu zamówienia, co stanowi kolejne ryzyko wykonawcy. Mianowicie w **pkt 7.4.5. Opisu przedmiotu zamówienia** zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji z wykonania elementu dokumentacji (lub jego części) ze stosowną korektą wartości zamówienia o wartość tego elementu lub jego części.

Zamawiający nałożył na wykonawców biorących udział w postępowaniu obowiązek wyceny ryzyka. Powyższe teoretycznie nie powinno dziwić, zważywszy, że w **pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia** zamawiający wskazał, iż wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Granica tego ryzyka nakreślona przez zamawiającego w wyżej przytoczonych postanowieniach specyfikacji jest jednak w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z prawem rozciągnięta na wszelkie niedookreślone i nieprzewidywalne okoliczności, które *de facto* powinny stanowić przedmiot odrębnych zamówień dodatkowych (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp). Opis, którym zamawiający opatrzył **pkt 9 Formularza Wycena opracowania**: prace nieprzewidziane, jednoznacznie wskazuje na przesłankę ustawową zamówień dodatkowych. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dają możliwość udzielenia odrębnego zamówienia po negocjacjach przeprowadzonych z konkretnym usługodawcą np. w przypadku, gdy z powodu okoliczności niemożliwych do przewidzenia zamówienie stało się niezbędne dla realizacji zamówienia podstawowego.

Sam fakt, iż zamawiający umieścił przykładowe przyczyny zmian zamówienia w specyfikacji, określając je ogólnie jako: zmiany wynikające z uzgodnień i konsultacji społecznych czy zmiany wynikające ze zmiany prawa, nie oznacza, iż zostały one przewidziane i przedstawione wykonawcom w sposób, który umożliwiłby rzetelną wycenę. Czynniki te, o ile można się liczyć z ich wystąpieniem, mogą jednak pociągać za sobą tak wielorakie i daleko idące zmiany i modyfikacje zamówienia podstawowego, że stwierdzić należy, iż nie są one ostatecznie możliwe do przewidzenia. Zamawiający, mówiąc o zmianie „specustawy” nie wskazuje nawet kierunku przewidywanych zmian. O ile bowiem zmienność prawa co do zasady jest czynnikiem przewidywalnym, o tyle możliwość przewidzenia, których aktów zmiany prawa wprowadzone w określonym przyszłym terminie mogą dotyczyć jest już mniej przewidywalnym czynnikiem, zaś ostateczne rozwiązania przyjęte w konkretnych aktach są zupełnie niemożliwe do przewidzenia przed rozpoczęciem konkretnego procesu legislacyjnego, a właściwie przed uchwaleniem poszczególnych aktów. Kształt konkretnych projektów nowelizacji jest bardzo zmienny w toku prac legislacyjnych, a jego ostateczny kształt wskazuje dopiero ustawa uchwalona przez Sejm RP.

Sam fakt, iż zamawiający wskazał na możliwość wystąpienia konieczności zmiany przedmiotu zamówienia ze względu na konsultacje społeczne czy uzgodnienia z gestorami sieci to jeszcze za mało, aby stwierdzić, iż zmiany te mogą być przewidziane. Wymienienie kilku przykładowych opracowań projektowych, które mogą okazać się niezbędne do realizacji w wyniku konsultacji społecznych w żaden sposób nie stanowi przewidzenia tych zmian. Nie wyczerpują one bowiem spektrum zmian, jakie mogą za sobą pociągać takie konsultacje społeczne, a jedynie rozpoczynają ich długą listę od kładek dla pieszych poczynając po konieczność przeprowadzenia trasy w tunelu kończąc. Na dzień dzisiejszy nie można przewidzieć, które z szerokiego wachlarza rozwiązań projektowych mogą mieć tu zastosowanie. Powyższe stanowisko zdaje się potwierdzać zamawiający, który w **pkt 9 Wyceny opracowania** wskazuje „Prace nieprzewidziane stanowiące ryzyko wykonawcy”. Sam zamawiający przyznaje, iż są to prace nieprzewidziane na etapie wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia i zamawiający zakłada, iż będą to prace niezbędne do realizacji tego zamówienia. Skoro zamawiający nakazuje wycenę tych prac, to większość tych ryzyk nie jest niczym innym, jak tylko nieprzewidzianymi zamówieniami dodatkowymi, które nie powinny być ujęte w zamówieniu podstawowym. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przewiduje odrębny tryb udzielania takich zamówień. Potwierdza to wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-2269/04) oraz wyrok z dnia 30 maja 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-I110/05). Oba wyroki mimo, iż dotyczyły postępowań na roboty budowlane i wymogu ujęcia w cenie oferty rezerwy na roboty nieprzewidziane mają – zdaniem protestującego – odniesienie do przedmiotowego stanu faktycznego. W obu wyrokach jasno stwierdzono, iż nie można przy okazji realizacji trybu podstawowego zlecać wykonania bliżej niedookreślonych prac nieprzewidzianych, podczas gdy ustawa przewiduje odrębne tryby na udzielenie tego typu zamówień.

W skrajnych warunkach zaistnienie zasygnalizowanych przez zamawiającego ryzyk może spowodować, że realizowane zamówienie będzie znacznie się różniło od tego, które zamawiający zasadniczo wyspecyfikował. Protestujący, analizując opis przedmiotu zamówienia, który zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, ma przeciwnie wrażenie, iż do końca nie wiadomo, jaki skład dokumentacji i jakie rozwiązania projektowe zamawiający faktycznie zleca. Protestujący stwierdza, przerysowując nieco, iż zamawiający faktycznie zamawia „ryzyko” rozumiane jako wykonanie prac projektowych o nieustalonym rozmiarze i charakterze, co dowodzi naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Przy tak szeroko i nieprecyzyjnie określonym przedmiocie zamówienia zamawiający nie powinien stosować wynagrodzenia ryczałtowego. Wskazane rozwiązanie rozliczenia kontraktu narusza normę art. 632 § 1 Kc. W piśmiennictwie ukształtował się pogląd, iż wynagrodzenie ryczałtowe nie powinno być stosowane do wszystkich typów umów, a „tylko w prostszych sytuacjach, w których ułatwiona jest ocena wartości dzieła przez obie strony, a

margines nieprzewidzianych elementów jest niewielki” (tak „Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania” Tom 2, pod redakcją Gerarda Bieńka, wydanie 7, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 180). Podobnie stwierdzono w komentarzu pod redakcją K. Pietrzykowskiego „Ten sposób wynagrodzenia jest stosowany zwłaszcza przy stosunkowo prostych stanach faktycznych umowy o dzieło, gdy wartość wykonanej usługi jest stronom na ogół znana, podobnie jak ewentualny koszt potrzebnych materiałów, spodziewany czas trwania prac itd.” (w "Kodeks cywilny Tom II Komentarz do artykułów 450-1088" Pod redakcją K. Pietrzykowskiego, 5. wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 388).

Protestujący podnosi również naruszenie podstawowej zasady udzielania zamówień, określonej przepisem art. 7 ust. 1 Pzp, która w sposób klarowny i niebudzący żadnych wątpliwości nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W warunkach prowadzonego postępowania każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co nieuchronnie będzie mogło doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Taką sytuację spowodował sam zamawiający wymagając wyceny tak szeroko zakreślonych, niemożliwych do przewidzenia i oszacowania ryzyk.

Zdaniem protestującego przywołana zasada stanowi nie tylko o równym, niepodlegającym dyskryminacji, dostępie wykonawców do zamówień publicznych, lecz także wyraża się w równości pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Oznacza to, że zamawiający, jako strona stosunku cywilnoprawnego (a takim jest postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) nie może stawiać się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych uczestników postępowania, co w sposób oczywisty stanowi naruszenie tej równości (tak G. Wicik, P. Wiśniewski w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, C.H. Beck, Warszawa 2007).

Analiza postanowień **§ 3 ust. 2 Wzoru umowy**, które narzucają na wykonawców bezwzględny obowiązek wyceny niezmiernych i nieprzewidzianych ryzyk, podczas gdy dla zamawiającego zastrzegają możliwość elastycznego rezygnowania z dowolnego opracowania bądź nawet jego części (pkt 7.4.5. *Opisu przedmiotu zamówienia*) uprawnia do postawienia zarzutu, iż zamawiający ukształtował ramy przyszłej umowy z rażącym naruszeniem zasady równości stron umowy, stawiając się w skrajnie uprzywilejowanej pozycji. Takie kształtowanie warunków umowy godzi także w zasadę wyrażoną w art. 353¹ Kc, który stanowi, iż strony mają prawo do ułożenia stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Umowy w sprawach zamówień publicznych, to umowy wzajemne, których istotą jest to, że świadczenie jednej strony jest odpowiednikiem świadczenia strony drugiej. Z tych względów zamawiający formułując postanowienia umowy winien mieć na względzie wyrażoną w art. 487 § 2 Kc zasadę ekwiwalentności świadczeń (tak np. Łysakowski w: Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, s. 175). Zamawiający naruszył ten przepis przez nałożenie na wykonawców wymogu zobowiązania się w ofercie do spełnienia świadczenia o nieokreślonym zakresie i charakterze za z góry określone wynagrodzenie ryczałtowe. Ów nieokreślony zakres i charakter świadczenia wykonawcy przejawia się w obowiązku zidentyfikowania i wyceny wszelkich ryzyk, których zakres zamawiający tak szeroko nakreślił. Takie postanowienia specyfikacji, w tym **Wzoru umowy** mogą skutkować nieadekwatnością pieniężnego świadczenia zamawiającego względem dzieła, które zobowiązana będzie wykonać druga strona umowy. Protestujący opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu w profesjonalnym świadczeniu usług projektowych, w tym także dla zamawiającego, stwierdza, że nawet przy zachowaniu najwyższej staranności, niemożliwe jest dokonanie wyceny tak rozległych ryzyk, a tym samym przedmiotu umowy.

Wobec powyższego protestujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji przez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

II. Zarówno w **pkt 7.5, 7.6 i 10 Opisu przedmiotu zamówienia** jak i w **§ 3 ust. 6 Wzoru umowy**, zamawiający zawarł postanowienia dotyczące kwestii odbioru wykonanych opracowań i płatności za nie. Protestujący wskazuje, iż termin płatności określony w **pkt 7.6.2 Opisu przedmiotu zamówienia** wynosi 28 dni, zaś w **§ 3 ust. 4 i 6 Wzoru umowy** termin ten wynosi 30 dni.

Zamawiający określając sposób dokonywania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane opracowania wprowadza pojęcia protokołu odbioru częściowego oraz protokołu odbioru ostatecznego, których zatwierdzenie warunkuje zapłatę. Jednak w żadnym postanowieniu specyfikacji, ani postanowieniu **Wzoru umowy** nie określono terminów zatwierdzenia przez zamawiającego wskazanych dokumentów. W szczególności zamawiający nie wskazał w jakim terminie sporządzi protokół ZOPI oraz w jakim terminie będzie on zatwierdzony przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, co warunkuje zapłatę 20% kwoty wynagrodzenia za koncepcję programową. Nieuzasadnione jest uzależnienie zapłaty części należnego wynagrodzenia za wskazane w **pkt 6.3, 6.5 i 6.6 Wzoru umowy** opracowania projektowe od uzyskania ostatecznej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Jest to niezrozumiałe z racji tego, że w każdym

z tych przypadków zamawiający zapłatę pierwszej części wynagrodzenia warunkuje złożeniem kompletnego wniosku o wydanie właściwej decyzji. Tak określony warunek oznacza w istocie, że wykonawca sporządzi zamkniętą, kompletną i poprawną całość poszczególnych opracowań, za których wykonanie część należnego wynagrodzenia zapłacona zostanie dopiero po upływie czasu niezbędnego na wydanie decyzji, a więc uzależniona jest od zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu.

Najbardziej rażącym naruszeniem przez zamawiającego interesu protestującego jest postanowienie uzależniające zapłatę części wynagrodzenia za projekt wykonawczy i dokumentację przetargową od rozstrzygnięcia przetargu (**§ 3 ust. 6 pkt 10.7 i 6.8 Wzoru umowy**), który ma wyłonić podmiot do wykonania robót budowlanych zgodnie z opracowaniem projektowym powstałym w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Uzależnienie zapłaty części wynagrodzenia od zaistnienia zdarzenia przyszłego niepewnego, na które ograniczony wpływ ma także sam zamawiający stanowi naruszenie przepisów prawa, w tym art. 7 ust. 1 Pzp i art. 487 § 2 Kc. W skrajnym przypadku, możliwym jednak do zaistnienia, zamawiający w ogóle może nie wszcząć postępowania na robotę budowlaną, bądź zakończyć postępowanie bez rozstrzygnięcia, tj. jego unieważnieniem. Jednak już sam fakt uzależnienia zapłaty części należnego wynagrodzenia za wykonane opracowania od innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalne.

Wobec powyższego protestujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień **Wzoru umowy** przez określenie terminu sporządzenia protokołu ZOPI, a także określenie terminów zatwierdzania poszczególnych protokołów odbioru. W odniesieniu do postanowień **§ 3 ust. 6 pkt 6.3, 6.5, 6.6, 10.7 i 6.8 Wzoru umowy**, protestujący wnosi o dokonanie zapłaty całości wynagrodzenia za poszczególne opracowania po ich sporządzeniu przez wykonawcę i odbiorze przez zamawiającego.

29.05.2009 r. Zamawiający, pismem nr GDDKiA-O/WA/R.2/A.Z/1211/2009, przesłał wykonawcom protest wniesiony przez protestującego i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

01.06.2009 r. wykonawca Egis Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie protestującego.

01.06.2009 r. wykonawca ILF Consulting Engineers Poska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie protestującego (bez załączenia pełnomocnictwa).

01.06.2009 r. wykonawca TEBODIN SAP-Projekt z siedzibą w Warszawie, zwany dalej odwołującym, przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, po stronie protestującego, na podstawie art. 181 ust. 5 Pzp. Odwołujący w przystąpieniu do postępowania jednoznacznie uznał argumenty podniesione w proteście, jako całkowicie zasadne i dlatego też zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji jak również art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 353¹, art. 487 § 2 i art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Ponadto odwołujący w przedmiotowym przystąpieniu do postępowania zażądał:

- 1) uwzględnienia w całości protestu wniesionego przez protestującego;
- 2) zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części odnoszącej się do **Opisu przedmiotu zamówienia**, Formularza wyceny opracowania i Wzoru umowy, w zakresie wskazanym w proteście.

Przystępujący do postępowania uznaje argumenty podniesione w proteście przez protestującego jako całkowicie zasadne i dlatego też zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust 1 i 2, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 353¹, art. 487 § 2 i art. 632 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Ponadto, przystępujący żąda:

- 1) uwzględnienia w całości protestu wniesionego przez protestującego;
- 2) zmiany postanowień specyfikacji w części odnoszącej się do **Opisu przedmiotu zamówienia, Formularza wyceny opracowania i Wzoru umowy**.

Ad I. Podzielając w pełni stanowisko zawarte w proteście (pkt I protestu), odwołujący dodatkowo zauważa, iż zawarcie umowy na warunkach przewidzianych w specyfikacji i jej realizacja może spowodować naruszenia jednej z podstawowych zasad odnoszących się do umów wzajemnych, czyli zasadę ekwiwalentności. Powyższa zasada stosowana w obrocie między przedsiębiorcami charakteryzuje się przede wszystkim tym, iż podmioty takie kierują się rachunkiem ekonomicznym. Oznacza to, że zawierając umowę strony muszą dopilnować aby zamawiający pokrył uzasadnione i prawnie aprobowane koszty oraz oczywiście zapewnił zysk, czyli nadwyżkę w takiej wysokości, która będzie uzasadniać prowadzenie przez wykonawcę działalności gospodarczej. Nie można bowiem zakładać, iż celem jakiegokolwiek przedsiębiorstwa jest podpisywanie i realizowanie umowy, która pokrywa jedynie koszty, a nie przynosi zysku lub co może zaistnieć w przedmiotowym przypadku, przynosi straty.

Powyższe dodatkowo może w konsekwencji doprowadzić nawet do nieważności zawarcia umowy w wyniku rozstrzygniętego przetargu, jako czynności prawnej sprzecznej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jak również Kodeksu cywilnego, a nawet zasadami słuszności, o czym stanowi art. 58 § 1 i 2 Kc.

Dlatego też w ślad za protestującym przystępujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień Wzoru umowy przez jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia, aby nie powodował on żadnych już żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a przede wszystkim nie naruszał zasad uczciwej konkurencji.

Ad II. Odwołujący podziela stanowisko protestującego odnośnie kwestii dotyczących odbioru wykonanych opracowań i płatności za nie (pkt II protestu). Odwołujący zgadza się z protestującym i podkreśla, iż:

- 1) uzależnienie dokonywania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane opracowania od akceptacji przez zamawiającego protokołu odbioru częściowego oraz protokołu odbioru ostatecznego w sytuacji braku ustanowienia terminu takiej akceptacji;
- 2) uzależnienie zapłaty części należnego wynagrodzenia za wskazane w **pkt 6.3, 6.5 i 6.6 Wzoru umowy** opracowania projektowe od uzyskania ostatecznej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej;
- 3) uzależnienie zapłaty części wynagrodzenia za projekt wykonawczy i dokumentację przetargową od rozstrzygnięcia przetargu (§ 3 ust. 6 pkt 10.7 i 6.8 **Wzoru umowy**), który ma wyłonić podmiot do wykonania robót budowlanych zgodnie z opracowaniem projektowym powstałym w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia

– jest nieuzasadnione, a przede niezdadne z art. 7 ust. 1 Pzp, jak również z art. 487 § 2 Kc.

Tak sformułowane postanowienia specyfikacji i postanowienia **Wzoru umowy** w rzeczywistości powodują, iż wykonawca sporządzi zamkniętą, kompletną i poprawną całość poszczególnych opracowań, za wykonanie których część należnego wynagrodzenia zapłacona zostanie mu dopiero po upływie czasu niezbędnego na wydanie decyzji, czy też po rozstrzygnięciu innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc uzależniona jest od zdarzenia, na które wykonawca nie będzie mieć żadnego wpływu. Powyższe należy uznać jako niedopuszczalne.

Dlatego – w ślad za protestującym – przystępujący wniósł o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień **Wzoru umowy** przez określenie terminu sporządzenia protokołu ZOPI a także określenie terminów zatwierdzania poszczególnych protokołów odbioru. W odniesieniu do postanowień **§ 3 ust. 6 pkt 6.3, 6.5, 6.6, 10.7 i 6.8 Wzoru umowy** przystępujący wnosi o przewidzenie dokonania zapłaty całości wynagrodzenia za poszczególne opracowania po sporządzeniu opracowań przez wykonawcę i odbiorze przez zamawiającego.

08.06. 2009 r. Zamawiający oddalił protest. Wobec powyższego, termin do wniesienia odwołania, określony w art. 184 ust. 2 Pzp, został przez Odwołującego dochowany.

Protestujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, oraz art. 353¹, art. 487 § 2, art. 632 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp. Protestujący zażądał zmiany specyfikacji w zakresie **(1) Opisu przedmiotu zamówienia, (2) Formularza wyceny opracowania i (3) Wzoru umowy** w miejscach wskazanych w uzasadnieniu protestu. Jak wynika z treści protestu, utrzymanie postanowień specyfikacji będzie skutkowało tym, że protestujący będzie zmuszony zaakceptować sprzeczne z przepisami prawa lub rażąco dla siebie niekorzystne warunki umowy.

Protestujący w uzasadnieniu protestu wskazał na dwie grupy zarzutów:

- 1) wadliwość opisu przedmiotu zamówienia (m.in. **pkt 7.4 Opisu przedmiotu zamówienia, § 3 ust. 2 Wzoru umowy**);
- 2) wadliwość uregulowania kwestii odbioru wykonanych opracowań i płatności za nie (m.in. **pkt 7.5, 7.6 i 10 Opisu przedmiotu zamówienia, § 3 ust. 6 Wzoru umowy**).

Ad 1. Opis przedmiotu zamówienia został sporządzony z poszanowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Określenie potencjalnych zagrożeń, które wykonawcy powinni uwzględnić w cenie oferty (**§ 3 ust. 2.1 Wzoru umowy**) pozwala na jednoznaczne rozdzielenie ryzyka, które obarcza wykonawcę od ryzyka, które obciąża zamawiającego. Dokonany podział ryzyka został sporządzony w oparciu o doświadczenie zamawiającego wynikające z realizacji umów na opracowanie dokumentacji projektowej.

Poza ryzykiem polegającym na zwiększeniu nakładu pracy wykonawców z uwagi na (1) zmiany w trakcie wykonywania zamówienia polegające na dodatkowych zleceniach, (2) zmiany w przepisach ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, (3) zmiany warunków technicznych – zamawiający obarcza wykonawców także ryzykiem polegającym na rezygnacji z wykonania elementu dokumentacji. Zarówno zwiększenie, jak i zmniejszenie nakładu pracy wykonawcy będzie powodowało odpowiednią korektę jego wynagrodzenia – stosowny mechanizm przewiduje **Wzór umowy** w powiązaniu z **Wyceną opracowań**.

Protestujący podniósł, iż wszystkie elementy opracowań wymienione w **pkt 9 Wyceny opracowań** powinny w istocie stanowić przedmiot odrębnych zamówień dodatkowych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, ze względu na opisujący je przymiotnik „nieprzewidziane”. Jednak sama niemożliwość przewidzenia określonego rodzaju czynności nie jest wystarczającą przesłanką do udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp jest uzależnione od wykazania wielu dodatkowych przesłanek, jak to, że zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, że jego wykonanie stało

się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a jednocześnie z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Udzielanie zamówień dodatkowych nie jest zatem tak oczywistą możliwością, jak przedstawił to protestujący.

Nieprzewidywalność zmian w przedmiocie zamówienia, nie stanowi o wadliwości opisu przedmiotu zamówienia lub naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Dopuszczalne jest przewidywanie w umowie możliwości wystąpienia zmian zawartej umowy, o ile odpowiednie postanowienia znalazły się już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tj. we **Wzorze umowy**), dzięki czemu wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli w jednakowy sposób uzyskać wiedzę o przewidywanych zmianach (z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców). Ponadto, **Wzór umowy** przewiduje możliwość zapłacenia wykonawcy dodatkowego ryczałtowego wynagrodzenia w wysokości określonej przez wykonawcę w **pkt 9 Wyceny opracowań** w przypadku wystąpienia konieczności wprowadzania zmian wymagających zwiększenia nakładu pracy wykonawcy.

W związku z powyższym, protest nie zasługuje na uwzględnienie i zostaje oddalony.

Ad II. W konsekwencji przyjęcia przez zamawiającego rozwiązania kontraktowego polegającego na podziale ryzyka pomiędzy stronami przyszłej umowy, zamawiający wymaga, aby wykonawcy zgodnie z **pkt 9 Wyceny opracowań** przewidzieli wartość swojego wynagrodzenia za realizację nieprzewidzianych prac stanowiących ryzyko wykonawcy. Powyższe pozwoli zapłacić wykonawcy należne wynagrodzenie za realizację dodatkowych opracowań lub nanoszenie zmian do już sporządzonych.

Przyjęcie przez zamawiającego ryczałtowej formy rozliczania się stanowi odrębne ryzyko obu stron – nie tylko wykonawcy. Faktyczny nakład pracy wykonawcy usług nie jest możliwy do dokładnego oszacowania z przyczyn obiektywnych, w związku z czym każda ze stron umowy może ponieść konsekwencje finansowe zwiększonego bądź zmniejszonego nakładu pracy wykonawcy. Dla złagodzenia skutków wynagrodzenia ryczałtowego, zamawiający przewidział pośrednie płatności za poszczególne elementy zlecanej dokumentacji i żąda od wykonawców przedstawienia cen za poszczególne elementy opracowań projektowych (por. *Wycena opracowań* i **§ 3 Wzoru umowy**). Pozwoli to na racjonalne wynagradzanie wykonawcy za realizację dodatkowych bądź zmiany już sporządzonych opracowań, bądź odstąpienie od płatności w przypadku rezygnacji ze sporządzania określonych elementów opracowań.

Powyższe rozwiązanie nie narusza przepisów Kodeksu cywilnego, jak również ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Protestujący podniósł także, iż nieuzasadnione jest wstrzymywanie płatności za zrealizowane elementy opracowania do czasu nastąpienia zdarzeń, na które nie ma on żadnego wpływu. Zamawiający pragnie jednak zauważyć, iż dopiero te przyszłe zdarzenia (np. rozstrzygnięcie przetargu na wybór wykonawcy robót budowlanych) stanowią dla zamawiającego potwierdzenie należytej realizacji zamówienia, które uzasadniają zapłatę wynagrodzenia. Niekompletność lub niska jakość dokumentacji projektowej powoduje w praktyce zadawanie ogromnej liczby pytań do specyfikacji na roboty budowlane, w wyniku których następują liczne zmiany specyfikacji w części technicznej. Znajduje to potwierdzenie w przetargach prowadzonych przez zamawiającego, a także w innych przetargach dotyczących dużych projektów inwestycyjnych w Polsce. Zamawiający wprowadzając określone postanowienia dąży do podwyższenia jakości dokumentacji projektowej, to zaś powinno wpłynąć na ograniczenie przewlekłości przetargów na wyłonienie wykonawców robót budowlanych. Wynika z tego, iż wykonawca dokumentacji projektowej ma bardzo duży wpływ na długość trwania (przewlekłość) postępowania przetargowego na roboty budowlane, a więc i na czas w jakim otrzyma pozostałą część wynagrodzenia. Stwierdzić więc należy, iż argumenty protestującego w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Zdaniem zamawiającego przywołane przez protestującego przepisy (art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp oraz art. 353¹, art. 487 § 2, art. 632 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp) nie zostały przez zamawiającego naruszone.

18.06. 2009 r. odwołujący TEBODIN SAP-Projekt z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie.

Odwołujący podtrzymuje stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

I. Zgodnie z **pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia** wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym z zastrzeżeniem pkt 7.4.1 i 7.4.5. Natomiast ryzyko związane z opracowaniem przedmiotu umowy, a w szczególności konsultacji społecznych ponosi wykonawca. Zamawiający zastrzegł również, iż nie przewiduje możliwości zwiększenia wynagrodzenia w sytuacji gdy wykonawca w trakcie trwania umowy będzie zobowiązany do zwiększenia nakładów pracy wskutek:

- 1) wprowadzenia zmian w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do zatwierdzonych dokumentów stanowiących podstawę do realizacji zamówienia – dokumentacji wymienionej w pkt 1, w tym wszelkich zmian bądź dodatkowych projektów węzłów, obiektów mostowych, kładek dla pieszych, przejazdów, ścieżek

rowerowych, chodników, korekty osi trasy i wszelkich innych rozwiązań wynikających z uzgodnień i konsultacji społecznych;

- 2) zmiany przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych;
- 3) zmian warunków technicznych przebudowy lub budowy urządzeń infrastruktury (gazowych, energetycznych, telekomunikacyjnych, wodociągowych, kanalizacyjnych) w trakcie realizacji zamówienia i do czasu ostateczności decyzji o pozwoleniu na budowę.

Zamawiający nie będzie uwzględniał dodatkowych roszczeń z ww. tytułów, a wprowadzenie zmian w tym robót dodatkowych i nieprzewidzianych stanowi ryzyko wykonawcy, które powinno być wycenione w ofercie.

Zgodnie z **pkt 9 Wycena opracowania** do prac nieprzewidzianych, obejmujących ryzyko wykonawcy zamawiający zaliczył:

- 1) dodatkowe ekspertyzy i opinie;
- 2) wykonanie prac nie ujętych w wycenie, a wynikających z opisu przedmiotu zamówienia (OPZ);
- 3) zmiany rozwiązań projektowych oraz dodatkowe opracowania w stosunku do zatwierdzonych rozwiązań i decyzji administracyjnych wymienionych w pkt 1 OPZ, wynikające m. in. z uzgodnień i konsultacji społecznych (w tym m.in. w zakresie węzłów, obiektów mostowych, kładek dla pieszych, przejazdów, ścieżek rowerowych, chodników, korekty osi tras) – etap Koncepcji Programowej – do zatwierdzenia protokołu ZOPI;
- 3) zmiany rozwiązań projektowych oraz dodatkowe opracowania w stosunku do rozwiązań zatwierdzonych protokołem ZOPI, wynikające m. in. z uzgodnień i konsultacji społecznych (w tym m. in. w zakresie węzłów, obiektów mostowych, kładek dla pieszych, przejazdów, ścieżek rowerowych, chodników, korekty osi tras) – etap po zatwierdzeniu protokołu ZOPI – do zatwierdzenia Projektu Budowlanego decyzją ZRID;
- 4) zmiany w dokumentacji projektowej oraz dodatkowe opracowania wynikające ze zmian przepisów (ustaw, rozporządzeń, a także zarządzeń i instrukcji GDDKiA) i inne ryzyka;
- 5) odpowiedzi na pytania wykonawców w trakcie postępowania przetargowego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych, a także zmiany i uzupełnienia dokumentacji dokonywane na tym etapie.

Postanowienia **pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia** zostały również zamieszczone przez zamawiającego w **§ 3 ust. 2 Wzoru umowy**.

Z brzmienia przedmiotowych postanowień specyfikacji jednoznacznie wynika, iż zamawiający nałożył na wykonawców biorących udział w powyższym postępowaniu, obowiązek dokonania wyceny ryzyka, gdyż przewidziano w zamówieniu wynagrodzenie ryczałtowe. Jednakże granica koniecznego do wyceny ryzyka określona w specyfikacji jest w sposób nieuzasadniony, a przede wszystkim sprzeczny z prawem rozciągnięta na wszelkie niedookreślone i nieprzewidywalne okoliczności, które *de facto* mogą nawet spowodować, iż wykonawca będzie zmuszony do realizowania zupełnie innego przedmiotu zamówienia niż pierwotnie zakładano, przy jednoczesnym braku możliwości otrzymania stosownego wynagrodzenia (w przypadku zwiększenia obciążenia wykonawcy). Zamawiający umieszczając podstawy ewentualnych zmian zamówienia (ryzyk wykonawcy) w specyfikacji, określił je bardzo ogólnie jako zmiany wynikające z uzgodnień i konsultacji społecznych, zmiany prawa, zmiany warunków technicznych. Powyższe nie pozwala wykonawcy na rzetelną ich wycenę. Należy bowiem zauważyć, iż wykonawca nie jest w stanie określić (nawet w sposób przybliżony) jakie konsekwencje może pociągnąć za sobą wystąpienie ww. czynników. W szczególności, zamawiający mówiąc o zmianie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych nie wskazuje nawet kierunku ewentualnych zmian. Jakkolwiek Odwołujący w pełni rozumie, iż zmienność prawa co do zasady jest czynnikiem oczywistym i w pewien sposób przewidywalnym, jednakże należy podkreślić, iż na obecnym etapie nie jest możliwe przewidzenie, których aktów prawnych i w jakim zakresie zmiany będą dotyczyć. W szczególności nie jest możliwe dokonanie jednoznacznej wyceny ryzyka związanego z takimi zmianami jak również przewidzenie, jak rozwiązania przyjęte w konkretnych aktach prawnych wpłyną na realizację przedmiotu zamówienia. W warunkach prowadzonego postępowania każdy z wykonawców, ze względu na brak jakichkolwiek wskazówek w specyfikacji, inaczej będzie identyfikował poszczególne ryzyka, co nieuchronnie doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. Powyższe może również budzić późniejsze wątpliwości co do wyboru najlepszej oferty.

Analiza powyższych postanowień specyfikacji, które w sposób jednoznaczny narzucają wykonawcom bezwzględny obowiązek wyceny niezmiernych i nieprzewidywanych ryzyk, w sytuacji gdy dla zamawiającego zastrzegają możliwość elastycznego rezygnowania z dowolnego opracowania bądź nawet jego części (zob. **pkt 7.4.5 Opisu przedmiotu zamówienia**) w ocenie odwołującego powoduje, iż możliwe jest postawienie zarzutu o ukształtowaniu postanowień przyszłej umowy z rażącym naruszeniem zasady równości stron umowy. Ze specyfikacji jednoznacznie wynika, iż stroną uprzywilejowaną przyszłej umowy będzie zamawiający.

Dodatkowo należy zauważyć, iż umowy w sprawach zamówień publicznych, to umowy wzajemne, których istotą jest to, że świadczenie jednej strony jest odpowiednikiem świadczenia strony drugiej i zobowiązania obu stron powinny być ekwiwalentne. Podmioty

kierują się rachunkiem ekonomicznym. Oznacza to, że zawierając umowę strony muszą dopilnować aby zamawiający pokrył uzasadnione i prawnie aprobowane koszty oraz oczywiście zapewnił zysk, czyli nadwyżkę w takiej wysokości, która będzie uzasadniać prowadzenie przez wykonawcę działalności gospodarczej. Nie można bowiem zakładać, iż celem jakiegokolwiek przedsiębiorstwa jest podpisywanie i realizowanie umowy, która pokrywa jedynie koszty a nie przynosi zysku lub przynosi straty. Zawarcie umowy na warunkach przewidzianych w specyfikacji jak również jej późniejsza realizacja może spowodować naruszenie zasady ekwiwalentności, a w konsekwencji może doprowadzić nawet do nieważności umowy w wyniku rozstrzygniętego przetargu, jako czynności prawnej sprzecznej z ustawą (przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jak również Kodeksu cywilnego), a nawet zasadami słuszności, o czym stanowi art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

Dlatego też odwołujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień **Wzoru umowy** przez jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia, aby nie powodował on już żadnych wątpliwości interpretacyjnych a przede wszystkim nie naruszał zasad uczciwej konkurencji.

II. Zamawiający w **pkt 7.5, 7.6 i 10 Opisu przedmiotu zamówienia** jak i w **§ 3 pkt 6 Wzoru umowy** zawarł postanowienia dotyczące kwestii odbioru wykonanych opracowań jak również sposobu dokonywania płatności za wykonane prace. Odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż postanowienia specyfikacji przewidujące:

- 1) uzależnienie przez zamawiającego dokonywania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane opracowania od jego akceptacji protokołu odbioru częściowego oraz protokołu odbioru ostatecznego, w sytuacji braku terminu takiej akceptacji;
- 2) uzależnienie zapłaty części należnego wynagrodzenia za wskazane w **pkt 6.3, 6.5 i 6.6 Wzoru umowy** opracowania projektowe od uzyskania ostatecznej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej;
- 3) uzależnienie zapłaty części wynagrodzenia za projekt wykonawczy i dokumentację przetargową od rozstrzygnięcia przetargu (**§ 3 ust. 6 pkt 10.7 i 6.8 Wzoru umowy**), który ma wyłonić podmiot do wykonania robót budowlanych zgodnie z opracowaniem projektowym powstałym w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia

– są nieuzasadnione, a przede wszystkim niezgodne z przepisami art. 7 ust. 1 Pzp jak również z art. 487 § 2 Kc.

Tak sformułowane postanowienia specyfikacji w rzeczywistości powodują, iż wykonawca sporządzi zamkniętą, kompletną i poprawną całość poszczególnych opracowań, za których wykonanie część należnego wynagrodzenia zapłacona zostanie mu dopiero po upływie czasu niezbędnego na wydanie decyzji, czy też po rozstrzygnięcia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc uzależniona jest od zdarzenia, na które

wykonawca nie będzie mieć żadnego wpływu. Powyższe w ocenie odwołującego należy uznać jako oczywiście niedopuszczalne.

W konsekwencji odwołujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień *Wzoru umowy* przez określenie terminu sporządzenia protokołu ZOPI a także określenie terminów zatwierdzania poszczególnych protokołów odbioru. W odniesieniu do postanowień **§ 3 ust. 6 pkt 6.3, 6.5, 6.6, 10.7 i 6.8 *Wzoru umowy*** wnosimy o dokonanie zapłaty całości wynagrodzenia za poszczególne opracowania po ich sporządzeniu przez wykonawcę i odbiorze przez zamawiającego.

18.06. 2009 r. wykonawca ARCADIS wniósł odwołanie od oddalenia protestu.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście i jednocześnie doprecyzował argumentację polemizując z oddaleniem protestu.

Odwołujący zażądał zmiany postanowień specyfikacji w zakresie *Opisu przedmiotu zamówienia, Formularza wycena opracowania i Wzoru umowy* we wskazanych punktach.

I. W pkt 7.4.3. Opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zastrzegł, iż ryzyko związane z opracowaniem przedmiotu umowy wynikające z wszelkich uzgodnień, a w szczególności prowadzonych konsultacji społecznych, w trakcie realizacji umowy ponosi Wykonawca i nie może to być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia. W dalszej treści Zamawiający wymienia trzy podstawowe grupy ryzyk, jakie mogą spowodować zwiększone nakłady pracy: wprowadzenia wszelkich zmian w trakcie wykonywania zamówienia polegających m.in. na zleceniu dodatkowych projektów węzłów, obiektów mostowych, kładek dla pieszych, przejazdów, ścieżek rowerowych, chodników, korekt osi trasy i wszelkich innych rozwiązań wynikających z uzgodnień i konsultacji społecznych, zmiany przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, zmiany warunków technicznych dot. przebudowy lub budowy wszelkich urządzeń infrastruktury w trakcie realizacji zamówienia i do czasu ostateczności decyzji o pozwoleniu na budowę.

Takie pogrupowanie ryzyk i umieszczenie ich po stronie wykonawcy stwarza pozory racjonalnego i zgodnego z przepisami zachowania Zamawiającego. W istocie jednak, inwentaryzacja ryzyk nie została dokonana w sposób wyczerpujący, a w zakresie w jakim została dokonana prowadzi do stwierdzenia, iż opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji może ulec całkowitej zmianie – przy jednoczesnym braku przyznaniu wykonawcy prawa do wydłużenia terminu realizacji zamówienia, jak też prawa do uzyskania odpowiedniego dodatkowego wynagrodzenia.

Z prawnego punktu widzenia zamawiający może, zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp, pozwolić na elastyczne zarządzanie tak złożoną umową, jak ta która zostanie zawarta w wyniku

realizacji rozpoznawanego zamówienia – przy czym elastyczne należy rozumieć jako szanujące uzasadnione oczekiwania każdej ze stron umowy. Zamawiający tymczasem wymienia w sposób hasłowy, ogólnikowy, ryzyka które spoczywają po stronie wykonawcy i ignoruje możliwość zastosowania przepisu art. 144 ust. 1 Pzp, który powinien mieć, w przypadku tak wielu przyszłych i niepewnych zdarzeń, zastosowanie.

Kolejny akapit wyżej przywołanego punktu Opisu przedmiotu zamówienia stanowi, że zamawiający nie będzie uwzględniał roszczeń finansowych wykonawcy z tego tytułu. Wprowadzanie ww. zmian (w tych robót dodatkowych i nieprzewidzianych) stanowi ryzyko wykonawcy, które powinno być uwzględnione w ofercie (Punkt 9 Wycena opracowania).

Przywołany natomiast pkt 9 Wycena opracowania, zatytułowany jako Prace nieprzewidziane obejmujące ryzyko Wykonawcy, zawiera sześć pozycji wśród których zawierają się np.: dodatkowe ekspertyzy i opinie, zmiany rozwiązań projektowych, w tym także dodatkowe opracowania wynikające, m.in. z uzgodnień i konsultacji społecznych zarówno na etapie koncepcji programowej jak i na etapie do uzyskania decyzji ZRID, czy zmiany rozwiązań projektowych wynikające ze zmian przepisów (ustaw, rozporządzeń a także zarządzeń i instrukcji GDDKiA). Postanowienia te zawarte w pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zamieścił także w § 3 ust. 2 Wzoru umowy. Wobec tak szerokiego obowiązku wyceny ryzyk nałożonego na wykonawców, zamawiający zastrzega dla siebie prawo ograniczenia przedmiotu zamówienia. Stanowi to jednocześnie kolejne ryzyko wykonawcy, którego rozmiaru nie sposób przewidzieć i oszacować. W pkt 7.4.5 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzega sobie możliwość rezygnacji z wykonania elementu dokumentacji (lub jego części) ze stosowną korektą wartości zamówienia o wartość tego elementu lub jego części. A zatem wynagrodzenie wykonawcy może ulec zmniejszeniu zależnie od woli zamawiającego, której treść nie jest znana, jak też nie są znane obiektywne okoliczności, przesłanki, którymi zamawiający będzie się kierował przy podejmowaniu decyzji.

Zamawiający nałożył na wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym także na Odwołującego, obowiązek wyceny ryzyka. Powyższe teoretycznie nie powinno dziwić, zważywszy, że w pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, iż wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Granica tego ryzyka nakreślona przez zamawiającego w wyżej przytoczonych postanowieniach specyfikacji jest jednak w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z prawem rozciągnięta na wszelkie niedookreślone i nieprzewidywalne (a przynajmniej nie przewidziane przez zamawiającego) okoliczności, które powinny stanowić przedmiot odrębnych zamówień, np. dodatkowych (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp). Opis, którym zamawiający opatrzył pkt 9 Formularza Wycena opracowania: prace nieprzewidziane, jednoznacznie wskazuje na przesłankę ustawową

zamówień dodatkowych. Ustawa Pzp daje możliwość udzielenia odrębnego zamówienia po negocjacjach przeprowadzonych z konkretnym usługodawcą.

Sam fakt, iż Zamawiający umieścił przykładowe przyczyny zmian zamówienia w specyfikacji, określając je ogólnie, jak np.: zmiany wynikające z uzgodnień i konsultacji społecznych, zmiany prawa, nie oznacza, iż zostały one przewidziane w sposób, który umożliwiłby rzetelną wycenę. Czynniki te, o ile można się liczyć z ich wystąpieniem, mogą pociągać za sobą tak wielorakie i daleko idące zmiany i modyfikacje zamówienia podstawowego, że stwierdzić należy, iż nie są one ostatecznie możliwe do przewidzenia.

Zamawiający, mówiąc o zmianie specustawy nie wskazuje nawet kierunku zmian.

Sam fakt, iż Zamawiający wskazał na możliwość wystąpienia konieczności zmiany przedmiotu zamówienia ze względu na konsultacje społeczne czy uzgodnienia z gestorami sieci, to także jeszcze za mało, aby stwierdzić, iż zmiany te mogą być przewidziane i oszacowane. Wymienienie kilku przykładowych opracowań projektowych, które mogą okazać się niezbędne do realizacji w wyniku konsultacji społecznych w żaden sposób nie stanowi przewidzenia tych zmian. Nie wyczerpują one bowiem spektrum zmian, jakie mogą za sobą pociągać takie konsultacje społeczne a jedynie rozpoczynają ich długą listę od kładek dla pieszych poczynając po konieczność przeprowadzenia trasy w tunelu kończąc. Na dzień dzisiejszy nie można przewidzieć, które z szerokiego wachlarza rozwiązań projektowych mogą mieć tu zastosowanie i nie sposób ustalić ich potencjalnej czasochłonności i kosztu.

Odwołujący odnosząc się do argumentacji zamawiającego dotyczącej udzielenia zamówień dodatkowych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp stwierdza, że jest ona nadinterpretacją, gdyż odwołujący w proteście przedstawił zamówienia dodatkowe jako alternatywę dla szerokiego spektrum ryzyk objętego podstawowym przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie mógł dokonać analizy istnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Nie znając przedmiotu konkretnego zamówienia nikt nie może chociażby określić, czy wartość potencjalnego zamówienia dodatkowego nie przekroczy 50% wartości zamówienia podstawowego, co także jest jednym z warunków udzielenia zamówienia dodatkowego. Bezspornym pozostaje fakt, i tego odwołujący nie kwestionował w proteście, iż ocena spełniania przesłanek odbywać się musi w obliczu już zidentyfikowanego zamówienia, które na chwilę obecną jest wielką niewiadomą zamieszczoną w opisie przedmiotu zamówienia pod hasłem: Prace nieprzewidziane stanowiące ryzyko Wykonawcy (pkt 9 Wyceny opracowania). Fakt, iż nie można już dziś jednoznacznie przesądzić możliwości udzielenia zamówień dodatkowych nie stanowi legitymacji do tego, aby tego typu niezidentyfikowane zamówienia włączać do zamówienia podstawowego nawet jako ryzyka. Taka właśnie jest teza przywołanych powyżej wyroków, w

których również nie dokonywano szczegółowej analizy istnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w którymkolwiek z trybów. Stwierdzono jedynie, iż przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przewidują możliwość udzielenia zamówień dodatkowych i uzupełniających, a tym samym zamówienia, których nie można określić w dacie wszczęcia postępowania na zamówienie podstawowe nie mogą być udzielone w ramach tego postępowania.

Odwołujący zresztą jedynie przykładowo przywołał przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowiący o zamówieniach dodatkowych, gdyż zamawiający dysponuje dzięki aktualnie obowiązującym przepisom o zamówieniach publicznych także innymi narzędziami do prawidłowego konstruowania umów w sprawie zamówienia publicznego, np. możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp), których zamawiający nie przewidział w przedmiotowym postępowaniu, czy możliwość przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji zmian umowy wraz z warunkami tych zmian (art. 144 ust. 1 Pzp). Odpowiednie wykorzystanie tych możliwości dla rozwiązania licznych problemów wiążących się z realizacją zamówienia na projektowanie w procesie inwestycyjnym pozwoliłoby na przeprowadzenie przedmiotowego zamówienia z poszanowaniem zasad zawartych zarówno w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jak i Kodeksie cywilnym. Udzielając tych zamówień w ramach zamówienia podstawowego jako ryzyk, zamawiający narusza zarówno przepisy tej ustawy jak i Kodeksu cywilnego.

W skrajnych warunkach zaistnienie zasygnalizowanych przez zamawiającego ryzyk może spowodować, że realizowane zamówienie będzie drastycznie różne od tego, które zamawiający zasadniczo wyspecyfikował w specyfikacji. Odwołujący, analizując opis przedmiotu zamówienia, który zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp powinien być jednoznaczny i wyczerpujący ma wrażenie, iż do końca nie wiadomo, jaki skład dokumentacji i jakie rozwiązania projektowe zamawiający faktycznie zleca. Można stwierdzić, przerysowując nieco, iż zamawiający faktycznie zamawia „ryzyko” rozumiane jako wykonanie prac projektowych o nieustalonym rozmiarze i charakterze. Powyższe wyraźnie dowodzi naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Nie jest zgodna z prawdą teza zamawiającego zawarta w uzasadnieniu oddalenia protestu, iż „opis przedmiotu zamówienia został sporządzony [...] sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Nie przesądza o tym fakt, iż podział ryzyk między zamawiającego a wykonawców został dokonany jednoznacznie (a właściwie sprawia pozory jednoznaczności). To jakość opisu i rozmiar ryzyk przerzuconych na wykonawców, stanowi o jakości opisu tego przedmiotu zamówienia. Ryzyka zdefiniowane w przedmiotowym postępowaniu nie są marginalnym dodatkiem do niezmiennego, dookreślonego przedmiotu zamówienia, które mogą mieć nieznaczny wpływ na jego wykonanie. Ryzyka, które w przedmiotowym

postępowaniu zamawiający przerzuca na wykonawców, jak już wskazano powyżej, mogą wpłynąć na całkowitą i drastyczną zmianę przedmiotu zamówienia, w związku z powyższym w żaden sposób nie można twierdzić, iż przedmiot zamówienia jest „jednoznaczny i wyczerpujący”. Tak wielkie ryzyka po stronie wykonawców całkowicie destabilizują postanowienia specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie wspominając już o tym, że same ryzyka, którymi obarczone jest zamówienie, mają być wycenione tak, jak zdefiniowane elementy przedmiotu zamówienia, mimo, iż są zupełnie niedookreślone (dodatkowe ekspertyzy i opinie, dodatkowe opracowania projektów węzłów drogowych, obiektów mostowych, kładek dla pieszych, przejazdów, ścieżek rowerowych, chodników, korekt osi trasy i wszelkich innych rozwiązań).

Także dalsza próba dowodzenia przez zamawiającego, iż nieprzewidywalność zmian w przedmiocie zamówienia nie oznacza wadliwości przedmiotu zamówienia, gdyż dopuszczalne jest przewidywanie w umowie możliwości wystąpienia zmian zawartej umowy, o ile odpowiednie postanowienia znalazły się już w specyfikacji, nie zasługuje na uwzględnienie. Konstrukcja stworzona przez zamawiającego nawet jeśli tłumaczyć ją uprawnieniami płynącymi z art. 144 ust. 1 Pzp, narusza przepisy tej ustawy. Przez fakt, iż zamawiający nakazuje wykonawcy sztywną wycenę ryzyk na etapie składania ofert wcale nie gwarantuje zasad uczciwej konkurencji, mimo, iż ryzyka te są tak samo niedookreślone dla wszystkich wykonawców. Każdy z wykonawców może bowiem wziąć pod uwagę inne z możliwych do wystąpienia licznych ryzyk, tym samym oferty będą nieporównywalne, a postępowanie obarczone poważną wadą. Stworzenie możliwości zapłacenia wykonawcy dodatkowego ryczałtowego wynagrodzenia za prace nieprzewidziane nie stanowi żadnego przywileju wykonawców w sytuacji, gdy ryzyka są tak rozległe, iż nie można ich należycie wycenić.

Poza tym, przy tak szeroko i nieprecyzyjnie określonym przedmiocie zamówienia zamawiający nie powinien stosować wynagrodzenia ryczałtowego.

Dalej odwołujący podnosi naruszenie zasady udzielania zamówień, określonej przepisem art. 7 ust. 1 Pzp, która nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W warunkach prowadzonego postępowania każdy z wykonawców inaczej będzie identyfikował poszczególne ryzyka, co nieuchronnie doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert. Powyższe spowoduje zamawiający wymagając wyceny tak szeroko zakreślonych, niemożliwych do przewidzenia i oszacowania ryzyk. Odwołujący wskazuje, iż powołana zasada stanowi nie tylko o równym, niepodlegającym dyskryminacji, dostępie wykonawców do zamówień publicznych, lecz także wyraża się w równości pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Oznacza to, że

zamawiający, jako strona stosunku cywilnoprawnego (jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w wyniku postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy) nie może stawiać się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych uczestników postępowania, co w sposób oczywisty stanowi naruszenie tej równości (tak G. Wicik, P. Wiśniewski w "Prawo zamówień publicznych Komentarz", C.H. Beck, Warszawa 2007).

Analiza § 3 ust. 2 Wzoru umowy, który narzuca na wykonawców bezwzględny obowiązek wyceny niezmiernych i nieprzewidywanych ryzyk, podczas gdy dla zamawiającego zastrzegają możliwość elastycznego i jednostronnego rezygnowania z dowolnego opracowania bądź nawet jego części (pkt. 7.4.5 Opisu przedmiotu zamówienia) stanowi podstawę postawienia zarzutu, iż zamawiający ukształtował ramy przyszłej umowy z rażącym naruszeniem zasady równości stron umowy, stawiając się w skrajnie uprzywilejowanej pozycji. Umowa ta narzuca bowiem na wykonawców niezasadne i niezgodne z prawem, na co wskazywano powyżej, warunki realizacji zamówienia. Takie kształtowanie warunków umowy godzi także w zasadę wyrażoną w art. 353¹ Kc, który stanowi, iż strony mają prawo do ułożenia stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Wskazać należy także, iż umowy w sprawach zamówień publicznych, to umowy wzajemne, których istotą jest to, że świadczenie jednej strony jest odpowiednikiem świadczenia strony drugiej. Z tych względów zamawiający formułując postanowienia umowy winien mieć na względzie wyrażoną w art. 487 § 2 Kc zasadę ekwiwalentności świadczeń. Zamawiający naruszył ten przepis przez nałożenie na wykonawców wymogu zobowiązania się w ofercie do spełnienia świadczenia o nieokreślonym zakresie i charakterze za z góry określone wynagrodzenie ryczałtowe. Ów nieokreślony zakres i charakter świadczenia wykonawcy przejawia się w obowiązku zidentyfikowania i wyceny wszelkich ryzyk, których zakres zamawiający tak szeroko nakreślił. Takie postanowienia specyfikacji mogą – i w ocenie odwołującego – będą skutkować nieadekwatnością pieniężnego świadczenia zamawiającego względem dzieła, które zobowiązany będzie wykonać druga strona umowy. Odwołujący opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu w profesjonalnym świadczeniu usług projektowych, uprawniony jest do stwierdzenia, że nawet przy zachowaniu najwyższej staranności przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności, niemożliwe jest dokonanie wyceny tak rozległych ryzyk a tym samym przedmiotu umowy.

W świetle powyższego odwołujący nie zgadza się także z kolejną tezą zamawiającego zaprezentowaną w uzasadnieniu oddalenia protestu. Ryczałtowa forma rozliczania się stanowi ryzyko obu stron, w warunkach, gdy ryzyka są niewielkie i rozłożone równomiernie

na obie strony stosunku prawnego. W omawianym stanie faktycznym w żaden sposób nie można mówić, że obie strony umowy będą ponosiły konsekwencje finansowe zmniejszonego bądź zwiększonego nakładu pracy wykonawcy. W modelowej sytuacji, gdy zakres zamawianego opracowania nie zmieni się, co jest mało prawdopodobne, zamawiający za otrzymane świadczenie będzie musiał zapłacić cenę podaną uprzednio w ofercie. Także w przypadku, gdy wystąpią pewne niewielkie ryzyka, które zostały przewidziane przez wykonawcę, żadna ze stron nie poniesie konsekwencji finansowych. W pozostałych możliwych do zaistnienia przypadkach konsekwencje poniesie już tylko wykonawca, a konsekwencje te mogą być bardzo poważnych rozmiarów. A mianowicie w przypadku gdy (1) zamawiający zrezygnuje z części opracowań lub (2) ryzyka, które wystąpią podczas realizacji zamówienia przekroczą przewidywania wykonawcy. W pierwszym przypadku wykonawca wprawdzie nie poniesie określonego nakładu pracy, za co nie otrzyma wynagrodzenia, może jednak ponieść koszty zapewnienia i zaangażowania w realizację zamówienia odpowiedniego potencjału kadrowego i finansowego. Zamawiający zaś nie ponosi w takiej sytuacji żadnych konsekwencji finansowych. Także druga sytuacja zagraża interesom wykonawcy, który za określoną w ofercie cenę ryzyka być może będzie musiał zrealizować świadczenie wymagające znacznie większego nakładu pracy. W takiej sytuacji zamawiający nie tylko nie poniesie żadnych konsekwencji finansowych, ale zyska ponosząc o wiele niższe świadczenie pieniężne w stosunku do wartości wykonanego przez wykonawcę zamówienia. Już taka pobieżna analiza możliwych do wystąpienia scenariuszy potwierdza, iż skonstruowany przez zamawiającego Wzór umowy łamie wyżej wymienione zasady Kodeksu cywilnego. Co najmniej niestosowne jest więc stwierdzenie zamawiającego zawarte w uzasadnieniu oddalenia protestu, iż postanowienia zawarte w specyfikacji pozwolą na „racjonalne wynagrodzenie wykonawcy”.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień Wzoru umowy poprzez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji. Jest to konieczne nie tylko dla uniknięcia negatywnych skutków nieprawidłowo skonstruowanej umowy, ale przede wszystkim dla zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia.

II. Zarówno w pkt 7.5, 7.6 i 10 Opisu przedmiotu zamówienia jak i w § 3 ust. 6 Wzoru umowy zamawiający zawarł postanowienia dotyczące kwestii odbioru wykonanych opracowań i płatności za nie. Odwołujący na marginesie wskazuje, iż termin płatności określony w pkt 7.6.2 Opisu przedmiotu zamówienia wynosi 28 dni, zaś w § 3 ust. 4 i 6 Wzoru umowy termin ten wynosi 30 dni.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż zamawiający określając sposób dokonywania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane opracowania wprowadza

pojęcia protokołu odbioru częściowego oraz protokołu odbioru ostatecznego, których zatwierdzenie warunkuje zapłatę. Jednak w żadnym postanowieniu specyfikacji ani postanowieniu Wzoru umowy nie określono terminów zatwierdzenia przez zamawiającego wskazanych dokumentów. W szczególności zamawiający nie wskazał w jakim terminie sporządzi protokół ZOPI oraz w jakim terminie będzie on zatwierdzony przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, co warunkuje zapłatę 20% kwoty wynagrodzenia za koncepcję programową.

Kolejno należy podnieść, że w ocenie odwołującego całkowicie nieuzasadnione jest uzależnienie zapłaty części należnego wynagrodzenia za wskazane w pkt 6.3, 6.5 i 6.6 Wzoru umowy opracowania projektowe od uzyskania ostatecznej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Jest to niezrozumiałe z racji tego, że w każdym z tych przypadków zamawiający zapłatę pierwszej części wynagrodzenia warunkuje złożeniem kompletnego wniosku o wydanie właściwej decyzji. Tak określony warunek oznacza w istocie, że wykonawca sporządzi zamkniętą, kompletną i poprawną całość poszczególnych opracowań, za wykonanie których część należnego wynagrodzenia zapłacona zostanie dopiero po upływie czasu niezbędnego na wydanie decyzji, a więc uzależniona jest od zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu.

Najbardziej rażącym naruszeniem przez zamawiającego interesu odwołującego jest postanowienie uzależniające zapłatę części wynagrodzenia za projekt wykonawczy i dokumentację przetargową od rozstrzygnięcia przetargu (§ 3 ust. 6 pkt 10.7 i 6.8), który ma wyłonić podmiot do wykonania robót budowlanych zgodnie z opracowaniem projektowym powstałym w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Uzależnienie zapłaty części wynagrodzenia od zaistnienia zdarzenia przyszłego niepewnego, na które ograniczony wpływ ma także sam zamawiający stanowi jaskrawe naruszenie powołanych w proteście przepisów prawa, w tym art. 7 ust. 1 i art. 487 § 2 Kc. W skrajnym przypadku, zamawiający w ogóle może nie wszcząć postępowania na robotę budowlaną, bądź zakończyć postępowanie bez rozstrzygnięcia, tj. jego unieważnieniem. Jednak już samo uzależnienie zapłaty części należnego wynagrodzenia za wykonane opracowania od innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w ocenie odwołującego niedopuszczalne.

Odwołujący odniósł się do argumentacji zamawiającego zawartej w rozstrzygnięciu protestu dotyczącej omówionej powyżej kwestii wstrzymywanych płatności. Zdaniem zamawiającego podział płatności za określone opracowania na dwie części i wypłata drugiej z nich po wystąpieniu określonego zdarzenia, m.in. po rozstrzygnięciu przetargu na wykonawcę robót budowlanych ma na celu "podwyższenie jakości dokumentacji projektowej". Według zamawiającego te zdarzenia będą sprawdzianem jakości dostarczonych opracowań, co uzasadni wypłatę całości wynagrodzenia. Zamawiający zdaje się jednak nie zauważać pewnych okoliczności, które mogą mieć miejsce, a których nie

przewidują postanowienia Wzoru umowy, co powoduje, że wstrzymywanie płatności w rzeczywistości nie służy celowi jaki wskazał sam zamawiający, dodatkowo drastycznie zagraża wykonawcy będącemu drugą stroną przyszłej umowy.

Wzór umowy przewiduje tylko i wyłącznie wstrzymanie płatności. Nie przewiduje potrąceń z pozostałej do wypłacenia części wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania danego elementu zamówienia. Umowa nie definiuje także nienależytego wykonania umowy. Powstaje więc pytanie, czy duża liczba pytań zadanych w przetargu na roboty budowlane będzie bezwzględnym wyznacznikiem nienależytego wykonania projektu wykonawczego czy dokumentacji przetargowej? Możliwa jest przecież sytuacja, w której większość pytań nie będzie zasadna lub będzie wynikała z interesów wykonawców startujących w przetargu na wykonanie robót budowlanych, którzy będą pytali np. o możliwość zmiany technologii na taką, która jest dla nich bardziej korzystna. Poza tym nawet w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego na podstawie pytań i wprowadzonych w ich wyniku zmian specyfikacji na roboty budowlane, iż dokumentacja przetargowa nie została wykonana należycie, zamawiający zgodnie z umową po rozstrzygnięciu przetargu będzie musiał wypłacić wykonawcy pozostałe 20% wynagrodzenia zarówno za dokumentację przetargową jak i projekt wykonawczy. W takim przypadku jedyną sankcją dla nierzetelnego wykonawcy dokumentacji będzie dłuższy czas oczekiwania na pozostałą część wynagrodzenia, spowodowany dużą liczbą pytań do dokumentacji przetargowej wynikających z niskiej jakości tej dokumentacji. Ale możliwa jest także sytuacja, w której dokumentacja zostanie wykonana należycie, wykonawca zostanie zaś pozbawiony możliwości szybkiej wypłaty części wynagrodzenia ze względu na zaniechanie uruchomienia przetargu na roboty budowlane lub konieczność unieważnienia przetargu z winy zamawiającego. Postanowienia umowy przewidują bowiem wypłatę reszty wynagrodzenia jedynie w przypadku rozstrzygnięcia przetargu. Sytuacji takiej nie można całkowicie wykluczyć. Jak wynika z powyższego, omawiane postanowienia (§ 3 ust. 6 Wzoru umowy) w żadnym stopniu nie stanowią mechanizmu, który będzie realnie wpływał na jakość dokumentacji. Stanowią jednak duże ryzyko dla wykonawcy, który za wykonaną pracę nie otrzyma bądź przez dłuższy czas nie będzie otrzymywał należnego wynagrodzenia, co narusza wskazane wyżej reguły Kodeksu cywilnego.

Jakość opracowanej dokumentacji powinna być weryfikowana przy jej odbiorze, w razie stwierdzenia jej wadliwości – nie powinna być odbierana. Ponadto, zabezpieczeniem nienależytego wykonania umowy są takie dotkliwe dla wykonawców instrumenty, jak kary umowne oraz zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Nakładanie dodatkowych obciążeń na wykonawców, ponad to, co racjonalne i wynikające z przepisów prawa, jest nie tylko wątpliwe z prawnego punktu widzenia, ale także – ze względu na kryzys na rynku usługodawców i pracodawców – należy uznać także za niezasadne.

Ponadto wstrzymywanie się z płatnością należnego wykonawcom wynagrodzenia, pomimo odbioru przedmiotu umowy, do czasu wystąpienia zdarzenia przyszłego i niepewnego przez nieokreślony czas stanowi w rzeczywistości dodatkowe, inne niż wynikające z ustawy, zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Jako takie jest sprzeczne z przepisami, które pozwalają wykonawcom na wybór formy wniesienia zabezpieczenia i generalnie tworzą ramy, poza które zamawiający nie powinien wychodzić.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o zmianę postanowień specyfikacji oraz postanowień Wzoru umowy przez określenie terminu sporządzenia protokołu ZOPI, a także określenie terminów zatwierdzania poszczególnych protokółów odbioru. W odniesieniu do postanowień § 3 ust. 6 pkt 6.3, 6.5, 6.6, 10.7 i 6.8 Wzoru umowy odwołujący wnosi o dokonanie zapłaty całości wynagrodzenia za poszczególne opracowania po ich sporządzeniu przez wykonawcę i odbiorze przez zamawiającego.

Wszystkie postanowienia specyfikacji, których dotyczy odwołanie są nowymi postanowieniami niestosowanymi uprzednio przez zamawiającego w postępowaniach na usługi projektowe. Na ich obronę nie można więc powołać pozytywnych doświadczeń w ich stosowaniu. Natomiast analiza przedmiotowych postanowień nieuchronnie prowadzi do wniosków zaprezentowanych w odwołaniu.

26.06. 2009 r. wykonawca ILF Consulting Engineers Poska sp. z o.o. przystąpił do obu postępowań odwoławczych po stronie odwołującego.

26.06.2009 r. wykonawca EGIS Polans sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej odwołującym, przyłączył się do postępowania odwoławczego o nrze 812/09.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a zwłaszcza ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że obaj odwołujący posiadają interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby pierwszy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp – przez obarczenie wykonawcy ryzykiem zaistnienia konieczności zmiany przedmiotu świadczenia ze względu na wystąpienie bardzo ogólnie określonych okoliczności

mogących mieć wpływ na ostateczny zakres świadczenia, czyli niesprecyzowania przedmiotu zamówienia – należy uznać za słuszny.

Zamawiający w **pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia** zastrzegł, iż cyt. „Ryzyko związane z opracowaniem przedmiotu umowy wynikające z wszelkich uzgodnień, a w szczególności prowadzonych konsultacji społecznych, w trakcie realizacji umowy ponosi wykonawca i nie może to być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia.”.

Podobne postanowienia zamawiający również zamieścił w **§ 3 ust. 2 Wzoru umowy**, gdzie zamawiający postanowił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest niezmiennym wynagrodzeniem ryczałtowym. Zamawiający w **§ 3 ust. 2.1 Wzoru umowy** przytoczył też okoliczności, których wystąpienie nie może wpłynąć na zmianę wysokości wynagrodzenia, a zwłaszcza okolicznościami mogącymi mieć wpływ na zmianę wysokości wynagrodzenia nie mogą być wprowadzenie zmian:

- 1) w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do zatwierdzonych dokumentów stanowiących podstawę realizacji zamówienia;
- 2) ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych;
- 3) warunków technicznych przebudowy lub budowy urządzeń infrastruktury do czasu ostateczności decyzji o pozwoleniu na budowę.

Ponadto zamawiający w **pkt 9 Wyceny opracowania** zatytułowanym „Prace nieprzewidziane obejmujące ryzyko Wykonawcy” zawarł m.in.:

- 1) dodatkowe ekspertyzy i opinie;
- 2) zmiany rozwiązań projektowych oraz dodatkowe opracowania wynikające, m.in. z uzgodnień i konsultacji społecznych do uzyskania decyzji ZRID;
- 3) zmiany w dokumentacji projektowej wynikające ze zmian przepisów (ustaw, rozporządzeń a także zarządzeń i instrukcji zamawiającego).

Zdaniem składu orzekającego Izby takie przeniesienie ryzyk na wykonawcę, wśród których mieści się nawet zmiana uregulowań wewnętrznych zamawiającego (**pkt 9.5 Wyceny opracowania**) nie może być uznane jako dokonanie właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Złuszcz tak nie można potraktować tej czynności gdy zamawiający ustanowił wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W wyniku udzielenia zamówienia – strony powinny zawrzeć umowę na z góry określony przedmiot zamówienia, który powinien być opisany zgodnie z art. 29 Pzp. Natomiast zamawiający obwarował opis przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi (wskazane przez odwołujących w **pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia, § 3 ust. 2.1 Wzoru umowy, pkt 9 Wyceny opracowania**), które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu

zamówienia (np. nieprzewidziane wyniki konsultacji społecznych czy niewiadome kierunki rozwiązań legislacyjnych, a w tym wewnętrznych uregulowań samego zamawiającego), że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwalający na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty.

Skład orzekający Izby przychyła się do zarzutu odwołujących, że w związku z obwarowaniem opisu przedmiotu zamówienia wieloma zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi bez wskazania przewidywanych kierunków rozwiązania problemów związanych z wystąpieniem takich zdarzeń zamawiający spowodował, że opis przedmiotu zamówienia nie jest wystarczająco wyczerpujący do sporządzenia oferty, a więc zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby przychyła się do zarzutu, że zamawiający nie wskazał warunków ani terminu do dokonania odbioru przedmiotu zamówienia po złożeniu zamawiającemu przedmiotu zamówienia przez wykonawcę.

Zamawiający nie zawarł w specyfikacji terminu odbioru przez siebie wykonanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, szczególnie w pkt 7.5 i 7.6 Opisu przedmiotu zamówienia i w § 3 Wzoru umowy. Zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp zamówieniami publicznymi są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą. W związku z tym strony muszą dookreślić w umowie wszystkie kwestie dotyczące opłacenia należności. Jedną z tych kwestii jest na pewno termin odbioru świadczenia, aby po dokonaniu odbioru można było uregulować należność. Pominięcie w specyfikacji, a zwłaszcza we wzorze umowy problemu związanego z terminem odbioru świadczenia może doprowadzić do przedłużenia dokonywania odbioru bądź nawet zaniechania dokonywania odbioru, co mogłoby narazić wykonawcę na nieuzasadnione straty i stoi w sprzeczności z przywołanym art. 2 pkt 13 Pzp, dotyczącym m.in. odpłatności umów w sprawach zamówień publicznych.

W związku z powyższym skład orzekający Izby przychyła się do zarzutu, że zamawiający zaniechał ustanowienia w specyfikacji terminu odbioru świadczenia.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że kolejny zarzut – przewidzenia przez zamawiającego zatrzymania 20% kwoty wynagrodzenia od spełnienia się warunku zdarzenia przyszłego i niepewnego jakimi zamawiający ustanowił skuteczność i szybkość przeprowadzenia przyszłego postępowania na roboty budowlane, dla których świadczenie w rozpatrywanym postępowaniu będzie stanowiło podstawę do sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jest zasadny.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest określone w art. 147-151 Pzp i w związku z tym zamawiający nie może ustanawiać innych środków, a powinien korzystać z obowiązujących unormowań. Zgodnie z przytoczonymi przepisami zamawiający może żądać

od wykonawcy zabezpieczenia, a w przypadkach określonych w art. 146 ust. 3 Pzp musi tego dokonać. Ponadto, zgodnie z art. 151 ust. 2 zamawiający może ustanowić – w określonych tam granicach – zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.

Wobec braku przewidzenia przez ustawodawcę innego sposobu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może tylko i wyłącznie ustanowić zabezpieczenie, które zostało zakreślone w art. 147-151 Pzp. Ustawodawca nie przewidział możliwości ustanowienia innego zabezpieczenia. Wobec próby zastosowania innych zabezpieczeń przez zamawiającego i w innej wysokości niż przewidują to przytoczone przepisy, skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut odwołujących zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutów dotyczących ustanowienia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonie przedmiotu zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający może samodzielnie określić model wynagrodzenia. Nie ma żadnej granicy czy uregulowania nakazującego w określonych sytuacjach stosowania wynagrodzenia ryczałtowego, a w innych okolicznościach wynagrodzenia kosztorysowego. Mimo poglądów doktryny, że wynagrodzenie ryczałtowe powinno być stosowane „w prostszych sytuacjach, w których ułatwiona jest ocena wartości dzieła przez obie strony, a margines nieprzewidzianych elementów jest niewielki” („Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania” Tom 2, pod redakcją Gerarda Bieńka, wydanie 7, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 180) skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazali, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie mogą zastosować modelu wynagrodzenia ryczałtowego lub muszą zastosować model wynagrodzenia kosztorysowego. Stosowanie konkretnego modelu wynagrodzenia – wobec braku unormowań w tym zakresie – zależy przede wszystkim od stanu wiedzy, doświadczenia i polityki zamawiającego. W związku z tym zamawiający nie jest zobligowany do uwzględnienia sugestii odwołujących i zastosowania modelu wynagrodzenia kosztorysowego. Wobec tego zarzut niewłaściwego zastosowania modelu wynagrodzenia ryczałtowego nie może znaleźć uznania w oczach składu orzekającego Izby.

Zarzut naruszenia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zasady zachowania uczciwej konkurencji ze względu na znaczne dysproporcje ciężarów między zamawiającym a wykonawcą nie może znaleźć w oczach składu orzekającego Izby poparcia, gdyż wszyscy wykonawcy znajdują się w podobnej sytuacji, a zasada ta odnosi się do równego traktowania wykonawców. W przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie ma mowy o zasadzie równości stron ani ekwiwalentności świadczeń. W związku z tym skład orze-

kający Izby nie przychyliła się do zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby nie przychyliła się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp. Zamawiający zapowiedział w **pkt 4.3 Instrukcji dla wykonawców**, że nie będzie udzielać zamówień uzupełniających określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Ponadto zamawiający przytoczył okoliczności, które zdaniem odwołujących odpowiadają przesłankom upoważniającym do zastosowanie zamówień dodatkowych określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, i wskazał, że wystąpienie takich okoliczności spowoduje konieczność wykonania zamówienia w dostosowanych do tych okoliczności uwarunkowaniach bez prawa wykonawców do żądania zwiększenia wynagrodzenia (pkt 7.4.3 Opisu przedmiotu zamówienia, § 3 ust. 2 i 2.1 Wzoru umowy, pkt 9 Formularza Wycena opracowania).

W systemie zamówień publicznych, zgodnie z zasadą prymatu trybów przetargowych wyrażoną w art. 10 ust. 1 Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień są tryby przetargowe (przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony) i w związku z tym zamawiający może zastosować te tryby w każdych okolicznościach bez wykazywania zaistnienia jakichkolwiek przesłanek. Natomiast zamawiający jest uprawniony do zastosowania innych trybów tylko w przypadkach określonych w ustawie, co wynika z art. 10 ust. 2 Pzp, a w związku z zasadą prymatu trybów przetargowych nie jest zobowiązany do zastosowania innych trybów mimo wystąpienia wszystkich przesłanek upoważniających do zastosowania innego trybu. Skład orzekający Izby stwierdza, że wobec zasady prymatu trybów przetargowych, można naruszyć przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, a także inne przepisy określające przesłanki zastosowania trybów określonych w art. 10 ust. 2 Pzp, tylko przez zastosowanie danego trybu nieprzetargowego w sytuacji gdy nie wystąpią przesłanki unormowane w przepisach szczegółowych, którymi są art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, a w odniesieniu do innych trybów: art. 55 ust. 1, art. 60b ust. 1, art. 62 ust. 1, art. 67 ust. 1, art. 70 i art. 74 ust. 2 Pzp. Natomiast nie można naruszyć przepisów uprawniających do zastosowania innych trybów niż przetargowe, w tym art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zapowiedź w specyfikacji ich niezastosowania lub art. 67 ust. 1 pkt 5 przez – nawet literalne – przytoczenie wszystkich przesłanek i zapowiedzenie, że mimo ich zaistnienia zamawiający wykona inną czynność.

Sam zamawiający stwierdził podczas rozprawy, że nie odżegnuje się od możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Jednak te czynności zamawiającego będą mogły być rozpatrywane po ich dokonaniu.

W związku z tym zarzut braku zobowiązania się zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki mimo zaistnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie tego trybu nie może uzyskać akceptacji w oczach składu orzekającego Izby. Kwestia naruszenia –

przytoczonymi postanowieniami specyfikacji – przepisów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia została omówiona wyżej.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazali, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i narusza art. 29 ust. 2 Pzp. Ustalając podstawę faktyczną rozpoznawanych zarzutów Izba miała na względzie art. 191 ust. 3 Pzp wyłączający możliwość orzekania w odniesieniu do zarzutów, które nie były zawarte w proteście oraz fakt, że samo powołanie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie tworzy zarzutu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył art. 353¹, art. 487 § 2, art. 632 § 1 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp, a w szczególności:

1) ustanowiona treść wzoru umowy i całej specyfikacji oraz ich cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli zamawiający działał w granicach swobody umów, co nie jest sprzeczne z art. 353¹ Kc;

2) ustanowione postanowienia umowy i całej specyfikacji wskazują, że zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania umowa będzie umową wzajemną, chociaż może w subiektywnych odczuciach niektórych podmiotów nie być w pełni ekwiwalentną, chociaż zapewne nie wyczerpują przesłanek do żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 388 § 1 Kc, co nie jest sprzeczne z art. 487 § 2 Kc;

3) ustanowione postanowienia umowy i całej specyfikacji wskazują, że zostanie zastosowane wynagrodzenie ryczałtowe, na którego podstawie wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, co nie jest sprzeczne z unormowaniem art. 632 § 1 Kc.

Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie sporządzenia niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, art. 2 pkt 13 Pzp w zakresie nieustnowienia terminów i warunków odbioru przedmiotu zamówienia i art. 147-151 Pzp w zakresie ustanowienia innego niż przewidziane w tych przepisach zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*