

**WYROK**

**z dnia 24 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**  
**Bogdan Artymowicz**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 13 marca 2014 r., 19 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 lutego 2014 r. przez: Polski Związek Pracodawców Budownictwa z Warszawy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawy,

przy udziale:

1. Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. Wykonawcy Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
3. wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, t.j. Klauzul: 4.7, 7.9, 10.1, 13.1, 14.4, 20.1 Warunków szczególnych Umowy oraz pkt.: 1.5.2.2 DM.00.00.00 Wymagań Ogólnych, pkt 5.0 Roboty naprawcze Wymagania Ogólne – uszczegółowienie, pkt 9.2.3 DM.00.00.00 Wymagania Ogólne – uszczegółowienie z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu dookreślenie postanowień SIWZ w zakresie materiałów z rozbiórki, materiałów po poprzednim wykonawcy oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w poz. ujętych przez Zamawiającego jako komplet „KPL”. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.**
  
- 2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawy, i :**
  1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z Warszawy tytułem wpisu od odwołania;
  
  2. zasądza od zamawiającego: Skarbu Państwa: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawy, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z Warszawy 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 2013 r., poz. 907 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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z Rzeszowa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł wschodni)-Jarosław (węzeł Wierzbna) odcinek 581+263,44 od km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną budowlami i urządzeniami budowlanymi”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lutego 2014 r. pod numerem 2014/S 035-056599.

: Polski Związek Pracodawców Budownictwa z Warszawy (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 28 lutego 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej: „*SIWZ*”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:  
- art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 ustawy, art. 31 ust. 2 ustawy, rozdziału 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, art. 140, ustawy Pzp, art. 14 i 139 Pzp, art. 58 kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:  
- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych zapisów SIWZ w sposób podany w dalszej części odwołania; w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku oraz unieważnienie postępowania, gdyż zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania umowa będzie nieważna z mocy prawa;

W związku z treścią żądania Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie zapisów SIWZ w następujący sposób:

a) W Danych Kontraktowych zmianę pozycji Czas na Ukończenie poprzez wskazanie „18 miesięcy od daty rozpoczęcia. Do czasu realizacji nie wlicza się okresów zimowych (tj. 15 grudnia do 15 marca).

- b) W Danych Kontraktowych zmianę pozycji Wymagalna Minimalna Ilość Wykonania (kamień milowy) Kamień milowy nr 1 - poprzez wskazanie 14 miesięcy od daty rozpoczęcia. Do czasu realizacji nie wlicza się okresów zimowych (tj. 15 grudnia do 15 marca),
- c) Wykreślenie ostatniego akapitu ki.2.5 Warunków Szczególnych Umowy.
- d) Zmianę ki. 4.1 (I) Warunków Szczególnych Umowy, poprzez określenie jakie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia i decyzje zostały uzyskane przez poprzedniego Wykonawcę i jakie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia i decyzje ma uzyskać nowy Wykonawca ,
- e) Zmianę pierwszego zdania ki. 4.7 Warunków Szczególnych Umowy, „Wykonawca jest odpowiedzialny za poprawne usytuowanie wszystkich realizowanych przez siebie części Robót,, oraz dla pozycji odtworzenie trasy i punktów wysokościowych wprowadzone ilości robót przewidywanego obmiaru.
- f) Zmianę ki. 7.9 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez określenie, które materiały z rozbiórki które stanowią własność Zamawiającego, albo właściciela przebudowanych urządzeń obcych, Wykonawca zobowiązany jest ująć w cenie kontraktowej w zakresie załadunku oraz dodanie do kosztorysu odpowiedniej pozycji do rozliczenia Tych robót
- g) Zmianę ki. 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, zdania pierwszego w następujący sposób „Data rozpoczęcia nastąpi dzień po przekazaniu Wykonawcy terenu budowy.”
- h) Wykreślenie z ki. 8.7 Warunków Szczególnych Umowy, zdania „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści”
- i) Dodanie na końcu ki. 13.1 Warunków Szczególnych Umowy, „jeżeli okaże się, że zakres przyjętej naprawy związanej z doprowadzeniem wykonanych robót do wymogów zgodnych ze STWIORB jest odmienny niż wskazano w Kosztorysie Ofertowym lub w nim nie występuje, Wykonawca wykona na koszt Zamawiającego wszystkie roboty wynikające z konieczności doprowadzenia robót wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę do wymogów zgodnych ze STWIORB, a ich wykonanie będzie poprzedzone procedurą wynikającą z subklauzuli 13.3 WK w zakresie korekty Ceny Kontraktowej i Czasu na Ukończenie..”
- j) Zmianę ki. 14. 4 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez wykreślenie dwóch pierwszych akapitów i wskazanie Wykaz Płatności będzie stanowił rozbić wskazanych przez Inżyniera cen jednostkowych na składowe R, S, M+N.
- k) Zmianę ki. 20.1 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez określenie ilości dni w jakich Inżynier ustosunkuje się do roszczenia Wykonawcy po konsultacji z Zamawiającym, liczonych od złożenia przez Wykonawcę roszczenia ostatecznego.

l) Zmianę ki. 10.1 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez określenie jakie próby końcowe Wykonawca ma obowiązek przeprowadzić po zakończeniu kontraktu,

m) W Pkt. 1.5.2.2 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca opracuje w ramach Ceny Kontraktowej (s.16) wykreślenia zdania: „Wykonawca jest zobowiązany przewidzieć wykonanie geotechnicznych badań uzupełniających w trakcie realizacji Robót. Zakres badań uzupełniających zostanie ustalony przez Inżyniera po zasięgnięciu opinii Projektanta na podstawie wyników kontroli zgodności warunków gruntowych i wodnych z przyjętymi w projekcie. Koszt ewentualnych badań należy uwzględnić w Cenie Kontraktowej.”

n) W Pkt. 1.5.2.2 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca opracuje w ramach Ceny Kontraktowej (s.16) zmianę zdania w następujący sposób „Wykonawca jest zobowiązany do wprowadzenia w Projekcie Budowlanym wszystkich zmian wprowadzonych przez obecnego Wykonawcę dotyczących nieistotnego odstępstwa od zatwierzonego Projektu Budowlanego. Koszt wprowadzenia zmian w w/w dokumentacji Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej”,

o) Zmianę Pkt. 1.5.4 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zgodność Robót z Dokumentacją projektową i STWiORB" (s.20) poprzez zmianę terminu na sprawdzenie dokumentacji przez Wykonawcę i zgłoszenie uwag z 14 dni na 3 miesiące.

p) Zmianę Pkt. 1.5.6 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczerłowanie poprzez Wykreślenie „Na etapie sporządzenia oferty Wykonawca jest zobowiązany uzgodnić zakres prac remontowych dróg publicznych z ich zarządcami, uwzględniając ustalenia zapisane w zawartych porozumieniach/umowach ....” oraz Określenie przez Zamawiającego odcinków dróg podlegających odbudowie i zakresu napraw oraz wprowadzenie odpowiednich pozycji rozliczeniowych do kosztorysu.

q) Zmianę pkt 5.0 Roboty naprawcze Wymagania Ogólne -uszczerłowanie poprzez wskazanie, że w przypadku konieczności wykonania robót naprawczych Inżynier udzieli Wykonawcy instrukcji co do postępowania w danej sprawie na wezwanie Wykonawcy wystosowane zgodnie z ki. 1.9 Kontraktu. Inżynier będzie postępował zgodnie z ki, 13.

r) Wykreślenie z Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczerłowanie, z akapitu drugiego „-porównanie wykonanej inwentaryzacji z materiałami Inżyniera”,

s) Zmianę Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie w akapicie trzecim poprzez sprecyzowanie pojęcia „pozostałości” (wskazanie rodzajów i ilości materiałów wraz z podaniem ich lokalizacji),

t) Zmianę Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie w akapicie piątym poprzez wskazanie jakie materiały na placu budowy pozostawione przez poprzedniego Wykonawcę, nie są własnością Zamawiającego (wskazanie rodzajów i ilości materiałów wraz z podaniem ich lokalizacji),

u) Wykreślenie z Pkt. 9.2.3 DM.OO.OO.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie akapitu siódmego „Rozpoznanie zakresu napraw należy przeprowadzić na etapie wykonywania oględzin placu budowy po poprzednim Wykonawcy i ująć w Kosztorysie Ofertowym”.

v) uzupełnienie postanowień SIWZ w zakresie Materiałów z rozbiórki, materiałów po poprzednim Wykonawcy, tj.:

- wprowadzenie w kosztorysie ofertowym odpowiednich pozycji kosztorysowych w zakresie odwozu materiałów pochodzących z rozbiórek stanowiących własność Zamawiającego, czy właściciela urządzeń oraz
- wprowadzenie pozycji w zakresie odwozu z terenu budowy materiałów stanowiących własność poprzedniego Wykonawcy.

w) Zmianę pozycji kosztorysowych wskazanych w Załączniku WYKAZ POZYCJI Z ROBÓT NAPRAWCZYCH WYRAŻONYCH W JEDNOSTCE "KPL" poprzez wykreślenie słowa komplet a określenie specyfikacji i ilości robót, które Wykonawca będzie obowiązany wykonać.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce odpowiednio w dniu 28 lutego 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego w dniu 3 i 5 marca 2014 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 5 marca 2014 r.,
- Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, w dniu 3 marca 2014 r.,
- STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 3 marca 2014 r.,
- Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 3 marca 2014 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców:

- Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,
- Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie

(zwanym dalej również odpowiednio: „Przystępującym Salini”; „Przystępującym STRABAG”; „Przystępującym Budimex”).

Ponadto na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie z uwagi na przekroczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia, który upływał w dniu 3 marca 2014 r.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.



## 1. Czas na Ukończenie, Kamień Milowy nr 1 – grupa zarzutów i żądań pkt a) i b) odwołania .

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący wniósł w Danych Kontraktowych zmianę pozycji Czas na Ukończenie poprzez wskazanie „18 miesięcy od daty rozpoczęcia. Do czasu realizacji nie wlicza się okresów zimowych (tj. 15 grudnia do 15 marca)”.

Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uznając, że zarzut nie potwierdził się, i nie można – przy takiej konstrukcji postanowień SIWZ zarzucić Zamawiającemu, że termin na ukończenie, jest terminem określonym w sposób niejednoznaczny. Nie można zatem przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 29 ustawy Pzp. Termin ten został przez Zamawiającego określony w sposób jasny i klarowny dla wszystkich wykonawców. Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający brak możliwości dotrzymania przez wykonawcę terminu realizacji zamówienia lub jego poszczególnych etapów, czy też możliwości jego realizacji można jedynie odnosić do zdarzeń o charakterze obiektywnym. Ponadto o niemożności dotrzymania terminu realizacji zamówienia Odwołujący powoływał się wyłącznie w kategoriach hipotetycznej sytuacji, na potrzeby składanego odwołania. Nie ulega wątpliwości, że realizacja zamówienia (zamówienia o takim przedsięwzięciu) wiąże się z dużym ryzykiem dla wykonawcy. Ponadto wskazując na przykłady niezrealizowanych inwestycji Przystępujący Strabag - co do terminu realizacji przywołanego przez siebie zamówienia - nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy wykonawca realizujący inwestycję był faktycznie w zwłoce. Co do tego zagadnienia powołał się jedynie na doniesienia prasowe. Zatem nie można wprost – biorąc pod uwagę również indywidualny charakter każdej inwestycji – traktować jako punkt odniesienia i porównania inwestycje, realizowane przez innych wykonawców na rzecz Zamawiającego, gdyż każdy wykonawca dysponuje innym potencjałem finansowym, kadrowym, wobec powyższego wykonawcy mogą tę samą inwestycję zrealizować w innych terminach przy użyciu zróżnicowanych środków finansowych, technicznych i kadrowych.

Na marginesie Izba - dzieląc pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12 - wskazuje, iż *„o naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia wzoru umowy można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością*

*ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (...)*”.

W tym miejscu Izba wskazuje 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. 353<sup>1</sup> 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”*.

Wobec powyższego w ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy – poprzez określenie terminu realizacji zamówienia – a wykonawca może nie złożyć oferty na tak postawionych warunkach. Jednak składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.

Odnosząc się do Wymagania Minimalnej Ilości Wykonania (kamień milowy) Kamień milowy nr 1 – Zamawiający w dniu 12 marca 2014 r. dokonał modyfikacji SIWZ i zrezygnował z powyższego wymagania, zatem rozpoznanie odwołania w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

## 2. Przerzucenie na Wykonawcę ryzyka utraty dofinansowania unijnego – grupa zarzutów i żądań pkt c) i h) odwołania

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Według Odwołującego zakładając tak krótki okres realizacji Inwestycji Zamawiający w kl. 8.7 przewidział bardzo rozbudowany katalog kar umownych oraz zastrzegł dla siebie

prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści przy czym w kl. 2.5 [Roszczenie Zamawiającego] dodano następujący zapis: „Zamawiający uprawniony jest również do wskazania w powiadomieniach o okolicznościach mających wpływ na realizację Kontraktu, jakie szkody, w tym utracone korzyści, powstały lub mogą powstać w związku z nienależytym wykonywaniem przez Wykonawcę Umowy. W szczególności, Zamawiający może wskazać Wykonawcy szacunkowe koszty z tytułu utraty wpływów z systemu poboru opłat, dofinansowania ze środków unijnych lub wszelkie inne koszty poniesione przez Zamawiającego”. Zamawiający następnie dokonał wykreślenia tego postanowienia, jednocześnie nie wykreślając klauzuli 8.7 Warunków Szczególnych Umowy. Wobec powyższego wykonawca podtrzymywał żądanie wykreślenia z kl. 8.7 Warunków Szczególnych Umowy, zdania „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści”, wobec dużego ryzyka niewywiązania się wykonawcy z założonych przez Zamawiającego terminów.

W tym miejscu Izba wskazuje również na orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> 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”.

Zatem Izba – wobec przedstawionej przez strony i uczestników postępowania argumentacji – przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż to Zamawiający jest dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia i kształtuje treść postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne, a Krajowa Izba Odwoławcza – wobec braku w ustawie

Prawo zamówień publicznych katalogu niedozwolonych klauzul umownych wprowadzanych do przyszłej umowy przez Zamawiających – nie ma kompetencji do rozstrzygnięcia czy wprowadzona klauzula jest niedozwolona, czy nie.

Jednak odnosząc się do argumentacji Odwołującego, w ocenie Izby klauzula 8.7 SWK nie jest sprzeczna z przepisami prawa w tym z przepisami kodeksu cywilnego, a chociażby z art. 483 k.c., 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). Ponadto wedle art. 484 k.c. 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. Ponadto Jak zauważył Zamawiający wskazane postanowienie, jest ogólną klauzulą kodeksową, może obejmować wiele przypadków – niekoniecznie związanych z uratą dofinansowania ze środków unijnych - a poza tym na etapie tworzenia SIWZ nie można z góry zakładać, że Zamawiający wystąpi z roszczeniem na tej podstawie, nie wiedząc jakie okoliczności zaistnieją, i czy obiektywnie Zamawiający będzie miał podstawę do dochodzenia takiego roszczenia na etapie realizacji.

Ponadto w niniejszej sprawie kluczowym dla Odwołującego było rozstrzygnięcie, czy klauzula 8. 7 SWK narusza normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Izby nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenie zasad współżycia społecznego, gdyż jak wskazano w wyroku SN z dnia 12 marca 2004 r., II CK 39/03, okoliczność, że wykonanie umowy może przynieść jednej ze stron stratę, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, że cel stosunku prawnego ułożonego w umowie sprzeczny jest z zasadami współżycia społecznego. Sąd Najwyższy wskazał, że chociaż wydawać by się mogło, iż dla podmiotów gospodarczych atrakcyjne byłoby wyeliminowanie ryzyka przez dopuszczenie następczego badania obiektywnej trafności podjętych zobowiązań i przyjmowanie nieważności zobowiązań niekorzystnych jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego – prowadziłyby to jednak w konsekwencji do upadku całego systemu gospodarki rynkowej, opierającego się na swobodzie oceny przez podmioty gospodarcze, co jest dla nich korzystne i niekorzystne i swobodzie w podejmowaniu ryzyka.

W konsekwencji – biorąc pod uwagę całokształt przedstawionej argumentacji – należało uznać, iż nie można przypisać Zamawiającemu – wobec postanowień klauzuli 8.7 SWK – naruszenia art. 29 ustawy Pzp oraz art. art. 353<sup>1</sup> k.c.

### 3. Data Zawarcia Umowy – grupa zarzutów i żądań pkt g) odwołania

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Według Odwołującego zgodnie z kl. 8.1 Warunków Szczególnych Umowy Data zawarcia Umowy przez obie strony stanowi jednocześnie Datę Rozpoczęcia. W jego opinii po Dacie Rozpoczęcia Wykonawca rozpocznie realizację Robót, natomiast jak wynika z Danych Kontraktowych Prawo dostępu do Placu Budowy zostanie przekazane Wykonawcy dopiero w terminie 14 dni od daty Zawarcia Umowy. Co – jego zdaniem – oznacza, że Wykonawca powinien rozpocząć realizację robót jeszcze przed datą przekazania dostępu do Placu Budowy. Ponadto zgodnie z kl. 2.1 Warunków Szczególnych Umowy Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu w dniu przekazania mu prawa dostępu do Placu Budowy dokumenty wymagane ustawą Prawo budowlane zgodnie z art. 41 .ust. 4 pkt. 1 ustawy Prawo budowlane, z kolei na podstawie kl. 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć dokumenty wymagane art. 41 .ust. 4 ustawy Prawo budowlane, co najmniej 8 dni przed rozpoczęciem robót. Co w powiązaniu z kl. 8.1 – w jego ocenie - wskazuje, że powinien je przedłożyć co najmniej 8 dni przed podpisaniem Umowy, gdzie przed podpisaniem umowy brak jakichkolwiek podstaw do żądania przedkładania jakichkolwiek dokumentów przez Wykonawcę. Ponadto na podstawie kl. 2.1 jeżeli Wykonawca nie dostarczy tych dokumentów co najmniej 8 dni przed podpisaniem Umowy, to wszystkie skutki opóźnień w realizacji Kontraktu tym spowodowane zostaną poniesione przez Wykonawcę. W tym stanie rzeczy Odwołujący stwierdził, że skoro prawo dostępu do Placu Budowy zostanie przekazane Wykonawcy dopiero w terminie 14 dni od daty Zawarcia Umowy należy dokonać zmiany kl. 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, zdania pierwszego w następujący sposób „Data rozpoczęcia nastąpi dzień po przekazaniu Wykonawcy terenu budowy.”

W tej materii Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który wskazał, na brzmienie subklauzuli 2.1 WSK „Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu w dniu przekazania mu prawa dostępu do Placu Budowy dokumenty wymagane ustawą Prawo budowlane zgodnie z art. 41 ust. 4 pkt 1 tej ustawy”. Natomiast zgodnie z subklauzulą 8.1 WSK: „Data zawarcia umowy przez obie strony stanowi jednocześnie datę rozpoczęcia. Po dacie rozpoczęcia wykonawca rozpocznie realizację robót, w związku z tym jak wskazał Zamawiający wykonawca powinien rozpocząć w dniu zawarcia umowy – realizację obowiązków umownych, w tym m. in. wykonanie czynności formalnych przewidzianych w obowiązujących przepisach prawa, dopiero zaś po przekazaniu Placu

Budowy winien i może on przystąpić do realizacji robót budowlanych. Ponadto dokonanie sugerowanej zmiany powodowałoby zmianę definicji daty rozpoczęcia zawartej w pkt 1.1.3.2 WSK. Wobec brzmienia powyższych postanowień umownych – w ocenie Izby nie można zarzucić Zamawiającemu - naruszenia art. 29 ustawy Pzp.

4. Obowiązki wykonawcy, materiały do rozbiórki, materiały po poprzednim wykonawcy oraz określenie ilości robót – grupa zarzutów i żądań pkt d), e), f), m), n), p), r), s), t), u), v), w) odwołania

Izba uznała, iż w niniejszym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp - w powyżej opisanych przypadkach - potwierdził się.

Izba zauważa, że art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu dokonać w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, a w tej materii zastosowanie ma treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem podstawowym obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i klarowny dla wszystkich wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów i w dużej mierze determinuje kształt i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy, roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert. Istotnym jest zatem, aby opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, nie rodzący rozbieżności interpretacyjnych, sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości umożliwiający prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty. Ponadto ustawa wprowadza również zakaz, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Izba przypomina, że postanowienia specyfikacji nie mogą w żaden sposób różnicować sytuacji wykonawców na etapie składania ofert a z drugiej strony wykonawcy nie powinni pozostawać w niepewności co do zakresu świadczonego w przyszłości zamówienia i móc skalkulować cenę na podstawie pełnego przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego. Zatem, niezastosowanie się do dyspozycji art. 29 ustawy Pzp niedokładne, nieostre sformułowanie SIWZ może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca skalkuluje swoją ofertę w sposób mniej korzystny, nie uwzględniając wszystkich wymaganych okoliczności i narazi się na

przegranie przetargu. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nieprecyzyjne sformułowania SIWZ prowadzą do możliwości przedstawienia przez wykonawcę oferty z zawyżoną ceną w wyniku wadliwie dokonanego opisu zamówienia, doprowadzić mogą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego – w opisanych powyżej postanowieniach m. in. klauzuli 4.1, 4.7, 7.9 SWK, pkt 1.5.2.2 DM.00.00.00 Wymagania Ogólne, pkt 9.2.3 DM.00.00.00 Wymagania Ogólne - w przedmiotowej sprawie został sporządzony z naruszeniem powyższej zasady. W opinii Izby zaistniały podstawy by uznać, że sposób opisu przedmiotu zamówienia był niezgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W opinii Izby, nie ulega wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia - w tym postanowienia SIWZ umożliwiające Zamawiającemu rozszerzanie przedmiotu zamówienia o niektóre z wykonanych już prac i elementów, które będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie ma wpływ na przebieg postępowania w tym w szczególności na kalkulację składanych przez wykonawców ofert jak i w konsekwencji wpływ na kształt postanowień późniejszej umowy. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że przytoczone powyżej postanowienia SIWZ są nieprecyzyjne bowiem na ich podstawie nie jest możliwe określenie rozmiaru i zakresu prac, które wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia „*Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł wschodni)-Jarosław (węzeł Wierzbna) odcinek 581+263,44 od km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną budowlami i urządzeniami budowlanymi*”.

Zdaniem Izby, wątpliwości wykonawców w zakresie tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia mogą mieć przełożenie na kalkulację ceny. Izba wzięła pod rozwagę argumentację, że wykonawcy mogą w tej cenie nie uwzględnić wszystkich kosztów związanych z np. z rozbiórką, wyceną badań geotechnicznych, wykonaniem dodatkowych robót po poprzednim wykonawcy.

Izba zwróciła również uwagę na obowiązek wykonawców dokonania wizji lokalnej. Izba stwierdza - w ślad za wyrokiem KIO z dnia 30 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2710/10 – iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku

wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej. Tymczasem przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje jednoznacznie zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez Zamawiającego w SIWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach. Właściwym działaniem Zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej istotny wpływ na jej kształt i kalkulację, oraz zamieszczenie w SIWZ, co najmniej podstawowych informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania (wycenienia) oferty. Stanowisko Izby potwierdza okoliczność, że Zamawiający – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – może wykonawcy odmówić przeprowadzenia wizji lokalnej, zatem wykonawca - któremu odmówiono przeprowadzenia takiej wizji – nie mógłby w sposób dostateczny oszacować rozmiaru prac oraz w konsekwencji skalkulować ceny oferty.

W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien dokonać modyfikacji następujących postanowień SIWZ:

- Klauzula 4.7 Warunków Szczególnych Umowy,

Brzmienie Klauzuli 4.7 Warunków Szczególnych Umowy – Wykonawca jest odpowiedzialny za poprawne usytuowanie wszystkich części robót. Wykonawca zapewni niezbędną obsługę geodezyjną zgodnie z prawem budowlanym oraz innymi przepisami prawa. Po ukończeniu robót wykonawca wykona na własny koszt i dostarczy zamawiającemu inwentaryzację geodezyjną powykonawczą. Zgodzić się tutaj należy za Odwołującym, że opis przedmiotu zamówienia nie został określony w sposób jednoznaczny i może sugerować, że wykonawca wybrany na etapie przetargu może być również odpowiedzialny za wytyczenie części robót przez poprzedniego Wykonawcę. Wykonawca na etapie postępowania nie jest w stanie określić, czy poprzedni Wykonawca wytyczył i wykonał roboty w sposób prawidłowy. Taka ocena będzie możliwa dopiero po sporządzeniu inwentaryzacji początkowej budowy, sporządzonej po przekazaniu terenu budowy przez Zamawiającego nowo wybranemu Wykonawcy po zawarciu umowy. W związku z tym, że Wykonawca nie jest w stanie ocenić, czy roboty wykonane przez poprzedniego Wykonawcę zostały wytyczone prawidłowo, w związku z tym nie może również ponosić z tego tytułu ryzyka.

W tym stanie rzeczy – z uwagi, że przedmiotem zamówienia jest kontynuacja robót - należy dokonać zmiany SIWZ, WSK, poprzez modyfikację postanowienia w ten sposób: kl.



4.7 Warunków Szczególnych Umowy, „Wykonawca jest odpowiedzialny za poprawne usytuowanie wszystkich realizowanych przez siebie części Robót, oraz dla pozycji odtworzenie trasy i punktów wysokościowych wprowadzone ilości robót przewidywanego obmiaru.

- Pkt. 1.5.2.2 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca opracuje w ramach Ceny Kontraktowej (s.16) stanowi: „Wykonawca jest zobowiązany przewidzieć wykonanie geotechnicznych badań uzupełniających w trakcie realizacji Robót. Zakres badań uzupełniających zostanie ustalony przez Inżyniera po zasięgnięciu opinii Projektanta na podstawie wyników kontroli zgodności warunków gruntowych i wodnych z przyjętymi w projekcie. Koszt ewentualnych badań należy uwzględnić w Cenie Kontraktowej.”

Należy zgodzić się za Odwołującym, że z uwagi na charakter robót - kontynuacja po poprzednim Wykonawcy - nie ma możliwości przewidzenia, a tym samym wyceny badań geotechnicznych, które będzie należało wykonać. Zgodzić się należy z Odwołującym, że badania geotechniczne powinny być wykonane przez poprzedniego Wykonawcę, na początkowym etapie budowy. W przeciwnym wypadku kontrakt nie byłby realizowany zgodnie z wymaganiami Specyfikacji. Wyniki tych badań powinny być w posiadaniu Zamawiającego, a Zamawiający powinien te badania udostępnić oferentom ubiegającym się o zamówienie publicznie. W tym stanie rzeczy należy wykreślić w pkt. 1.5.2.2 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne: Zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca opracuje w ramach Ceny Kontraktowej (s.16) zdania: „Wykonawca jest zobowiązany przewidzieć wykonanie geotechnicznych badań uzupełniających w trakcie realizacji Robót. Zakres badań uzupełniających zostanie ustalony przez Inżyniera po zasięgnięciu opinii Projektanta na podstawie wyników kontroli zgodności warunków gruntowych i wodnych z przyjętymi w projekcie. Koszt ewentualnych badań należy uwzględnić w Cenie Kontraktowej.”

- Pkt. 1.5.2.2 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca opracuje w ramach Ceny Kontraktowej (s.16) stanowi „Wykonawca jest zobowiązany do wprowadzenia w Projekcie Budowlanym wszystkich zmian dotyczących nieistotnego odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego. Koszt wprowadzenia zmian w w/w dokumentacji Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej.”

Zgodzić się należy za Odwołującym oraz Przystępującymi, że Wykonawca nie jest w stanie nanieść zmian na Projekcie Budowlanym, które zostały wprowadzone na placu budowy przez poprzedniego Wykonawcę ponieważ nie posiada wiedzy o wprowadzonych zmianach. Pełną wiedzę dotyczącą wprowadzonych zmian posiada Zamawiający, który

przekazując teren budowy winien przedłożyć Wykonawcy projekt budowlany z naniesionymi nieistotnymi zmianami w stosunku do zatwierdzonego Decyzją ZRID Projektu budowlanego. Dopiero podczas kontynuacji zadania przyszły Wykonawca będzie nanosił kolejne zmiany, które wnikną w trakcie prowadzenia przez niego robót. W związku z powyższym przedmiotowy zapis winien być zmieniony w następujący sposób „Wykonawca jest zobowiązany do wprowadzenia w Projekcie Budowlanym wszystkich zmian wprowadzonych przez obecnego Wykonawcę dotyczących nieistotnego odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego... ”.

- Klauzula 4.1 (I) [Ogólne zobowiązania Wykonawcy] Warunków Szczególnych Umowy, stanowi, „Wykonawca jest zobowiązany uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Dokumentacją Projektową”. Jak wynika z kl. 8.1 Warunków Szczególnych Umowy w ramach programu sporządzonego zgodnie z subklauzulą 8.3 [Program] Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu listę i terminy uzyskiwania wszystkich pozwoleń lub zezwoleń, wymaganych dla okresu realizacji inwestycji. Tymczasem wobec faktu realizacji budowy autostrady A4 przez przedniego Wykonawcę uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia i decyzje musiały już zostać uzyskane. Zatem Zamawiający powinien w SIWZ określić jakie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia i decyzje zostały uzyskane przez poprzedniego Wykonawcę, aby Wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia wiedzieli co wchodzi w zakres ich obowiązków.

Jak wskazał Odwołujący przedmiotem zamówienia jest wybudowanie fragmentu autostrady A4 a nie jej projektowanie, zatem w ocenie Odwołującego nie obowiązkiem Wykonawcy a Inżyniera Kontraktu/Zamawiającego winno być opracowanie programu naprawczego robót po poprzednim Wykonawcy. Bowiem w zależności od przyjętego programu naprawczego odmienny może być zakres robót do wykonania a w konsekwencji środków do wydatkowania. W tym stanie rzeczy należało dokonać zmiany pkt 5.0 Roboty naprawcze Wymagania Ogólne -uszczegółowienie poprzez wskazanie, że w przypadku konieczności wykonania robót naprawczych Inżynier udzieli Wykonawcy instrukcji co do postępowania w danej sprawie na wezwanie Wykonawcy wystosowane zgodnie z kl. 1.9 Kontraktu. Inżynier będzie postępował zgodnie z kl. 13.

- kl. 7.9 [Materiały z rozbiórki] Warunków Szczególnych Umowy, pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne –uszczegółowienie,

Jak wynika z kl. 7.9 [Materiały z rozbiórki] Warunków Szczególnych Umowy, Materiały z rozbiórki wskazane przez Zamawiającego w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji, które

stanowią własność zamawiającego, albo właściciela przebudowanych urządzeń obcych, Wykonawca zobowiązany jest przetransportować oraz złożyć w miejscach wskazanych przez Inżyniera, w odległości nie większej niż 60 km od Placu Budowy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012r o odpadach. Jednak z postanowień SIWZ nie wynika, które materiały stanowią własność Zamawiającego, albo właściciela przebudowanych urządzeń obcych, a także które materiały będzie należało przetransportować oraz złożyć w miejscach wskazanych przez Inżyniera, w odległości nie większej niż 60 km od Placu Budowy Co więcej pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie akapit trzeci nakazuje ująć w kosztorysie ofertowym uprzątniecie z terenu budowy pozostałości pozostawionych po poprzednim wykonawcy i odwiezienie na składowisko wybrane przez Wykonawcę, nie definiując ani pojęcia „pozostałości”, „składowisko”. Ponadto pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - uszczegółowienie nakłada obowiązek usunięcia i transportu materiałów stanowiących własność poprzedniego Wykonawcy.

Zatem można zgodzić się z Odwołującym, iż przy takiej konstrukcji postanowień SIWZ Zamawiający narzuca przyszłemu Wykonawcy obowiązek:

- a) odwozu materiałów z pochodzących rozbiórki na składowisko Zamawiającego, bądź właściciela sieci,
- b) odwiezienia z terenu budowy pozostałości na składowisko Wykonawcy,
- c) usunięcia i transportu materiałów stanowiących własność poprzedniego Wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że należy również wziąć pod uwagę zaawansowanie prac na budowie, gdzie poprzedni Wykonawca wykonał część robót, nie kończąc ich oraz dokonał części rozbiórek, których również nie zakończył. Nie ulega również wątpliwości, że poprzedni Wykonawca zmagazynował na terenie budowy szereg materiałów, które zamierzał wykorzystać przy prowadzeniu robót kontraktowych.

Wobec powyższego nowy Wykonawca nie jest w stanie dokonać oceny, które z materiałów pozostawione na terenie budowy zgodnie z klauzulą 7.9 podlegają odwozowi na składowisko Zamawiającego, a które na składowisko właściciela urządzeń. Ponadto brak jest również możliwości dokonania ceny, które z materiałów stanowią własność poprzedniego Wykonawcy oraz komu przedmiotowe materiały należy odwieźć. Równie dobrze możliwym do przyjęcia jest, że pozostawione na terenie budowy materiały stanowią własność Zamawiającego i przeznaczone są do budowania przy kontynuowaniu robót. W związku z szeregiem nieścisłości, których SIWZ nie określa Wykonawca nie jest w stanie dokonać prawidłowej wyceny kosztów jakie należało będzie przewidzieć dla wykonania tych robót.

W tym stanie rzeczy należy:

- a) Wykreślić z Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie, z akapitu drugiego „-porównanie wykonanej inwentaryzacji z materiałami Inżyniera”,
- b) Zmienić Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie w akapicie

trzecim poprzez sprecyzowanie pojęcia -„pozostałości” (wskazanie rodzajów i ilości materiałów wraz z podaniem ich lokalizacji),

c) Zmienić Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie w akapicie piątym poprzez wskazanie jakie materiały na placu budowy pozostawione przez poprzedniego Wykonawcę, nie są własnością Zamawiającego (wskazanie rodzajów i ilości materiałów wraz z podaniem ich lokalizacji),

d) Wykreślić z Pkt. 9.2.3 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne -uszczegółowienie akapitu siódmego „Rozpoznanie zakresu napraw należy przeprowadzić na etapie wykonywania oględzin placu budowy po poprzednim Wykonawcy i ująć w Kosztorysie Ofertowym”.

A także w związku z brakiem szczegółowego opisu w dokumentacji przetargowej w zakresie materiałów z rozbiórek oraz materiałów po poprzednim Wykonawcy, konieczne jest uzupełnienie postanowień SIWZ w tym zakresie, tj.:

a) wyspecyfikowanie rodzajów i ilości materiałów pochodzących z rozbiórek stanowiących własność Zamawiającego, czy gestora sieci (łącznie ze wskazaniem nazwy gestora),

b) wyspecyfikowanie (podanie rodzajów i ilości) oraz wskazanie uczestnikom przetargu materiałów pozostawionych na terenie budowy stanowiących własność poprzedniego Wykonawcy oraz koniecznych do odwiezienia,

c) wprowadzenie w kosztorysie ofertowym odpowiednich pozycji kosztorysowych w zakresie odwozu materiałów pochodzących z rozbiórek stanowiących własność Zamawiającego, czy właściciela urządzeń,

d) oraz wprowadzenie pozycji w zakresie odwozu z terenu budowy materiałów stanowiących własność poprzedniego Wykonawcy.

- Określenie Ilości robót;

W związku z charakterem przetargu - kontynuacja robót po poprzednim Wykonawcy - w kosztorysie ofertowym Zamawiający przewidział konieczność wykonania szeregu robót naprawczych. W ocenie Izby – co zostało potwierdzone na rozprawie - nie została odebrana inwentaryzacja przez Zamawiającego, co jest informacją istotną dla wykonawców, którzy mają oszacować i wycenić swoją ofertę. Biorąc pod uwagę, iż obowiązek opisu przedmiotu zamówienia spoczywa na Zamawiającym, i obowiązku tego nie można w żaden sposób przerzucać na wykonawców biorących udział w postępowaniu, wykonawcy nie znając dokładnej ilości i rozmiaru prac naprawczych nie są w stanie wycenić swojej oferty. Wobec powyższego Zamawiający powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w poz. ujętych przez Zamawiającego jako komplet „KPL”.

Pkt. 1.5.6 DM.OO.OO.OO. Wymagania Ogólne –uszczegółowienie: Co do niniejszego postanowienia – Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp - w

powyższym przypadku – nie potwierdził się.

Pkt. 1.5.6 DM.OO.OO.OO. Wymagania Ogólne - uszczegółowienie nakłada na Wykonawcę obowiązek poczynienia uzgodnień na etapie postępowania przetargowego ze stroną trzecią jaką są zarządy i administratorzy dróg, w zakresie zniszczeń przez poprzedniego Wykonawcę. Według Odwołującego postawione przez Zamawiającego wymaganie jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto – jak wskazał Odwołujący - zakres robót wchodzących w skład zamówienia publicznego nie powinien być uzależniony od osób trzecich (zarządców dróg), które każdemu z Wykonawców ubiegających się o jego udzielenie mogą postawić inne warunki a co będzie powodować nieporównywalność ofert. Według Odwołującego wykonawcy nie mają gwarancji, że zarządcy dróg od podmiotu trzeciego jakim jest nowy Wykonawca będą oczekiwać wykonania takiego samego zakresu napraw jaki był wynikiem ustaleń z poprzednim Wykonawcą czy podejmą z nim na etapie składania ofert wiążące ustalenia. W opinii Odwołującego Zamawiający powinien udostępnić wykaz dróg zniszczonych przez poprzedniego Wykonawcę. Wykaz ten powinien zawierać długości dla każdej z nich oraz przedstawiać szczegółowy opis robót niezbędnych do wykonania (technologia wykonania - łatanie, czy wymiana nawierzchni, ilość warstw itp.). Izba – dokonując analizy przytoczonej argumentacji stron i uczestników postępowania – wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego, że wszelkie porozumienia/umowy zawarte z zarządcami i administratorami przekazane zostały wykonawcom wraz z udostępnioną dokumentacją i niezbędne informacje w tym zakresie zawarte są w załącznikach 1a i 1b do Wymagań Ogólnych, w kopiach udostępnionych porozumień/umów znajdują się informacje dotyczące szczegółowego zakresu i rodzaju napraw, w tym długość, szerokość przedmiotowych dróg oraz opis dokonanych zniszczeń. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego zarzutu i żądania zawartego w pkt p) odwołania.

#### 5. Inne postanowienia – grupa zarzutów i żądań pkt j), l), k) odwołania

Co do kl. 10.1 Warunków Szczególnych Umowy – Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp - w powyższym przypadku – potwierdził się.

Odwołujący wniósł o zmianę kl. 10.1 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez określenie jakie próby końcowe Wykonawca ma obowiązek przeprowadzić po zakończeniu kontraktu, co umożliwi oszacowanie czasu przed zakończeniem kontraktu wymaganego na przeprowadzenie prób. Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, iż brak sprecyzowanego katalogu prób końcowych uniemożliwia wykonawcy oszacowania oferty,

przyjęcia odpowiedniej rezerwy czasowej oraz związanych z tym ryzyk.

Co do kl. 14.4 Warunków Szczególnych Umowy – Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp – również w powyższym przypadku – potwierdził się.

W kl. 14.4 Warunków Szczególnych Umowy Zamawiający wprowadził Wykaz Płatności, który ma stanowić rozbiecie wskazanych przez Inżyniera cen jednostkowych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z Kosztorysu Ofertowego (również pochodzących z rozbiecia cen zagwarantowanych ryczałtem) na nakłady robocizny, nakłady ilości nakłady pracy sprzętu i transportu. Jak wskazał Odwołujący przedmiotowy zapis nakłada na Wykonawcę, który uzyska zamówienie, dodatkowe nieuzasadnione kontraktem obowiązki. Wobec faktu, że Kosztorys Ofertowy zawiera ok. 5000 pozycji opracowane żądanych kosztorysów szczegółowych będzie wymagało olbrzymiego nakładu pracy wymagającego zaangażowania znacznych sił i środków.

Należy zgodzić się z Odwołującym, iż należy dokonać zmiany kl. 14. 4 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez wykreślenie dwóch pierwszych akapitów i wskazanie Wykaz Płatności będzie stanowił rozbiecie wskazanych przez Inżyniera cen jednostkowych na składowe R, S, M+N, co w konsekwencji spełni oczekiwania Zamawiającego bez tak znacznych nakładów pracy i środków po stronie wykonawców.

Co do kl. 20.1 Warunków Szczególnych Umowy – Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp – również w powyższym przypadku – potwierdził się.

Zamawiający wykreślił w kl. 20.1 Warunków Szczególnych Umowy, termin 42 dni od otrzymania roszczenie w jakim Inżynier powinien odpowiedzieć zatwierdzająco lub odrzucając roszczenie Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego przywrócenie tego zapisu jest istotne dla praw Wykonawcy i ma znaczenie w szczególności w aspekcie kl. 8.3 [Program] która przewiduje, że Inżynier nie zaakceptuje Programu lub jego aktualizacji, który sporządzony został z uwzględnieniem roszczeń nierozpatrzonych bądź odrzuconych przez Inżyniera. Co z kolei będzie skutkowało karą umowną nakładaną na Wykonawcę za nieprzedłożenie Programu lub jego aktualizacji z uwzględnieniem uwag Inżyniera. Zapisy takie mogą – w ocenie Odwołującego - prowadzić do sytuacji karania Wykonawcy za brak aktualizacji Harmonogramu, w sytuacji kiedy Inżynier Kontraktu nie będzie rozpatrywał wniesionych przez Wykonawcę roszczeń, nie mając żadnego terminu obligującego go do tego. Zamawiający dokonał w dniu 12 marca 2014 r.

modyfikacji, jednak nie dokonał jej tak jak żądał Odwołujący, określił termin z jakim ma wystąpić Inżynier do Zamawiającego, nie wprowadzając terminu ostatecznego, po którym Zamawiający ma ostatecznie opowiedzieć się co do roszczeń wykonawcy.

W tym stanie rzeczy należy zgodzić się z Odwołującym, że brak wskazania terminu w jakim Inżynier powinien odpowiedzieć zatwierdzająco lub odrzucając roszczenie Wykonawcy narusza art. 29 ustawy Pzp, wobec powyższego należy dokonać zmiany kl. 20.1 Warunków Szczególnych Umowy, poprzez określenie limitu ilości dni w jakim Inżynier zobowiązany będzie ustosunkować się do roszczenia Wykonawcy po konsultacji z Zamawiającym. Dni (42 dni) powinny być liczone od złożenia przez Wykonawcę roszczenia ostatecznego.

#### 6. Czas na weryfikację poprawności Dokumentacji Projektowej - grupa zarzutów i żądań pkt o) odwołania

Co do Pkt. 1.5.4 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne – Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp - w powyższym przypadku – nie potwierdził się.

W Pkt. 1.5.4 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zgodność Robót z Dokumentacją projektową i STWiORB Zamawiający przewiduje 14 dniowy termin na sprawdzenie przez Wykonawcę dokumentacji projektowej i wniesienie do niej uwag. Biorąc pod uwagę rozległość inwestycji wyznaczony przez Zamawiającego termin 14 dni – według Odwołującego - nie jest terminem realnym. Odwołujący wniósł o zmianę Pkt. 1.5.4 DM.00.00.00. Wymagania Ogólne - Zgodność Robót z Dokumentacją projektową i STWiORB” (s.20) poprzez zmianę terminu na sprawdzenie dokumentacji przez Wykonawcę i zgłoszenie uwag z 14 dni na 3 miesiące. W ocenie Izby nie zostało wykazane, że opis przedmiotu zamówienia – zgłoszenie uwag w tym zakresie – jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie została wykazana nierealność tak określonego terminu i niemożność zrealizowania obowiązku w tym zakresie.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się niektórych zarzutów Zamawiający zobowiązany jest do dokonania zmiany postanowień SIWZ, t.j. Klauzul: 4.7, 7.9, 10.1, 13.1, 14.4, 20.1 Warunków szczególnych Umowy oraz pkt.: 1.5.2.2 DM.00.00.00 Wymagań Ogólnych, pkt 5.0 Roboty naprawcze Wymagania Ogólne – uszczegółowienie, pkt 9.2.3 DM.00.00.00 Wymagania Ogólne – uszczegółowienie. Ponadto Zamawiający zobowiązany jest do dookreślenia postanowień SIWZ w zakresie materiałów z rozbiórki, materiałów po poprzednim wykonawcy oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w poz. ujętych przez Zamawiającego jako komplet „KPL”. Wobec nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ oraz uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....