

Sygn. akt: KIO 1918/11

WYROK
z dnia 19 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **5 września 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Polimex-Mostostal SA z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SNC Lavalin Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/11 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910 i oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/11 po stronie odwołującego;
- D. wykonawcy **Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- E. wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/ 11 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- F. wykonawcy **Babcock & Wilcox Volund A/S, Falkevej 2 DK-6705 Esbjerg Ø Denmark** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawionym szczegółowo w uzasadnieniu.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Polimex-Mostostal SA z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin** na rzecz wykonawcy **Polimex-Mostostal SA z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i **Nr 87, poz. 484**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą » Kontrakt nr 1 „Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i **Nr 87, poz. 484**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

26.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 163-269197.

05.09.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wykonawca **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** wniósł do Prezesa KIO odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (specyfikacji).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być wykonana z zastosowaniem „Warunków Kontraktowych dla Urzędzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę”, Wydawnictwo SIDIR, 4 wydanie angielsko-polskie niezmienione 2008 z erratą (dalej: FIDIC), z modyfikacjami wprowadzonymi przez Warunki Szczególne Kontraktu.

Odwołaniem jest objęta czynność zamawiającego polegająca na ukształtowaniu treści specyfikacji, w zakresie Warunków Szczególnych Kontraktu, w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedmiot zamówienia został ponadto opisany w sposób odbiegający od wytycznych ujętych w art. 29 ust. 1 Pzp, a w szczególności za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Tym samym wskazana czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, które odsyłają do przepisów Kodeksu cywilnego, art. 7 Pzp, który statuuje zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz art. 29 ust. 1 Pzp, który określa prawidłowy sposób opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosi także, że niektóre z postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu nakładają i na wykonawcę obowiązki, które są niezgodne z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z 2011 r. Nr 32, poz. 159, z 2011 r. Nr 45, poz. 235, Nr 94, poz. 551, Nr 135, poz. 789, Nr 142, poz. 829); dalej: Prawo budowlane. Odwołujący stwierdza, że odwołanie dotyczy następujących postanowień specyfikacji, w zakresie Warunków Szczególnych Kontraktu:

1) klauzuli 1.1.2.3, w części obejmującej brzmienie «Zgodnie z Prawem Budowlanym wykonawca pełni funkcję „Projektanta” [...]», nakładający na wykonawcę obowiązek niezgodny z przepisami Prawa budowlanego, tj. art. 17 pkt 3 w zw. z art. 14 oraz art. 20 i art. 21, jak również przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42), z których wynika, że projektantem jest osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w danej specjalności, wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego architektów, inżynierów budownictwa bądź urbanistów. Odwołujący, podobnie jak gros wykonawców, jest natomiast osobą prawną, która funkcji projektanta, w rozumieniu Prawa budowlanego, pełnić nie może;

2) klauzuli 1.10, w części przewidującej przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do Dokumentów Wykonawcy, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ wykonanie powyższego obowiązku umownego przez wykonawcę jest nadmiernie utrudnione, jeśli nie – niemożliwe, biorąc pod uwagę rozległy zakres pojęcia „Dokumenty Wykonawcy” (klauzula 1.1.6.1), obejmujący także dokumentację technologiczną lub know-how, co do której wykonawca może posiadać i przekazać zamawiającemu licencję, lecz nie – majątkowe prawa autorskie. W związku z tym nałożenie na wykonawcę omawianego obowiązku umownego następuje z przekroczeniem granic swobody umów;

3) klauzuli 1.12, w części zastrzegającej karę umowną na rzecz zamawiającego, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienie rażąco uprzywilejowuje zamawiającego przyznając mu prawo do kary umownej w wygórowanej wysokości, tj. 10% Ceny Kontraktowej, za jednorazowe naruszenie bezterminowego obowiązku zachowania poufności, a tym samym prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego. Ukształtowanie treści przedmiotowej klauzuli w sposób ujęty w Warunkach Szczególnych Kontraktu stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

4) klauzuli 2.1, w części dotyczącej przekazania Terenu Budowy, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w postanowieniu zaniechano określenia terminu, w jakim zamawiający jest

zobowiązany do przekazania wykonawcy Terenu Budowy, zaś możliwość żądania przez wykonawcę przedłużenia Czasu na Wykonanie zachodzi jedynie w przypadku zawinionego uchybienia przez zamawiającego obowiązkowi przekazania Terenu Budowy w stosunku do terminu, który zamawiający sam wyznaczył. Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia terminu przekazania Terenu Budowy stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

5) klauzuli 2.1, w części określającej okoliczności pozbawiające wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 471 Kc w zw. z art. 476 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienie pozbawia wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, w przypadku gdy zamawiający uchybił terminowi przekazania Terenu Budowy z powodu opóźnienia wykonawcy w wykonaniu obowiązków. W ten sposób zamawiający obarcza wykonawcę negatywnymi konsekwencjami zdarzenia, za które wykonawca nie musi ponosić odpowiedzialności, tj. opóźnienia wykonawcy. Kwestionowane postanowienie jest przejawem składania wszelkiego ryzyka na jedną stronę stosunku obligacyjnego i obciążając wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie wykracza poza granice swobody umów;

6) klauzuli 2.4, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienie przedłuża z 28 do 180 dni, a zatem do pół roku, termin, w jakim zamawiający ma złożyć wykonawcy dokumenty potwierdzające istnienie przygotowania finansowego. W ten sposób zamawiający dopuszcza się rażącego naruszenia interesu wykonawcy i zasady równorzędności stron umowy obligacyjnej;

7) klauzuli 4.28, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 47 Prawa budowlanego, z którego wynika, że zapewnienie wejścia na nieruchomości sąsiednią jest obowiązkiem inwestora, czyli zamawiającego;

8) klauzuli 5.1, w części dotyczącej obowiązku zapewnienia przez wykonawcę nadzoru autorskiego także w Okresie Zgłaszania Wad, co jest niezgodne z przepisami Prawa budowlanego, tj. art. 20 ust. 1 pkt 4, z których wynika, że sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego dotyczy etapu wykonywania robót budowlanych, a nie Okresu Zgłaszania Wad przypadającego po zakończeniu robót i przejściu obiektu przez zamawiającego;

9) klauzuli 8.1, w części dotyczącej uprawomocnienia się Pozwolenia na Budowę jako początku biegu proponowanego przez wykonawcę terminu rozpoczęcia robót budowlanych, co jest niezgodne z przepisami Prawa budowlanego, tj. art. 28 ust. 1, z których wynika, że prawo do rozpoczęcia robót budowlanych daje ostateczne (a nie – prawomocne) pozwolenie

na budowę. Ponadto, zgodnie z definicją zamieszczoną w klauzuli 1.1.6.13, desygnatem pojęcia „Pozwolenie na Budowę” jest ostateczna decyzja administracyjna. Między poszczególnymi postanowieniami Warunków Szczególnych Kontraktu odnoszącymi się do zagadnienia pozwolenia na budowę zachodzą zatem sprzeczności, które dodatkowo uzasadniają postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez posługiwanie się przy opisie przedmiotu zamówienia niejasnymi i niekonsekwentnymi sformułowaniami;

10) klauzuli 9.5, w części posługującej się pojęciem „Końcowy Protokół Odbioru”, wobec treści, której wykonawca stawia zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, przez posłużenie się pojęciem, które w innych postanowieniach Warunków Szczególnych Kontraktu, ani w Warunkach Ogólnych Kontraktu FIDIC nie występuje;

11) klauzuli 11.12 i klauzuli 11.13, w części wskazującej wystawienie Świadectwa Wykonania jako początek biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi, wobec treści, których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, którego odpowiedzialność z powyższych tytułów ulega faktycznemu przedłużeniu i rozpoczyna się w trakcie eksploatacji obiektu, a nie z chwilą jego przejęcia przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach o roboty budowlane;

12) klauzuli 12.9, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia rażąco uprzywilejowują zamawiającego przyznając mu prawo do kar umownych w wygórowanej wysokości, a tym samym prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego. Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowienia w sposób ujęty w Warunkach Kontraktu stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

13) klauzuli 1.12, klauzuli 8.7, klauzuli 12.9 i klauzuli 15.2, wobec treści, których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w Warunkach Szczególnych Kontraktu zaniechano określenia limitu kar umownych z wszystkich tytułów, co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy. Ponadto, brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy. Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

14) klauzuli 14.3, w części dotyczącej uprawomocnienia się pozwolenia na budowę jako przesłanki dokonania przez zamawiającego zapłaty na etapie projektowania, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w przypadku wniesienia skargi do WSA lub skargi kasacyjnej do NSA od

pozwolenia na budowę, mimo że jest ostateczne, a w związku z tym umożliwia realizację robót budowlanych, płatność przez zamawiającego za Dokumentację Projektową ulegnie przesunięciu o kilkanaście miesięcy lub dłużej, mimo że roboty budowlane będą mogły być prowadzone. Ponadto, zgodnie z definicją zamieszczoną w klauzuli 1.1.6.13, desygnatem pojęcia „Pozwolenie na Budowę” jest ostateczna decyzja administracyjna. Między poszczególnymi postanowieniami Warunków Szczególnych Kontraktu odnoszącymi się do zagadnienia pozwolenia na budowę zachodzą zatem sprzeczności, które dodatkowo uzasadniają postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez posługiwanie się przy opisie przedmiotu zamówienia niejasnymi i niekonsekwentnymi sformułowaniami;

15) skreślonej klauzuli 14.2, tj. wykluczenie udzielenia przez zamawiającego zaliczki, klauzuli 14.3, w części dotyczącej wystawiania Przejściowych Świadczeń Płatności po zakończeniu kwartału, oraz klauzuli 14.7, w części wyznaczającej 63-dniowy termin płatności, wobec treści, których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w wymienionych postanowieniach przewidziano wybitnie niekorzystne dla wykonawcy terminy, z upływem których aktualizuje się po jego stronie prawo do otrzymania wynagrodzenia, a jednocześnie wykluczono udzielenie przez zamawiającego zaliczki. W ten sposób zamawiający narzuca wykonawcy obowiązek kredytowania Przedsięwzięcia o bardzo dużej wartości, co stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

16) klauzuli 14.16 lit. a, wobec treści, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 649⁴ § 1 Kc w zw. z art. 649² § 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ przewiduje co najmniej 180-dniowy termin na uzyskanie przez wykonawcę gwarancji zapłaty za roboty budowlane, co stanowi niedopuszczalną ograniczenie ustawowego prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie nie krótszym niż 45 dni;

17) klauzuli 1.12, klauzuli 8.7 i klauzuli 15.2, wobec treści, których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w wymienionych postanowieniach na rzecz zamawiającego zostało przyznane prawo do odszkodowania uzupełniającego, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy jakichkolwiek kar umownych, a w konsekwencji – odszkodowania uzupełniającego, co jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulacie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki;

18) klauzuli 16.1, w części dotyczącej skreślenia akapitu czwartego wraz z lit. a i b, wobec treści, których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 471 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ zamawiający pozbawia Wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku,

mimo że do zawieszenia Robót przez wykonawcę dochodzi z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, jak również zasadami kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych;

19) klauzuli 16.2 w zw. z klauzulą 2.4, wobec treści, których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ prawo wykonawcy do rozwiązania Kontraktu powstaje dopiero z upływem 222-dniowej (tj. ponad 7-miesięcznej) zwłoki zamawiającego w przekazaniu dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego, co stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

20) klauzuli 16.2, w części dotyczącej skreślenia lit. d, wobec czego odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ zamawiający pozbawia wykonawcę prawa do rozwiązania Kontraktu w przypadku istotnego niedopełnienia przez zamawiającego zobowiązań kontraktowych, co prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy i naruszenia przez zamawiającego zasad kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych;

21) klauzuli 17.6, wobec skreślenia, któremu odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ przywrócenie odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę w postaci utraconych korzyści, oraz wyłączenie ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego. Prowadzi to ponadto do naruszenia art. 7 Pzp przez faktyczne ograniczenie dostępu do zamówienia przedsiębiorcom zachodnioeuropejskim, dla których brak limitów w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej jest nie do przyjęcia, jak również polskim wykonawcom, planującym wziąć udział w postępowaniu wspólnie z kooperantami zachodnimi, ze względu na ich wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny i ludzki umożliwiające wykonanie zamówienia.

Ponadto, odwołujący odwołaniem obejmuje także pkt 8 specyfikacji, co odpowiada treści pkt VI.3.2 Ogłoszenia Informacje Dodatkowe, gdzie termin wykonania zamówienia został określony na 1.160 dni [38,7 miesiąca] od dnia podpisania umowy. W związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia. Umowa o świadczenie niemożliwie jest nieważna, a zatem zamawiający przewidując tak krótki termin realizacji zamówienia pozbawia wykonawców możliwości jego uzyskania, czym narusza obowiązek przygotowania i przeprowadzenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący, z uwagi na powyższe zarzuty, wnosi o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień ogłoszenia i specyfikacji w sposób podany w dalszej części odwołania;

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł o:

W związku z treścią żądania z pkt 1 odwołujący wnosi o zmodyfikowanie postanowień specyfikacji w następujący sposób:

Ad 1: przez wykreślenie z klauzuli 1.1.2.3 Warunków Szczególnych Kontraktu kwestionowanego postanowienia w brzmieniu: «Zgodnie z Prawem Budowlanym Wykonawca pełni funkcję „Projektanta”.

Ad 2: przez zastąpienie użytego w klauzuli 1.10 Warunków Szczególnych Kontraktu pojęcia „Dokumenty Wykonawcy” przez „Projekty Budowlane i Projekty Wykonawcze, w zakresie, w jakim stanowią utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r., o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631)”; względnie przez zastąpienie obowiązku wykonawcy przeniesienia majątkowych praw autorskich do Dokumentów Wykonawcy przez udzielenie licencji do Dokumentów Wykonawcy.

Ad 3, ad 13 i ad 17: przez nadanie klauzuli 1.12 akapit drugi Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„W przypadku konieczności stwierdzenia przez zamawiającego naruszenia powyższych postanowień klauzuli, wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz zamawiającego kary umownej w wysokości 0,1% wartości Ceny Kontraktowej. Do kary umownej z tytułu naruszenia poufności ma zastosowanie limit kar umownych z wszystkich tytułów wynoszący 10% Ceny Kontraktowej”;

Ad 4: przez nadanie klauzuli 2.1 akapit pierwszy zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Inżynier przekaże wykonawcy protokółarnie Plac Budowy w terminie wskazanym przez zamawiającego, który nie może odbiegać o więcej niż 7 dni od daty zaproponowanej przez wykonawcę”;

Ad 5: przez nadanie klauzuli 2.1 akapit czwarty Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Wykonawca nie będzie uprawniony do wystąpienia o przedłużenie czasu, pokrycia Kosztu ani zysku, jeżeli uchybienie zamawiającego było spowodowane przez błąd lub zwłokę ze strony wykonawcy, włącznie z błędem lub zwłoką w dostarczeniu jakiegokolwiek Dokumentu Wykonawcy, a w szczególności takich dokumentów, które wykonawca jest

zobowiązany złożyć przed przekazaniem mu Placu Budowy, jak na przykład: oświadczenia zaświadczenia oraz Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia”;

Ad 6 i ad 19: przez przywrócenie w klauzuli 2.4 Warunków Szczególnych Kontraktu 28-dniowego terminu na złożenie wykonawcy dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego po stronie zamawiającego, z zastrzeżeniem klauzuli 14.16 lit. a Warunków Szczególnych Kontraktu;

Ad 7: przez wykreślenie klauzuli 4.28 Warunków Szczególnych Kontraktu; względnie dodanie do klauzuli 4.28 Warunków Szczególnych Kontraktu zdania trzeciego w brzmieniu:

„Konieczność wejścia przez wykonawcę na grunt sąsiedni, w rozumieniu art. 47 Prawa Budowlanego, pociąga za sobą uprawnienie wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Wykonanie, w myśl klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Wykonanie], oraz do zmiany, w myśl klauzuli 13 [Zmiany i korekty], w tym zmiany Ceny Kontraktowej”;

Ad 8: przez nadanie klauzuli 5.1 akapit czwarty zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Wykonawca zobowiązuje się, że projektanci będą do dyspozycji Inżyniera w celu uczestniczenia w naradach i dyskusjach oraz pełnienia nadzoru autorskiego w rozumieniu Prawa Budowlanego w toku wykonywania robót budowlanych”;

Ad 9: przez nadanie klauzuli 8.1 akapit trzeci zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Proponowany przez wykonawcę termin rozpoczęcia realizacji robót powinien wynikać z Programu złożonego na mocy klauzuli 8.3 [Program] i winien przypadać co najmniej 21 dni po uzyskaniu ostatecznego Pozwolenia na Budowę dla odpowiedniego Odcinka robót”;

Ad 10: przez nadanie klauzuli 9.5 zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Niedotrzymanie którejkolwiek z poniższych gwarancji zapisanych w Wykazie gwarancji będących Załącznikiem do Oferty stanowi podstawę odmowy podpisania Świadectwa Przejęcia”;

Ad 11: przez zastąpienie w klauzuli 11.12 zdanie drugie i klauzuli 11.13 zdanie trzecie pojęcia „Świadectwo Wykonania” przez „Świadectwo Przejęcia”;

Ad 12 i ad 13: przez istotne obniżenie wysokości kar umownych przewidzianych w klauzuli 12.9 Warunków Szczególnych Kontraktu, a ponadto wprowadzenie wzorów określających sposób naliczania kar, pozwalających na ustalenie faktycznej wielkości uchybienia oraz zastosowanie relacji między rozmiarami uchybienia a wielkością kary, jak również wprowadzenie limitu kar umownych przez dodanie postanowienia:

„Do ww. kar umownych ma zastosowanie limit kar umownych z wszystkich tytułów wynoszący 10% Ceny Kontraktowej”;

Ad 13 i pkt 17: przez wykreślenie na końcu klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienia w brzmieniu: „[...] z zastrzeżeniem, że zamawiającemu przysługuje prawo do odszkodowania przewyższającego karę umowną” oraz przez dodanie na końcu zdania w brzmieniu:

„Do kar umownych przewidzianych w lit. a i b ma zastosowanie limit kar umownych z wszystkich tytułów wynoszący 10% Ceny Kontraktowej”;

Ad 14: przez zastąpienie w klauzuli 14.3 akapit trzeci zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu zwrotu „prawomocnych Pozwoleń na Budowę” przez „ostatecznych Pozwoleń na Budowę”;

Ad 15: przez nadanie klauzuli 14.2 Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Zamawiający udzieli wykonawcy zaliczki w wysokości 10% Ceny Kontraktowej, w terminie 30 dni od dnia podpisania Kontraktu”;

Ad 15: przez nadanie klauzuli 14.3 akapit czwarty Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Przejęciowe Świadczenia Płatności będą wystawiane na koniec miesiąca, a ich wartość nie może być niższa niż Minimalna Kwota Płatności określona w Załączniku do Oferty”;

Ad 15: przez nadanie klauzuli 14.7 akapit drugi zdanie pierwsze Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„Zapłata faktur nastąpi w terminie 30 dni od ich doręczenia zamawiającemu, na numer rachunku wykonawcy umieszczony na fakturze VAT”;

Ad 16: przez nadanie klauzuli 14.16 lit. a Warunków Szczególnych Kontraktu następującego brzmienia:

„[...] wyznaczony przez wykonawcę termin do uzyskania gwarancji będzie nie krótszy niż 45 dni od otrzymania wystąpienia wykonawcy”;

Ad 17: przez skreślenie zdania drugiego w klauzuli 8.7 Warunków Szczególnych Kontraktu;

Ad 18: przez skreślenie w klauzuli 16.1 Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienia w brzmieniu: „Skreśla się treść akapitu czwartego i punktów a i b niniejszej klauzuli”;

Ad 20: przez usunięcie postanowienia „Skreśla się pkt (d)” w klauzuli 16.2 Warunków Szczególnych Kontraktu;

Ad 21: przez usunięcie klauzuli 17.6 z Warunków Szczególnych Kontraktu.

Odwołujący wnosi ponadto o zmodyfikowanie pkt 8 specyfikacji przez przedłużenie terminu wykonania zamówienia do 1600 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz wniesieniu środka ochrony prawnej. Odwołujący jest podmiotem zajmującym się profesjonalnie realizacją robót budowlanych w branży chemicznej i ochrony środowiska, w tym realizacją takich obiektów, jak stanowiący przedmiot postępowania. Jest w związku z tym zainteresowany udziałem w postępowaniu.

Utrzymanie kwestionowanych przez odwołującego postanowień może narazić wykonawcę na szkodę w dwojakiej sytuacji, tj. zarówno wtedy gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane postanowienia.

W sytuacji gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji. Treść Warunków Kontraktu objętych specyfikacji została ukształtowana przez zamawiającego w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podpisanie umowy w jej obecnym brzmieniu naraża odwołującego na szkodę m.in. wskutek postanowień dyskryminujących wykonawcę lub uniemożliwiających ocenę przez niego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia.

Z kolei, zaniechanie przez odwołującego złożenia oferty, także podyktowane rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy postanowieniami umowy oraz niemożliwym do dotrzymania terminem wykonania zamówienia będzie oznaczać, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym narażony na szkodę.

Argumentacja odwołującego

Zgodnie z powszechnie aprobowanymi poglądami doktryny, do czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na które można wnieść odwołanie, zalicza się sporządzenie specyfikacji, przy czym wówczas prawo do odwołania przysługuje na całą treść dokumentu lub każdy pojedyncze postanowienie zawarte w dokumencie (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 10. wydanie, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2010, s. 523 i s. 524). Przedmiotem odwołania jest zatem czynność zamawiającego polegająca na ukształtowaniu przywołanych w petitum odwołania postanowień specyfikacji z przekroczeniem granic swobody umów, wskazanych w art. 353¹ Kc, a także wbrew zasadom uczciwej konkurencji powołanym w art. 7 Pzp oraz wytycznym co do opisu przedmiotu zamówienia określonym w art. 29 ust. 1 Pzp. Ponadto, niektóre z obowiązków nałożonych na wykonawcę są sprzeczne z przepisami Prawa budowlanego.

Zespół Arbitrów m.in. w wyroku z 29 października 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1736/03) potwierdził, iż naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami Kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści specyfikacji. Z kolei, w wyroku z 6 września 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów wskazał, iż umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Wymienione w petitum pisma postanowienia specyfikacji zostały ukształtowane w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku cywilnoprawnego oraz zasadom współżycia społecznego, tj. z przekroczeniem granic swobody umów.

Pierwszorzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki.

Opracowane przez zamawiającego Warunki Szczególne Kontraktu powyższego postulatu nie spełniają. Dlatego odwołujący wnosi o ich modyfikację w celu zapewnienia poszanowania praw wykonawców, ale jednocześnie z zagwarantowaniem pełnej ochrony interesu publicznego. Wskazane Warunki Szczególne Kontraktu sprzeciwiają się zasadom współżycia społecznego, które odwołujący utożsamia z zasadami sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a tym samym są niedozwolone w świetle art. 353¹ Kc. W licznych wypowiedziach judykatury jako naruszające zasady współżycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki (tak: wyrok SN z 6 stycznia 1976 r., I CR 713/75; wyrok SN z 7 stycznia 1980 r., II CR 464/79; uchwała SN z 22 maja 1991 r., III CZP 15/91; uchwała SN z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91; wyro SN z 8 października 2004 r., V CK 670/03; wyrok SN z 23 czerwca 2005 r." II CK 739/04).

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołujący stwierdza, co następuje.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 1 petitum odwołania:

Odwołujący kwestionuje klauzulę 1.1.2.3, w części obejmującej postanowienie w brzmieniu «Zgodnie z Prawem Budowlanym wykonawca pełni funkcję „Projektanta”(…)». Wykonawca nie może pełnić funkcji projektanta, zgodnie z Prawem budowlanym, ponieważ projektantem w rozumieniu tego prawa jest osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w danej specjalności, wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego architektów, inżynierów budownictwa bądź urbanistów. Odwołujący jest natomiast osobą prawną. Trudno ponadto założyć, aby w postępowaniu ofertę składała osoba fizyczna posiadająca stosowne uprawnienia budowlane.

Wykonawca może natomiast – na gruncie prawa cywilnego – podjąć zobowiązanie do wykonania prac projektowych, którego faktyczną realizację zleci uprawnionemu, odrębnemu podmiotowi (art. 356 § 1 Kc w zw. z art. 474 Kc).

Obecne sformułowanie cytowanej klauzuli jest jednak błędne. Dlatego odwołujący wnosi o jej skreślenie we wskazanym zakresie.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 2 petitum odwołania

W odniesieniu do klauzuli 1.10 odwołujący podnosi, że wykonanie obowiązku umownego przeniesienia przez wykonawcę majątkowych praw autorskich jest nadmiernie utrudnione, jeśli nie – niemożliwe, biorąc pod uwagę rozległy zakres pojęcia „Dokumenty Wykonawcy” (klauzula 1.1.6.1), obejmujący także dokumentację technologiczną lub know-how. Co do tych dokumentów wykonawca może posiadać i przekazać zamawiającemu licencję, lecz nie – majątkowe prawa autorskie.

Ewentualnie zamawiający powinien rozważyć modyfikację postanowienia przez nałożenie obowiązku przeniesienia majątkowych praw autorskich, ale w odniesieniu do Projektów Budowlanych i Projektów Wykonawczych, w takim zakresie, w jakim stanowią utwór w rozumieniu ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631).

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 3 i pkt 12 petitum odwołania

Odwołujący wnioskuje o obniżenie wysokości kar umownych zastrzeżonych dla zamawiającego. Obecne postanowienia gwarantują zamawiającemu prawo do kar umownych w wygórowanej kwocie, a tym samym prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia tej strony umowy. W wyroku z 17 marca 1988 r. (IV CR 58/88) Sąd Najwyższy uznał, że kara umowna nie może być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia. Stanowisko SN zostało przywołane w wyrokach KIO z 22 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1431/08) i z 1 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO 298/11).

Odwołujący zwraca uwagę, że w klauzuli 1.12 przewidziano jako podstawę wymiaru kary umownej Cenę Kontraktową, a zatem pełne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Kara umowna została ponadto zastrzeżona w wygórowanej stawce, tj. 10%, za jednorazowe naruszenie obowiązku zachowania poufności, który jest obowiązkiem bezterminowym.

Za wygórowane Odwołujący uznaje także kary umowne przewidziane w klauzuli 12.9. Ponadto, sposób naliczenia kar ujętych w tym postanowieniu powinien być ujednoczony przez wprowadzenie wzorów pozwalających na ustalenie faktycznej wielkości uchybienia oraz zastosowanie relacji między rozmiarami uchybienia a wielkością kary. Obecny sposób ustalania kar jest niejasny, co dodatkowo uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia art. 29

ust. 1 Pzp. Tak np. w klauzuli 12.9 lit. h przewidziano kary związane z uchybieniem gwarancji trwałości powierzchni grzewczych kotła. Nie wiadomo jednak, jaki sposób pomiarów zamawiający miałby zastosować, ani w jakich miejscach kocioł miałby być badany.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 4 i pkt 5 petitum odwołania

Odwołujący wnosi o określenie terminu, w jakim zamawiający jest zobowiązany do przekazania wykonawcy Terenu Budowy. W przeciwnym razie zamawiający może zwlekać z wykonaniem tej czynności ze szkodą dla wykonawcy ponoszącego odpowiedzialność za terminowe wykonanie zamówienia.

Ponadto, postanowienie pozbawia wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, w przypadku gdy zamawiający uchybił terminowi przekazania Terenu Budowy z powodu opóźnienia wykonawcy w wykonaniu obowiązków. Opóźnienie może jednak nastąpić także z przyczyn leżących poza wykonawcą (art. 476 zd. 2 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp). Taka regulacja jest niezgodna z zasadami odpowiedzialności *ex contractu* przewidzianymi w art. 471 Kc

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 6 i pkt 19 petitum odwołania

Odwołujący wnosi o przywrócenie przewidzianego w klauzuli 2.4 FIDIC 28-dniowego terminu na złożenie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego. Termin ten nie miałby jednak zastosowania do terminu na uzyskanie gwarancji zapłaty za roboty budowlane, o czym mowa w klauzuli 14.16 lit. a, który jest odrębny. Wprowadzony przez zamawiającego 180-dniowy termin prowadzi do rażącego naruszenia interesu wykonawcy, który przez pół roku musiałby czekać na wyjaśnienie posiadania przez zamawiającego finansowania, od czego zależy realizacja płatności na rzecz wykonawcy. Dokonana zmiana ma ponadto wpływ na klauzulę 16.2 lit. a, i oznacza, że prawo wykonawcy do rozwiązania Kontraktu powstałoby dopiero z upływem 222-dniowej (tj. ponad 7-miesięcznej) zwłoki zamawiającego w przekazaniu dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego. Przez czas oczekiwania na otrzymanie dokumentów wykonawca musiałby natomiast zamówienie realizować, ponosząc tego koszty.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 7 petitum odwołania

Odwołujący kwestionuje postanowienie zawarte w klauzuli 4.28 Warunków Szczególnych Kontraktu, gdyż jest on niezgodny z art. 47 Prawa budowlanego, z którego wynika, że to obowiązkiem inwestora, czyli zamawiającego jest uzyskanie dostępu do nieruchomości sąsiedniej oraz uzgodnienia z jej właścicielem sposobu, zakresu i terminu korzystania z nieruchomości, a także ewentualnej rekompensaty. To również na inwestorze

spoczywa obowiązek pokrycia ewentualnych szkód wyrządzonych na nieruchomości sąsiedniej.

Tymczasem w ww. klauzuli całość wskazanych obowiązków jest przerzucana na wykonawcę, którego dodatkowo pozbawia się prawa do żądania zwrotu kosztów poniesionych w związku z koniecznością wejścia na grunt sąsiedni. Taki sposób kształtowania praw i obowiązków stron wzajemnej umowy obligacyjnej rażąco odbiega od zasad tworzenia umów wyrażonych w art. 353¹ Kc.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 8 petitum odwołania

Przewidziany w klauzuli 5.1 obowiązek zapewnienia przez wykonawcę nadzoru autorskiego także w Okresie Zgłaszania Wad jest niezgodny z przepisami Prawa budowlanego, a zwłaszcza art. 20 ust. 1 pkt 4, z którego wynika, że sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego dotyczy etapu wykonywania robót budowlanych, a nie Okresu Zgłaszania Wad przypadającego po zakończeniu robót i przejęciu obiektu przez zamawiającego.

Świadczenia gwarancyjne i wynikające z rękojmi, polegające na usuwaniu wad w robotach budowlanych ujawniających się podczas biegu gwarancji lub rękojmi, nie stanowią już robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, podczas wykonywania których nadzór autorski ma być sprawowany,

Dlatego odwołujący wnosi o modyfikację przedmiotowej klauzuli.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 9 i pkt 14 petitum odwołania

Uzasadniając modyfikację klauzuli 8.1 i klauzuli 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu odwołujący wskazuje, że – stosownie do art. 28 ust. 1 Prawa budowlanego – roboty budowlane można rozpocząć na podstawie ostatecznego pozwolenia na budowę.

Ostateczne pozwolenie na budowę, uprawniające do rozpoczęcia robót, nie musi być natomiast prawomocne. Prawomocnym staje się po wyczerpaniu drogi sądowo-administracyjnej i jego utrzymaniu, albo w przypadku zaniechania wnoszenia przez strony odwołania od decyzji wydanej przez organ I instancji, bądź zaniechaniu wnoszeniu skarg do sądu administracyjnego po wyczerpaniu administracyjnego toku instancji.

Zgodnie z art. 28 ust. 2 Prawa budowlanego, stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę nie jest tylko inwestor, ale także właściciele, użytkownicy wieczystości lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu.

O ile, w hipotetycznej sytuacji, doszłoby do wniesienia skargi na decyzję o pozwoleniu na budowę obiektu objętego zamówieniem, wykonawca musiałby czekać, np. 2 lata, na zakończenie postępowania sądowo-administracyjnego, aby po jego stronie – na gruncie

umowy – powstało uprawnienie do rozpoczęcia robót, mimo że decyzja od dawna byłaby ostateczna, a zatem wykonalna.

Analogicznie, w zakresie klauzuli 14.3, wykonawca musiałby przez taki sam długi okres czekać na otrzymanie płatności za dokumentację projektową.

Odwołujący zwraca również uwagę, że w definicji zamieszczonej w klauzuli 1.1.6.13 desygnatem pojęcia „Pozwolenie na Budowę” jest ostateczna decyzja administracyjna.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 10 petitum odwołania

Odwołujący wnioskuje o zastąpienie pojęcia „Końcowy Protokół Odbioru” w klauzuli 9.5, które w innych postanowieniach Warunków Szczególnych Kontraktu, ani w Warunkach Ogólnych Kontraktu FIDIC nie występuje, przez „Świadcstwo Przejęcia”.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 11 petitum odwołania

Odwołujący wnioskuje, aby wystawienie Świadcstwa Przejęcia stanowiło początek biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi. Na mocy Świadcstwa Przejęcia wykonawca oddaje wybudowany obiekt zamawiającemu, a zamawiający go przejmuje.

Termin rękojmi, także w przypadku umów o dzieło (projektowanie) i umów o roboty budowlane biegnie od dnia wydania rzeczy (utworu, obiektu) kupującemu, co na gruncie FIDIC następuje na podstawie Świadcstwa Przejęcia (art. 656 § 1 Kc w zw. z art. 638 Kc z art. 568 Kc).

Podobnie w przypadku gwarancji jakości (art. 577 § 2 Kc).

Ze względu na powyższe odwołujący wnosi o modyfikację klauzuli 11.12 i klauzuli 11.13.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 13 petitum odwołania

Odnosnie do klauzul: 1.12, 8.7, 12.9 i 15.2, odwołujący wnioskuje o określenia limitu kar umownych z wszystkich tytułów. Brak tego limitu prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy, biorąc pod uwagę brak konieczności poniesienia i wykazania szkody w związku ze zdarzeniem uprawniającym do naliczenia kary umownej, a także biorąc pod uwagę, że żadne kary umowne na rzecz wykonawcy nie zostały przewidziane. Ponadto, brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z potencjalnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym rodzi istotne trudności w skalkulowaniu ceny.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 15 petitum odwołania

Warunki powstania po stronie zamawiającego obowiązku zapłaty zostały określone w sposób wybitnie uprzywilejowujący zamawiającego, natomiast rażąco krzywdzący dla

wykonawcy. Umowa nie przewiduje zaliczki, mimo że jest ona dopuszczalna na podstawie art. 151a Pzp, a jej udzielenie wskazane biorąc pod uwagę bardzo dużą wartość obiektu. Ponadto, nie dość że zamawiający nie planuje udzielenia zaliczki, to zamierza płacić za roboty wykonane w okresach kwartalnych, z zastosowaniem 63-dniowego terminu płatności biegnącego od dnia doręczenia faktury.

W ten sposób zamawiający narzuca wykonawcy obowiązek kredytowania Przedsięwzięcia o bardzo dużej wartości, co stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów.

Dlatego odwołujący wnioskuje o zmianę odpowiednich klauzul Warunków Szczególnych Kontraktu.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 16 petitum odwołania

Odwołujący wnioskuje o modyfikację klauzuli 14.16 lit. a, ponieważ w obecnym brzmieniu jest niezgodna z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

W art. 649² § 1 Kc wprowadzono zakaz umownego wyłączenia lub ograniczenia prawa wykonawcy do żądania ustanowienia gwarancji. Przepis ten ma charakter semiimperatywny, co oznacza, że wyklucza jedynie modyfikację regulacji kodeksowych w kierunku niekorzystnym dla wykonawcy. Dopuszczalne jest natomiast umowne poszerzenie zakresu uprawnień wykonawcy.

Z art. 649⁴ § 1 Kc wynika, że to wykonawca jest uprawniony do wyznaczenia terminu na uzyskanie od inwestora gwarancji zapłaty, przy czym termin ten nie może być krótszy niż 45 dni. Na podstawie omawianego przepisu wykonawca może zatem zażądać, aby gwarancja została mu zapewniona w ciągu 45 dni. Zamawiający przewiduje natomiast termin nie krótszy niż 180 dni, co czterokrotnie przekracza termin kodeksowy, a w konsekwencji stanowi niedopuszczalne ograniczenie prawa wykonawcy do żądania ustanowienia gwarancji.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 17 petitum odwołania

Odwołujący wnioskuje o zaniechanie przyznawania zamawiającemu prawa do odszkodowania uzupełniającego. Przyznanie zamawiającemu tego prawa przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy jakichkolwiek kar umownych, a w konsekwencji – odszkodowania uzupełniającego, jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulacie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki. W wyroku z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08) KIO stwierdza: „Jakkolwiek pozycja

zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 18 petitum odwołania

Odnosnie do klauzuli 16.1 odwołujący wnioskuje o przywrócenie akapitu czwartego wraz z lit. a i b, ponieważ jego skreślenie przez zamawiającego pozbawia wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, mimo że do zawieszenia Robót przez wykonawcę dochodzi z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Dokonane przez zamawiającego wykreślenie narusza zatem zasady odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, jak również zasady kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 20 petitum odwołania

Dokonana przez zamawiającego zmiana klauzuli 16.2, polegająca na skreśleniu lit. d, pozbawia wykonawcę prawa do rozwiązania Kontraktu w przypadku istotnego niedopełnienia przez zamawiającego zobowiązań kontraktowych. W ten sposób dochodzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy i naruszenia przez zamawiającego zasad kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych, z uwzględnieniem interesów obu stron.

Ad zarzutów sformułowanych w pkt 21 petitum odwołania

Dokonana przez zamawiającego zmiana klauzuli 17.6, polegająca na przywróceniu odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę w postaci utraconych korzyści, oraz wyłączeniu ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, jest sprzeczna z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego. Prowadzi ponadto do naruszenia art. 7 Pzp przez faktyczne ograniczenie dostępu do zamówienia przedsiębiorcom z państw zachodniej Europy, dla których brak limitów w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej jest nie do przyjęcia, jak również polskim wykonawcom, planującym wziąć udział w postępowaniu wspólnie z kooperantami zachodnimi, ze względu na ich wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny i ludzki umożliwiające wykonanie zamówienia

Uzasadniając zaskarżenie terminu wykonania zamówienia, który w pkt 8 specyfikacji został określony na 1160 dni od dnia podpisania umowy, odwołujący podnosi, iż wyznaczony przez zamawiającego termin jest niemożliwy do dotrzymania. Nie uwzględnia bowiem specyfiki zamówienia, ani nowatorskiego charakteru inwestycji. Zamawiający wyznaczając termin realizacji zamówienia nie uwzględnił również kompleksowego charakteru prac

powierzanych wykonawcy, które obejmują projektowanie, wykonanie robót budowlanych, dostawę urządzeń i ich uruchomienie, a w ramach poszczególnych etapów uzyskanie wymaganych decyzji administracyjnych.

Objęta zamówieniem spalarnia odpadów komunalnych jest pierwszą tego typu inwestycją w Polsce. W związku z tym konieczne jest posłużenie się technologiami oraz personelem zagranicznym posiadającym odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie w realizacji takich obiektów.

Odwołujący, po konsultacjach z potencjalnymi kooperantami zagranicznymi, stwierdza, że budowę tego typu obiektu można zrealizować najszybciej w ciągu 1600 dni.

05.09.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

06.09.2011 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

06.09.2011 r. wykonawca **SNC Lavalin** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

08.09.2011 r. wykonawca **Erbud SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

08.09.2011 r. wykonawca **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Hochtief Polska SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Warbud SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Babcock & Wilcom Volund AS Dania** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Energopol-Szczecin SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Odwołujący ogólnie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 Pzp. Jednak w żadnym wypadku odwołujący nie wykazał, że zamawiający nierówno traktował wykonawców, gdyż w przypadku specyfikacji jej postanowienia w takim samym zakresie dotyczą wszystkich wykonawców. Również istotne jest, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający z myślą o jakimś wykonawcy tworzył poszczególne postanowienia specyfikacji.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza ogólnie, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 7 Pzp i w dalszej części uzasadnienia skład orzekający Izby nie będzie odnosić się do tych przepisów.

Jednak każdorazowo odwołujący wskazywał na naruszenie przez zamawiającego również innych przepisów, a zwłaszcza art. 29 ust. 1 Pzp i przepisów Prawa budowlanego. Odwołujący oprócz przywołania uchybień w stosunku do tych przepisów także uzasadnił te zarzuty, dlatego Izba rozpatrzyła zarzuty jak niżej.

W ocenie składu orzekającego Izby sumaryczny zarzut, że zamawiający ukształtował treść specyfikacji, a zwłaszcza Warunków Szczególnych Kontraktu, w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, które odsyłają do przepisów Kodeksu cywilnego, a także z naruszeniem przepisów Prawa budowlanego oraz przedmiot zamówienia został opisany z naruszeniem art. 29 ust. 1 Pzp, który normuje dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności zamawiający opisał przedmiot zamówienia za

pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń – zasługuje na uwzględnienie zgodnie z poniżej scharakteryzowanymi zarzutami szczegółowymi.

W ocenie składu orzekającego Izby pierwszy zarzut, że w klauzuli 1.1.2.3 Warunków Szczególnych Kontraktu, w części obejmującej brzmienie »Zgodnie z Prawem Budowlanym wykonawca pełni funkcję „Projektanta” [...]«, nakładający na wykonawcę obowiązek niezgodny z przepisami art. 17 pkt 3 w zw. z art. 14 oraz art. 20 i art. 21 Prawa budowlanego, jak również przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42), z których wynika, że projektantem jest osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania w danej specjalności, wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego architektów, inżynierów budownictwa bądź urbanistów, podczas gdy w zasadzie wszyscy wykonawcy są osobami prawnymi, które funkcji projektanta, w rozumieniu Prawa budowlanego, pełnić nie mogą – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że projektantem w rozumieniu Prawa budowlanego (art. 17 pkt 3 oraz art. 14) może być tylko osoba fizyczna posiadająca odpowiednie uprawnienia. Dlatego zamawiający nie może wymagać, aby wykonawca był projektantem, gdyż to ograniczy w sposób nieuzasadniony krąg podmiotów mogących zostać wykonawcami. W tej samej klauzuli 1.1.2.3 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający wskazuje, że osoba wskazana przez wykonawcę pełni funkcję „Kierownika Budowy” i takie sformułowanie nie budzi kontrowersji.

Skład orzekający Izby stwierdza, że sformułowanie zawarte w klauzuli 1.1.2.3 odnośnie projektanta jest niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp. Postanowienie to stawia bardzo istotne wymaganie mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, gdyż wyłącza z grona podmiotów mogących być wykonawcami podmioty, które nie są osobami fizycznymi. Zamawiający nie bronił wykazanego stanowiska i w zasadzie przychylił się do uwzględnienia zarzutu stwierdzając, cyt. »w zakresie projektanta i wykonawcy [klauzula 1.1.2.3] nie powinna być tak brana pod uwagę bardzo szczegółowo, gdyż w normalnym obrocie prawnym wiadomo o kogo chodzi«.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp – przez sformułowanie w klauzuli 1.1.2.3 Warunków Szczególnych Kontraktu wymogów dotyczących wykonawcy i projektanta – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby drugi zarzut, że w klauzuli 1.10 Warunków Szczególnych Kontraktu, w części przewidującej przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do Dokumentów Wykonawcy zamawiający naruszył art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ wykonanie obowiązku umownego przez

wykonawcę jest nadmiernie utrudnione, jeśli w ogóle jest możliwe, biorąc pod uwagę rozległy zakres pojęcia „Dokumenty Wykonawcy” (klauzula 1.1.6.1), obejmujący także dokumentację technologiczną czy know-how, do których wykonawca może posiadać i przekazać zamawiającemu licencję, lecz nie – majątkowe prawa autorskie i w związku z tym nałożenie na wykonawcę omawianego obowiązku umownego następuje z przekroczeniem granic swobody umów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i sam zamawiający stwierdza które jego potrzeby i w jakim zakresie powinny zostać zaspokojone przez zawarcie umowy. Również zamawiający wie jakie kwoty może przeznaczyć na finansowanie zamówienia i w związku z tym może rozszerzać bądź zawęźać przedmiot zamówienia, m.in. w zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych lub udzielenia licencji. Nadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepisy prawa kwestionowanymi postanowieniami klauzuli 1.10. W związku z tym zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby trzeci zarzut odnośnie klauzuli 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu, w części zastrzegającej karę umowną na rzecz zamawiającego, wobec której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienie rażąco uprzywilejowuje zamawiającego przyznając mu prawo do kary umownej w wygórowanej wysokości, tj. 10% Ceny Kontraktowej, za jednorazowe naruszenie bezterminowego obowiązku zachowania poufności, a tym samym prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Klauzula 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczyła obowiązku zachowania w poufności szczegółów Kontraktu oraz informacji dotyczących jego realizacji. Zamawiający zastrzegł karę umowną – 10% Ceny Kontraktowej w przypadku, gdy wykonawca ujawni poufne szczegóły Kontraktu lub informacje dotyczące realizacji Kontraktu.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp. Mimo przywołania wyroku Sądu Najwyższego z 17 marca 1988 r. (IV CR 58/88), w którym Sąd uznał, że kara umowna nie może być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia, odwołujący nie dowiódł, że zamawiający ustanowił kwestionowaną wysokość kar umownych, aby kara stała się źródłem wzbogacenia, a nie bliższego związania stron.

Skład orzekający Izby stwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a w tym i sama umowa jest jawna, co wynika z art. 8 ust. 1 Pzp. W związku z tym nakładanie przez zamawiającego na wykonawcę, obowiązku zachowania poufności jest naruszeniem tego przepisu. Również postanowienia umowy o nakładaniu kar umownych za

naruszenie klauzuli poufności kontraktu nie mogą być uznane za realizację praw zamawiającego.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut bezzasadnego nałożenia na wykonawcę obowiązku zachowania poufności postanowień Kontraktu oraz informacji dotyczących jego realizacji – jest zasadny, gdyż zamawiający narusza zasadę jawności zawartą w art. 8 ust. 1 Pzp i nakazuje zamawiającemu usunięcie klauzuli 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu.

W ocenie składu orzekającego Izby czwarty zarzut odnośnie klauzuli 2.1 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej przekazania Terenu Budowy, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w postanowieniu zamawiający zaniechał określenia terminu, w jakim zamawiający jest zobowiązany do przekazania wykonawcy Terenu Budowy – zasługuje na uwzględnienie.

Klauzula 2.1 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczy m.in. prawa dostępu do placu (terenu) budowy. Zamawiający nie wskazał uzasadnienia pominięcia określenia terminu przekazaniu placu (terenu) budowy, natomiast dla wykonawcy jest istotne, że od terminu udostępnienia placu (terenu) budowy zależą inne terminy, np. termin wykonania zamówienia czy ustalenie terminu zwłoki w przejęciu placu budowy przez wykonawcę.

Brak określenia terminu przekazania Placu Budowy jest naruszeniem art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie uwzględnił wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty nie określając tak istotnego elementu w rozpoznawanym postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp natomiast odwołujący uzasadnił naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza słuszność zarzutu i nakazuje zamawiającemu określenie terminu przekazania placu budowy.

W ocenie składu orzekającego Izby piąty zarzut odnośnie klauzuli 2.1 w części określającej okoliczności pozbawiające wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, której odwołujący zarzuca naruszenie art. 471 Kc w zw. z art. 476 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienie pozbawia wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, w przypadku gdy zamawiający uchybił terminowi przekazania Terenu Budowy ze względu na opóźnienie wykonawcy i w ten sposób zamawiający obarcza wykonawcę negatywnymi konsekwencjami zdarzenia, za które wykonawca nie musi ponosić odpowiedzialności, tj. opóźnienia wykonawcy; kwestionowane postanowienie jest przejawem składania wszelkiego ryzyka na jedną stronę stosunku

obligacyjnego i obciążając wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie wykracza poza granice swobody umów – zasługuje na uwzględnienie.

Klauzula 2.1 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczy również pozbawienia wykonawcy prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku. Jednak zamawiający w czasie rozprawy deklarował, że nie przewiduje sankcji za opóźnienia wykonawcy tylko za jego zwłokę. Jednak kwestionowane postanowienia klauzuli 2.1 mogą mieć wpływ na sankcje ze względu na brak możliwości przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia Kosztu plus rozsądnego zysku, gdy zaistnieje opóźnienie spowodowane przesłankami opisywanymi w klauzuli 2.1. W związku z rozdziwieniem między zamierzeniami zamawiającego, a treścią specyfikacji występuje naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp gdyż zamawiający nie uwzględnił w specyfikacji wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto niezgodnie z art. 471 i art. 476 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp postanowienia klauzuli 2.1 przewidują sankcje za opóźnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp natomiast odwołujący uzasadnił naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 471 i art. 476 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza słuszność zarzutu i nakazuje dokonanie zmiany w klauzuli 2.1 Warunków Szczególnych Kontraktu zgodnie z art. 471 i art. 476 Kc.

W ocenie składu orzekającego Izby szósty zarzut dotyczący klauzuli 2.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienie przedłuża z 28 do 180 dni termin, w którym zamawiający ma złożyć wykonawcy dokumenty potwierdzające istnienie przygotowania finansowego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w klauzuli 2.4 Warunków Szczególnych Kontraktu termin 180 dni na złożenie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego o ile zawnioskuje o to wykonawca.

Skład orzekający Izby nie stwierdza, aby termin ten uwłaczał jakiemuś przepisowi prawa i odwołujący nie wskazał niezgodności tego terminu z jakimiś przepisami. Termin 180 dni na złożenie wykonawcy przez zamawiającego dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego może wydawać się nieuzasadnienie długi i niezgodny z interesem zamawiającego.

Wykonawca zwykle żąda od zamawiającego najpierw dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego, co nie generuje u zamawiającego żadnych kosztów. Jednak w przypadku braku pewności co do finansowania zamówienia przez zamawiającego

wynikłej z np. braku dostarczenia przez zamawiającego dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego, wykonawca może zażądać gwarancji zapłaty, którą zamawiający ma obowiązek złożyć wykonawcy w terminie nie krótszym niż 45 dni. Zazwyczaj przedstawienie takiej gwarancji wiąże się z poniesieniem dużych kosztów przez zamawiającego. Klauzula 2.4 ma na celu ochronę zamawiającego przed ponoszeniem zbędnych kosztów i dlatego klauzula ta jest w Warunkach Ogólnych Kontraktu FIDIC ustanowiona na tak krótki, 28-dniowy okres.

W przypadku tak długiego terminu na złożenie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego, wykonawca może zdecydować się na szybszą procedurę żądania gwarancji zapłaty. Jednak ustanowienie terminu na złożenie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego leży w gestii zamawiającego i w związku z tym, że zamawiający nie narusza przepisów prawa przez ustanowienie tak długiego terminu na przedstawienie tych dokumentów – zarzut nie może zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby siódmy zarzut odnośnie klauzuli 4.28 Warunków Szczególnych Kontraktu, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 47 Prawa budowlanego, gdyż klauzula 4.28 Warunków Szczególnych Kontraktu przenosi ewentualne zapewnienie wejścia na nieruchomości sąsiednią na wykonawcę, a jest to obowiązkiem inwestora, czyli zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Art. 47 ust. 1 Prawa budowlanego stanowi, cyt. »Jeżeli do wykonania prac przygotowawczych lub robót budowlanych jest niezbędne wejście do sąsiedniego budynku, lokalu lub na teren sąsiedniej nieruchomości, inwestor jest obowiązany przed rozpoczęciem robót uzyskać zgodę właściciela sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu (najemcy) na wejście oraz uzgodnić z nim przewidywany sposób, zakres i terminy korzystania z tych obiektów, a także ewentualną rekompensatę z tego tytułu«.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i Izba nakazuje zamawiającemu doprowadzenie klauzuli 4.28 Warunków Szczególnych Kontraktu do zgodności z przytaczanym art. 47 Prawa budowlanego.

W ocenie składu orzekającego Izby ósmy zarzut dotyczący klauzuli 5.1 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej obowiązku zapewnienia przez wykonawcę nadzoru autorskiego także w Okresie Zgłaszania Wad jest niezgodne z art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, z którego wynika, że sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego dotyczy etapu wykonywania robót budowlanych, a nie Okresu Zgłaszania Wad przypadającego po zakończeniu robót i przejściu obiektu przez zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

We wprowadzeniu do rozwinięcia w art. 20 ust. 1 Prawa budowlanego ustawodawca określił, że przepis ten odnosi się do podstawowych obowiązków projektanta. Jednocześnie odwołujący nie wskazał, że nie można nadzoru autorskiego rozszerzyć na okres zgłaszania wad. W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby dziewiąty zarzut odnośnie klauzuli 8.1 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej uprawomocnienia się Pozwolenia na Budowę, jako początku biegu proponowanego przez wykonawcę terminu rozpoczęcia robót budowlanych, co jest niezgodne z art. 28 ust. 1 Prawa budowlanego, z którego wynika, że prawo do rozpoczęcia robót budowlanych daje ostateczne (a nie – prawomocne) pozwolenie na budowę – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że cyt. »Jest to być może brak precyzji w postanowieniach kontraktowych, ale nie jest w żaden sposób sprzeczne z przepisami prawa, a szczególnie z art. 269 Kpa, czy innymi«. Jednak zamawiający tworząc specyfikację powinien działać w sposób szczególnie rozważny i brać przykład z zasad tworzenia prawa, gdzie regułą jest aby do tych samych pojęć stosować te same nazwy, a tym samym nazwom przyporządkowywać te same pojęcia. Skoro w klauzuli 1.1.6.13 Warunków Szczególnych Kontraktu użył nazwy »ostateczna« to w dalszych częściach powinien posługiwać się tą samą nazwą. Stosowanie różnego nazewnictwa do tych samych pojęć przez zamawiającego może mieć wpływ na sformułowanie oferty, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza zasadność zarzutu i nakazuje zamawiającemu ujednolicenia nazewnictwa w kwestionowanych miejscach specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby dziesiąty zarzut odnośnie klauzuli 9.5 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczący nazwy »Końcowy Protokół Odbioru«, której wykonawca stawia zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, przez posłużenie się pojęciem, które w innych postanowieniach Warunków Szczególnych Kontraktu, ani Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC nie występuje – zasługuje na uwzględnienie.

Jak to skład orzekający Izby stwierdził w zakresie zarzutu dziewiątego zamawiający tworząc specyfikację powinien działać w sposób szczególnie rozważny i do tych samych pojęć stosować te same nazwy, a tym samym nazwom przyporządkowywać te same pojęcia. Skoro wszędzie w specyfikacji używa nazwy »Świadectwo Przejęcia« to i w tej klauzuli powinien posługiwać się tą samą nazwą. Chyba, że zamawiający chciałby przekazać za pomocą innej nazwy jakąś szczególną treść, ale musiałby tę nazwę wytłumaczyć, na przykład za pomocą definicji, w samej specyfikacji. Stosowanie różnego nazewnictwa do

tych samych pojęć może mieć wpływ na sformułowanie oferty, co byłoby niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza zasadność zarzutu i nakazuje zamawiającemu ujednoczenia nazewnictwa w kwestionowanych miejscach specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby jedenasty zarzut – odnośnie klauzuli 11.12 i klauzuli 11.13 Warunków Szczególnych Kontraktu w części wskazującej wystawienie Świadectwa Wykonania jako początku biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi – naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, którego odpowiedzialność z powyższych tytułów ulega faktycznemu przedłużeniu i rozpoczyna się w trakcie eksploatacji obiektu, a nie z chwilą jego przejęcia przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach o roboty budowlane – zasługuje na uwzględnienie.

Klauzule 11.12. i 11.13 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowią, że bieg gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od daty wydania Świadectwa Wykonania.

W opinii odwołującego rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi za wady powinno następować od daty wydania Świadectwa Przejęcia, ponieważ to właśnie z chwilą wydania Świadectwa Przejęcia zamawiający przejmuje obiekt w użytkowanie. Podobnie stanowią przepisy art. 568 § 1 Kc (rękojmia) i art. 577 § 2 Kc (gwarancja).

Mimo możliwości rozszerzenia odpowiedzialności z tytułu rękojmi (art. 558 § 1 Kc), nie można stwierdzić, że rozszerzenie odnosi się do zdarzenia, od którego następuje rozpoczęcie biegu terminu rękojmi, ale do długości tego terminu. Podobnie art. 577 § 2 Kc stanowi o zdarzeniu, którego zaistnienie powoduje rozpoczęcie biegu terminu gwarancji. W przypadku rękojmi i gwarancji faktem tym jest wydanie rzeczy kupującemu [zamawiającemu].

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i skład orzekający Izby nakazuje zamawiającemu zmodyfikowanie postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu tak, aby stanowiły one, że bieg terminu rękojmi i gwarancji rozpoczyna się od wydania rzeczy zamawiającemu, zgodnie z art. 568 § 1 Kc (rękojmia) i art. 577 § 2 Kc (gwarancja), przy czym zamawiający zgodnie ze swoimi uprawnieniami może długość tego terminu ustalić zależnie od swoich potrzeb.

W ocenie składu orzekającego Izby dwunasty zarzut – dotyczący klauzuli 12.9 Warunków Szczególnych Kontraktu, naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia rażąco uprzywilejowują zamawiającego przyznając mu prawo do kar umownych w wygórowanej wysokości, a tym samym prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący stwierdził, że ukształtowanie treści wskazanego postanowienia stanowi w przekroczenie granic swobody umów. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp. Mimo przywołania wyroku Sądu Najwyższego z 17 marca 1988 r. (IV CR 58/88), w którym Sąd uznał, że kara umowna nie może być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia, odwołujący nie dowiódł, że zamawiający ustanowił kwestionowaną wysokość kar umownych, aby kara stała się źródłem wzbogacenia, a nie bliższego związania stron (co również skład orzekający Izby stwierdził w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu trzeciego).

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie przychyliła się do zarzutu.

W ocenie składu orzekającego Izby trzynasty zarzut dotyczący klauzul 1.12, 8.7, 12.9 i 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu, którym odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w Warunkach Szczególnych Kontraktu zaniechano określenia limitu kar umownych ze wszystkich tytułów, co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy, a ponadto brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy i ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów – nie zasługuje na uwzględnienie.

W klauzulach 1.12, 8.7, 12.9 i 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający zawarł postanowienia w zakresie kar umownych.

Zdaniem odwołującego wymienione postanowienia nie zawierają limitu łącznej wysokości kar umownych ze wszystkich tytułów, co prowadzi do uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych, a ponadto brak określenia limitu kar umownych ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy. Brak określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów.

Skład orzekający Izby stwierdza, podobnie jak w wyroku Izby z 31 sierpnia 2011 r. o sygnaturze KIO 1758/11, że w polskim prawie nie istnieją przepisy zakazujące stanowienia określonej wielkości kar umownych czy nakazujących wprowadzanie postanowień odnośnie górnego limitu sumarycznych kar umownych.

Podczas rozprawy zamawiający stwierdził, że cyt; »zamierza dzięki umowie ochronić się przed złym wykonaniem tak technologicznym np. nieosiągnięcie odpowiednich parametrów,

jak i terminowym«, a odwołujący nie dowiódł, że zamawiający ustanawiając postanowienia o karach umownych miał na celu co innego niż bliższe związanie ze sobą stron umowy.

Ustanowienie limitu kar umownych może dać wykonawcom lepszą możliwość precyzyjniejszego określenia ryzyk i dokładniejszego obliczenia ceny ofertowej. Skład orzekający Izby nie znajduje w przepisach prawa nakazu wprowadzenia postanowień dotyczących limitu kar umownych ani zakazu zawierania umów nie zawierających limitu takich kar. Odwołujący także nie wskazał takich przepisów, a jedynie powołał się na ogólne unormowania, które jednak nie mogą stanowić podstawy do wydania orzeczenia satysfakcjonującego w tym zakresie odwołującego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut dotyczący niewłaściwego naliczania kar umownych i naliczenia kar umownych w wygórowanej wysokości – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby czternasty zarzut odnośnie klauzuli 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej uprawomocnienia się pozwolenia na budowę jako przesłanki dokonania przez zamawiającego zapłaty na etapie projektowania, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w przypadku wniesienia skargi do WSA lub skargi kasacyjnej do NSA od pozwolenia na budowę, mimo że jest ostateczne, a w związku z tym umożliwia realizację robót budowlanych, płatność przez zamawiającego za Dokumentację Projektową ulegnie przesunięciu o kilkanaście miesięcy lub dłużej, mimo że roboty budowlane będą mogły być prowadzone, ponadto, zgodnie z definicją zamieszczoną w klauzuli 1.1.6.13 Warunków Szczególnych Kontraktu desygnatem pojęcia „Pozwolenie na Budowę” jest ostateczna decyzja administracyjna – wobec tego między poszczególnymi postanowieniami Warunków Szczególnych Kontraktu odnoszącymi się do zagadnienia pozwolenia na budowę zachodzą sprzeczności, które również uzasadniają postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez posługiwanie się przy opisie przedmiotu zamówienia niejasnymi i niekonsekwentnymi sformułowaniami – zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty wobec klauzuli 8.1 i klauzuli 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu, wskazał, że – stosownie do art. 28 ust. 1 Prawa budowlanego – roboty budowlane można rozpocząć na podstawie ostatecznego pozwolenia na budowę. Jednak ostateczne pozwolenie na budowę, uprawniające do rozpoczęcia robót, nie musi być prawomocne. Prawomocnym staje się po wyczerpaniu drogi sądowo-administracyjnej i jego utrzymaniu, albo w przypadku zaniechania wnoszenia przez strony odwołania od decyzji wydanej przez organ I instancji, bądź zaniechaniu wnoszeniu skarg do sądu administracyjnego po wyczerpaniu administracyjnego toku instancji. Ponadto zgodnie z art. 28 ust. 2 Prawa budowlanego, stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę nie

jest tylko inwestor, ale także właściciele, użytkownicy wierzności lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu. O ile, w hipotetycznej sytuacji, doszłoby do wniesienia skargi na decyzję o pozwoleniu na budowę obiektu objętego zamówieniem, wykonawca musiałby czekać, np. 2 lata, na zakończenie postępowania sądowno-administracyjnego, aby po jego stronie – na gruncie umowy – powstało uprawnienie do rozpoczęcia robót, mimo że decyzja od dawna byłaby ostateczna, a zatem wykonalna. Analogicznie, w zakresie klauzuli 14.3, wykonawca musiałby przez taki sam długi okres czekać na otrzymanie płatności za dokumentację projektową.

Odwołujący zwraca również uwagę, że w definicji zamieszczonej w klauzuli 1.1.6.13 desygnatem pojęcia „Pozwolenie na Budowę” jest ostateczna decyzja administracyjna.

Odwołujący podniósł również, że spór na gruncie tak ustanowionej klauzuli „ostateczny i prawomocny” może dla wykonawcy się zakończyć niekorzystnie.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że cyt. »Jest to być może brak precyzji w postanowieniach kontraktowych, ale nie jest w żaden sposób sprzeczne z przepisami prawa, a szczególnie z art. 269 Kpa, czy innymi« oraz, że cyt. »Argumentacja dotycząca klauzuli 8.1 decyzji ostatecznej i prawomocnej odnosi się również do klauzuli 14.3«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający tworząc specyfikację powinien działać w sposób szczególnie rozważny i brać przykład z zasad tworzenia prawa, gdzie regułą jest aby do tych samych pojęć stosować te same nazwy, a tym samym nazwom przyporządkowywać te same pojęcia. Skoro w klauzuli 1.1.6.13 użył nazwy »ostateczna« to w dalszych częściach powinien posługiwać się tą samą nazwą. Stosowanie różnego nazewnictwa do tych samych pojęć może mieć wpływ na sformułowanie oferty, co byłoby niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza zasadność zarzutu i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie precyzyjnego nazewnictwa w kwestionowanych miejscach specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby piętnasty zarzut dotyczący uchylonej klauzuli 14.2 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, przez co zamawiający wykluczył możliwość udzielenia zaliczki, klauzuli 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej wystawiania Przejściowych Świadectw Płatności po zakończeniu kwartału, oraz klauzuli 14.7 Warunków Szczególnych Kontraktu w części wyznaczającej 63-dniowy termin płatności, którym to działaniom zamawiającego odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ w wymienionych postanowieniach zamawiający ustanowił wybitnie niekorzystne dla wykonawcy terminy, z upływem których aktualizuje się po jego stronie prawo do otrzymania wynagrodzenia, a jednocześnie zamawiający wykluczył możliwość udzielenia zaliczki przez co zamawiający narzuca wykonawcy obowiązek

kredytowania przedsięwzięcia, co stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący stwierdził, że ukształtowanie treści wskazanych postanowień stanowi w przekroczenie granic swobody umów. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Ustawodawca uzależnił od decyzji zamawiającego udzielanie zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jednak ustawodawca nie zobligował zamawiającego do udzielania zaliczek, co wynika z treści art. 151a Pzp.

Zamawiający opisał tryb regulowania płatności w specyfikacji przed terminem składania ofert i w związku z tym wykonawcy mogą wziąć ten aspekt pod uwagę i odpowiednio obliczyć swoje koszty podczas wyliczania ceny ofertowej. Zamawiający nie naruszył swoim działaniem żadnego przepisu prawa ani odwołujący nie wskazał na naruszanego przepisu.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie przychyliła się do zarzutu.

W ocenie składu orzekającego Izby szesnasty zarzut – odnośnie klauzuli 14.16 lit. a Warunków Szczególnych Kontraktu, której odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 649⁴ § 1 Kc w zw. z art. 649² § 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ przewiduje co najmniej 180-dniowy termin na uzyskanie przez wykonawcę gwarancji zapłaty za roboty budowlane, co stanowi niedopuszczalne ograniczenie ustawowego prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie nie krótszym niż 45 dni – zasługuje na uwzględnienie.

W klauzuli 14.16 lit. a Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający wyznaczył wykonawcy termin do uzyskania gwarancji zapłaty jako nie krótszy niż 180 dni.

Zamawiający stwierdził do protokołu, że cyt. »postanowienie to nie wyłącza prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty od inwestora, a jedynie określa, w jaki sposób prawo to będzie mogło być wykonywane, gdyż gwarancja zapłaty będzie musiała być uzyskana w zamówieniu publicznym, którego uzyskanie wymaga swego czasu – wartość zamówienia ok. 500 000 milionów złotych i będą musiały być zachowane reżimy unijne«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że termin ustanowiony w art. 649⁴ Kc jest ustanowiony w interesie obu stron umowy. Nie naraża wykonawcy na zbyt długą niepewność, co do możliwości zapłaty zobowiązania pieniężnego przez zamawiającego, a również daje możliwość zamawiającemu odpowiedniego przeprowadzenia postępowania zgodnego z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Skład orzekający Izby wskazuje na jedną z wielu możliwości wywiązania się z obowiązku przedstawienia dokumentu w terminie 45 dni: Zamawiający, na podstawie art. 13 Pzp, może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścić na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, w tzw. „profilu nabywcy”, wstępne

ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych. Ogłoszenie to nie obliguje do wszczęcia zamówienia, ale w przypadku wszczęcia takiego zamówienia uprawnia zamawiającego, na podstawie art. 43 ust. 3 Pzp, do wyznaczenia terminu składania ofert na 22 dni od momentu publikacji ogłoszenia, czyli cała procedura może zmieścić się w 45 dniach wyznaczonych w art. 649⁴ Kc.

Wobec tego, przy zachowaniu należytej staranności, zamawiający jest w stanie dotrzymać 45 dniowego terminu, wyznaczonego w art. 649⁴ Kc, na złożenie wykonawcy gwarancji zapłaty i dlatego skład orzekający Izby uznaje zarzut za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby siedemnasty zarzut dotyczący klauzuli 1.12, klauzuli 8.7 i klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu, którym odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp ponieważ w wymienionych postanowieniach na rzecz zamawiającego zostało przyznane prawo do odszkodowania uzupełniającego, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy jakichkolwiek kar umownych, a w konsekwencji – odszkodowania uzupełniającego, co jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę kary umownej. Ponadto zgodnie z art. 359 § 1 Kc od zobowiązania pieniężnego należą się odsetki. W związku z tym zarzut pominięcia postanowień o karach umownych, które będzie można nałożyć na stronę obowiązującą wykonać zobowiązanie pieniężne jest bezzasadny. Ponadto żaden przepis prawa nie nakazuje ustanawiać w umowie postanowień dotyczących kar umownych czy odsetek.

Pominięcie zagadnienia kar umownych czy odsetek, które w razie zaistnienia jakichś zdarzeń, zdaniem składu orzekającego Izby nie narusza żadnego przepisu prawa ani odwołujący nie wskazał żadnego konkretnego przepisu, który zostałby takim pominięciem naruszony.

Odwołujący stwierdził, że pominięcie zagadnienia kar umownych, które należałoby nałożyć na zamawiającego stanowi naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia tego przepisu.

Ponadto przytoczony przez odwołującego wyrok z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08), w którym KIO stwierdza, że pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy

jest silniejsza, ale powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, lecz również interesy wykonawcy – jest zbyt ogólny i nie powoduje, że zamawiający jest obowiązany wprowadzać jakieś postanowienia np. dotyczące kar umownych czy odsetek.

Przytoczone postanowienia nie naruszają żadnych przepisów prawa ani odwołujący nie wskazał naruszenia jakichś konkretnych przepisów.

W związku z tym, że zamawiający nie naruszył żadnego przepisu ani odwołujący nie wskazał naruszenia przez zamawiającego konkretnego unormowania – skład orzekający Izby nie może uznać zasadności tego zarzutu.

W ocenie składu orzekającego Izby osiemnasty zarzut dotyczący klauzuli 16.1 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej skreślenia akapitu czwartego wraz z lit. a i b Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, czemu odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 471 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ zamawiający pozbawia wykonawcę prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycie Kosztu plus rozsądnego zysku, mimo że do zawieszenia Robót przez wykonawcę dochodzi z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, jak również zasadami kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający uchylił w klauzuli 16.1 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC postanowienia dotyczące prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycie Kosztu plus rozsądnego zysku, mimo że do opóźnienia wykonania Robót dochodzi z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jednak odwołujący nie wskazał przepisu, który nakazywałby zamawiającemu zawrzeć w umowie postanowienia dotyczące przyznania prawa do żądania przedłużenia Czasu na Wykonanie lub pokrycia kosztu powiększonego o rozsądny zysk, mimo że do opóźnienia wykonania robót dochodzi z przyczyn, o których mowa w rozpoznawanej klauzuli. Uchyleniem ostatniego akapitu w klauzuli 16.1 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC zamawiający nie uchylił możliwości stosowania art. 471 Kc.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby dziewiętnasty zarzut dotyczący klauzuli 16.2 w części dotyczącej lit. b w zw. z klauzulą 2.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, którym odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp ponieważ w wyniku ustanowienia nowych treści tych klauzul prawo wykonawcy do rozwiązania Kontraktu powstaje dopiero z upływem 222-dniowej zwłoki zamawiającego w

przekazaniu dokumentów potwierdzających istnienie przygotowania finansowego, co stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie przedstawił żadnego przepisu prawa, który zostałby naruszony przez wprowadzenie postanowienia zmodyfikowanej klauzuli 16.2 w lit. b Warunków Szczególnych Kontraktu, mimo że na podstawie wyliczeń odwołującego prawo wykonawcy do rozwiązania Kontraktu powstaje dopiero z upływem 222-dniowej zwłoki zamawiającego. Jednak w takim przypadku wykonawca może skorzystać wcześniej z innych możliwości przewidzianych prawem, co w efekcie może wpłynąć na zabezpieczenie interesów wykonawcy, chociaż przy poniesieniu wyższych czy zbytecznych kosztów przez zamawiającego.

Również w tym przypadku skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby dwudziesty zarzut dotyczący klauzuli 16.2 Warunków Szczególnych Kontraktu w części dotyczącej skreślenia lit. d, wobec czego odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp ponieważ zamawiający pozbawia wykonawcę prawa do rozwiązania Kontraktu w przypadku istotnego niedopełnienia przez zamawiającego zobowiązań kontraktowych, co prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy i naruszenia przez zamawiającego zasad kształtowania treści wzajemnych umów obligacyjnych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie przedstawił żadnego przepisu prawa, który zostałby naruszony przez wprowadzenie postanowienia zmodyfikowanej klauzuli 16.2 w lit. d Warunków Szczególnych Kontraktu.

Również w tym przypadku skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.

Zamawiający stwierdził, że gdyby nie zawarł klauzuli 16.2 Warunków Szczególnych Kontraktu nie naruszyłby żadnego przepisu prawa. Przedstawienie dowodów zagwarantowania finansowego jest roszczeniem kontraktowym, a bez względu na te dowody, dłużnik odpowiada za swoją zdolność płatniczą.

Nie można wykluczyć, że umowa zawarta zgodnie ze zmodyfikowanymi propozycjami zamawiającego przyniesie dla niego większe obciążenie finansowe, gdyż wykonawca będzie musiał sobie wliczyć do ceny ofertowej więcej ryzyk, jednak jest to autonomiczna decyzja zamawiającego, która nie narusza żadnych przepisów prawa.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby dwudziesty pierwszy zarzut dotyczący klauzuli 17.6 Warunków Szczególnych Kontraktu uchylającej klauzulę 17.6 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, czemu odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ przywrócenie odpowiedzialności odszkodowawczej za szkodę w postaci utraconych korzyści, oraz wyłączenie ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego do Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego. Prowadzi to ponadto do naruszenia art. 7 Pzp przez faktyczne ograniczenie dostępu do zamówienia przedsiębiorcom zagranicznym, dla których brak limitów w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej jest nie do przyjęcia, jak również polskim wykonawcom, planującym wziąć udział w postępowaniu wspólnie z kooperantami zachodnimi, ze względu na ich wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny i ludzki umożliwiające wykonanie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie przedstawił żadnego przepisu prawa, który zostałby naruszony przez uchylenie postanowienia klauzuli 17.6 Warunków Ogólnych Kontraktu.

Również w tym przypadku skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp ani art. 7 Pzp.

Nie można wykluczyć, że umowa zawarta zgodnie ze zmodyfikowanymi propozycjami zamawiającego spowoduje, że wykonawca wliczy do ceny ofertowej więcej ryzyk, a wielu wykonawców może odstąpić od zamiaru złożenia ofert, jednak jest to autonomiczna decyzja zamawiającego, która nie narusza żadnych przepisów prawa.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca, że ust. 8 specyfikacji, który odpowiada treści sekcji VI.3.2 Ogłoszenia, dotyczący terminu wykonania zamówienia określonego na 1.160 dni [38,7 miesiąca] od dnia podpisania umowy – narusza art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sekcji VI.3.2 ogłoszenia o zamówieniu i w ust. 8 na str. 7 specyfikacji ustanowił termin wykonania zamówienia na 1.160 dni [38,7 miesiąca] i zamawiający powiększył ten termin o 180 dni [6 miesięcy] okresu zgłaszania wad.

Z oświadczeń i dowodów przedstawionych na rozprawie wynika, że zamówienie opiewa na niespotykany w Polsce przedmiot zamówienia. Również z porównań do innych tego typu inwestycji wynika, że zamawiający stawiając wymóg terminu wykonania wziął pod uwagę tylko bardzo optymistyczne wykazania na innych przetargach, ale przedstawianie w innym zakresie niż przedmiot zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu.

Nie można przewidzieć z należytą dozą pewności postępu technologicznego i zdolności organizacyjnych wykonawców, które mogą doprowadzić do wykonania przedmiotu zamówienia w terminach innych niż wynikających z dotychczasowych doświadczeń. Jednak, jak wynika z przedstawionych doświadczeń europejskich, a w tym z doświadczeń wykonawców uczestniczących w rozpoznawanym odwołaniu, zamawiający nie miał podstaw do bezwzględnego ustanawiania tak krótkiego terminu wykonania przedmiotu zamówienia, wynoszącego tylko 1.160 dni [38,7 miesiąca].

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający ma określić termin wykonania zamówienia. Jednak termin ten nie może być przyjęty przez zamawiającego dowolnie bez powiązania z możliwościami realizacyjnymi wykonawców. Powoływanie się przez zamawiającego na same wyroki nie zwiększy możliwości wykonawczych podmiotów, a zamawiający powołał się tylko na orzecznictwo i nie przedstawił żadnych argumentów na obronę swojego stanowiska, że ustanowiony termin 1.160 dni [38,7 miesiąca] jest właściwie ustalony na podstawie znajomości technologii, możliwości zapotrzebowań i wytworzenia specjalistycznych urządzeń, których zamówienia jest konieczne aby wykonać przedmiot zamówienia. Również zamawiający nie wziął pod uwagę terminów koniecznych do uzyskania niezbędnych decyzji organów administracji.

Samo przewidzenie wielu sytuacji niesprzyjających terminowemu wykonaniu zamówienia i dozwolenie na wydłużenie czasu na ukończenie zamówienia (umożliwienia wydłużenia czasu na ukończenie w 7 klauzulach: 4.7, 4.12, 4.24, 7.4, 8.4, 8.5 i 8.9) ze względu na zdarzenia niezależne od wykonawcy nie zastąpi analizy możliwości wykonania zamówienia w określonym terminie i tej analizy zamawiający nie przedstawił. Odwołujący i przystępujący uprawdopodobnili, że żaden podmiot nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie uprawdopodobnił w należyтым zakresie, że jakkolwiek podmiot jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w wymaganym terminie 1.160 dni [38,7 miesiąca]. Zamawiający tylko stwierdził, że cyt. »zdaniem zamawiającego jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 1.160 dni [38,7 miesiąca]«.

Także w tym przypadku skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp ani art. 7 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 41 pkt 6 Pzp przez ustanowienie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....