

Sygn. akt: KIO 1691/12

KIO 1704/12

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko
Agata Mikołajczyk
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Paulina Nowicka

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 7 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin,**

B. w dniu 9 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin**

przy udziale:

A. wykonawcy **Trakcja-Tiltra S.A., ul. Złota 59 XVIII p., 00-120 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1691/12 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1691/12 po stronie odwołującego,

C. wykonawcy **EUROVIA POLSKA S.A., ul. Szwedzka 5 Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1691/12 po stronie odwołującego,

D. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1691/12 i KIO 1704/12 po stronie odwołującego,

E. wykonawcy **ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1691/12 i KIO 1704/12 po stronie odwołującego,

F. wykonawcy **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1704/12 po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu Gminie Miastu Szczecin dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:**
 - 1.1. zmianę w Rozdziale V SIWZ treści pkt 2 ppkt 2) a) przez wprowadzenie następującego postanowienia: „dwie prace podobne polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o łącznej długości minimum 1000 m”;**
 - 1.2. wykreślenie w Rozdziale V SIWZ treści pkt 2 ppkt 2) lit. d) oraz wprowadzenie nowej treści w Rozdziale V SIWZ punkt 2 ppkt 3e) litera b) w postaci: „Nie mniej niż 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót dla robót konstrukcyjno-budowlanych w tym nie mniej niż 2 letnie doświadczenie przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków”;**
 - 1.3. zmianę w Rozdziale VIII SIWZ treści pkt 7 ppkt 1 lit. c) w następujący sposób: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”;**
 - 1.4. zmianę w Rozdziale X SIWZ treści pkt 2 ppkt 5 lit. j) w następujący sposób: „Koszty zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji, w oparciu o cenę wozokilometra tj. 6,51 zł brutto za jeden kilometr zastępczej komunikacji autobusowej w bieżącym roku, w kolejnych latach stawka ta może wzrosnąć w zależności od wzrostu m.in. ceny paliwa i podatków, zgodnie z pismem ZDiTM, znak: TP.MS.0607-2362/124/12 z dnia 17.08.2012 r. (Załącznik nr 20 do SIWZ)”;**
 - 1.5. zmianę w Rozdziale XV SIWZ treści pkt 9 ppkt 11) w następujący sposób: „Zamawiający przekaze cały plac budowy po podpisaniu umowy, z tym, że plac budowy objęty działką nr 10 i 5/3 z obrębu 4047 Zamawiający przekaze w terminie do końca czerwca 2013 r. Taka sytuacja nie może powodować dodatkowych roszczeń finansowych i czasowych u wykonawcy.” oraz w wyniku nakazanej powyżej zmiany SIWZ dokonanie stosownej modyfikacji § 6 Załącznika nr 7 do SIWZ „Umowa o roboty budowlane” i Subklauzuli 2.1 Załącznika nr 8 do SIWZ „Warunki Szczególne Kontraktu”;**

- 1.6. zmianę § 51 Załącznika nr 7 do SIWZ „Umowa o roboty budowlane” w następujący sposób: „Jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykraczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, Wykonawca może żądać podwyższonego wynagrodzenia w oparciu o art. 630 kc. Wypłata podwyższonego wynagrodzenia nastąpi po rozliczeniu końcowym zadania.”;
- 1.7. zmianę treści Subklauzuli 1.7 Załącznika nr 8 do SIWZ „Warunki Szczególne Kontraktu” przez przyjęcie jej treści zgodnie z Warunkami Ogólnymi FIDIC;
- 1.8. zmianę treści Subklauzuli 3.1 Załącznika nr 8 do SIWZ „Warunki Szczególne Kontraktu” przez usunięcie postanowienia: „Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w swoich działaniach czas na uzyskanie uzgodnień Inżyniera z Zamawiającym i nie może rościć z tego tytułu prawa do zmiany czasu na ukończenie, chyba że czas na uzgodnienie zmiany jest dłuższy niż 28 dni.”;
- 1.9. zmianę treści ostatniego akapitu Subklauzuli 4.1 Załącznika nr 8 do SIWZ „Warunki Szczególne Kontraktu” w następujący sposób:

„Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie szkody, bez względu na ich przyczynę, jakie powstaną w toku lub przy okazji realizacji Kontraktu, a które dotyczyć będą nawierzchni drogowych, rowów melioracyjnych, sieci uzbrojenia technicznego lub innych obiektów i urządzeń budowlanych znajdujących się na Placu Budowy oraz w jego sąsiedztwie.

Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia na własny koszt i ryzyko szkód, o jakich mowa powyżej oraz przeprowadzenia dalszych prac naprawczych poleconych przez Inżyniera, chyba że Wykonawca wykaże, że nie są to szkody powstałe w toku lub przy okazji wykonywanych przez niego robót budowlanych.”;

- 1.10. zmianę treści Subklauzuli 4.10 Załącznika nr 8 do SIWZ „Warunki Szczególne Kontraktu” przez doprecyzowanie określenia „pozostałe dane”;
- 1.11. doprecyzowanie Subklauzuli 7.9 Załącznika nr 8 do SIWZ „Warunki Szczególne Kontraktu” przez wskazanie lokalizacji składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością Zamawiającego;
- 1.12. zmianę treści Załącznika nr 10 do SIWZ „Wykaz dokumentacji projektowej” pkt 1.2. Projektu Budowlane, Etap I b w następujący sposób:

„TOM 3 Projekt budowlano-wykonawczy:

- Przesunięcie budynku przy ulicy Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie

• **Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Przesunięcie Budynku.**”

oraz w konsekwencji dokonanie modyfikacji Załącznika nr 9 do SIWZ Projektu budowlano-wykonawczego przez wprowadzenie zapisu: „Przesunięcie budynku przy ulicy Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie” oraz zmianę Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Przesunięcia Budynku;

- 1.13. przywrócenie treści Subklauzuli 1.1.4.3 Warunków Ogólnych FIDIC oraz Subklauzul 1.9 oraz 4.7 Warunków Ogólnych FIDIC w brzmieniu: „(b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej”;
- 1.14. modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, kiedy ww. zmiany SIWZ prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do dyspozycji art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin** i :

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** oraz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin** kwotę **48 028 zł 07 gr** (słownie: czterdzieści osiem tysięcy dwadzieścia osiem złotych siedem groszy) w tym:
 - A. kwotę **24 087 zł 07 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemdziesiąt siedem złotych siedem groszy) na rzecz **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby,
 - B. kwotę **23 941 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset czterdzieści jeden złotych zero groszy) na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby oraz noclegu.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1691/12

KIO 1704/12

Uzasadnienie

Gmina Miasto Szczecin (dalej: „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę „Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2012 r. pod pozycją 2012/S 144-240562.

Sprawa o sygn. akt KIO 1691/12:

W postępowaniu tym wykonawca Energopol-Szczecin S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Energopol-Szczecin S.A. zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia kosztów „zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji” (m.in. Rozdział X pkt 2 ppkt 5) lit. j SIWZ, § 4 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane oraz Subklauzula 4.1 punkt (e) Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu),
- 2) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję opisanie przedmiotu zamówienia przejawiające się obowiązkiem wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie, i co się z tym wiąże, wykonanie projektu technicznego (określającego szczegółowo technologię i technikę przemieszczenia budynku), ekspertyzę techniczną (jeżeli będzie potrzebna) i uzyskanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków (m.in. pkt II. 1.5 ppkt 4) ogłoszenia o zamówieniu, § 5 ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane, Rozdział XV pkt 5 ppkt 6 SIWZ),

- 3) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję opisanie przedmiotu zamówienia w postaci wprowadzenia przez zamawiającego zastrzeżenia dotyczącego możliwości częściowego przekazywania Placu Budowy oraz narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb związanych z realizacją inwestycji (m.in. § 6 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane, Subklauzula 2.1 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu),
- 4) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1 - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z brakiem wskazania lokalizacji składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością zamawiającego (Subklauzula 7.9 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu),
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez niejasne określenie sposobu rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, tj. nie wiadomo czy będzie to jednorazowa płatność, czy też zamawiający przewiduje płatności częściowe oraz końcową, a jeżeli intencją zamawiającego jest tylko jedna płatność końcowa, to uznanie takiego sposobu rozliczenia wynagrodzenia za niedopuszczalne (§ 25 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane, Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu, Rozdział XV pkt 11 SIWZ),
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹, 647 1 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez wymóg w przypadku korzystania z podwykonawców przedstawienia do propozycji umowy lub umowy

z podwykonawcą - gwarancji bankowej (lub jej promesy) zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do zamawiającego o taką płatność, które to żądanie należy uznać za bezpodstawne (m.in. § 34 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane),

- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹ i 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z wprowadzeniem przez zamawiającego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy oraz za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie rękojmi za wady, oraz wobec zaniechania przez zamawiającego wprowadzenia do Umowy o Roboty Budowlane postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (np. za przerwę w realizacji Robót powstałą z winy Wykonawcy powyżej 21 dni, za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania) - w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy (§ 39 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane), oraz zaniechaniem wprowadzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia czy szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, oraz prowadzenie robót w sposób, który zapewni niepowodowanie tam jakiegokolwiek zakłóceń czy szkód (Subklauzula 4.25 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu),
- 9) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, 353¹, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności

za prowadzenie robót w sposób zapewniający zabezpieczenie istniejącego uzbrojenia (m.in. Rozdział XV pkt 6 ppkt 2 SIWZ),

- 10) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹, 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z narzuceniem 14-dniowego terminu liczonego od daty przekazania placu budowy na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych (m.in. Rozdział XV pkt 9 SIWZ, Subklauzula 8.3 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu),
- 11) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹ i 629 i 630 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z wprowadzeniem obowiązku ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie (podwyższone wynagrodzenie) w przypadku przekroczenia ilościowego prac opisanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (m.in. § 51 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane),
- 12) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z modyfikacją postanowień Subklauzuli 1.7 w stosunku do brzmienia wynikającego z warunków kontraktowych FIDIC, i uzależnieniu cesji wierzytelności, która mogłaby być dokonana na rzecz banku - od zgody zamawiającego,
- 13) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z wyłączeniem w Warunkach Szczególnych Subklauzul 1.1.4.3, 1.9 i 4.7 - dotyczących zapłaty wykonawcy ewentualnego kosztu, jaki poniósł on w związku z np. opóźnieniem w przekazaniu rysunków koniecznych do realizacji

umowy, czy też błędów w wytyczeniach w dokumentach przekazanych przez zamawiającego,

- 14) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez wykreślenie Subklauzuli 13.8 w Warunkach Szczególnych i tym samym zaniechanie wprowadzenia możliwości indeksacji czy też waloryzacji cen (m.in. § 17 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane),
- 15) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) a) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) a) SIWZ, w następujący sposób: „- warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum: dwie prace podobne polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o długości minimum 500 m, każda praca” - w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 16) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) d) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) d) SIWZ, w następujący sposób: „warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum: jedną pracę podobną polegającą na zmianie lokalizacji obiektu budowlanego kubaturowego poprzez jego przesunięcie.” - w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 17) art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się żądaniem od wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom - w postaci opisu rozwiązań równoważnych - jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie (m.in. Rozdział V pkt 8 SIWZ, Rozdział XV pkt 15 SIWZ, pkt VI.3.1.b Ogłoszenia o zamówieniu).

Energopol-Szczecin S.A. wniosła o nakazanie zamawiającemu:

- 1) aby wyłączył z obowiązków wykonawcy ponoszenie kosztów „Zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji”, ewentualnie, aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie,
- 2) aby wyłączył z zakresu przedmiotu zamówienia przesunięcie budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie i co się z tym wiąże, wykonania projektu technicznego (określającego szczegółowo technologię i technikę przemieszczenia budynku) ekspertyzę techniczną (jeżeli będzie potrzebna) i uzyskanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków, ewentualnie przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który pozwoli wykonawcom na rzetelne przygotowanie oferty w tym zakresie, poprzez m.in. przygotowanie opisu stanu technicznego tego obiektu,
- 3) aby zmienił postanowienia warunków przetargowych (opisanych m.in. w Załączniku nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane i Załączniku nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu) w taki sposób, aby Plac Budowy został przekazany w całości, ewentualnie, jeżeli miałby on być przekazywany częściowo, wskazanie przez zamawiającego już na etapie postępowania przetargowego harmonogramu opisującego sposób i terminy jego przekazywania, oraz nakazanie zamawiającemu, aby ten wskazał w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia już na etapie postępowania przetargowego kolejność prowadzenia robót,
- 4) aby wskazał lokalizację składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością zamawiającego,
- 5) aby wyraźnie opisał w SIWZ, Załączniku nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane oraz Załączniku nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu, sposób (ilość) płatności za wykonane prace, a jeżeli intencją zamawiającego była jedna płatność, to nakazanie zamawiającemu wprowadzenia przynajmniej 8 płatności częściowych wynagrodzenia (w tym płatności końcowej) za wykonane roboty budowlane,
- 6) aby wykreślił z § 34 ust. 3 Załączniku nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane - obowiązek przedstawienia do propozycji umowy lub umowy z podwykonawcą - gwarancji bankowej (lub jej promesy) zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do zamawiającego o taką płatność, i zastąpienie tej formy zabezpieczenia ewentualnym przelewem wierzytelności świadczenia pieniężnego (wynagrodzenia) przysługującej wykonawcy w stosunku do zamawiającego na rzecz podwykonawcy,
- 7) aby zastąpił w § 39 Załączniku nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane termin „opóźnienie” (wszędzie tam, gdzie występuje) - terminem „zwłoka”, oraz wprowadził postanowienia dotyczące anulowania tzw. kar umownych pośrednich (np. za przerwę w

realizacji Robót powstałych z winy wykonawcy powyżej 21 dni, za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania) w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy, oraz aby wprowadził karę umowną w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

- 8) aby zmienił postanowienia Subklauzuli 4.25 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu w taki sposób, aby odpowiedzialność wykonawcy za zakłócenia czy szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi dotyczyła tylko i wyłącznie okoliczności, kiedy wykonawca wyrządził faktyczną szkodę, a zakłócenie wynikało ponad przeciętną miarę, oraz ewentualnie nakazanie zamawiającemu szczegółowego opisanie norm, za przekroczenie których wykonawca może ponosić ewentualną odpowiedzialność wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy,
- 9) aby zmienił postanowienia m.in. Rozdziału XV pkt 6 ppkt 2 SIWZ w taki sposób, aby odpowiedzialność wykonawcy do zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia ograniczała się tylko do takich elementów uzbrojenia, które były uwidocznione na dokumentach przekazanych przez zamawiającego, ewentualnie dokumentach powszechnie dostępnych,
- 10) aby m.in. w Rozdziale XV pkt 9 SIWZ oraz Subklauzuli 8.3 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu przywrócił 28-dniowy termin na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych,
- 11) wykreślenia w § 51 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane postanowień dotyczących możliwości ubiegania się przez wykonawcę o wypłatę podwyższonego wynagrodzenia w przypadku, gdy w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykraczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych i wprowadzenie wyraźnych postanowień, że rozliczenie nastąpi na podstawie obmiarów i faktycznych ilości wykonanych prac, zgodnie z cenami jednostkowymi wskazanymi w Tabeli Elementów Rozliczeniowych,
- 12) przywrócenia w Subklauzuli 1.7 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu ppkt (b) o treści: każda Strona może scedować swoje prawa do płatności należnych lub mających stać się należne z tytułu Kontraktu jako zabezpieczenie na rzecz banku lub innej instytucji finansowej,
- 13) przywrócenia Subklauzuli 1.1.4.3 dotyczącej Kosztu oraz przywrócenie w Subklauzulach 1.9 i 4.7 możliwości ubiegania się przez Wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności w tych Subklauzulach opisanych - zapłaty za taki Koszt,
- 14) aby wprowadził do Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu Subklauzulę 13.8, w której wskaże postanowienia dotyczące indeksowania czy też waloryzowania

cen z oferty wykonawcy np. o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych Prezesa GUS,

- 15) zmiany sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) a) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) a) SIWZ na następujący sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu: „warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum: dwie prace podobne polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o łącznej długości minimum 1000 m”,
- 16) zmiany sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) d) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) d) SIWZ - poprzez jego wykreślenie zarówno z ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ,
- 17) wykreślenia opisanego m.in. w Rozdziale V pkt 8 SIWZ, Rozdziale XV pkt 15 SIWZ oraz pkt VI.3.1.b Ogłoszenia o zamówieniu - obowiązku przedłożenia do oferty opisu rozwiązań równoważnych, i wprowadzeniu postanowień, na podstawie których wykonawca dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie miał obowiązek przedłożenia opisu rozwiązań równoważnych jeżeli będzie chciał takowe wprowadzić.

Ponadto Energopol-Szczecin S.A. wniosła o:

- 18) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie,
- 19) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Energopol-Szczecin S.A. wskazała:

Ad. 1.

W ocenie Energopol-Szczecin S.A., przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów wynikających ze „Zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji” należy uznać za nieuzasadnione. Takie zachowanie nie pozwala wykonawcom na należyte przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Należy zauważyć, że koszt zorganizowania komunikacji to również element cenotwórczy mający wpływ na wysokość ceny oferty. Żeby jednak wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę w tym zakresie, potrzebne są od zamawiającego szczegółowe informacje dotyczące m.in. ceny wozokilometra, przygotowanie pewnych wytycznych dotyczących ilości wozokilometrów, opisanie co zamawiający rozumie pod pojęciem

„zwiększonej pracy przewozowej” itp. Brak tych informacji nie pozwala na należyte przygotowanie oferty w tym zakresie, co przekłada się również na późniejszą porównywalność i ocenę tych ofert. Dlatego też należy się opowiedzieć, zdaniem Energopol-Szczecin S.A., za wyłączeniem z zakresu obowiązków wykonawcy ponoszenia kosztów związanych ze „zwiększoną pracą przewozową oraz wozokilometrami, wynikającymi ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji”. Tylko taka okoliczność pozwoli bowiem wykonawcom rzetelnie przygotować ofertę w zakresie faktycznych obowiązków, jakie powinny spoczywać na wykonawcy. Ewentualnie Energopol-Szczecin S.A. wskazała, że jeżeli powyższy koszt miałby jednak obciążać wykonawców, to zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, czyli poprzez wskazanie np. cen dodatkowych wozokilometrów, założeń dotyczących ilości wozokilometrów itp. Brak takiego opisu nie pozwala wykonawcom na rzetelne przygotowanie oferty, a należy się opowiedzieć za stanowiskiem, że wręcz uniemożliwia jej przygotowanie.

Ad. 2.

Energopol-Szczecin S.A. wskazała, że z zakresu przedmiotu zamówienia winien zostać wykreślony obowiązek wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie, i co się z tym wiąże, wykonanie projektu technicznego (określającego szczegółowo technologię i technikę przemieszczenia budynku) ekspertyzę techniczną (jeżeli będzie potrzebna) i uzyskanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków. Energopol-Szczecin S.A. zauważyła, że sam zamawiający wskazuje m.in. w Załączniku nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu (Subklauzula 13.3) na okoliczność braku możliwości zmiany lokalizacji budynku zgodnie z załączoną dokumentacją. Tym samym, zamawiający przewiduje taką ewentualność. Jeżeli zatem taka ewentualność jest przewidywana już na etapie postępowania przetargowego, to ta część zamówienia powinna być już na tym etapie postępowania usunięta z zakresu robót do wykonania. Przesunięcie budynku nie jest bowiem typową charakterystyczną czynnością, którą zajmują się wykonawcy zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia. W ogóle tego typu czynności należą do rzadkości na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i poza jej granicami. Wymóg wykonania takiej czynności warunkuje udział wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, zajmujących się na co dzień budową torowisk i infrastruktury towarzyszącej ze względu na obowiązek dokonania przesunięcia budynku mieszkalnego (niewielkiego fragmentu w całości zakresu przedmiotu inwestycji do wykonania) - na konieczność zawiązania konsorcjum lub też udziału w innej formie podmiotu specjalizującego się w tego typu pracach. Choć liczba takich podmiotów oraz ilość wykonanych w ostatnich latach takich przesunięć jest wręcz znikoma. Z ostrożności Energopol-Szczecin S.A. wskazała, że jeżeli obowiązek wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego

przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie jednak zostałby zachowany, to w takiej sytuacji należy wskazać, że dokumentacja, jaką przedstawił w niniejszym postępowaniu przetargowym zamawiający, całkowicie uniemożliwia przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Wykonawcy nie dysponują w ogóle np. szczegółowymi informacjami na temat stanu technicznego tego budynku, gruntów itp., co ma bardzo istotne znaczenie przy opracowaniu ewentualnej technologii jego przesunięcia, co z kolei przekłada się na cenę oferty.

Ad. 3.

Brak jednoczesnego przekazania Placu Budowy oraz zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb zamawiającego Energopol-Szczecin S.A. oceniła w kategorii okoliczności, które stwarzają stan wysokiej niepewności, który przekłada się na brak możliwości rzetelnego przygotowania ceny ofertowej. Przedmiot zamówienia nie jest bowiem wykonywany w jednym miejscu, ale teren budowy jest rozciągnięty na obszarze o długości kilku kilometrów. Stąd na etapie przygotowania oferty wykonawca musi wiedzieć, w jaki sposób zorganizować pod względem technicznym i organizacyjnym budowę, co z kolei przekłada się na jego ofertę cenową. Konieczna do tego (jeżeli przewiduje się częściowe przekazywanie dostępu do Terenu Budowy oraz możliwość narzucenia kolejności wykonywanych robót), jest jednak informacja od zamawiającego dotycząca harmonogramu przekazywania dostępu do Placu Budowy oraz kolejność prowadzenia robót. Brak tych informacji sprawia, że wykonawca nie jest w stanie przygotować oferty w sposób obiektywny, przekłada się to w dalszej kolejności na porównywalność złożonych ofert. Przy takim bowiem przekazie zamawiającego, wykonawcy mogą tylko snuć przypuszczenia co do sposobu przekazywania Placu Budowy oraz kolejności robót do wykonania, a tego typu okoliczności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie powinny mieć miejsca.

Ad. 4.

Brak wskazania lokalizacji składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością zamawiającego również sprawia, że wykonawcy nie są w stanie rzetelnie przygotować oferty cenowej.

Ad. 5.

Zamawiający zawarł w SIWZ oraz załącznikach do niej bardzo niejednoznaczne postanowienia dotyczące rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. W jednym bowiem miejscu wskazuje, że „Rozliczenie umowy nastąpi po wystawieniu Ostatecznego Świadectwa Płatności. Podstawą płatności będzie jedna faktura wystawiona przez Wykonawcę po otrzymaniu Ostatecznego Świadectwa Płatności zatwierdzonego przez Zamawiającego.” (np. Rozdział XV pkt 11 SIWZ). Z kolei w Załączniku nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu (np. Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7) jest mowa o Przejściowych Świadectwach

Płatności, co sugerowałoby, że zamawiający jednak przewiduje częściowe płatności. Wobec braku jednoznacznego wskazania w tej kwestii, uzasadnione jest doprecyzowanie sposobu płatności przez zamawiającego. Energopol-Szczecin S.A. zauważyła, że zupełnie inaczej przedstawia się cena ofertowa w sytuacji, gdy wykonawca musi niejako w całości skredytować całą inwestycję, a inaczej, gdy tylko częściowo. Wiąże się to z kosztami kredytu. Niezależnie jednak od powyższego, jeżeli intencją zamawiającego jest to, aby za wykonanie przedmiotu zamówienia zapłacić jednorazowo po wykonaniu całego zamówienia, to Energopol-Szczecin S.A. uznała takie stanowisko za niezasadne. Wskazała, że rzeczona inwestycja jest inwestycją długoletnią (przynajmniej 24 miesiące, choć nie jest niczym nadzwyczajnym przedłużeniem terminu realizacji tego typu inwestycji nawet o kilkanaście miesięcy). Jej wartość szacuje się na poziomie około 200 mln zł. Przy tego rodzaju inwestycji wprowadzenie jednej płatności po zakończeniu robót, uniemożliwia w zasadzie udział wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu (ewentualnie bardzo nielicznym, którzy są w stanie skredytować całość inwestycji). Wykonawcy (jak np. Energopol-Szczecin S.A.), którzy wykonują tego typu kontrakty (czasami nawet o większej wartości) w zasadzie nie mogą wziąć udziału w takim postępowaniu z uwagi na to, że otrzymanie całości płatności dopiero po realizacji inwestycji mogłoby zachwiać sytuacją finansową firmy, a w konsekwencji doprowadzić do jej upadłości.

Ad. 6.

Zgodnie z art. 647¹ § 2 Kodeksu cywilnego, do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W przywołanym przepisie ustawodawca wyraźnie wskazał, jakie dokumenty winien przedłożyć wykonawca, aby uzyskać zgodę na możliwość korzystania przy wykonywaniu zamówienia z podwykonawcy. Wśród tych dokumentów nie wymaga się przedłożenia dodatkowych gwarancji bankowych zapłaty. Również żaden z przepisów ustawy Pzp nie przewiduje odrębnego zabezpieczenia płatności na rzecz podwykonawców. Energopol-Szczecin S.A. uznała wymóg przedstawienia takiego zabezpieczenia za nieuzasadniony z uwagi na to, że żaden z przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa nie przewiduje takiej gwarancji. Wymóg jej przedstawienia stanowi przejaw nadużycia prawa i swobody w kształtowaniu stosunków zobowiązaniowych. Zdaniem Energopol-Szczecin S.A., godne uwagi jest to, że zamawiający nie wprowadził zakazu korzystania z podwykonawców. Żądanie jednak takiego zabezpieczenia powoduje to, że w lepszej sytuacji stawia się wykonawców, którzy nie będą korzystali z podwykonawców lub będą korzystali, ale w mniejszym zakresie. Koszt uzyskania bowiem takiej gwarancji bankowej wpływa na cenę oferty. Z ostrożności Energopol-Szczecin S.A. wskazała, że jeżeli zamawiający chce się zabezpieczyć przed ewentualną „podwójną

płatnością”, to wystarczającym sposobem, który nie będzie powodował dodatkowych kosztów dla wykonawcy i podrażał przez to oferty, jest przelew wierzytelności świadczenia pieniężnego (wynagrodzenia) należnego wykonawcy od zamawiającego na rzecz podwykonawcy.

Ad. 7.

Za przejaw nadużycia prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej, Energopol-Szczecin S.A. uznała wprowadzenie kary umownej za opóźnienie, a nie za zwłokę. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś, co nie leży po jego stronie. Tym samym, przygotowując ofertę cenową wykonawca musiałby już uwzględnić ewentualne opóźnienie (opóźnienie przy wykonywaniu robót budowlanych nie spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy nie jest niczym nadzwyczajnym), za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe. Za przejaw nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody umów Energopol-Szczecin S.A. uznała również brak postanowień umownych, które anulowałyby tzw. kary umowne pośrednie (np. za przerwę w realizacji Robót powstałą z winy wykonawcy powyżej 21 dni, czy za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania), w przypadku, gdy wykonawca zrealizuje w terminie zamówienie. Tego typu kary nie pełnią bowiem funkcji kary umownej, czyli swego rodzaju rekompensaty w formie zryczałtowanego odszkodowania, ale stanowią nieuzasadniony niczym sposób dodatkowego wzbogacenia się kosztem wykonawcy. Przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów jest również brak przewidzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w takiej samej wysokości, w jakiej kara ta przysługuje zamawiającemu za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ad. 8.

Naruszeniem zasady swobody kontraktowej oraz nadużyciem prawa jest także przerzucenie na wykonawców całkowitej i nieograniczonej odpowiedzialności za zakłócenia czy też szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi. Wykonawca może bowiem odpowiadać za wyrządzoną rzeczywistą szkodę w związku z prowadzonymi przez niego robotami. Może również ponosić odpowiedzialność za zakłócenia, które wykraczają zdecydowanie ponad przeciętną miarę przy tego typu robotach. Jednak pewne normy powinny być wskazane przez zamawiającego już na etapie postępowania przetargowego, tak, aby nie było wątpliwości za co wykonawca odpowiada. Tymczasem przy takich postanowieniach kontraktu, wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność sprowadzającą się w skrajnych przypadkach do tego, że będzie ponosił odpowiedzialność za sam fakt wykonywania robót budowlanych (np. odpowiedzialność wobec właścicieli pobliskich sklepów za utracone korzyści), czy związaną z emisją hałasu w związku z prowadzonymi robotami. Wszystko to sprawia, że również w tym wypadku wykonawca nie może przygotować należycie oferty, ponieważ nie wie, jaki musi

przewidzieć koszt na ewentualne odszkodowania, za szkody które nie ponosi odpowiedzialności.

Ad. 9.

Wykonawca nie może również ponosić nieograniczonej odpowiedzialności za zabezpieczenie istniejącego uzbrojenia. Odpowiedzialność ta może się ograniczać tylko do zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia, ale w zakresie, w jakim jest ono uwidocznione w dokumentach przekazanych przez zamawiającego, czy też w dokumentach powszechnie dostępnych. Takie przerzucenie nieograniczonej odpowiedzialności jest przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów. Ma ono również wpływ na przygotowanie ceny ofertowej.

Ad. 10.

Energopol-Szczecin S.A. wskazała, że przy tak ogromnej inwestycji, jaką jest realizacja przedmiotu zamówienia, żądanie 14-dniowego terminu na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac Budowlanych, należy uznać za termin nierealny co czyni to świadczenie w zasadzie niemożliwym. Stąd zasadne jest wskazanie terminu 28-dniowego, a zatem takiego, jaki przewidują warunki kontraktowe wg FIDIC.

Ad. 11.

Przedmiotowe zamówienie opiera się na warunkach kontraktowych wg tzw. „Czerwonego FIDIC”, czyli przewidziano w nim tzw. wynagrodzenie kosztorysowe (z pewnymi elementami ryczałtu), na podstawie obmiarów powykonawczych i wynikających z nich faktycznych ilości wykonanych prac przy uwzględnieniu cen jednostkowych wynikających z Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Charakterystycznym elementem takiego rozliczania się jest to, że faktyczna ilość prac jest zazwyczaj odmienna od tego opisanego w przedmiarze (w tym przypadku w Tabeli Elementów Rozliczeniowych). Ulega ona zmniejszeniu lub zwiększeniu. Jeżeli zatem faktyczna ilość prac okaże się większa niż ta przewidziana w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, to wykonawcy należy się za nie wynagrodzenia w ramach normalnego wynagrodzenia, a nie, jak przewidział to zamawiający, w ramach dodatkowego podwyższonego wynagrodzenia, do którego przysługiwać będzie wykonawcy co najwyżej uprawnienie. Taka sytuacja również powoduje stan niepewności po stronie wykonawcy, czy otrzyma on należne mu wynagrodzenie. Na marginesie należy wskazać, że przywołany przez zamawiającego art. 630 § 1 Kodeksu cywilnego, dotyczy dodatkowych nieprzewidzianych prac, a nie zwiększenia ilości prac przewidzianych.

Ad. 12.

Za utrudnienie dostępu do udziału w przedmiotowym postępowaniu, zwłaszcza w kontekście tego, że zamawiający przewiduje (najprawdopodobniej) jednorazową płatność po wykonaniu

całości zamówienia, jest okoliczność uprzedniego uzyskania zgody na przelew wierzytelności. Wymóg uzyskania takiej zgody w każdym przypadku, bez wyłączenia obowiązku uzyskania takiej zgody np. w przypadku przelewu wierzytelności na rzecz banku, stawia w bardzo niekorzystnej sytuacji wykonawców ubiegających się o kredyt. Banki bowiem uzależniają udzielenie takiego kredytu od ustanowienia zabezpieczenia jego spłaty w postaci m.in. przelewu wierzytelności (w postaci wynagrodzenia) wykonawcy, jaka przysługuje mu wobec zamawiającego. Stąd brak takiej zgody już na etapie postępowania przetargowego, bardzo utrudnia (wręcz uniemożliwia) wykonawcy możliwość negocjowania z bankami w sprawie udzielenia kredytu na wykonanie rzeczowej inwestycji, co z kolei znacznie utrudnia przygotowanie oferty cenowej. Stąd zasadne jest przywrócenie pierwotnego brzmienia klauzuli 1.7 w Warunkach Szczególnych w zakresie przelewu wierzytelności na rzecz banku.

Ad. 13.

Za naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz nadużycie prawa należy także uznać, zdaniem Energopol-Szczecin S.A., wykreślenie w Załączniku nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu Subklauzuli 1.1.4.3 dotyczącej Kosztu, i co się z tym wiąże wykreślenie Subklauzulach 1.9 oraz 4.7 uprawnienia wykonawcy do domagania się takiego Kosztu. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca winien mieć prawo do domagania się od zamawiającego zwrotu takiego Kosztu w sytuacji np. opóźnień w przekazaniu rysunków koniecznych do prowadzenia robót przez wykonawcę, czy też błędów w wytyczeniach w dokumentach przekazanych przez zamawiającego. Okoliczności te mogą np. spowodować przestój na budowie, który z kolei generuje określone koszty. Zagwarantowanie prawa do domagania się zwrotu takiego Kosztu sprawia, że wykonawca nie musi kalkulować takiego kosztu w cenę oferty, co jest bardzo trudne, a wręcz niemożliwe. Stąd zasadne jest, aby wykonawcy mieli możliwość domagania się zwrotu takiego Kosztu od zamawiającego.

Ad. 14.

Z uwagi na to, że termin na realizację zamówienia wynosi 24 miesiące, to oznacza to, że mamy w tym przypadku do czynienia z kontraktem wieloletnim. Wykonawcy nie są jednak w stanie przewidzieć, jak może się zmienić w tym czasie sytuacja na rynku cenowym materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia. Stąd zasadnym jest wprowadzenie w umowie mechanizmów dotyczących indeksacji czy też waloryzacji cen, chociażby o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych Prezesa GUS. W ten sposób ryzyko podniesienia cen produktów jest ograniczone, wykonawcy mają bowiem zapewniony pewien mechanizm ochronny wynikający wprost z umowy, a przez to oferty wykonawców są ze sobą bardziej porównywalne.

Ad. 15.

Energopol-szczecin S.A. wskazała, że doświadczenie zdobywane przy pracach polegających na budowie lub przebudowie torowisk tramwajowych (czy jakichkolwiek innych) wraz z trakcją tramwajową (czy też jakąkolwiek inną) zdobywa się nie poprzez ilość wykonanych kontraktów, ale przez długość faktycznie wykonanych torowisk i trakcji. Na taki też aspekt zdaje się, że kładzie główny nacisk sam zamawiający podając minimalną długość wykonanych torowisk tramwajowych i związaną z nią trakcją. Tym samym, dla właściwej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w kontekście powyższego winno być wystarczające wykazanie się przez wykonawców przynajmniej dwiema robotami budowlanymi obejmującymi budowę lub przebudowę torowisk tramwajowych wraz z trakcją tramwajową o łącznej długości minimum 1000 m. Sformułowany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia powoduje to, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zachowania zasady uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania wykonawców, a sam opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż opisanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu eliminuje wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie budowy lub przebudowy torowisk tramwajowych wraz z trakcją tramwajową, którzy łącznie wykonali większą długość niż wymaga zamawiający z dwóch odrębnych robót, a nawet większą łączną ilością niż jest do wykonania w przedmiotowym zamówieniu. Stosownie do treści przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu oceny dokonywania spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia, oraz proporcjonalny do tego przedmiotu. W przedmiotowym postępowaniu pierwsza przesłanka jest spełniona, natomiast nie została spełniona druga przesłanka dotycząca proporcjonalności. Ustawa Pzp nie wskazuje na to, co należy rozumieć pod pojęciem „proporcjonalny”. Posiłkując się poglądami doktryny można wskazać, że: „Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym. Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc to tyle, co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z dnia 27 października

2005 r., C-234/03, Conste S.A. Vivisol Sri, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) ECR 2005, nr 10B, poz. 1-09315, ETS uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.” (Prawo zamówień publicznych - Komentarz, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, 4 Wydanie, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2010, s. 159-160). W przedmiotowym postępowaniu zasada proporcjonalności nie została zachowana. Celem bowiem postawienia przez zamawiającego warunku, jest to, aby w postępowaniu wzięli udział wykonawcy, którzy poprzez posiadanie stosownego doświadczenia zapewnią należyte wykonanie zamówienia. Taki cel opisanego warunku jest jak najbardziej oczywisty. Zamawiający winien tak opisać warunek, aby stworzyć konkurencję pomiędzy wykonawcami, którzy podołają zadaniu jakie jest do wykonania. Skoro zatem dla zamawiającego istotne jest długość zrealizowanych robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie torowisk tramwajowych wraz z trakcją tramwajową, to winien on oceniać łączną długość wykonanych przynajmniej dwóch robót. Takie zachowanie zamawiającego należy uznać za przekroczenie granic proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, i jako działanie naruszające zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skoro uniemożliwia się w nim udział wykonawcom posiadającym stosowne doświadczenie umożliwiające im wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

Ad. 16.

Za przejaw złamania zasady proporcjonalności opisanej w pkt (14) powyżej należy również uznać wymóg wykazania się przez wykonawcę w zakresie wykonania minimum jednej pracy podobnej polegającej na zmianie lokalizacji obiektu budowlanego kubaturowego poprzez jego przesunięcie. Prace te stanowią bowiem tylko niewielką część całości inwestycji. Co oznacza, że Zamawiający nie powinien weryfikować wykonawców pod względem doświadczenia w wykonywaniu każdej pracy jaka jest w zakresie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza gdy stanowi ona niewielką część zakresu przedmiotu zamówienia. Poza tym należy wskazać, że praca ta jest na tyle nietypową i odbiegającą o zakresu typowych prac dla rzeczonoj inwestycji, jak również innych tego typu. Stąd wykonawcy posiadający ogromne doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie inwestycji polegającej na rozbudowie infrastruktury tramwajowej, nie mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, ewentualnie są zmuszeni do szukania podmiotów mających takie doświadczenie. Przy czym zarówno w Rzeczpospolitej Polskiej, jak również poza jej granicami, tego typu prace przeprowadza się bardzo rzadko, i liczba podmiotów legitymujących się doświadczeniem w wykonywaniu tego typu prac jest bardzo ograniczona. Dlatego też zasadnym jest wykreślenie przywołanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dot. oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Zamawiający winien bowiem dokonywać

weryfikacji wykonawców pod kątem tego stanowi istotę przedmiotu zamówienia (czyli infrastruktury tramwajowej, jak: trakcje, torowiska), a nie pod kątem drobnych wycinków z tego zakresu stanowiących tylko niewielką część przedmiotu zamówienia i całkowicie od niego oderwaną.

Ad. 17.

Zamawiający w Rozdziale XV pkt 15 SIWZ wskazał, że nazwy własne zawarte w dokumentacji przetargowej są przykładowe. Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych pod warunkiem, że zaproponowane wyroby, materiały, urządzenia technologie będą spełniały te same normy, parametry, standardy oraz zostaną zaakceptowane przez zamawiającego. W takim przypadku wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty opis rozwiązań równoważnych, o których mowa w Rozdziale V pkt 8 SIWZ. Z kolei w Rozdziale V pkt 8 SIWZ, zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom, wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty: opis rozwiązań równoważnych - jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie (w przypadku, o którym mowa w Rozdz. XV pkt 15 SIWZ). Wymóg żądania przez zamawiającego powyższego dokumentu już na etapie składania ofert należy uznać za całkowicie chybiony i naruszający wyrażoną w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zasadę możliwości żądania przez zamawiającego tylko dokumentów i oświadczeń, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Przedmiotem niniejszego postępowania są bowiem roboty budowlane, a nie dostawy określonych rzeczy. Tym samym, na etapie oceny oferty nie powinien być oceniany sposób wykonywania zamówienia. Wykonawca ma go bowiem wykonać zgodnie z przedłożoną przez zamawiającego dokumentacją. Tymczasem żądanie tego typu wykazu już na etapie składania ofert może być rozumiane jako deklaracja wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, co w przypadku robót budowlanych nie jest niczym uzasadnione, i bardzo często jest uzasadnione konkretnymi zastałymi warunkami. Przy czym zawsze się to musi odbywać w zgodzie z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia.

W dniu 20 sierpnia 2012 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której złożył oświadczenie, iż uwzględni odwołanie w zakresie żądań, o których mowa w pkt 1, 2, 3, 11, 12, 15 i 16 odwołania, zaś w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiający stwierdził:

Ad. 1.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

Zamawiający oświadczył, iż zmodyfikuje postanowienia SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian: Rozdział X, pkt. 2 ppkt 5 lit. j) otrzyma brzmienie:

„Koszty zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji, w oparciu o cenę wozokilometra tj. 6,51 zł brutto za jeden kilometr zastępczej komunikacji autobusowej w bieżącym roku, w kolejnych latach stawka ta może wzrosnąć w zależności od wzrostu m.in. ceny paliwa i podatków, , zgodnie z pismem ZDiTM, znak: TP.MS.0607-2362/124/12 z dnia 17.08.2012 r. (Załącznik nr 20 do SIWZ)”.

Ad. 2.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje postanowienia SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian: Załącznik nr 10 do SIWZ, „Wykaz dokumentacji projektowej”, pkt. 1.2. Projekty Budowlane, Etap 1 b w następujący sposób:

jest: TOM 3 Projekt architektoniczno-budowlany:

- Obiekt kubaturowy-Opracowanie konstrukcyjne przesunięcia budynku przy ul. Batalionów Chłopskich 6.

będzie: TOM 3 Projekt budowlano - wykonawczy:

- Przesunięcie budynku przy ulicy Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie
- Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Przesunięcie Budynku.

Jednocześnie zmianie ulegną: Załącznik nr 9 do SIWZ w postaci zmienionej treści Projektu budowlano-wykonawczego: „Przesunięcie budynku przy ulicy Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie” oraz Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Przesunięcia Budynku.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w części dotyczącej przesunięcia budynku przy ul. Batalionów Chłopskich 61 załączając projekt budowlano-wykonawczy, specyfikację wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót. Załączony projekt zawiera opis techniczny, w którym opisano konstrukcję budynku, w tym rodzaj stropów, rodzaj konstrukcji dachu, wymiary budynku, rodzaj materiałów z których jest zbudowany. Geometrię zinventaryzowanego budynku przedstawiają: Rys. 1.0-M.7.

W dalszej części projektu budowlano-wykonawczego opisano sposób przesunięcia budynku, tj. budowę torowiska na ławach żelbetowych, budowę rusztu stalowego obejmującego ściany budynku, podcięcie ścian nienośnych budynku. Załączone rysunki techniczne zawierają konstrukcję rusztu wraz z przekrojami (Rys. 3.0-K3.2.) oraz lokalizację budynku w planie (Rys. 2.0). W specyfikacji technicznej wskazano sprzęt niezbędny do przesunięcia budynku, tj. zestaw siłowników hydraulicznych lub innych urządzeń napędowych umożliwiających przesunięcie budynku po drodze szynowej. Dobór sprzętu, jego rozmieszczenie, zasilanie i inne techniczne

szczegóły leżą po stronie wykonawcy, który opracuje projekt technologiczny. Niezbędne dane do ww. opracowania zawiera dołączona dokumentacja, tj. dokładną odległość przemieszczenia (44,82m w linii prostej) szybkość przesuwu (10cm/na min), konstrukcję torowiska, wysokość podcięcia ścian nośnych budynku (30cm poniżej stropu). Zadaniem wykonawcy jest opracowanie szczegółów mocowania ruszta odciążającego, ustalenie harmonogramu procesu transportu, technologii likwidacji tymczasowych konstrukcji usztywniających. Powyższe projekty technologiczne nie stanowią skomplikowanych opracowań dla posiadającego doświadczenie wykonawcy. Konieczność uzgodnienia wszystkich opracowań projektowych (w tym również projektów technologicznych) jak i prowadzenie prac budowlanych wymaga przeprowadzenia uzgodnień z Konserwatorem Zabytków z uwagi na fakt wpisania do rejestru zabytków omawianego budynku. Zamawiający kierując się troską o zachowanie w stanie nienaruszonym zabytkowego budynku zawarł również w zakresie zamówienia wykonanie nowej (aktualnej) inwentaryzacji budynku z uwagi na zmienność stanu technicznego omawianego budynku, narażonego na zmienne warunki atmosferyczne, ruch drogowy odbywający się w pobliżu budynku, istniejącą roślinność. Opracowanie inwentaryzacji budynku po przekazaniu placu budowy nie zmieni określonego w opisie zamówienia sposobu zmiany lokalizacji budynku, tj. przesunięcia w linii prostej.

Ad. 3.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian: w Rozdziale XV pkt. 9 ppkt. 11) wprowadzony zostanie następujący zapis:

„11) Zamawiający zastrzega możliwość częściowego przekazywania placu budowy (plac budowy objęty działką nr 10 i 5/3 z obrębem 4047, Zamawiający przekaze w terminie do końca czerwca 2013 r.). Taka sytuacja nie może powodować dodatkowych roszczeń finansowych i czasowych u wykonawcy”.

Zamawiający wyjaśnił, że po podpisaniu umowy przekazany zostanie cały plac budowy z wyjątkiem działki nr 10 i 5/3 z obrębem 4047, które zostaną przekazane do końca czerwca 2013.

Ad. 4.

W ocenie zamawiającego, żądanie nie jest zasadne. Zamawiający wskazał dokładną lokalizację składowiska, na które wykonawca będzie transportował i złoży materiały z rozbiórki będące własnością zamawiającego w Rozdziale XV, pkt. 6 ppkt 7) SIWZ.

Ad. 5.

W ocenie zamawiającego, żądanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wyraźnie opisał sposób płatności w SIWZ Rozdziale XV, pkt. 11 Rozliczenia i płatności i § 25 Umowy.

Ad. 6.

W ocenie zamawiającego, zarzut nie jest zasadny. Wymóg zabezpieczenia płatności dla podwykonawców odpowiada w całości zasadom współżycia społecznego i z jednej strony gwarantuje im wypłatę wynagrodzenia, a z drugiej strony zabezpiecza zamawiającego przed dokonywaniem podwójnych płatności. Nie można uznać, jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 351 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla wykonawcy.

Ad. 7.

W ocenie zamawiającego, żądanie nie jest zasadne. Zapisy SIWZ nie wprowadzają w błąd, z opisu przedmiotu zamówienia wynika zakres i warunki jego realizacji. Nie można uznać, jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 351 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający wskazał na pełną treść Subklauzuli 8.13 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu tj: „Zamiast zapłaty kary umownej określonej w Warunku 8.7, Wykonawca może przedstawić Zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia Robót w Pierwotnym Terminie Kontraktowym, w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, na kwotę równą wysokości należnej kary. Zamawiający zwraca Wykonawcy powyższą gwarancję bezzwłocznie po otrzymaniu od Inżyniera Świadectwa Przejęcia, jeżeli Pierwotny Termin Kontraktu został dotrzymany. W przeciwnym wypadku Zamawiający uprawniony będzie do wyegzekwowania należności wynikającej z kary poprzez uruchomienie gwarancji, lub poprzez potrącenie należności wynikającej z kary z płatności przysługującej Wykonawcy.”

Ad. 8.

W ocenie zamawiającego, żądanie nie jest zasadne. Dodana treść Subklauzuli 4.25 jednoznacznie informuje, że wykonawca odpowiada za roszczenia lub szkody : „w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody”, a więc jeżeli wykonawca udowodni, że nie odpowiada za daną szkodę lub inne zakłócenie, to nie będzie ponosił odpowiedzialności materialnej. Praktyka budowlana powinna być prowadzona przez wykonawcę rzetelnie i w sposób zapewniający dostęp do posesji budynków znajdujących się w sąsiedztwie palcu budowy, przede wszystkim ze względów bezpieczeństwa, dla służb ratownictwa i policji. Zdaniem zamawiającego, wymaganie to jest możliwe do spełnienia dla przeciętnego wykonawcy. Zamawiający nie przewiduje zmian w przedmiotowym zakresie.

Ad. 9.

W ocenie zamawiającego żądanie nie jest zasadne, gdyż zamawiający w postanowieniach SIWZ Rozdział XV pkt. 6 ppkt. 2 określił warunki dotyczące technologii wykonania robót ziemnych tak, aby prowadzić je w sposób zabezpieczający istniejące uzbrojenie i że w cenie oferty należy uwzględnić odpowiednie koszty związane m in. ręcznymi przekopami próbnymi, odpowiednim przeszkoleniem pracowników w zakresie zasad bhp. Wykonawca powinien prowadzić prace ziemne z zachowaniem zasad bezpieczeństwa robót. Powyższe zapisy nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie przewiduje zmian w przedmiotowym zakresie.

Ad. 10.

Zamawiający mając na uwadze specyfikę omawianego zamówienia publicznego, tj. okres realizacji 24 miesiące od podpisania umowy, nie przewiduje zmian w przedmiotowym zakresie. Doświadczony wykonawca, jest w stanie opracować Harmonogram w wyznaczonym terminie, jednocześnie mając na uwadze dostępność specjalistycznego oprogramowania do tworzenia ww. harmonogramów.

Ad. 11.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

W celu precyzyjnego wyrażenia swoich zamierzeń zamawiający uwzględniając żądanie odwołującego doprecyzuje postanowienia SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian:

§ 51 Umowy otrzyma następujące brzmienie:

„Jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykraczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, Wykonawca może żądać podwyższonego wynagrodzenia w oparciu o art. 630 kc. Wypłata podwyższonego wynagrodzenia nastąpi po rozliczeniu końcowym zadania.”

Ad. 12.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

Zamawiający zmodyfikuje Subklauzulę 1.7. poprzez jej przywrócenie zgodnie z brzmieniem w FIDIC.

Ad. 13.

Zamawiający wyjaśnia, iż nie występuje ograniczenie roszczeń finansowych wykonawcy. Powyższe reguluje Klauzula 20 „Roszczenia, spory i arbitraż”. Jednocześnie zamawiający wyjaśnia, że wykonawca nie może żądać dodatkowej płatności wraz z zyskiem za opóźnienie w dostawie dodatkowych rysunków lub instrukcji. Jeżeli wykonawca dozna z tego tytułu opóźnienia w wykonywaniu robót to będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na ukończenie, natomiast resztę roszczeń może wnioskować do Inżyniera zgodnie z Subklauzulą 20.

Ad. 14.

Zamawiający nie przychylił się do żądania odwołującego. Zdaniem zamawiającego, nie można uznać, jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 351 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla wykonawcy.

Ad. 15.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

Zamawiający oświadczył, iż zmodyfikuje SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian: Rozdział V pkt. 2 ppkt 2) a) otrzyma następujące brzmienie: „dwie prace podobne polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o łącznej długości minimum 1000 m”.

Ad. 16.

Zamawiający uwzględnił żądanie odwołującego.

Zamawiający oświadczył, iż dokona modyfikacji treści SIWZ poprzez wykreślenie zapisów Rozdziału V punkt 2 ppkt 2) lit. d) oraz wprowadzenie nowej treści w Rozdziale V punkt 2 ppkt 3 e) lit. b w postaci: „Ma mniej niż 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót dla robót konstrukcyjno-budowlanych w tym nie mniej niż 2 letnie doświadczenie przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków”.

Ad. 17.

Zamawiający nie przychylił się do wniosku odwołującego w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku przedłożenia opisu rozwiązań równoważnych, o którym mowa w Rozdziale V pkt 8 w związku z Rozdziałem XV pkt 15 SIWZ dopiero na etapie realizacji zamówienia. Dopuszczalność rozwiązań równoważnych przy opisie przedmiotu zamówienia wynika z przepisów ustawy Pzp dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Stosownie do uregulowań ustawowych, zamawiający jest obowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych systemów odniesień jest zobowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Na wykonawcy natomiast, który powołuje się na rozwiązania równoważne, ciąży obowiązek wykazania, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Weryfikacja rozwiązań równoważnych musi mieć miejsce na etapie badania i oceny ofert. Celem jest sprawdzenie czy wykonawca zaproponował rozwiązanie równoważne zgodne z opisem przedmiotu zamówienia,

czy proponuje zamawiającemu roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Weryfikacja dokonywana dopiero na etapie realizacji zamówienia prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także mogłyby mieć wpływ na wynik już przeprowadzonego postępowania. Mogłyby okazać się np., że zamawiający dokonał wyboru oferty sprzecznej z SIWZ, którą powinien był odrzucić na etapie badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili następujący wykonawcy: Trakcja-Tiltr S.A., ERBUD S.A., EUROVIA POLSKA S.A., Mostostal Warszawa S.A. oraz ZUE S.A.

Sprawa o sygn. akt KIO 1704/12:

W postępowaniu tym odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wniósł również wykonawca ERBUD S.A.

ERBUD S.A. zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 7, 29 i nast., 46 oraz art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹, 630, 647, 649 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, a także art. 23 i 61 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

1) Wadium (naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp):

W Rozdziale VIII SIWZ zatytułowanym: „Wadium” zamawiający pouczył wykonawców w pkt 7., że:

„7. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w sytuacji, gdy:

- 1) wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) spowodował, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie,”

Powyższe pouczenie wprowadza wykonawców w błąd. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy Pzp wnoszone wadium jest zatrzymywane przez zamawiającego w razie ziszczenia się jednej z przesłanek enumeratywnie wymienionych w ustawie Pzp. Należą do nich cztery okoliczności wymienione w art. 46 ust. 4a i 5, tj:

1. „Art. 46 ust. 4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3. nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”
2. „Art. 46 ust. 5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
 - 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

Sformułowanie użyte przez zamawiającego prowadzi do składania przez wykonawców wadium w postaci innej niż pieniężna zawierającego sformułowania, które będą powodowały skutek w postaci możliwości uznania w razie sporu, że wadium nie zostało należycie wyniesione. Podmiot gwarantujący wypłatę wadium, poprzez użycie zaproponowanych przez zamawiającego sformułowań, ograniczy zakres okoliczności skutkujących koniecznością jego wypłaty do mych sytuacji, których nie przewidział prawodawca.

Okolicznością skutkującą możliwością zatrzymania wadium wniesionego zgodnie z pouczeniem zamawiającego będzie obowiązek udowodnienia, że wykonawca spowodował (tj. zawinił), że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Tymczasem prawodawca nie nakłada na uprawnionego z gwarancji - jej beneficjenta, takich obowiązków w zakresie ciężaru dowodowego. Dla zatrzymania wadium wystarczające jest w świetle przepisów ustawy Pzp, aby zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, niezależnie od tego czy okoliczność tę spowodował dany wykonawca czy na przykład podmiot trzeci, czy też ma ona charakter obiektywny, niezależny od woli i działań człowieka. Różnica jest zasadnicza i przypomina różnicę pomiędzy cywilistycznymi instytucjami odpowiedzialności na zasadzie winy, którą zawsze trzeba udowodnić, a odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka.

W świetle przepisów ustawy Pzp, zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w okolicznościach niezależnych od wykonawcy, jak np. śmierci osób piastujących funkcje w organach reprezentujących podmiot, co spowoduje ułomność reprezentacji i czasowy brak możliwości działania, wprowadzenia stanu wyjątkowego w miejscu siedziby wykonawcy (np. innym państwie) czy zaistnienie tzw. siły wyższej (np. działanie sił przyrody, itp.), która dotknie wykonawcę, a z definicji jest niezależna od człowieka, itp. Ww. okoliczności bez wątplenia winny skutkować zatrzymaniem wadium wobec stwierdzenia,

że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednak nie spowoduje zatrzymania wadium wniesionego przez wykonawców, dla których gwaranci wystawią je zgodnie z pouczeniem zamawiającego. W tym przypadku gwarant zapłaci jedynie za zawinione przez danego wykonawcę doprowadzenie do sytuacji skutkującej brakiem możliwości zawarcia umowy.

2) Projekty technologiczno - wykonawcze i warsztatowe (naruszenie art. 29 ust. 1 i 31 ustawy Pzp):

Zamawiający w Rozdziale XV, pkt 5 Projekty i opracowania objęte przedmiotem zamówienia w ppkt 7) zażądał, aby wykonawcy przedłożyli., m. in: "7) Projekty technologiczno-wykonawcze i warsztatowe niezbędne do prawidłowego wykonania robót.". Powyższe, zdaniem ERBUD S.A., przenosi na wykonawców obowiązki, które spoczywają na zamawiającym. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia winien być sporządzony w sposób kompletny z punktu widzenia celu, któremu ma służyć, z zastosowaniem wskazówek interpretacyjnych zawartych w ww. przepisie. Z powyższego przepisu wprost wynika, że opis przedmiotu zamówienia winien stanowić dla wykonawców całokształt wiedzy na temat przyszłego zakresu ich świadczenia. W efekcie, tylko z treści tego opisu wykonawcy powinni uzyskać wszystkie informacje pozwalające im na sporządzenie oferty. Wykonawcy powinni więc w oparciu o sporządzony opis uzyskać informacje pozwalające im ocenić jaki jest dokładny zakres ich przyszłego świadczenia, aby móc zaoferować jego wykonanie (spełnienie). Zgodnie bowiem z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.". Tak więc, z jednej strony zamawiający obowiązany jest opisać jakiego świadczenia oczekuje od wykonawców, a z drugiej strony wykonawcy w oparciu o powyższą wiedzę mogą złożyć oferty na określonych warunkach, co do, np.: ceny, terminu wykonania, gwarancji, jakości, trwałości, parametrów technicznych, walorów użytkowych, itp. Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia wykonawca ma więc uzyskać od zamawiającego wszystkie informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty", tj. wszystkie informacje o przyszłym świadczeniu.

Jeżeli podstawowym celem stawianym opisowi przedmiotu zamówienia jest określenie zakresu przyszłego świadczenia wykonawców (i w konsekwencji umożliwienie im zaoferowania jego wykonania na określonych warunkach), to dla osiągnięcia tego celu opis winien być stworzony w oparciu o podstawowe zasady wskazane w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Oczywiście, jak stwierdziła ERBUD S.A., możliwe jest zamawianie robót budowlanych w systemie zaprojektuj i wybuduj, ale w tym przypadku konieczne jest przedstawienie wykonawcom programu funkcjonalno-użytkowego. obejmującego opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. SIWZ nie zawiera natomiast

programu funkcjonalno - użytkowego, w zakresie dokumentów składających się na zakres opisu przedmiotu zamówienia, ani opisanych wyżej wytycznych do projektowania (np.: przeznaczenia, minimalnych wymagań). Użyte przez zamawiającego w pkt 7) sformułowanie prowadzi do wniosku, że nie chodzi tu o zaprojektowanie określonego zakresu robót w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, ale o wypełnienie braków opisu przedmiotu zamówienia poprzez przeniesienie z projektanta na wykonawcę obowiązku doprojektowania (doprecyzowania, poprawienia) dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w miejscach, w których projektant niewystarczająco, a zatem nieprawidłowo opisał zakres świadczenia. Powyższe ma tym większe znaczenie, że w ramach warunków kontraktowych FIDIC zaprojektowanie danego zakresu robót jest równoznaczne z przejściem na wykonawcę odpowiedzialności za projekt i wady obiektu w oparciu o ten projekt wykonane. Powyższe jest działaniem niedopuszczalnym, albowiem bez uzasadnienia przenosi na wykonawcę ryzyka, które winny spoczywać i co do zasady spoczywają, na inwestorze. Projekty technologiczno-wykonawcze, ale także projekty warsztatowe winny być przedstawione przez zamawiającego i stanowić dla wykonawców podstawę do złożenia oferty.

3) Kolejność prowadzenia prac (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

Zamawiający wskazał w ppkt 11) pkt 9 Rozdziału XV SIWZ. że zastrzega sobie możliwość częściowego przekazywania placu budowy oraz możliwość narzucenia kolejności prowadzenia prac w zależności od bieżących potrzeb związanych z realizacją całej inwestycji. „Taka sytuacja nie może powodować dodatkach roszczeń finansowych i czasowych u wykonawcy.”

Tymczasem ww. sytuacja musi skutkować roszczeniami o pokrycie kosztów ww. Zamawiającego. Pamiętać należy, że wykonawca ponosi stałe koszty zorganizowania i utrzymania terenu budowy, w tym zaplecza socjalno-biurowego budowy. Przenoszenie wykonawcy na określone odcinki robót musi skutkować zwiększeniem kosztów stałych z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a nie wykonawcy. Dodatkowo wskazać należy, że poprzez ww. sformułowanie zamawiający przyznaje sobie uprawnienie do jednostronnego, swobodnego kształtowania faktycznej sytuacji potencjalnych wykonawców, która może skutkować i faktycznie będzie skutkować zarówno w zakresie roszczeń finansowych, jak i co do czasu wykonania zobowiązania.

4) Umowa o roboty budowlane - wynagrodzenie (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 630 Kodeksu cywilnego):

Umowa o roboty budowlane, której wzór stanowi załącznik numer 7 do SIWZ zawiera postanowienia Rozdziału VII (Wynagrodzenie), wskazujące, że umowa sporządzona jest w oparciu o kosztorysowo - ryczałtowy model wynagrodzenia. Powyższe sformułowanie może oznaczać, że w razie gdy obmiar wykonanych faktycznie prac doprowadzi do wniosku, że wykonano ich mniej niż zakładały przedmiary, wynagrodzenie wykonawcy zostanie zmniejszone w stosunku do wynagrodzenia wynikającego z treści oferty wykonawcy i zawartej umowy. Jeżeli natomiast zakres obmierzonych powykonawczo prac przekroczy przedmiar, to wykonawca nie uzyska za ww. przekroczenie wynagrodzenia w ramach zawartej umowy, albowiem zamawiający powoła brzmienie § 23 umowy, zgodnie z którym co do zasady wartość wynagrodzenia jest niezmienna. Dodatkowo zastosowanie znajdą postanowienia § 51 umowy, zgodnie z którymi:

„Jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykraczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wykonawca może żądać podwyższonego wynagrodzenia w oparciu o art. 630 k.c.

Wyplata podwyższonego wynagrodzenia nastąpić może po rozliczeniu końcowym zadania, z wyjątkiem sytuacji, gdy rzeczywista ilość robót wykracza poza 10 % ilości robót określonych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W takim przypadku na wniosek Wykonawcy zmiana ta może zostać wprowadzona aneksem do umowy w trakcie trwania Robót.”, ale powyższe rozwiązanie jest dla wykonawców niemożliwe do zaakceptowania, albowiem prowadzi do pokrzywdzenia potencjalnych wykonawców.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stosownie do treści art. 629 Kodeksu cywilnego wynagrodzenie kosztorysowe obliczane jest stosownie do zakresu faktycznie wykonanych prac, po ich wykonaniu. Zmniejszenie lub zwiększenie zakresu pracy wpływa wprost na wysokość faktycznie wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia, a obydwie strony umowy godzą się na to. W tym przypadku treść oferty stanowi jedynie podstawę do obliczenia przyszłego wynagrodzenia, zawiera bowiem zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów.

W przypadku ceny ryczałtowej natomiast zakres faktycznie wykonywanej pracy nie ma znaczenia dla sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia, chyba że inwestor oczekuje wykonania prac, które nie są ujęte w dokumentacji (dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarach) i nie są konieczne dla prawidłowego wykonania podstawowego przedmiotu zamówienia (osiągnięcia celu umowy). W przypadku ceny ryczałtowej zasada określenia sposobu wynagrodzenia oparta jest o założenie, że wykonawca składając ofertę uwzględnia w jej treści także ryzyko wykonywania nieprzewidywanych prac, które jednak okażą się niezbędne do wykonania podstawowego

przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że opis przedmiotu zamówienia może być w tym przypadku mniej dokładny. Wręcz przeciwnie - ryczałtowy charakter wynagrodzenia może być stosowany wtedy, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia literalnie wypełniając wymagania art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W przeciwnym razie potencjalni wykonawcy będą przy każdej spornej okoliczności realizacji zamówienia podnosili, że dany zakres czy element prac wykracza poza opis przedmiotu zamówienia i jako taki nie może być przez nich świadczony w ramach zawartej umowy. Argumentacja stron - w przypadku zamówień na roboty budowlane - przeniesie się na grunt takich klauzul generalnych, jak: zasady wiedzy technicznej, sztuka budowlana, domniemanie profesjonalnego charakteru przedsiębiorstwa wykonawcy, itp. Każda taka sytuacja będzie wiązała się z ryzykiem kontraktowym obciążającym przede wszystkim wykonawcę. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której ryzyko (a więc także ewentualny koszt) nieprzewidywanych prac niezbędnych dla wykonania zamówienia ma ponieść wykonawca, a w razie zmniejszenia się zakresu prac wskutek "dookreślenia" zakresu podczas wykonywania zamówienia, ewentualne „oszczędności“ mają przypaść zamawiającemu (inwestorowi). Tak jednostronne określenie zasad wynagrodzenia byłoby krzywdzące dla wykonawcy i godziłoby w zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego.

W przypadku ceny kosztorysowej w razie zmniejszenia się faktycznego zakresu robót w stosunku do zawartego w opisie, wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie, ponieważ nie zostaną one wykonane - świadczenie zamawiającego (zapłata wynagrodzenia) nie będzie ekwiwalentem świadczenia (nakładu pracy, użytych materiałów) wykonawcy. W razie natomiast zwiększenia się tego zakresu w stosunku do zawartego w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę za opisane prace w ramach zawarcia aneksu do istniejącej lub w ramach osobnej umowy. Powyższe wymaga złożenia oświadczenia woli przez obydwie strony, co może nie nastąpić. Wskazana jest więc taka konstrukcja umowy, która najdzie zastosowanie niezależnie od woli stron.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zawieranie ww. aneksów w opisaney wyżej sytuacji jest już negowane przez podmioty kontrolujące poprawność wydatkowania środków unijnych, z których także częściowo finansowane będzie przedmiotowe zamówienie. Niektórzy audytorzy i kontrolerzy prezentują bowiem pogląd, że takie aneksy mogą być nieważne z mocy samego prawa. Gdyby ww. poglądy stały się dominujące - inwestor mógłby odmówić podpisania aneksu, a w konsekwencji wykonawca zmuszony byłoby wykonywać prace bez wynagrodzenia lub domagać się jego zapłaty w drodze postępowania sądowego, co także generuje kolejne koszty i jest czasochłonne.

Zamawiający nie ma prawa oczekiwać, że wykonawca wykona bez osobnego wynagrodzenia zakres objęty opisem przedmiotu zamówienia ale nie objęty wynagrodzeniem wobec przekroczenia jego limitu, tylko dlatego, że umówiono się na określony sposób podania cen.

5) Umowa o roboty budowlane - gwarancja bankowa płatności dla podwykonawców (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ i art. 649 Kodeksu cywilnego):

Zgodnie z postanowieniami § 34 ust. 3 Umowy zamawiający zobowiązuje wykonawców, aby do umowy z podwykonawcą lub jej projektu, przedkładanych w celu uzyskania zgody na wprowadzenie podwykonawców wykonawca dołączył gwarancję bankową (lub jej promesę) bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie podwykonawcy w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia w całości lub części przez wykonawcę. W treści umowy podwykonawca powinien być zobowiązany, przed zgłoszeniem roszczeń wobec zamawiającego, do realizacji uprawnień z gwarancji, pod rygorem utraty roszczeń o zapłatę wobec zamawiającego. Zamawiający udzieli zgody lub jej odmówi w terminie 14 dni od przedstawienia umowy lub jej projektu. Powyższe stanowi niedopuszczalną ingerencję w treść swobody zawierania umów pomiędzy przedsiębiorcami. ERBUD S.A. zwróciła uwagę, że prawo żądania wystawienia ww. gwarancji faktycznie przysługuje określonym przedsiębiorcom z mocy art. 649 Kodeksu cywilnego, ale wola zażądania gwarancji winna być zawsze pozostawiona umawiającym się stronom, w tym przede wszystkim podwykonawcom. ERBUD S.A. wskazała, że współpracuje z licznymi podwykonawcami, którzy nie oczekują od niego przedkładania jakichkolwiek gwarancji albowiem zawsze wypłacane jest im należne wynagrodzenie, a czasem są oni nawet przez niego kredytowani. W tej sytuacji narzucenie obowiązku zawierania tego rodzaju umów uznać należy za bezprawne. Dodatkowo nie chroni ono inwestora w razie uchylenia się ubezpieczyciela od wypłaty gwarantowanej kwoty do czego może w praktyce dojść, najczęściej na skutek sporu co do zakresu zawartej umowy.

W tej sytuacji zamawiający winien wprowadzić raczej znane i powszechnie praktykowane, a przede wszystkim skuteczne zabezpieczenie swoich interesów, polegające, przykładowo, na żądaniu oświadczeń podwykonawców o zaspokojeniu ich roszczeń finansowych przez generalnego wykonawcę. Takie rozwiązanie nie generuje dodatkowych kosztów.

6) Warunki szczególne Kontraktu - wykreślenie punktu (b) z Subklauzuli 1.19 (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

ERBUD S.A. zwróciła uwagę na treść Subklauzuli 1.19 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu, w której zamawiający wykreślił pkt b wprowadzony do Warunków Ogólnych FIDIC. Wykreślenie treści ww. punktu służy, zdaniem ERBUD S.A., jedynie nieuzasadnionemu ograniczeniu roszczeń finansowych wykonawcy przy jednoczesnym przyznaniu mu uprawnienia do żądania przedłużenia terminu wykonania zamówienia. Oznacza to, że co do samej zasady, zamawiający poczuwa się do odpowiedzialności za powstałe opóźnienie, ale uchyła się od poniesienia jego kosztów. Tym czasem, jak wskazywano wyżej,

wykonawca obowiązany jest ponosić koszty stałe zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy, ochrony i ubezpieczenia, itp., które miesięcznie mogą wynosić nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych. Odmowa pokrycia ww. kosztów, w sytuacji gdy do przedłużenia terminu wykonania zobowiązania dochodzi wyłącznie z przyczyn leżących po stronie inwestora stanowi naruszenie zasady równości stron stosunku cywilno-prawnego i jako takie nie powinno mieć miejsca, w szczególności w przypadku zamawiających w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Tym samym, konieczne jest nakazanie zamawiającemu zaniechania skreślenia ww. lit (b) w Subklauzuli 1.19 Warunków kontraktowych FIDIC.

7) Warunki szczególne Kontraktu - przeniesienie autorskich praw majątkowych (naruszenie art. 23 i 61 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych):

Zgodnie z postanowieniami zmienionej Warunkami Szczególnymi Kontraktu Subklauzuli 1.10 wykonawca obowiązany jest w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej przenieść na zamawiającego własność przysługujących mu autorskich praw majątkowych, przy czym przeniesienie autorskich praw majątkowych na zamawiającego obejmuje pole eksploatacji, m. in.: „wykorzystania Dokumentów Wykonawcy do każdej kolejnej budowy Zamawiającego.”.

Powyższe, w ocenie ERBUD S.A., stoi w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, które zakładają, że nabycie od twórcy egzemplarza projektu architektonicznego lub architektoniczno-urbanistycznego obejmuje prawo zastosowania go tylko do jednej budowy, a prawo do nieodpłatnego korzystania z już rozpowszechnionego utworu w zakresie własnego użytku osobistego nie upoważnia do budowania według cudzego utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego, chyba że dotyczy to własnego użytku naukowego niezwiązanego z celem zarobkowym. Wprawdzie art. 61 ma charakter normy typu *ius dispositivum*, ale jednak wprowadzane modyfikacje winny uwzględniać cele przyświecające racjonalnemu prawodawcy, a te zostały w przepisie wyraźnie sformułowane. Mając powyższe na uwadze, konieczne jest wykreślenie ww. postanowienia z Warunków Szczególnych Kontraktu.

8) Warunki Szczególne Kontraktu - zastąpienie części treści Subklauzuli 1.13 postanowieniami nie zawierającymi zakreslenia maksymalnego terminu przekazania wymaganych dokumentów uniemożliwiających rozpoczęcie realizacji robót (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

Dotychczasową treść Subklauzuli 1.13 Warunków Kontraktowych FIDIC zamawiający zastąpił zdaniem: „Zamawiający w trakcie przekazania Placu Budowy prześle Wykonawcy decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, decyzję o pozwoleniu na budowę oraz Dziennik Budowy.” Inwestor nie określił jednak maksymalnego terminu na przekazanie ww. dokumentów

oraz nie wprowadził żadnej sankcji za uchybienie ww. terminowi przekazania dokumentów lub ich nieprzekazanie. Bez otrzymania ww. dokumentów nie jest natomiast możliwe rozpoczęcie robót. Wykonawca, bez ww. dokumentów nie będzie mógł organizować procesu inwestycyjnego i rozpocząć realizacji robót, w tym przygotowawczych. Wykonawca dozna więc opóźnienia, za które dodatkowo będzie ponosił odpowiedzialność (w tym finansową), a zamawiający - pomimo, że przyczyny opóźnienia będą leżały po jego stronie - nie zostanie obciążony żadnymi konsekwencjami swojego postępowania (działania) lub zaniechania.

Dodatkowo, w Subklauzuli 1.13 wprowadzono także lit. (c), w której wskazano, że: „Wykonawca zadba o to by Kontrakt był realizowany zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wszelkie działania podjęte przez Wykonawcę, naruszające powszechnie obowiązujące przepisy prawa będą w pełni obciążać Wykonawcę.” Powyższe budzi poważne wątpliwości, albowiem zazwyczaj dochodzone roszczenie jest o podstawę prawną, którą pozwany podmiot naruszył swoim działaniem lub zaniechaniem. Oczywiście jest, że wykonawca obowiązany jest realizować umowę zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ale już przeniesienie wyłącznej odpowiedzialności za naruszenia tego prawa wyłącznie na wykonawcę nie jest uzasadnione, w szczególności w sytuacji gdy wykonawca realizuje umowę w oparciu o dokumentację zamawiającego, której wykonanie może do takiego naruszenia prawa prowadzić. Zdanie drugie ww. dopisanej do Subklauzuli 1.13 winno być usunięte, jako naruszające zasadę swobody zawierania umów.

- 9) Warunki Szczególne Kontraktu - zastąpienie części treści Subklauzuli 3.1 postanowieniami zmieniającymi sens funkcjonowania Inżyniera Kontraktu w sposób wypaczający zasady Warunków Kontraktowych FIDIC (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

W zmienionej Subklauzuli 3.1. Warunków Kontraktowych FIDIC wprowadzono obowiązek uzyskania każdorazowo aprobaty zamawiającego przed podjęciem działań wynikających z następujących Subklauzul Warunków Kontraktu:

- a) Warunek 3.2 Delegowanie przez Inżyniera;
- b) Warunek 3.5 Określenia;
- c) Warunek 4.3 Przedstawiciel Wykonawcy;
- d) Warunek 4.4 Podwykonawcy;
- e) Warunek 8.4 Przedłużenie czasu na ukończenie;
- f) Warunek 8.6 Szybkość postępu pracy;
- g) Warunek 8.8 Zawieszenie pracy;

- h) Warunek 10.3 Przeszkoda w próbach końcowych;
- i) Warunek 13.1 Prawo do zmieniania;
- j) Warunek 13.2 Inżynieria wartości;
- k) Warunek 13.7 Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego;
- l) Warunek 17.4 Skutki zagrożeń stanowiących ryzyko zamawiającego;
- m) Warunek 20.1 Roszczenia Wykonawcy.

W dalszej treści zmodyfikowanej Subklauzuli 3.1 wskazuje się: „Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w swoich działaniach czas na uzyskanie uzgodnień Inżyniera z Zamawiającym i nie może rościć z tego tytułu prawa do zmiany czasu na ukończenie, chyba że czas na uzgodnienie zmiany jest dłuższy niż 28 dni.”

Powyższe prowadzi do faktycznego uniemożliwienia wykonawcy wykonania przedmiotu umowy w umówionym terminie z przyczyn, które mogą tkwić w opieszałości Inżyniera lub Zamawiającego. Praktycznie miesiąc przestoju przy każdym opisanym wyżej przypadku zwrócenia się o aprobatę Zamawiającego obarcza umowę istotnym ryzykiem kontraktowym, przed którym nie można się praktycznie zabezpieczyć. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a z Inżyniera Kontraktu czyni podmiot niedecyzyjny, faktycznie zbędny w procesie budowlanym. Powyższe Subklauzule mogą prowadzić do paraliżu procesu budowlanego i nie obarczają jakąkolwiek sankcją z tego tytułu inwestora. Jako takie winny być usunięte lub co najmniej zmodyfikowane poprzez przyznanie Inżynierowi Kontraktu należnych mu kompetencji lub skrócenie czasu na wyrażenie aprobaty.

- 10) Warunki szczególne Kontraktu - dodanie części treści do Subklauzuli 4.1, które rozciąga zakres odpowiedzialności wykonawcy do odpowiedzialności także za teren sąsiadujący z teren budowy (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):**

W Subklauzuli 4.1 dodano zdanie o treści: „Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie szkody, bez względu na ich przyczynę, jakie powstaną w toku lub przy okazji realizacji Kontraktu, a które dotyczyć będą nawierzchni drogowych, rowów melioracyjnych, sieci uzbrojenia technicznego lub innych obiektów i urządzeń budowlanych znajdujących się na Placu Budowy oraz w jego sąsiedztwie. Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia na własny koszt i ryzyko szkód o jakich mowa powyżej oraz przeprowadzenia dalszych prac naprawczych poleconych przez Inżyniera.”

Wykonawca ma więc ponosić odpowiedzialność za szkody, także te powstałe z przyczyn leżących po stronie, np.: wad projektowych czy zaniechań zamawiającego lub jego służb.

Powyższe obarcza kontrakt ryzykiem, którego równowartości nie można nawet oszacować na etapie składania ofert i uwzględnić w cenie oferty. Powyższe winno być usunięte.

11) Warunki Szczególne Kontraktu - wykreślenie części treści Subklauzuli 4.6, które powoduje, że wykonawca poniesie odpowiedzialność za działania podmiotów trzecich i nie uzyska z tego tytułu żadnego wynagrodzenia (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

Subklauzula 4.6 (Współdziałanie) nakazuje wykonawcy zapewnienie odpowiednich możliwości wykonania swojej pracy:

- a) personelowi zamawiającego,
- b) jakimkolwiek innym wykonawcom zatrudnionym przez zamawiającego, oraz
- c) personelowi wszelkich prawnie ustanowionych władz publicznych, którzy mogą być zatrudnieni do wykonania, na terenie lub w pobliżu Placu Budowy, jakiejkolwiek pracy nie będącej częścią Kontraktu.

Subklauzula zakładała pierwotnie, że każde takie polecenie będzie stanowiło Zmianę, jeżeli spowoduje i do tego stopnia, w jakim spowoduje, że wykonawca poniesie Nieprzewidywalny Koszt. Usługi dla tego personelu i innych wykonawców, mogą obejmować użycie Sprzętu Wykonawcy, Robót Tymczasowych lub środków dostępu, za które jest odpowiedzialny Wykonawca. Jeżeli według Kontraktu wymaga się od zamawiającego, aby dał wykonawcy w użytkowanie jakikolwiek fundament, konstrukcję, urządzenie lub środki dostępu zgodnie z Dokumentami Wykonawcy, to wykonawca przedłoży takie dokumenty Inżynierowi w czasie i w sposób podany w Specyfikacji. Powyższe jednak wykreślono, co powoduje, że wykonawca obowiązany będzie udostępnić teren budowy, na którym poczynił określone nakłady (wykonał fundamenty, utwardził dojazd, zagęścił, itp.), innym podmiotom wskazanym przez zamawiającego (np.: innym wykonawcom robót budowlanych), które będą mogły ten plac zniszczyć lub wstrzymać prace wykonywane przez wykonawcę i z tego tytułu wykonawca nie będzie mógł występować do zamawiającego z jakimikolwiek roszczeniami. Dodatkowo, aktualny staje się problem odpowiedzialności kierownika budowy za działania wszelkich podmiotów na terenie placu budowy. Powyższe winno być usunięte.

12) Warunki Szczególne Kontraktu - zmiana treści Subklauzuli 4.10, która powoduje, że opis przedmiotu zamówienia narusza postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp:

W zmienionej Subklauzuli 4.10 wskazano: „Informacje o Placu Budowy będące w posiadaniu Zamawiającego zawarte zostały w SIWZ. Pozostałe dane Wykonawca uzyska we własnym zakresie.”. Powyższe oznacza, że wykonawcy obowiązani zostali faktycznie

do przeprowadzenia wizji lokalnej. Zobowiązanie ich do uzyskania we własnym zakresie pozostałych niż zawarte w SIWZ informacji o placu budowy wpisane w celu wyciągnięcia konsekwencji z faktu stwierdzenia w trakcie realizacji rozbieżności między stanem wynikającym z opis przedmiotu zamówienia a stanem faktycznym terenu inwestycji na niekorzyść wykonawcy stanowi rażące naruszenie przepisów prawa. W ustawie zawarty jest bowiem zakaz odsyłania do innych okoliczności czy faktów, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a nie są częścią opisanego przedmiotu zamówienia. Analiza treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wprost prowadzi do wniosku, że jeżeli całością wiedzy o przyszłym świadczeniu wykonawcy ma wynikać z opisanego (słownie, graficznie, itp.) przedmiotu zamówienia, to nie może wynikać, np.: z tzw. wizji lokalnej, która z definicji nie stanowi „opisu”. Jedynie wyjątkowo dopuszczalne jest odsyłanie do innych dokumentów, które są powszechnie dostępne na równych zasadach dla wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie mogą być zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, np.: ze względu na ochronę praw autorskich. Można tu za przykład przywołać Warunki Kontraktowe FIDIC, oficjalne dokumenty, takie jak programy i strategie rozwoju, np.: województwa, obszarów wiejskich, itp. Powyższe ma fundamentalne znaczenie, albowiem w orzecznictwie sądów powszechnych zdarzają się wyroki, które wbrew treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i pomimo przytaczania stosownego orzecznictwa przez stronę, oparte są o tezę, że jeżeli wykonawca miał prawo przeprowadzenia wizji lokalnej na terenie inwestycji przed złożeniem oferty i z tego prawa nie skorzystał, to ponosi konsekwencje wynikające z rozbieżnego w stosunku do opisanego w SIWZ stanu placu budowy. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest jednak jednogłośne w tej sprawie, praktycznie jeszcze od czasów, gdy odwołania rozstrzygali arbitrzy w ramach zespołów. Dla przykładu ERBUD S.A. wskazała na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 czerwca 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-952/04. Dodatkowo, powyższe spowoduje, że część poniesionego wydatku będzie niekwalifikowana, a instytucje audytu i kontroli nałożą stosowną korektę finansową. Jako naruszające opisanymi wyżej zasady, ww. postanowienia winny być usunięte.

- 13) Warunki Szczególne Kontraktu - zmiana treści Subklauzuli 4.12, która powoduje, że wykonawca poniesie odpowiedzialność za warunki fizyczne terenu obiektywnie nieprzewidywalne i nie uzyska z tego tytułu żadnego wynagrodzenia, w tym pokrycia poniesionych kosztów (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):**

Użyte pojęcie: „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez warunki fizyczne człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia, które napotyka wykonawca na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki pod- powierzchniowe i hydrologiczne, ale wyłączając warunki klimatyczne. Za zaistnienie powyższych wykonawca nie nabędzie prawa do płatności za jakikolwiek tak poniesiony koszt, albowiem wykreślony

postanowienia lit. (b), które dawały takie uprawnienie. Konieczne jest przywrócenie oryginalnej treści Subklauzuli 4.12.

14) Warunki Szczególne Kontraktu - dodanie treści Subklauzuli 4.25, która powoduje, że wykonawca podejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z Placem Budowy w zakresie, w jakim wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

Opisane wyżej sformułowanie prowadzi wprost do nieuprawnionego przypisania wykonawcy odpowiedzialności za wszelkie szkody powstałe w bliżej niezdefiniowanym sąsiedztwie placu budowy. Powyższe winno być usunięte jako naruszające zasadę swobody zawierania umów, ale także zasady systemu zamówień publicznych.

15) Warunki Szczególne Kontraktu - dodanie treści akapitu do Subklauzuli 8.12, powodujące, że wykonawca podejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe (w tym straty) powstałe z tytułu zawieszenia robót przez Inżyniera Kontraktu, z jakichkolwiek przyczyn (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

W klauzuli 8.12, regulującej zasady zawieszenia wykonywania robót na polecenie Inżyniera Kontraktu dodano zdanie o treści. Naprawienie dostrzeżonych strat nastąpi w całości na koszt i ryzyko Wykonawcy”. Powyższe wprost narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za działania lub zaniechania Inżyniera Kontraktu, które mogą być bezprawne, wynikać z przyczyn innych niż merytoryczne, itp. Powyższe jest niedopuszczalne i jako takie winno być usunięte z treści umowy.

16) Warunki Szczególne Kontraktu - skreślenie części treści Subklauzuli 9.2 powodujące, że wykonawca nie nabędzie prawa do przedłużenia terminu wykonania zamówienia ani roszczenia finansowego pomimo, że Próby Końcowe zostaną bez uzasadnienia opóźnione przez zamawiającego (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego)

W Subklauzuli 9.2 skreślono pierwszy akapit, który powodował, że wykonawca mógł nabyć prawo do przedłużenia terminu wykonania zamówienia lub roszczenie finansowe w sytuacji, gdy Próby Końcowe zostałyby bez uzasadnienia opóźnione przez zamawiającego. Powyższe wprost

narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jako działanie niedopuszczalne powyższe winno być usunięte z treści umowy.

17) Warunki Szczególne Kontraktu - skreślenie części treści Subklauzuli 17.3 oraz 19.1 powodujące, że wykonawca poniesie wszelkie ryzyko ewentualnego natrafienia w trakcie robót ziemnych na amunicję wojskową czy materiały wybuchowe (naruszenie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego):

Zamawiający zmodyfikował treść Subklauzul 17.3 i 19.1 Warunków Kontraktowych FIDIC w ten sposób, że wykreślił z ich treści wystąpienie amunicji wojskowej czy materiałów wybuchowych jako zagrożeń stanowiących jego ryzyko, bądź jeden z elementów definicyjnych siły wyższej. Powyższe wprost narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jako działanie niedopuszczalne powyższe winno być usunięte z treści umowy.

Odwołujący wniósł o zmianę opisu świadczenia i sposobu jego spełnienia przez nakazanie zamawiającemu zmiany poszczególnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i stanowiących jej integralną treść: Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane, Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu i innych postanowień opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 20 sierpnia 2012 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie żądań, o których mowa w pkt 1, 3 i 4 odwołania. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Ad. 1.

Zamawiający uwzględnił żądanie i złożył oświadczenie, iż zmodyfikuje odpowiednie postanowienia SIWZ w następujący sposób:

Rozdział VIII pkt 7 SIWZ otrzyma brzmienie:

„c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Ad. 2.

Zamawiający nie uwzględnił żądania. Wskazał, że wprowadzając w SIWZ w Rozdziale XV pkt 5 o treści „Projekty i opracowania objęte przedmiotem zamówienia”, kierując się troską o jak najdokładniejszy opis zakresu zamówienia, wymienił opracowania projektowe, które

są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i wynikają z ustawy Prawo Budowlane m in. plan BIOZ tzn. Plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, Programy zapewnienia jakości, Programy gospodarki odpadami, Projekty tymczasowych organizacji ruchu, Projekty fundamentów i konstrukcji wsporczych dla znaków drogowych oraz pozostałe wymienione w ppkt od 1 do 11 w tym również w ppkt 7 - projekty technologiczno-wykonawcze i warsztatowe niezbędne do prawidłowego wykonania robót. Opracowania wymienione w ppkt 1 do 11 nie powinny budzić wątpliwości u wykonawcy posiadającego doświadczenie i niezbędną wiedzę techniczną. Należy nadmienić, że zakres przedmiotu zamówienia dotyczy wykonania ponad 1000 m nowego torowiska tramwajowego wraz z nową trakcją, biegnącego po moście nad rz. Odrą oraz budowy estakad drogowych, budowa wiaduktu drogowego w ciągu ul. Batalionów Chłopskich, budowa tzw. „wanny żelbetowej”, w której będzie zlokalizowane torowisko, tunelu dla pieszych oraz końcowej pętli. Tak szeroki zakres prac budowlanych wymaga opracowania projektów technologicznych i warsztatowych związanych z m. in. z kolejnością montażu poszczególnych elementów konstrukcji torowiska, bądź estakady, bądź wiaduktu, sposobów scalenia elementów konstrukcji, tymczasowego podparcia konstrukcji, wykonania tymczasowych rusztowań i wiele innych. Szczegóły zawarte w omawianych projektach zależą od harmonogramu prac przyjętego przez Wykonawcę, od przyjętej organizacji budowy, od harmonogramów dostaw poszczególnych materiałów, od zakresu i kolejności pracy podwykonawców. Jednocześnie mając na uwadze dbałość o jakość wykonanych prac, Inżynier Kontraktu, sprawujący nadzór inwestorski nad realizacją zamówienia, opiniując omawiane projekty technologii wykonania prac, będzie miał możliwość wychwycenia błędów lub niedoróbek już na etapie projektów, przed ich realizacją, co ustrzeże również Wykonawcę prac przed ponoszeniem znacznych kosztów w przypadku nieprawidłowego wykonania robót budowlanych.

Zamawiający podkreślił, że załączone projekty budowlane i wykonawcze oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót opisują przedmiot zamówienia w sposób kompletny z punktu widzenia celu, któremu mają służyć i pozwalają sporządzić Wykonawcą kompletną ofertę.

Ad. 3.

Zamawiający uwzględnił żądanie i oświadczył, iż zmodyfikuje odpowiednie postanowienia SIWZ w następujący sposób:

Rozdziale XV pkt 9 ppkt 11 SIWZ otrzyma następujące brzmienie:

„11) Zamawiający zastrzega możliwość częściowego przekazywania placu budowy (plac budowy objęty działką nr 10 i 5/3 z obrębu 4047, Zamawiający przekaze w terminie do końca czerwca 2013 r.). Taka sytuacja nie może powodować dodatkowych roszczeń finansowych i czasowych u wykonawcy”.

Zamawiający wyjaśnił, że po podpisaniu umowy przekazany zostanie cały plac budowy z wyjątkiem działki nr 10 i 5/3 z obrębem 4047, które zostaną przekazane do końca czerwca 2013.

Ad. 4.

W celu precyzyjnego wyrażenia swoich zamierzeń zamawiający uwzględniając żądanie oświadczył, iż doprecyzuje SIWZ. Wymagany przez zamawiającego model wynagrodzenia nazwany został wynagrodzeniem kosztorysowo - ryczałtowym z uwagi na fakt rozliczenia pojedynczych, wymienionych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych pozycji w formie ryczałtu. Pozostałe pozycje natomiast będą rozliczane kosztorysowo. Zamawiający zwrócił też uwagę na § 21 wzoru umowy, Wynagrodzenie WRB: „Zamawiający za wykonanie i oddanie Projektu zapłaci WRB wynagrodzenie kosztorysowo - ryczałtowe ustalone na podstawie ofert WRB oraz sprawdzonych i potwierdzonych obmiarów wykonanych robót, zgodnie z zapisami Warunków Kontraktu”.

W celu doprecyzowania sposobu płatności, zamawiający zmodyfikuje treść SIWZ w następujący sposób:

Załącznik nr 7 do SIWZ, wzór umowy, § 51 otrzyma następujące brzmienie:

„Jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykraczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, Wykonawca może żądać podwyższonego wynagrodzenia w oparciu o art. 630 kc. Wypłata podwyższonego wynagrodzenia nastąpi po rozliczeniu końcowym zadania.”.

Ad. 5.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Mając na uwadze specyfikę omawianego zamówienia publicznego tj. okres realizacji 24 miesiące od podpisania umowy z jednoczesną płatnością w postaci jednej faktury na podstawie końcowego Świadectwa Płatności, zamawiający przedmiotowymi zapisami zabezpieczył interes swój oraz Podwykonawców wybranych przez Wykonawcę generalnego. Zamawiający stwierdził, że jest świadomy dodatkowego kosztu związanego z pozyskaniem gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, jednak mając na uwadze ostatecznie, obserwowane na rynku budowlanych braki płynności finansowej Wykonawców wykonujących zamówienia publiczne w postaci budowy m. in. dróg ekspresowych i autostrad na zlecenie GDDKiA, zamawiający dąży do zabezpieczenia ewentualnych roszczeń podwykonawców, których liczba na omawianej budowie może być znaczna. Proponowane przez Odwołującego zbieranie od podwykonawców oświadczeń o zaspokojeniu ich roszczeń finansowych nie gwarantuje skutecznego zabezpieczenia Zamawiającego przed tzw. „podwójnym płaceniem” i wydatkowaniem środków publicznych oraz stabilności finansowej podwykonawców.

Ad. 6.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający uznał, że konstruując postanowienia wzoru umowy nie naruszył zasady swobody zawierania umów. Wyjaśnił, iż nie występuje ograniczenie roszczeń finansowych wykonawcy. Powyższe reguluje Klauzula 20 „Roszczenia, spory i arbitraż”.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że wykonawca nie może żądać dodatkowej płatności wraz z zyskiem za opóźnienie w dostawie dodatkowych rysunków lub instrukcji. Jeżeli wykonawca dozna z tego tytułu opóźnienia w wykonywaniu robót to będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na ukończenie, natomiast o resztę roszczeń może wnioskować do Inżyniera zgodnie z Subklauzulą 20.

Ad. 7.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że konstruując postanowienia wzoru umowy nie naruszył zasady swobody zawierania umów. „Dokumenty Wykonawcy” (zgodnie z Subklauzulą 1.1.6.1.) nie stanowią projektów utworów architektonicznych, architektoniczno - urbanistycznych oraz urbanistycznych, a więc „projektów budowlanych” w rozumieniu Prawa Budowlanego, w związku z tym nie ma zastosowania w stosunku do nich art. 61 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Ad. 8.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że konstruując postanowienia wzoru umowy nie naruszył zasady swobody zawierania umów. Zarzut jest w ocenie zamawiającego nieuzasadniony z uwagi na treść Subklauzuli 1.13, tj: „Zamawiający w trakcie przekazania placu budowy przekazuje Wykonawcy”. Z literalnego brzmienia powyższego zapisu jednoznacznie wynika, iż czynność przekazania niezbędnych wykonawcy dokumentów nastąpi w trakcie przekazywania placu budowy. Czynność takowa trwa od 1 do 2 godzin w ciągu wyznaczonego dnia, tak więc wykonawca otrzyma wymagane dokumenty w dniu przekazania placu budowy, który zostanie przekazany zgodnie z zapisem § 6 umowy, czyli w ciągu 14 dni od daty zawarcia umowy.

Ad. 9.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że konstruując postanowienia wzoru umowy nie naruszył zasady swobody zawierania umów. Odpowiednie, wyprzedzające przygotowanie niezbędnych, jednoznacznie opisanych w warunkach kontraktu, dokumentów pozwoli w sposób płynny dokonać niezbędnych uzgodnień zarówno z Inżynierem, jak i z zamawiającym. Doświadczony

wykonawca wyznacza swojego przedstawiciela (Subklauzula 4.3) podwykonawców (Subklauzula 4.4) planuje dostawy materiałów, ustala ilość sprzętu, ludzi z odpowiednim wyprzedzeniem. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w celu ograniczenia ryzyka naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz w konsekwencji utraty dofinansowania unijnego, zamawiający powinien uzgadniać z Inżynierem zmiany w kontrakcie, zarówno co do zakresu jak i czasu na ukończenie (Subklauzule 13.1 i 13.2 oraz 8.4, 8.6 i 8.8). Kwalifikacja zmiany wymaga niejednokrotnie uzyskania opinii Projektanta, opinii prawnej oraz analiz finansowych, których sporządzenie wymaga czasu. Zmiany mogą wymuszać również przeprowadzenie zmian zapisów umowy o dofinansowanie projektu lub zmian budżetu gminy. Dlatego też zamawiający uważa, że wskazany w kontakcie czas tj. 28 dni jest niezbędny. Wykonawca z odpowiednim wyprzedzeniem musi planować roboty budowlane, uwzględniając czas niezbędny na uzgodnienia z Inżynierem Kontraktu i zamawiającym w Harmonogramie Robót.

Ad. 10.

Zamawiający nie uwzględnił literalnie żądania, jednakże oświadczył, iż dokona odpowiednich zmian postanowień SIWZ w celu doprecyzowania warunków odpowiedzialności wykonawcy.

Zamawiający zmodyfikuje treść SIWZ w następujący sposób:

Załącznik nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu, Subklauzula 4.1. ostatni akapit otrzyma brzmienie: „Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie szkody, bez względu na ich przyczynę, jakie powstaną w toku lub przy okazji realizacji Kontraktu, a które dotyczyć będą nawierzchni drogowych, rowów melioracyjnych, sieci uzbrojenia technicznego lub innych obiektów i urządzeń budowlanych znajdujących się na Placu Budowy oraz w jego sąsiedztwie.

Wykonawca zobowiązany będzie do usunięcia na własny koszt i ryzyko szkód o jakich mowa powyżej oraz przeprowadzenia dalszych prac naprawczych poleconych przez Inżyniera, chyba że Wykonawca wykaże, że nie są to szkody powstałe w toku lub przy okazji wykonywanych przez niego robót budowlanych.”.

Ad. 11.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych i braku woli wykonania prac dodatkowych przez wykonawcę generalnego, będzie zmuszony do udzielenia zamówienia dodatkowego innemu wykonawcy, w celu realizacji robót dodatkowych koniecznych do zrealizowania zamówienia podstawowego. Inne prace będą wykonywane w taki sposób, aby nie wstrzymywały prac prowadzonych przez wykonawcę generalnego. Nad harmonogramem prac oraz koordynacją będzie czuwał Inżynier Kontraktu.

Jednocześnie zamawiający poinformował, iż żaden inny wykonawca nie może niszczyć lub wstrzymywać prac wykonywanych przez wykonawcę generalnego. Jeżeli takie zniszczenia

zostaną dokonane, to koszt tych zniszczeń będzie pokrywał inny (dodatkowy) wykonawca. Każdy nowy wykonawca wprowadzany na plac budowy jest również zobowiązany dysponować osobą nadzorującą prace posiadającą uprawnienia budowlane oraz niezbędną wiedzę i doświadczenie. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku zatrudniania przez generalnego wykonawcę podwykonawców, którzy również zobowiązani są wyznaczyć kierownika danego rodzaju robót (np. robót sanitarnych lub elektrycznych).

Ad. 12.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie zamawiającego, zarzut nie jest zasadny. „Pozostałe dane” nie dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, którego sporządzenie należy do obowiązków zamawiającego, a jedynie opracowań, do których uzyskania został zobowiązany wykonawca w ramach Kontraktu. Zamawiający wyjaśnił, że pozostałe dane dotyczą organizacji budowy, w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu, ustalenia możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami. Powyższe dane są ogólnie dostępne na równych zasadach, dla wszystkich wykonawców i można je odszukać na mapach drogowych, na stronach internetowych GDDKiA, Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego miasta Szczecina.

Ad. 13.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający poinformował, iż zjawiska wyszczególnione w lit. b tj. „warunki fizyczne terenu obiektywnie nieprzewidywalne” uregulował zapisami dotyczącymi robót dodatkowych (Subklauzula 13 Zmiany i Korekty). Jeżeli wystąpią zjawiska, których istnienia nie można było przewidzieć na etapie dokumentacji projektowej, to zgodnie z zapisami ustawy Pzp, prace wynikające z takowych zjawisk będą robotami dodatkowymi i będą podlegać odrębnej procedurze udzielenia zamówienia. Dlatego też wprowadzenie przedmiotowej modyfikacji nie narusza zasady równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ad. 14.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż dodana treść Subklauzuli 4.25 jednoznacznie informuje, że wykonawca odpowiada za roszczenia lub szkody: „w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody”, a więc jeżeli wykonawca udowodni, że nie odpowiada za daną szkodę lub inne zakłócenie, wówczas nie będzie ponosił odpowiedzialności materialnej. Praktyka budowlana powinna być prowadzona przez wykonawcę rzetelnie i w sposób zapewniający dostęp do posesji, budynków znajdujących się w sąsiedztwie palcu budowy, przede wszystkim

ze względów bezpieczeństwa, dla służb ratownictwa i policji. Wymaganie to jest możliwe do spełnienia dla przeciętnego wykonawcy.

Ad. 15.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający ustalił, że zasadą Inżyniera Kontraktu jest działanie prawne i merytoryczne. Ponadto, zgodnie z Subklauzulą 8.9 [Konsekwencje zawieszenia], jeżeli wykonawca dozna opóźnienia lub poniesie koszty, wykonując polecenia Inżyniera według Subklauzuli 8.8 [Zawieszenie pracy], będzie uprawniony do przedłużenia czasu lub płatności.

Ad. 16.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że definicja „Próby Końcowe” wg warunków FIDIC oznacza wykonanie prób sprawdzeń, które są wykonywane przez wykonawcę przed przejęciem robót przez zamawiającego. Zamawiający nie uczestniczy w Próbach Końcowych i nie może ich opóźniać. Dopiero po zakończeniu (pozytywnym) Robót, zgodnie z Subklauzulą 10 nastąpi Przejęcie Robót przez zamawiającego. Zamawiający nie przewiduje zmian w przedmiotowym zakresie. Zamawiający nie prowadzi działań nieuzasadnionych merytorycznie. Dlatego też wprowadzenie modyfikacji nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ad. 17.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie zamawiającego, zarzut nie jest zasadny, gdyż zamawiający w postanowieniach SIWZ Rozdział X [Sposób obliczania ceny] pkt 2 ppkt 5 lit. c określił, że w cenie oferty należy uwzględnić koszty zapewnienia warunków bezpieczeństwa na placu budowy, w tym również ryzyko natrafienia w trakcie robót ziemnych na amunicję wojskową czy materiały wybuchowe. Wykonawca powinien przewidzieć koszty związane z wykryciem, zabezpieczeniem i likwidacją napotkanych niewybuchów oraz prowadzić prace ziemne z zachowaniem zasad bezpieczeństwa robót.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili następujący wykonawcy: Mostostal Warszawa S.A., ZUE S.A., Energopol-Szczecin S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem przyjąć, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada interes w jego uzyskaniu. Podobnie, na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba za zasadny, tak, jak zamawiający, uznała zarzut dotyczący wymagania od wykonawców ponoszenia kosztów zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji (zarzut 1 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12) w zakresie wskazania przez zamawiającego ceny wozokilometra. Informacja ta jest niewątpliwie niezbędna do skalkulowania takich kosztów. Jednocześnie, Izba stwierdziła, że ilość wozokilometrów będzie zależna od tras przyjętych przez wykonawcę w projekcie czasowej organizacji ruchu. Obowiązek opracowania takiego projektu wynika z Subklauzuli 4.1 pkt (e) Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu. Zatem to na wykonawcy ciąży nie zakwestionowany w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym obowiązek określenia tras przebiegu komunikacji, a co za tym idzie, określenia wynikającej stąd ilości wozokilometrów, co wykonawca jest w stanie uczynić mając dostęp do planu miasta i obecnych tras przebiegu komunikacji. Izba uznała zatem, iż po wskazaniu przez zamawiającego ceny wozokilometra przygotowanie przez wykonawcę oferty będzie możliwe.

Strony i przystępujący zgodzili się co do sposobu rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących obowiązku wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie (zarzut 2 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12), zastrzeżenia dotyczącego możliwości częściowego przekazywania Placu Budowy oraz narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb związanych z realizacją inwestycji (zarzut 3 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12, zarzut 3 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Wobec braku sporu

co do sposobu rozstrzygnięcia ww. zarzutów Izba uwzględniła odwołania w tym zakresie i nakazała modyfikację spornych postanowień specyfikacji w sposób wskazany w sentencji orzeczenia.

Podobnie, bezsporny stał się sposób rozstrzygnięcia zarzutów związanych z obowiązkiem ubiegania się przez wykonawcę o dodatkowe wynagrodzenie w przypadku przekroczenia ilościowego prac opisanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (zarzut 11 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12), modyfikacją postanowień Subklauzuli 1.7 w stosunku do brzmienia wynikającego z warunków kontraktowych FIDIC i uzależnieniem cesji wierzytelności, która mogłaby być dokonana na rzecz banku od zgody zamawiającego (zarzut 12 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12), oraz sformułowania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia opisanych w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) a) i d) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) a) i d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zarzut 15 i 16 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12). Izba nakazała zatem dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji w sposób określony w sentencji orzeczenia. Tym samym, uwzględniony został również zarzut 4 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12. Należy przy tym wskazać, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zostało określone jako kosztorysowo-ryczałtowe (§ 21 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane). Prace przewidziane do wykonania zostały określone przez zamawiającego m.in. w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, gdzie zamawiający dla poszczególnych pozycji wskazał jednostki rozliczeniowe, ilość, charakter wynagrodzenia. Bez wątplenia należy zatem przyjąć, iż prace wykraczające poza ilości opisane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych będą dodatkowo wynagradzane.

Za zasadny Izba uznała również zarzut dotyczący braku wskazania lokalizacji składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością zamawiającego (zarzut 4 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12). Zgodnie z treścią Subklauzuli 7.9 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu, „Materiały z rozbiórki nadające się do ponownego wbudowania (wykorzystania), które zgodnie z postanowieniami SIWZ stanowią własność Zamawiającego, a które Wykonawca pozyska zgodnie z SIWZ, Wykonawca przetransportuje oraz złoży w miejscach wskazanych przez Inżyniera, na terenie legalnego składowiska Zamawiającego.”. We wskazanym przez zamawiającego Rozdziale XV pkt 6 ppkt 7 SIWZ jest mowa o miejscu, w którym mieści się magazyn depozytowy, nie ma w nim jednak mowy, iż magazyn depozytowy przy ul. Narzędziowej 37 w Szczecinie to jedyne legalne składowisko zamawiającego. Izba uznała, biorąc pod uwagę hierarchię dokumentów opisaną w Subklauzuli 7.5 Warunków Ogólnych FIDIC, że zasadne jest doprecyzowanie postanowień Subklauzuli 7.9 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu w tym zakresie.

Potwierdził się również zarzut odnoszący się do wyłączenia w Załączniku nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu Subklauzul 1.1.4.3, 1.9 i 4.7 dotyczących zapłaty wykonawcy ewentualnego kosztu, jaki poniósł on w związku z np. opóźnieniem w przekazaniu rysunków koniecznych do realizacji umowy, czy też błędów w wytyczeniach w dokumentach przekazanych przez zamawiającego (zarzut 13 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12 i zarzut 6 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Izba stwierdziła, iż zamawiający oraz Inżynier zobowiązani są do należytego wywiązywania się ze swoich obowiązków. Uchybienia zamawiającego czy Inżyniera w postaci opóźnień w przekazaniu rysunków lub instrukcji czy też poczynione błędy w wytyczeniach w bezpośredni sposób mogą oddziaływać na możliwość realizacji zamówienia. W ocenie Izby, brak jest podstaw do nakładania na wykonawcę obowiązku ponoszenia dodatkowych kosztów związanych np. z zorganizowaniem i utrzymaniem zaplecza budowy, ochrony i ubezpieczenia, które spowodowane są zaniechaniem zamawiającego czy Inżyniera. Jednocześnie, Izba nie uznała zasadności uzyskiwania przez wykonawcę zysku z tego tytułu, stąd Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji Subklauzuli 1.9 i 4.7 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu przez wprowadzenie punktu (b) o treści: „płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej”. Konsekwentnie, modyfikacji podlega również Subklauzula 1.1.4.3 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu.

Uwzględnieniu przez Izbę podlega także zarzut dotyczący sformułowania przez zamawiającego w Rozdziale VIII pkt 7 ppkt 1 lit. c SIWZ jednej z przesłanek zatrzymania wadium (zarzut 1 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12), który to zarzut został przyznany przez zamawiającego. W Rozdziale VIII pkt 7 ppkt 1 lit. c SIWZ zamawiający wskazał, iż zatrzyma wadium wraz z odsetkami m.in. w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana „spowodował, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie”. Wskazać należy, iż przesłanki zatrzymania wadium zostały określone przez ustawodawcę w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp i nie mogą być dowolnie modyfikowane przez zamawiającego. Odpowiednia dla ww. postanowienia specyfikacji przesłanka zatrzymania wadium ustanowiona przez ustawodawcę brzmi: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” (art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp) i taką treść spornej przesłanki zamawiający zobowiązany jest zamieścić w treści specyfikacji.

Na uwzględnienie zasługuje ponadto zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do uwzględnienia w swoich działaniach czasu na uzyskanie uzgodnień Inżyniera z zamawiającym (zarzut 9 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Wskazać należy, iż Inżynier jest przedstawicielem zamawiającego, podmiotem działającym w zakresie uprawnień przyznanych przez zamawiającego. Działania Inżyniera dokonywane w ramach Kontraktu, w zakresie przyznanego mu umocowania, wywierają skutki prawne takie, jak działania samego inwestora, są działaniami na rzecz i rachunek zamawiającego. Inżyniera należy zatem w tym zakresie

utożsamiać z zamawiającym. Biorąc pod uwagę powyższe, oraz możliwy zakres uzgodnień pomiędzy zamawiającym a Inżynierem Izba stwierdziła, że wyznaczony przez zamawiającego 28-dniowy termin na dokonywanie *de facto* wewnętrznych uzgodnień przez zamawiającego może w zbyt znaczący sposób wpływać na możliwość realizacji zamówienia. Z uwagi na stosunkowo krótki czas na wykonanie przedmiotu zamówienia – zgodnie z § 19 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane 24 miesiące od daty podpisania Umowy – uwzględnienie każdorazowo w przypadku zaistnienia konieczności dokonania uzgodnień Inżyniera z zamawiającym, przy szerokim możliwym zakresie działań, przy których podjęciu uzgodnienia te będą niezbędne, 28-dniowego terminu, może odnieść skutek w postaci uniemożliwienia terminowej realizacji zamówienia. Z uwagi na powyższe Izba nakazała zamawiającemu usunięcia spornego wymagania.

Za zasadny Izba uznała też zarzut dotyczący treści Subklauzuli 4.10 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu (zarzut 12 w sprawie o sygn. akt 1704/12). Izba stwierdziła, że niezbędne jest doprecyzowanie określenia „pozostałe dane”, co zamawiający uczynił już w odpowiedzi na odwołanie wskazując, iż pozostałe dane dotyczą organizacji budowy, w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu, ustalenia możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych, w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami. Powyższe potwierdza, iż zamawiający ma możliwość określenia, co najmniej przykładowo, o jakich danych w tym miejscu mowa.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący zmodyfikowanej treści Subklauzuli 4.1 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu (zarzut 10 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Izba uznała, iż nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za szkody powstałe w toku lub prze okazji realizacji Kontraktu mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk, które w ramach opisu przedmiotu zamówienia można na wykonawcę nałożyć. Jednak z uwagi na oświadczenie zamawiającego o gotowości do doprecyzowania postanowień specyfikacji w tym zakresie Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut nakazując dokonanie modyfikacji treści Subklauzuli 4.1 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu w sposób wskazany w sentencji orzeczenia.

W ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut odnoszący się do wymogu, w przypadku korzystania z podwykonawców, przedstawienia do propozycji umowy lub umowy z podwykonawcą gwarancji bankowej lub jej promesy zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do zamawiającego o taką płatność (zarzut 6 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12 i zarzut 5 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Izba uznała, że postawienie takiego wymogu jest dopuszczalne w ramach swobody umów. W tym miejscu warto wskazać, iż zasada swobody umów doznaje na gruncie ustawy Pzp pewnych ograniczeń – z ogólnych zasad postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, jak i poszczególnych przepisów ustawy Pzp wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów, zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody kształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to zamawiający decyduje o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy innych obowiązkach umownych lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia. Izba stwierdziła, że w interesie zamawiającego jest, aby wykonawcy nie powstrzymywali się ze spełnianiem swoich świadczeń na rzecz podwykonawców, bowiem może mieć to wpływ na realizację zamówienia, w tym np. na dotrzymanie terminu realizacji, a co za tym idzie, nie pozostaje bez wpływu na utrzymanie dofinansowania inwestycji. Izba nie stwierdziła zatem, aby sporny wymóg naruszał przepisy prawa. Koszt takiej gwarancji wykonawca zobowiązany jest skalkulować w cenie oferty.

Izba stwierdziła, że przepisy prawa nie zostały naruszone przez zamawiającego również przy określeniu postanowień umowy dotyczących kar umownych (zarzut 7 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12). Zamawiający, jako gospodarz postępowania odpowiedzialny za wydatkowanie środków publicznych jest uprawniony do używania dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami.

Za uprawnione i nie naruszające przepisów prawa Izba uznała nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za zakłócenia czy szkody wyrządzone wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy (zarzut 8 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12, zarzut 14 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Zobowiązanie wykonawcy, aby na własną odpowiedzialność i na swój koszt podjął wszelkie środki zapobiegawcze wymagane przez rzetelną praktykę budowlaną, aby zabezpieczyć prawa właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy i unikać powodowania tam jakichkolwiek zakłóceń i szkód nie wykracza poza kodeksowe ramy zasady swobody umów, nie jest świadczeniem niemożliwym czy nierealnym, a przede wszystkim mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk, które w ramach opisu przedmiotu zamówienia można na wykonawcę nałożyć.

Podobnie, Izba uznała, że nałożenie na wykonawcę obowiązku przedłożenia projektów technologiczno-wykonawczych i warsztatowych, podejmowania działań zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (zarzut 2 i 8 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12), opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych, odpowiedzialności za prowadzenie robót w sposób zapewniający zabezpieczenie istniejącego uzbrojenia (zarzut 9 i 10 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12), zapewnienie możliwości wykonania pracy przez innych wykonawców zatrudnionych przez zamawiającego

(zarzut 11 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12), odpowiedzialności za nieprzewidywalne warunki fizyczne, za skutki zawieszenia robót przez Inżyniera, czy natrafienia w trakcie robót ziemnych na amunicję wojskową czy materiały budowlane (zarzut 13, 15, 17 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12) mieści się w granicach dopuszczalnego ryzyka, możliwego do przerzucenia na wykonawcę lub też w sferze dopuszczalnego niedookreślenia zakresu wymaganych czynności. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia zasady swobody umów. Ewentualne koszty wypływające z tak postawionych wymagań wykonawcy zobowiązani są wliczyć do oferowanej ceny, co Izba uznaje za możliwe. Warte przywołania jest w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego we Wrocławiu, który stwierdził, iż „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.” (wyrok z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08).

Brak w umowie mechanizmów dotyczących indeksacji czy waloryzacji cen (zarzut 14 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12) w żaden sposób nie narusza obowiązujących przepisów prawa. Wprowadzenie tego typu postanowień do treści umowy pozostaje w dyspozycji zamawiającego. Zmiany cen materiałów pozostają ryzykiem wykonawcy, który powinien je uwzględnić i skalkulować w cenie oferty.

Nie znalazł uzasadnienia również zarzut dotyczący wymagania złożenia opisu rozwiązań równoważnych (zarzut 17 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12). Wymaganiu takiemu nie sprzeciwiają się przepisy ustawy Pzp. Art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wprost nakłada na wykonawcę robót budowlanych oferującego rozwiązania równoważne obowiązek wykazania, że oferowane roboty spełniają wymagania zamawiającego. Izba wzięła przy tym pod uwagę okoliczność, iż postawiony w odwołaniu zarzut nie dotyczył braku określenia przez zamawiającego kryteriów równoważności.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego nałożenia na wykonawcę obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych (zarzut 7 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Izba

stwierdziła, że wymóg przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do dokumentów wytworzonych przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia jest zasadny – zamawiający powinien dbać o posiadanie pełni praw do produktów powstałych przy wykonywaniu umowy. Co więcej, jak zauważył zamawiający, dokumenty wykonawcy, o których mowa w spornej Subklauzuli, nie stanowią projektów architektonicznych lub architektoniczno-urbanistycznych, zatem nie znajdują do nich zastosowania art. 23 i 61 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący terminu przekazania dokumentów przez zamawiającego (zarzut 8 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Izba zważyła, że w Subklauzuli 1.13 Załącznika nr 8 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu określono czas przekazania dokumentów jako „w trakcie przekazania Placu Budowy”, który z kolei ma zostać przekazany zgodnie z § 6 Załącznika nr 7 do SIWZ Umowa o roboty budowlane w ciągu 14 dni od daty zawarcia umowy.

Ponadto, nie potwierdził się zarzut dotyczący wykreślenia części treści Subklauzuli 9.2 powodującego, że wykonawca nie nabędzie prawa do przedłużenia terminu wykonania zamówienia ani roszczenia finansowego pomimo, że Próby Końcowe zostaną bez uzasadnienia opóźnione przez zamawiającego (zarzut 16 w sprawie o sygn. akt KIO 1704/12). Za uzasadnione Izba uznała twierdzenia zamawiającego, iż zamawiający nie uczestniczy w Próbach Końcowych, zatem nie może przyczynić się do ich opóźnienia.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut niejasnego określenia sposobu rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane oznaczonego nr 5 w sprawie o sygn. akt KIO 1691/12, bowiem został on wycofany przez Energopol-Szczecin S.A. w toku rozprawy.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....