

WYROK
z dnia 14 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Katarzyna Brzeska
Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **29 sierpnia, 5 i 12 września 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **17 sierpnia 2012 r.** wniesionego przez **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (pełnomocnik)** i **[2] Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt Hiszpania**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa**,

przy udziale wykonawców

- 1) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa;
 - 2) Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin;
 - 3) ASTALDI S.P.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa;
 - 4) Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa;
 - 5) Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (pełnomocnik) i [2] Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt Hiszpania**

i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczoną przez **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (pełnomocnik) i [2] Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (pełnomocnik) i [2] Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt Hiszpania** na rzecz zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset** złotych **zero** groszy) stanowiąca koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa Prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odc. Powązkowska-Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. węzeł Powązkowska-węzeł Modlińska«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10.12.2011 r. pod nrem 2011/S 238-384108. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (pełnomocnik)** i [2] **Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt Hiszpania**, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wnieśli 17.08.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na zmiany postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) wprowadzone 07.08.2012 r.:

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być wykonana z zastosowaniem „Warunków Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę” COSMOPOLI CONCULTANTS, wydanie angielsko-polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999. Odwołaniem jest objęta czynność zamawiającego polegająca na ukształtowaniu treści specyfikacji w sposób sprzeczny i z naruszeniem obowiązujących w tym względzie przepisów, w tym w szczególności:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wykonanym w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wobec tego obarczania wykonawców wszelkimi ryzykami, które powinni uwzględnić w ofertach, a które na etapie przygotowywania ofert są niemożliwe do

określenia i oszacowania, a także – przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia – doprowadzenie do naruszenia tożsamości świadczenia z ofertą przez wprowadzenie możliwości rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionej w trakcie wykonywania umowy wad dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego;

- 2) **art. 7 ust. 1 Pzp, art. 471 Kc, art. 5 Kc, art. 353¹ Kc, art. 556 Kc, art. 559 Kc, art. 568 § 1 Kc, art. 567 Kc, art. 577 Kc, art. 647 Kc** w związku z **art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 55 Prawa budowlanego** w zakresie sformułowania Warunków Szczególnych Kontraktu, w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego, powodującego rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia; odwołujący podnosi także, że niektóre z postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu nakładają na wykonawcę obowiązki, które są niezgodne z przepisami ustawy Prawo budowlane.

Odwołanie dotyczy następujących postanowień specyfikacji:

w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

- 1) punktu 1,

punkt 1.4.1 akapity trzeci i ostatni,

punkt 1.4.2,

punkt 1.5.8,

punkt 1.6.1,

punkt 1.6.1.1,

punkt 1.6.1.2,

punkt 1.6.3

– Tomu III specyfikacji – Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej: PFU) co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania „wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej...” bez prawa do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz bez prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej, co więcej – ze zrzeczeniem się roszczeń wobec zamawiającego; w związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp oraz art. 471 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej

dostarczonej przez zamawiającego, a także **art. 647 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** przez naruszenie istoty stosunku prawnego przez bezpodstawne zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową;

- 2) **pkt 1.4.3.3 lit. k w całości sprzeczny z pkt 1.8 i 1.8.1 pkt 5 w tabeli PFU oraz subklauzula 5.1 akapit pierwszy Warunków Szczególnych Kontraktu**, gdyż z jednej strony zamawiający przekazuje dokumentację projektową i wydaną na jej podstawie decyzję – pozwolenie na budowę, z drugiej zaś strony zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek przygotowania dokumentacji projektowej; nadto odwołujący wskazuje, że zgodnie z brzmieniem **punktu 1 PFU** zamówieniem nie jest objęte przygotowanie projektów budowlanych, lecz „optymalizacja” projektów wykonawczych, sprzeczności te przekładają się bezpośrednio na sprzeczność postanowień warunków kontraktowych; zamawiający składając dokumentację projektową i pozwolenie na budowę jednocześnie wskazuje, jako obowiązujący między stronami, wzór warunków kontraktowych FIDIC przeznaczony dla robót projektowanych przez wykonawcę, tak zwany „żółty”, nie zaś wzór warunków kontraktowych FIDIC dla robót projektowanych przez zamawiającego, co logicznie powinno mieć miejsce w przedmiotowym przypadku, w związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp**;
- 3) **pkt 1.5.8 PFU** co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania stosownych decyzji administracyjnych w przypadku uznania niezgodności stanu obiektu z projektem budowlanym bez prawa do zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych; w związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenia **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp oraz art. 471 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także **art. 647 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** przez naruszenie istoty stosunku prawnego przez bezpodstawne zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentacją projektową;

w zakresie Aktu Umowy:

- 4) **§ 6 Aktu Umowy oraz subklauzula 1.1.3.7 lit. f i g, subklauzula 11.12, 11.13 Warunków Szczególnych Kontraktu** w części wskazanej w Świadectwie Przejęcia daty jako początku biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi, wobec treści których odwołujący stawia zarzut naruszenia **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2, art. 140 i art. 151 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp oraz art. 353¹, art. 548, art. 559, art. 576 i art. 577 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp**, ponieważ postanowienia zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, gdyż pozostaje w wyłącznej, arbitralnej gestii zamawiającego wskazanie początkowej daty rozpoczęcia biegu terminów odpowiedzialności z powyższych tytułów, a nie z chwilą przejęcia obiektu przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach w sprawie robót budowlanych;
- 5) **subklauzuli 1.9** dodane zdanie do akapitu drugiego w całości sprzeczne z **art. 31 Pzp** i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 oraz z 2010 r. Nr 72, poz. 464);
- 6) **subklauzuli 4.2** akapit czwarty w zakresie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej Prawem i Kontraktem przez cały okres obowiązywania Umowy, wobec czego odwołujący stawia zarzut naruszenia **art. 150 Pzp i art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp**.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany zakwestionowanych postanowień specyfikacji;

zaś w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku odwołujący wnosi o:

- 2) unieważnienie postępowania, gdyż zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania umowa będzie nieważna z mocy prawa;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zmiany specyfikacji, odwołujący wnosi o:

Ad 1-3 – zmianę wskazanych powyżej postanowień odnośnie obowiązku projektowania przez wykonawcę i nakazanie zamawiającemu zmiany Warunków Ogólnych Kontraktu na „Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” tak zwany „czerwony FIDIC”, ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia powyższego przez:

zmianę wskazanych tam postanowień dających prawo wykonawcy do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej w przypadku konieczności wykonania zmian lub nowych projektów oraz w przypadku konieczności uzyskania stosownych zgód i decyzji administracyjnych;

Ad 5 – wykreślenie dodanego zdania;

Ad 6 – wykreślenie akapitu czwartego z subklauzula 4.2.

Argumentacja odwołującego

1. Zgodnie z powszechnie aprobowanymi poglądami doktryny, do czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na które można wnieść odwołanie, zalicza się sporządzenie specyfikacji, przy czym wówczas prawo do odwołania przysługuje na całą treść dokumentu lub każdy pojedyncze postanowienie zawarte w dokumencie. Przedmiotem odwołania jest zatem czynność zamawiającego polegająca na ukształtowaniu przywołanych postanowień specyfikacji z pogwałceniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia **art. 29 i 31 Pzp** oraz z drastycznym przekroczeniem granic swobody umów, wskazanych w **art. 353¹ Kc**, a także wbrew zasadom uczciwej konkurencji powołanym w **art. 7 Pzp**. Nadto, niektóre z obowiązków nałożonych na wykonawcę są sprzeczne z przepisami Prawa budowlanego, Prawa autorskiego, zaś terminy narzucone wykonawcy stoją w jawnej sprzeczności z terminami dla organów administracji wskazanymi w przepisach procedury administracyjnej.

Zgodnie z licznym i ugruntowanym orzecznictwem tak Sądu Najwyższego jak i KIO, zgodnie z **art. 29-31 Pzp** przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym ceny. Przedmiot nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny, czy taki, który wprowadziłby w błąd wykonawcę. Opis i postanowienia umowy także zgodnie z tym orzecznictwem nie mogą przerzucać na wykonawcę wyłącznie ryzyka związanego z obowiązkami zamawiającego, czy też wadliwym czy nieprecyzyjnym opisem zamówienia oraz związanych z dokumentacją przekazywana przez zamawiającego, co ma miejsce w rozpoznawanym przypadku.

Tym samym, zgodnie unormowaniami **art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 Pzp** – obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia m.in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na zamawiającym (por, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2000; III CKN 629/98).

Powyższy pogląd jest również ugruntowany przez bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

A. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 3 sierpnia 2007 r. UZP/ZO//0-937/07 540/08 oraz z dnia 12 listopada 2010 r. KIO/UZP 2350/10 stwierdza, że zamawiający jest zobowiązany do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

B. Zamawiający nie może przerzucić na wykonawców obowiązku opracowywania czy weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia.

C. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 22 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 821/08, zwraca uwagę, że zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 Pzp.

D. W wyroku z 14 maja 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO/UZP 412/08; KIO/UZP 424/08; 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty. 2. Oferty muszą być zgodne z wymaganiami wskazanymi w specyfikacji, aby ściśle odpowiadać potrzebom zamawiającego. Wymogi te, w szczególności w przypadku zamówień specjalistycznych, powinny zostać opisane w specyfikacji szczegółowo. Powinna ona zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty (art. 29 ust. 1 Pzp), a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy, jak i sam zamawiający interpretowali jej postanowienia w jednakowy sposób. 3. Wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia – muszą być one jednoznacznie i wyczerpująco opisane w specyfikacji, tak aby nie wprowadzać w błąd wykonawców. Wnioskowanie o zamiarze zamawiającego z innych przesłanek niż treść specyfikacji, tj. np. na podstawie wiedzy technicznej czy logiki, skutkowałoby dowolnym określaniem przedmiotu danego zamówienia.

E. W wyroku z 7 lutego 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO/UZP 43/08; Niestaranne i niejasne postanowienia specyfikacji nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za błędy zamawiającego. Inaczej mówiąc, jeśli zamawiający przedstawi w specyfikacji zbyt krótki, niedokładny opis przedmiotu zamówienia, to nie może mieć pretensji do wykonawców, że stosownie do opisu przedmiotu przedstawili mu taką, a nie inną ofertę.

F. W wyroku z 7 grudnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO/UZP 1579/09; Nieuprawnione byłoby obarczanie wykonawcy negatywnymi konsekwencjami czynności

dokonanych przez zamawiającego wbrew przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

G. W wyroku z 27 kwietnia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO 806/11; Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i rozpoznał teren budowy), żeby mógł ocenić prawidłowość i bark ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót. Tym samym kwestionowane postanowienie może naruszać również art. 140 Pzp, bowiem może okazać się w trakcie wykonywania robót, że zakres zobowiązania umownego nie jest tym samym z tym, który był zakładany w ofercie.

3. Zespół Arbitrów m.in. w wyroku z 29 października 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1736/03) potwierdził, że naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami Kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści specyfikacji. Z kolei, w wyroku z 6 września 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów wskazał, że umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy. Także niedawne wyroki z 19 września 2011 r. KIO 1910/11 i KIO 1918/11 całkowicie zgodne z powyższej przytoczonymi zasadami i kontynuujące tę linię orzecznictwa.

Wymienione postanowienia specyfikacji zostały ukształtowane w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku cywilnoprawnego oraz zasadom współżycia społecznego, tj. z przekroczeniem granic swobody umów. Pierwszorzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki.

Opracowane przez zamawiającego Warunki Szczegółowe Kontraktu powyższego postulatu nie spełniają. Dlatego odwołujący wnosi o ich zmianę w celu zapewnienia poszanowania praw wykonawców, ale jednocześnie z zagwarantowaniem prawnej ochrony interesu publicznego. Wskazane Warunki Szczegółne Kontraktu sprzeciwiają się zasadom współżycia społecznego, które odwołujący utożsamia z zasadami sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a tym samym są niedozwolone w świetle art. 353¹ Kc. W licznych wypowiedziach judykatury jako naruszające zasady współżycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki (tak: wyrok SN z 6 stycznia 1976 r. I CR 713/75; wyrok SN z 7 stycznia 1980 r. II CR 464/79; uchwała SN z 22 maja 1991 r. III CZP 15/31; uchwała SN z 6 marca 1992 r. III CZP 141/91; wyrok SN z 8 października 2004 r. V CK 670/03; wyrok SN z 23 czerwca 2005 r. II CK 739/04).

Zamawiający tylko dlatego, że jest centralnym organem administracji rządowej nie jest uznawany za przedsiębiorcę w rozumieniu stosownych przepisów, ale co nie ulega żadnej wątpliwości zamawiający jest monopolistą w dziedzinie budowy autostrad i dróg szybkiego ruchu. W innym bowiem przypadku działania zamawiającego byłyby oceniane przez pryzmat chociażby art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazującego „narzucanie uciążliwych warunków umów”. Celem tej ustawy jest przecież jak stanowi art. 1 „podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów”. Nie ulega żadnej wątpliwości, że dokonane przez zamawiającego modyfikacje Warunków Ogólnych Kontraktu są narzuceniem uciążliwych warunków z jednoznaczną korzyścią dla zamawiającego.

Granice swobody umów wyznacza m.in. zgodność z zasadami współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Wobec tego w tym zakresie norma art. 353¹ Kc jest ograniczona przez zasady współżycia i stosowne jednostronne modyfikacje klauzul z wzorca umowy powinno być interpretowane przez pryzmat brzmienia tej normy.

I tak w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnej i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.

Biorąc pod uwagę, że jak wskazano powyżej zamawiający zajmuje pozycję nie tyle dominującą, ile monopolistyczną i w stosunkach gospodarczych jest stroną niewspółmiernie silniejszą niż odwołujący, oraz że jest centralnym organem administracji rządowej tym

bardziej zasady współzycia i cel ustawy oraz zaufanie do Państwa i jego organów powinny być brane pod uwagę.

Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach z 18 marca 2008 r. IV CSK 478/07 oraz z 25 maja 2011 r. II CSK 528/10: „Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji” oraz „W ramach wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów mieści się również przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc, co do zasady, istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron. Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzi do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji”.

4. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołujący podkreśla:

Ad 1, 2, 3 oraz 5 – wskazane postanowienia specyfikacji w całości przeczą zasadom wskazanym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i orzecznictwu Sądu Najwyższego i Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie opisu przedmiotu zamówienia i odpowiedzialności w tym zakresie zamawiającego i zakazu przerzucania ryzyk na wykonawcę przywołane i zacytowane powyżej w punkcie 2 Uzasadnienia.

Z postanowień specyfikacji trudno wywnioskować czy PFU zawiera pełen opis przedmiotu zamówienia i wszystkie wymagania zamawiającego w tym zakresie czy nie, gdyż postanowienie pkt 1 str. 92 PFU i ze str. 102 część informacyjna specyfikacji 2.1 powołanie się na tę samą czy uzyskać nowe stanowi, że jest to wyłącznie materiał informacyjny. Ze specyfikacji wynika, że zamawiający dysponuje projektem budowlanym i wydał dla niego decyzją pozwolenie na budowę, lecz jednocześnie zleca projekt wykonawcy i nakłada na niego obowiązek uzyskania stosownych zgód i decyzji. Dalej w specyfikacji mowa jest o tym, że ten projekt może być nieaktualny i wadliwy, ale w jakim zakresie – zamawiający nie wskazuje żadnej miary. Wobec tego w jaki sposób wykonawcy mają oszacować ten hipotetyczny zakres prac projektowych, konieczny czas i ryzyka z tym związane.

Zgodnie z postanowieniem punktu 8.1 Tomu I specyfikacji oraz subklauzuli 14.1 wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Wykluczając możliwość stosownej korekty Czasu na Ukończenie oraz Kwoty Kontraktowej w sposób niedozwolony zamawiający przerzuca na wykonawców ryzyka związane z niewłaściwym opisem przedmiotu zamówienia i błędami dokumentacji projektowej, którą przekazuje wykonawcy. Zamawiający żąda zrzeczenia się wobec niego przez wykonawcę roszczeń mogących być wynikiem gorszego stanu mostu przez Wisłę, niż to wynika z przekazanej dokumentacji.

Wydaje się, że wobec faktu przekazania wykonawcom dokumentacji projektowej i decyzji pozwolenie na budowę właściwym wzorcem Umowy FIDIC powinien być wzorzec „czerwony”, gdzie projektowanie i odpowiedzialność w tym zakresie jest po stronie zamawiającego, zaś do obowiązków wykonawcy należy zgłaszanie zauważonych wad czy braków projektu. Wydaje się, że użycie w rozpoznawanym postępowaniu „żółtego” wzorca FIDIC jest celowe i po raz kolejny wskazuje na zamiar zamawiającego przerzucenia wszelkich ryzyk na wykonawców. W ten sposób zamawiający, nie dając odpowiedniego czasu na sporządzenie projektu, prawa do jego przedłużenia ani też prawa do korekty kosztu, uwalnia się od odpowiedzialności za przekazany wykonawcom sporządzony projekt i decyzję pozwolenie na budowę.

Ad 4. Zamawiający wadliwie wskazał termin, od którego biegnie okres gwarancji i rękojmi i w tym zakresie odwołujący w całości przywołuje uzasadnienie wyroku KIO 1918/11. Początek biegu i koniec tych okresów powinien być określone ściśle bez możliwości arbitralnego wskazywania daty przez którąkolwiek stronę.

Ad 6. Art. 150 ust. 2 Pzp jednoznacznie stanowi, że zabezpieczenie ustanawia się w granicach od 2% do 10% ceny lub wartości zobowiązania. Zaproponowane przez zamawiającego postanowienie wprost służy obejściu tego bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy, gdyż w przypadku częściowego skorzystania z zabezpieczenia i konieczności jego uzupełnienia zgodnie z kwestionowanym postanowieniem jego sumaryczna wartość przekroczy limit wskazany w ustawie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **17.08.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **20.08.2012 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

1. Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do

postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 21.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

2. Wykonawca Astaldi S.p.A. z siedzibą we Włoszech złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

3. Wykonawca Warbud SA z siedzibą w Warszawie złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

4. Wykonawca Energopol-Szczecin SA z siedzibą w Szczecinie złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia 1) Bilfinger Berger Budownictwo SA z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) 2) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy o 16:33, **28.08.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) zestawienie czasu trwania uzgodnień, które są wymagane w toku postępowania i jakie zamawiający uzyskał dla tej inwestycji na wykazanie, że terminy ustawowe jednego miesiąca w realiach aglomeracji Warszawy nie mogą być zachowane i istotnie ulegają przedłużeniu;**
- 2) (dowód nr 2) wydruki z Internetu obwieszczenia Wojewody Mazowieckiego (dotyczące zmiany tylko zjazdu z drogi, a więc niewielkiej inwestycji), w sprawie wniosku o wydanie zamiennego pozwolenia na budowę gdzie wniosek został złożony 6 grudnia 2011 r., a obwieszczenie zostało**

zamieszczone 24 stycznia 2012 r., a decyzja mogła się uprawomocnić dopiero w czerwcu 2012 r., gdyż konieczny jeszcze jest okres dwóch tygodni na powiadomienie wszystkich zainteresowanych za pomocą obwieszczenia i dwóch tygodni na złożenie środków odwoławczych;

- 3) (dowód nr 3) opinie z 28 listopada 2011 r. oraz postanowienie marszałka woj. Podlaskiego z 29 sierpnia 2012 r. na potwierdzenie konieczności zarezerwowania bardzo długiego czasu na wydawanie decyzji administracyjnych, co jest spowodowane m.in. procedurą zawartą w Kodeksie Postępowania Administracyjnego, a dotyczącą zawiadamiania podmiotów;
- 4) (dowód nr 4) wykaz płatności i plan finansowania projektu na potwierdzenie okoliczności, że aby zrealizować drugi kamień milowy niezbędne jest uzyskanie w przeciągu siedmiu miesięcy pozwolenia zamiennego ostatecznego

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

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

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonany w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wobec tego obarczania wykonawców wszelkimi ryzykami, które powinni uwzględnić w ofertach, a które na etapie przygotowywania ofert są niemożliwe do określenia i oszacowania, a także – przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia – doprowadzenie do naruszenia tożsamości świadczenia z ofertą przez wprowadzenie

możliwości rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionej w trakcie wykonywania umowy wad dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego oraz

2) art. 7 ust. 1 Pzp, art. 471 Kc, art. 5 Kc, art. 353¹ Kc, art. 556 Kc, art. 559 Kc, art. 568 § 1 Kc, art. 567 Kc, art. 577 Kc, art. 647 Kc w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 55 Prawa budowlanego w zakresie sformułowania Warunków Szczególnych Kontraktu, w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego, powodującego rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszającego zasady uczciwej konkurencji oraz przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia; odwołujący podnosi także, że niektóre z postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu nakładają na wykonawcę obowiązki, które są niezgodne z przepisami ustawy Prawo budowlane

– nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł w pkt 1, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

[1] pkt 1,

pkt 1.4.1 akapity trzeci i ostatni,

pkt 1.4.2,

pkt 1.5.8,

pkt 1.6.1,

pkt 1.6.1.1,

pkt 1.6.1.2,

pkt 1.6.3

– Tomu III specyfikacji – Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej: PFU) co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania „wszelkiej niezbędnej do prowadzenia robót dokumentacji projektowej...” bez prawa do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz bez prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej, co więcej – ze zrzeczeniem się roszczeń wobec zamawiającego; w związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp oraz art. 471 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także **art. 647 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** przez naruszenie istoty stosunku prawnego przez bezpodstawne

zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentację projektową.

Skład orzekający Izby stwierdza podobnie, jak to miało miejsce w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1529/12, KIO 1535/12 i KIO 1546/12, że cyt. „Wprawdzie w sekcji II.1.5 ogłoszenia zamawiający nie wymienił prac projektowych, jednakże w ocenie Izby nie zmienia to faktu, że wykonawcy na podstawie ogłoszenia wiedzieli, iż w przyszłej specyfikacji będą zobowiązani do świadczenia usług projektowych. Wykonawcy mimo wiedzy o rodzaju i zakresie tych dokumentów nie składali odwołań na treść ogłoszenia, w szczególności nie kwestionowali formuły zamówienia i czasu potrzebnego na jego realizację. [...] W ocenie Izby wykonawcy posiadając zakres robót budowlanych, powinni byli zakładać, że w najszerszym zakresie zobowiązania zamawiający nakaże im sporządzenie nowej dokumentacji projektowej i do tej wytycznej odnieść ocenę realności terminu wykonania zamówienia. Zatem fakt, że na późniejszym etapie postępowania zamawiający wskazał na opcję oparcia się na posiadanych przez zamawiającego dokumentach projektowych nie wpływa, zdaniem Izby, na możliwość zaskarżenia terminu realizacji zamówienia na etapie ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby, w ramach opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji zamawiający zawęził zakres wykonywania dokumentacji projektowej od podstaw ograniczając ją do takiego zakresu, w którym w wyniku sprawdzenia dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego i porównania jej z istniejącym aktualnie stanem faktycznym, wykonawcy w niezbędnym zakresie mieli uzyskać projekty zamienne, w tym wymagane zgody i pozwolenia. [...] Stąd też w ocenie Izby, skoro wykonawcy na etapie ogłoszenia uznawali termin realizacji za realny, a doszło do ograniczenia zakresu prac projektowych na etapie udostępnienia specyfikacji, to odwołujący i przystępujący nie wykazali, że zastrzeżony przez zamawiającego termin jest niemożliwy do dotrzymania i nierealny w świetle określonego zakresu zamówienia”.

Zgodnie z **art. 48 ust. 2 pkt 4** Pzp zamawiający zawarł w sekcji II.1.9 ogłoszenia o zamówieniu z 10 grudnia 2011 r. informację, że w postępowaniu nie ma możliwości składania ofert wariantowych. W związku z tym odwołanie w zakresie uniemożliwienia przygotowania oferty wariantowej jest spóźnione, gdyż zarzut ten powinien być podniesiony w stosunku do odwołania do 20 grudnia 2011 r., w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący odwołuje się do przepisu art. 647 Kc normującego umowę o roboty budowlane, jednak przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – cyt. „Kontynuacja projektowania i przebudowa drogi...”. W związku z tym zamawiający może do rozpoznawanej umowy nie dostarczyć projektu wykonania

zamówienia. Ponadto nie można na zamawiającego nałożyć nieistniejącego w prawie powszechnym, a szczególnie w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz w Kodeksie cywilnym, obowiązku ponoszenia odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego, tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac związanych z wykonaniem nowej dokumentacji projektowej. Zamawiający przekazuje wykonawcom posiadana dokumentację projektową, jako element uzupełniający, a nie jako podstawa do wykonania przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, że odwołujący powołuje się na unormowania dotyczące umowy o roboty budowlane, czyli umowy nazwanej uregulowanej w Kodeksie cywilnym (art. 647 Kc), a przedmiotem zamówienia jest umowa nienazwana tzw. „zaprojektuj i wybuduj”, więc nie można na podstawie wskazanych przez odwołującego przepisów oceniać zgodności postępowania zamawiającego z przepisami prawa.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może uwzględnić argumentacji odwołującego przytoczonej w pkt 1.

Odwołujący podniósł w pkt 2, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

[2] **pkt 1.4.3.3 lit. k w całości sprzeczny z pkt 1.8 i 1.8.1 pkt 5 w tabeli PFU oraz subklauzula 5.1 akapit pierwszy Warunków Szczególnych Kontraktu**, gdyż z jednej strony zamawiający przekazuje dokumentację projektową i wydaną na jej podstawie decyzję – pozwolenie na budowę, z drugiej zaś strony zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek przygotowania dokumentacji projektowej; nadto odwołujący wskazuje, że zgodnie z brzmieniem **punktu 1 PFU** zamówieniem nie jest objęte przygotowanie projektów budowlanych, lecz „optymalizacja” projektów wykonawczych, sprzeczności te przekładają się bezpośrednio na sprzeczność postanowień warunków kontraktowych; zamawiający składając dokumentację projektową i pozwolenie na budowę jednocześnie wskazuje, jako obowiązujący między stronami, wzór warunków kontraktowych FIDIC przeznaczony dla robót projektowanych przez wykonawcę, tak zwany „żółty”, nie zaś wzór warunków kontraktowych FIDIC dla robót projektowanych przez zamawiającego, co logicznie powinno mieć miejsce w przedmiotowym przypadku, w związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenie **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp**.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wziął pod uwagę treści wstępu do wyliczenia (tytułu) pkt 1.4.3.3 PFU. Wstęp ten brzmi cyt. „Materiały wyjściowe”. Zamawiający w pkt 1.4.3.3 lit. k PFU przedstawił, że jednym z materiałów wyjściowych do wykonania

przedmiotu zamówienia jest projekt budowlany i wykonawczy. Jednak, że względu na tytuł całego przedmiotu zamówienia „Kontynuacja projektowania...” i dalsze postanowienia, przytoczone przez odwołującego, pkt 1.8 PFU, gdzie zamawiający żąda, aby cyt. „Wykonawca jeśli zajdzie taka potrzeba bądź Inżynier wyda takie polecenie opracuje niżej wymienione projekty i dokumenty [...] Nie wyłączając powyższych dokumentów, Wykonawca opracuje na potrzeby optymalizacji bądź wprowadzonych przez siebie zmian: (a) projekt budowy odcinka objętego [...] zamówieniem, wraz z węzłami oraz pozostałymi drogami nowoprojektowanymi i podlegającymi przebudowie”. Tego samego zamawiający wymaga w pkt 1.8.1 rubryka 5 PFU, określając na 8 sztuk liczbę egzemplarzy projektu budowlanego i obowiązek złożenia do przeglądu Inżynierowi.

Nadto odwołujący wskazuje, że zgodnie z brzmieniem punktu 1 PFU zamówieniem nie jest objęte przygotowanie projektów budowlanych, lecz „optymalizacja” projektów wykonawczych.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawcy przyzwyczajeni do posługiwania się językiem prawniczym, który cechuje się pewną staroświeckością, lapidarnością, a zwłaszcza zubożeniem słownictwa ze względu na posługiwanie się przede wszystkim pojęciami zdefiniowanymi, mogą mieć z początku trudności w zrozumieniu wyrazu „optymalizacja”. Jednak zakres wyrazu „optymalizacja” jest wskazany, zdefiniowany przez cały ostatni akapit pkt 1 PFU. Znajduje się tam określenie czego żąda zamawiający w ramach wykonania przedmiotu zamówienia. To dookreślenie, zdaniem składu orzekającego Izby, wprowadzone 7 sierpnia 2012 r. przez zamawiającego zmianą specyfikacji nr 1 nie wpływa na pogorszenie sytuacji wykonawców, ani na powstanie sprzeczności między wskazanymi przez odwołującego jednostkami redakcyjnymi specyfikacji.

Również skład orzekający Izby nie podzielił zdania odwołującego w zakresie bezpodstawnego wskazania przez zamawiającego jako obowiązującego między stronami, wzoru warunków kontraktowych FIDIC przeznaczonych dla robót projektowanych przez wykonawcę, tak zwany „żółty FIDIC”, nie zaś wzór warunków kontraktowych FIDIC dla robót projektowanych przez zamawiającego tak zwany „czerwony FIDIC”.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa inwestycji, w związku z tym zdaniem składu orzekającego Izby bardziej odpowiadający do przedmiotu zamówienia jest wzór warunków kontraktowych FIDIC przeznaczony dla robót projektowanych przez wykonawcę, tak zwany „żółty FIDIC”. Ponadto odwołujący nie wykazał, że zastosowanie przez zamawiającego tego wzoru FIDIC (żółtego) w czymkolwiek naruszyło przepisy prawa.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający ma obowiązek zamieścić w specyfikacji istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy i zamawiający zamieszczając wzór umowy postąpił zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów prawa, w związku z tym skład orzekający Izby nie może uwzględnić argumentacji odwołującego przytoczonej w pkt 2.

Odwołujący podniósł w pkt 3, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

[3] pkt 1.5.8 PFU co do niejednoznaczności i nieokreśloności opisu zamówienia dotyczącym hipotetycznego obowiązku przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania stosownych decyzji administracyjnych w przypadku uznania niezgodności stanu obiektu z projektem budowlanym bez prawa do zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych; w związku z tym odwołujący stawia zarzut naruszenia **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp oraz art. 471 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** między innymi przez niemożność przygotowania oferty wariantowej, a także nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, a także **art. 647 Kc w zw. z art. 29 oraz art. 31 Pzp** przez naruszenie istoty stosunku prawnego przez bezpodstawne zwolnienie się zamawiającego z odpowiedzialności za przekazaną wykonawcy dokumentacją projektową.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył żadnego przepisu formułując treść pkt 1.5.8 PFU.

Wobec dynamicznego stanu stosunków własnościowych na obszarze, gdzie ma przebiegać inwestycja oraz wobec niedoprecyzowanego samego przebiegu inwestycji i ze względu na brak decyzji administracyjnych wobec całego przebiegu inwestycji zamawiający nie mógł sporządzić jednoznacznego i w pełni określonego przedmiotu zamówienia. Taki stan mógłby zaistnieć w przypadku gdyby zamawiający miał tytuły własności do wszystkich nieruchomości będących na trasie inwestycji i w jej pobliżu, obejmujących wszystkie możliwe warianty zaprojektowania innych przebiegów inwestycji. Taka sytuacja prawna istniała po słynnym dekreście warszawskim, gdy wszystkie grunty przeszły na własność jednego podmiotu. Dlatego zamawiający nie może zapewnić bezproblemowego dostępu do wszystkich gruntów leżących na trasie inwestycji.

Również w sprawie dokumentacji projektowej skład orzekający Izby nie może podzielić stanowiska odwołującego, gdyż przedmiotem zamówienia jest inwestycja w systemie zaprojektuj i zbuduj, a nie tylko zbuduj na podstawie dostarczonego przez zamawiającego

projektu. W związku z tym to na wykonawcy ciążyć będzie opracowanie dokumentacji tam, gdzie jej zamawiający nie posiada lub gdzie wykonawca uzna, że konieczne jest opracowanie nowej dokumentacji, gdyż dokumentacja dostarczona przez zamawiającego nie nadaje się do zastosowania podczas inwestycji.

W związku z tym, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania inwestycyjnego w systemie „zaprojektuj i zbuduj”, wykonawca znał termin wykonania zamówienia od zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu, które zostało opublikowane 10 grudnia 2011 r. Z tego względu termin na wniesienie odwołania na ustanowiony termin wykonania zamówienia upłynął 20 grudnia 2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, co zostało omówione w uzasadnieniu do pkt 1. Również zamawiający znając to ryzyko może je wycenić i zawrzeć przewidywany koszt przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania stosownych decyzji administracyjnych w cenie ofertowej.

Omówienie upływu terminu na składanie odwołania na nieuwzględnienie w ogłoszeniu złożenia oferty wariantowej zostało omówione w pkt 1.

Ponadto argument odwołującego, że zamawiający nałożył na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności dotyczące zamawiającego tj. ponoszenia m.in. kosztów dodatkowych prac będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego nie może być uznany za zasadny, gdyż zamawiający nie zobowiązywał się do dostarczenia dokumentacji projektowej, a przedmiotem zamówienia jest właśnie m.in. sporządzenie dokumentacji projektowej. Zamawiający jedynie przekazuje posiadane już przez siebie elementy dokumentacji na całość zamówienia jako materiały pomocnicze. Dlatego nie można zobligować zamawiającego do przekazania dokumentacji projektowej wykonawcom i nałożenia na zamawiającego odpowiedzialności za prawidłowość tej dokumentacji.

Działania zamawiającego nie naruszają także istoty stosunku prawnego, gdyż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie odcinka drogi, a nie samo wybudowanie tego odcinka na podstawie dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego, co stara się zasugerować odwołujący.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może przychylić się do argumentacji odwołującego przytoczonej w pkt 3.

Odwołujący podniósł w pkt 4, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji w zakresie Aktu Umowy:

[4] **§ 6 Aktu Umowy oraz subklauzula 1.1.3.7 lit. f i g, subklauzula 11.12, 11.13 Warunków Szczególnych Kontraktu** w części wskazanej w Świadectwie Przejęcia daty, jako początku biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi, wobec treści których odwołujący stawia zarzut naruszenia **art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2, art. 140 i art.**

151 Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 Pzp oraz art. 353¹, art. 548, art. 559, art. 576 i art. 577 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, gdyż pozostaje w wyłącznej, arbitralnej gestii zamawiającego wskazanie początkowej daty rozpoczęcia biegu terminów odpowiedzialności z powyższych tytułów, a nie z chwilą przejęcia obiektu przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach w sprawie robót budowlanych.

Zamawiający w § 6 określił, że bieg gwarancji jakości rozpoczyna się od daty wydania Świadectwa Przejęcia, a określenie tej daty nie leży w wyłącznej gestii zamawiającego, jak to odczytuje odwołujący. Wprost przeciwnie, zamawiający określił początek biegu gwarancji jakości nie od konkretnej daty, ale od daty, w której zostanie wydane Świadectwo Przejęcia, do czego jest uprawniony, gdyż termin można określić nie tylko przez wskazanie konkretnej daty, ale i przez wskazanie zdarzenia (przyszłego i nawet niepewnego – art. 89 Kc).

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może przychylić się do argumentacji odwołującego zawartej w pkt 4.

Odwołujący podniósł w pkt 5, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji w zakresie Aktu Umowy:

[5] **subklauzuli 1.9** dodane zdanie do akapitu drugiego w całości sprzeczne z **art. 31 Pzp** i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 oraz z 2010 r. Nr 72, poz. 464);

W subklauzuli 1.9 zamawiający zamieścił zdanie „Tom IV SIWZ” stanowi jedynie materiał poglądowy”, które zdaniem odwołującego jest niezgodne z art. 31 Pzp i rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 oraz z 2010 r. Nr 72, poz. 464).

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie robót budowlanych, ale zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Dlatego zamawiającego obowiązuje art. 31 ust. 2 Pzp, a nie art. 31 ust. 1 Pzp. Z tego wynika, że zamawiający ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (art. 31 ust. 2 Pzp), na co odwołujący nie wnosił odwołań, ale zamawiający może również dołączyć do specyfikacji posiadane przez siebie różne inne

dokumenty, jak te zawarte w tomie IV specyfikacji zastrzegając, że są to jedynie materiały poglądowe.

Ponadto odwołujący wskazał jedynie na niezgodność postanowienia ostatniego zdania subklauzuli 1.9 specyfikacji z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Jednak odwołujący nie wskazał przepisów, z którymi miałyby kolidować to zdanie. W rozporządzeniu tym są uregulowane różne instytucje odnoszące się do zamówienia na wykonanie robót budowlanych oraz do zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – dlatego brak wskazania konkretnego przepisu uniemożliwia rozpoznanie argumentu w tym zakresie.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może przychylić się do argumentacji odwołujący zawartej w pkt 5 odwołania.

Odwołujący podniósł w pkt 6, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji w zakresie Aktu Umowy:

[6] **subklauzli 4.2** akapit czwarty w zakresie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej Prawem i Kontraktem przez cały okres obowiązywania Umowy, wobec czego odwołujący stawia zarzut naruszenia **art. 150 Pzp i art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp.**

Zamawiający określił, że wykonawca będzie zobowiązany do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej Prawem i Kontraktem przez cały okres obowiązywania Umowy. W art. 15 ust. 2 Pzp została unormowana maksymalna wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. W związku z postanowieniem **subklauzli 4.2** akapit czwarty, że strony są obowiązane do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej Prawem i Kontraktem przez cały okres obowiązywania Umowy, czyli zabezpieczenie musi być utrzymywane zgodnie w szczególności z art. 147 ust. 2 i art. 150 ust. 2 Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby nie można przyjąć, że zamawiający będzie mógł wnosić o podwyższenie złożonego zabezpieczenia, jeżeli zaspokoił się z zabezpieczenia, gdyż istotą instytucji zabezpieczenia jest możliwość zabezpieczenia roszczeń zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy, ale tylko do wysokości tego zabezpieczenia. W przypadku braku możliwości zabezpieczenia wszystkich roszczeń zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy z omawianego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający będzie mógł dochodzić swoich roszczeń na zasadach ogólnych.

W związku z podkreśleniem przez zamawiającego w subklauzuli 4.2, że zamawiający wymaga zabezpieczenia w wysokości określonej Prawem i Kontraktem przez cały okres obowiązywania Umowy, skład orzekający Izby nie może przychylić się do argumentacji odwołującego zawartej w pkt 6 odwołania.

Ponadto ze względu na wniesienie przez zamawiającego zmian w specyfikacji po terminie złożenia odwołania, odwołujący wnosił o: (a) określenie terminów wykonywania czynności administracyjnych itp., (b) wykreślenie ze specyfikacji klauzuli niedopuszczającej do przedłużenia czasu na wykonanie przedmiotu zamówienia lub osiągnięcie tzw. Kamieni Milowych, (c) przekazanie przez zamawiającego dokumentacji z przeglądów technicznych obiektów, (d) uzupełnienia przez zamawiającego o specyfikacje D-M-00.00.00 i na projektowanie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający oświadczył na rozprawie, a odwołujący nie zaprzeczył, że zamawiający nie posiada aktualnej dokumentacji z przeglądów i dlatego nie może jej udostępnić wykonawcom. Ponadto przekazanie tej dokumentacji nie jest wymagane żadnymi przepisami. Natomiast specyfikacja D-M-00.00.00 jest od dawna załączona do specyfikacji do materiałów pomocniczych w wersji elektronicznej. Także terminy na wydanie decyzji administracyjnych są określone odrębnymi przepisami dotyczącymi postępowania administracyjnego. W związku z tym odwołujący znali już okresy na wykonanie poszczególnych czynności od momentu zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu i z tego względu upłynął już czas na składanie odwołań na termin wykonania zamówienia, a także na wykonanie poszczególnych czynności, gdyż w specyfikacji nie pojawiły się nowe elementy zamówienia, których nie obejmowałoby ogłoszenie, co dawałoby możliwość do przesunięcia terminu wykonania zamówienia. Wykonawcy od początku wiedzieli, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie określonego przedmiotu w określonym terminie. W okres wykonywania tak określonego przedmiotu zamówienia muszą wchodzić terminy na wydanie koniecznych decyzji administracyjnych. Dlatego wykonawcy od początku musieli się liczyć z poświęceniem czasu na uzyskanie decyzji administracyjnych w trakcie wykonywania zamówienia.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może się przychylić do argumentacji wyrażonej w piśmie odwołującego z 12 września 2012 r. i ogólnie Izba stwierdza, że całe odwołanie nie jest zasadne oraz podlega oddaleniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....