

Sygn. akt: KIO 1083/12

## WYROK

z dnia 24 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Szafraniec  
**Członkowie:** Małgorzata Stręciwilk  
Klaudia Szczytowska-Maziarz  
**Protokolant:** Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawcę: **Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie (70-646), ul. Św. Floriana 9 lok. 13** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUNTE Polska sp. z o.o. w Warszawie (01-681), ul. Raduńska 6** oraz **Johann BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG, Hauptkanal links 88, 26871 Papenburg,**
  - wykonawcy: **Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach (55-040), ul. Szwedzka 5,**
  - wykonawcy: **Budimex S.A. w Warszawie (01-040), ul. Stawki 40,**
  - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. w Nowogardzie (72-200), ul. Górna 2 lok. 1** oraz **INTOP Szczecin sp. z o.o. w Skarbimierzycach, ul. Wiosenna 6, 72-002 Dołuje,**
  - wykonawcy: **NDI S.A. w Sopocie (81-718), ul. Powstańców Warszawy 18**
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddziałowi w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, w tomie II – Warunki Kontraktu, rozdziale 3 – Szczególne warunki kontraktu, w zakresie subklauzuli 4.14 – Unikanie zakłócania, w taki sposób, aby przewidywała ona, że wykonawca będzie ponosił koszty zapewnienia objazdu oraz koszty przedłużania zamknięcia dostępu do drogi publicznej właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, w tym przedsiębiorcom, tylko w przypadkach, gdy do tego przedłużenia doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie (70-646), ul. Św. Floriana 9 lok. 13** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddziału w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** na rzecz wykonawcy: **Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie (70-646), ul. Św. Floriana 9 lok. 13** kwotę **24 266 zł 50 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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:** .....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Budowa węzła Tczewska na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewską (II etap)” zostało wszczęte przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 22-035415) w dniu 2 lutego 2012 r.

Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2013 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zaproszenie do składania ofert wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 5 maja 2013 r. odwołanie wobec postanowień SIWZ wniósł wykonawca: Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie, zwany dalej Odwołującym.

Zarzucał on „Zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1, 29 ust. 2 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z narzuceniem 12 miesięcznego na wykonanie zamówienia - Czas na Ukończenie m.in. Formularz nr 2.1. Załącznik Do Oferty, liczonym od daty zawarcia Umowy, wliczając w to okresy zimowe [Zarzut nr 1];
2. art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 36 ust. 4 PZP - poprzez żądanie wskazania w ofercie również zakresu zamówienia, który będzie świadczony przez Dostawców oraz Usługodawców (Formularz nr 2.1. Załącznik do Oferty) [Zarzut nr 2];
3. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 PZP oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez wymóg objęcia ubezpieczeniem również dostawców i usługodawców i inne firmy zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie pisemnej umowy (Formularz nr 2.1. Załącznik do Oferty) [Zarzut nr 3];*

- 4. art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> i 629 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 - w związku z wprowadzeniem obowiązku ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie (podwyższone wynagrodzenie) w przypadku gdyby wynagrodzenie obliczane zgodnie z Kontraktem miało przekroczyć kwotę określoną w pkt 4.2, poprzez obowiązek zawarcia w takiej sytuacji aneksu do umowy (pkt 4.3. Umowy) [Zarzut nr 4];*
- 5. art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 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 [Zarzut nr 5];*
- 6. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 647<sup>1</sup> § 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez wprowadzenie postanowień, zgodnie z którymi w przypadku nieterminowego regulowania wymagalnych zobowiązań wobec Dostawców i Usługodawców, które będzie stanowiło nienależyte wykonywanie Umowy i będzie uprawniało Zamawiającego do dokonania wypłaty kwot z Zabezpieczenia Wykonania, w celu dokonania zapłaty na rzecz Dostawców lub Usługodawców, jak również postanowienia, poprzez które wykonawca ma*

obowiązek zgłaszania Inżynierowi wszystkich Dostawców i Usługodawców oraz comiesięcznej aktualizacji wykazu tych podmiotów, a zgłoszenie to powinno zawierać nazwę Dostawcy lub Usługodawcy, kopię zawartej umowy, zakres rzeczowy i wartość świadczeń, jak również postanowień, zgodnie z którymi zgłoszony Dostawca lub Usługodawca wystąpi z oświadczeniem do Zamawiającego, że Wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane usługi lub dostawy i udokumentuje zasadność takiego żądania dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych usług lub dostaw, to Inżynier wezwie Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że wynagrodzenie należne Dostawcy lub Usługodawcy, zostały zapłacone, albo że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę, oraz że Strony zgodnie oświadczają jeżeli po wezwaniu przez Inżyniera w zakresie zaległych zobowiązań wobec Dostawców lub Usługodawców, Wykonawca nie dostarczy w terminie 7 dni po doręczeniu wezwania opisanego powyżej dowodów za należne im sumy zostały zapłacone to: (i) Zamawiający może w całości lub w części wstrzymać płatności na rzecz Wykonawcy, (ii) Zamawiający może dokonać spłaty należności Wykonawcy wobec Dostawcy lub Usługodawcy i jest uprawniony potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, (iii) Zamawiający może dokonać spłaty należności Wykonawcy wobec Dostawcy lub Usługodawcy z kwot pozyskanych z Zabezpieczenia Wykonania, a po dokonaniu zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Dostawcy lub Usługodawcy Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec Zamawiającego na te zarzuty wobec Dostawcy lub Usługodawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę w terminie 7 dni po doręczeniu wezwania opisanego powyżej (Subklauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu), oraz obowiązku dostarczania oświadczeń Dostawców i Usługodawców jako warunku wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadectwa Płatności (Subklauzula 14.6. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 6];

7. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 647<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez brak wskazania

przesłanek jakimi będzie się kierował Zamawiający przy wyrażaniu sprzeciwu na wykonywanie robót przez danego Podwykonawcę (Subklauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 7];

8. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 647<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez zawarcie w Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień zgodnie, z którymi umowa z Podwykonawcą nie może zawierać postanowień uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót (Subklauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 8];
9. art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> i 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z postanowieniami, która nakładają na wykonawców przed rozpoczęciem robót budowlanych obowiązek dokonania inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych, objętych oddziaływaniem inwestycji, dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych, a inwentaryzacja taka zostanie poświadczona protokołem przez Wykonawcę, Inżyniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych. Jednocześnie wskazuje się, że Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu (Subklauzula 4.13 Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 9];
10. art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z przerzuceniem na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za przedłużanie zamknięcia dostępu do drogi publicznej właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, w tym przedsiębiorcom, i wyłączenie możliwości ubiegania się przez Wykonawcę o możliwość Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu (Subklauzula 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 10];*

11. *art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> i 484 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 - w związku z zastrzeżeniem tylko dla Zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonych Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści (Subklauzula 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 11]"*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił „o:

1. *nakazanie Zamawiającemu, aby ten w określił realny Czas na Ukończenie wynoszący co najmniej 16 miesięcy, ponadto liczone od daty udostępnienia Placu Budowy [Zarzut nr 1];*
2. *nakazanie Zamawiającemu, aby ograniczył on obowiązek wskazania w ofercie tylko zakresu prac, która zostanie powierzona Podwykonawcom, bez usług i dostaw - stosownie do dyspozycji przepisu art. 36 ust. 4 PZP [Zarzut nr 2];*
3. *nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on obowiązek objęcia ubezpieczeniem również Dostawców, Usługodawców, czy też innych firm zatrudnionych przez Wykonawcę na podstawie pisemnej umowy [Zarzut nr 3];*
4. *nakazanie Zamawiającemu, aby zmienił on treść pkt 4.3. Umowy na następującą: „W przypadku, gdyby wynagrodzenie Wykonawcy obliczone zgodnie z Kontraktem miało przekroczyć kwotę określoną w pkt 4.2., będzie to stanowiło normalne wykonywanie Umowy, i nie stanowi zmiany Umowy.” [Zarzut nr 4];*

5. *nakazanie Zamawiającemu przywrócenia w Subklauzuli 1.7 Warunków Szczególnych 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 [Zarzut nr 5];*
6. *nakazanie Zamawiającemu, aby w Subklauzuli 4.4. oraz 14.6. Warunków Szczególnych wykreślił on Dostawców oraz Usługodawców, jak również wszystkie postanowienia odnoszące się do tych podmiotów [Zarzut nr 6];*
7. *nakazanie Zamawiającemu, aby w Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu wskazał on przesłanki jakie będą uprawniały go do zgłoszenia sprzeciwu wobec wykonywania robót budowlanych przez danego Podwykonawcę [Zarzut nr 7];*
8. *nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w Subklauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień zgodnie, z którymi umowa z Podwykonawcą nie może zawierać postanowień uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę płatności od Wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez Podwykonawcę robót (Subklauzula 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 8];*
9. *nakazanie Zamawiającemu, aby ten usunął w Subklauzuli 4.13. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienia, która nakładają na wykonawców przed rozpoczęciem robót budowlanych obowiązek dokonania inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych, objętych oddziaływaniem inwestycji, dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych, a inwentaryzacja taka zostanie poświadczona protokołem przez Wykonawcę, Inżyniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych [Zarzut nr 9];*
10. *nakazanie Zamawiającemu, aby ten zmodyfikował postanowienia Subklauzuli 4.13. Warunków Szczególnych Kontraktu w taki sposób, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za przedłużanie zamknięcia dostępu do drogi publicznej właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, w tym przedsiębiorcom, tylko w przypadkach, gdy do tego przedłużenia doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, oraz wykreślenie postanowienia o wyłączeniu możliwości ubiegania się przez Wykonawcę o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu [Zarzut nr 10];*
11. *nakazanie Zamawiającemu, aby ten wprowadził w Subklauzuli 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienie, zgodnie z którym możliwość żądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonych Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści będzie zastrzeżona*



*również dla Wykonawcy (Subklauzula 8.7. Warunków Szczególnych Kontraktu) [Zarzut nr 11]".*

Do postępowania odwoławczego przystąpiło pięciu wykonawców, wszyscy po stronie Odwołującego – w dniu 9 maja 2013 r. – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUNTE Polska sp. z o.o. w Warszawie oraz Johann BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG, zaś w dniu 10 maja 2013 r. odpowiednio:

- wykonawca: Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach,
- wykonawca: Budimex S.A. w Warszawie,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. w Nowogardzie oraz INTOP Szczecin sp. z o.o. w Skarbimierzycach,
- wykonawca: NDI S.A. w Sopocie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, jako jednemu z wykonawców zaproszonych przez Zamawiającego do złożenia oferty, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie oczywistym jest bowiem, iż Odwołujący, jako wykonawca wciąż uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ma interes w uzyskaniu tegoż zamówienia. Nie podważonym zostało również to, że wykonawca ten mógłby ponieść szkodę przy potwierdzeniu się zarzutów odwołania, że Zamawiający ukształtował postanowienia SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w tym pismo z dnia 22 maja 2013 r.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez wykonawcę: Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

W odniesieniu do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, należy poczynić uwagę generalną, iż stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej musi wykazać, że podmiot zamawiający określonym swoim działaniem, bądź zaniechaniem działania do którego był zobowiązany, dopuścił się naruszenia określonych przepisów ustawy. Chodzi tu przy tym o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniowanej w art. 1 tej ustawy, a nie jakiegokolwiek innej ustawy. Wykazanie przez Odwołującego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, czy też wskazanie w tym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie uzasadniało uznania, iż naruszone zostały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż jeden ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów (zarzut nr 10) znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do pozostałych zarzutów w odwołaniu zawartych, Izba uznała, iż nie pozwalają one na uznanie ich za zasadne, ewentualne podniesione przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp nie mogły zostać uznane za mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

- w odniesieniu do zarzutu nr 1 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Izba stanęła na stanowisku, iż proste kwestionowanie terminu realizacji zamówienia w rozpoznawanym przypadku uznane zostać powinno w świetle przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp za spóźnione. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest przez Zamawiającego w trybie przetargu ograniczonego – ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2012 r. Już w treści tego ogłoszenia, w pkt II.3 wskazane zostało, iż termin realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy „od udzielenia zamówienia”. W pkt VI.3).6 ogłoszenia

o zamówieniu uszczegółowiono, że powołany okres 12 miesięcy należy liczyć od daty zawarcia umowy i obejmuje on również okresy zimowe.

Uwzględniając jednak fakt, iż Odwołujący w uzasadnieniu swego odwołania przywołał w kontekście postawionego przez siebie zarzutu zapisy SIWZ, które w treści udostępnionego mu wcześniej ogłoszenia o zamówieniu nie zostały zawarte, a zgodnie z twierdzeniami Odwołującego przesądzać miały o zasadności podnoszonego przez niego zarzutu, Izba uznała, iż zarzut podlega rozpoznaniu.

Jak wskazywał Odwołujący, zgodnie z treścią subklauzuli 8.2 Warunków Szczególnych Kontraktu (tom II SIWZ – Warunki Kontraktu, rozdział 3 – Szczególne warunki kontraktu) do obowiązków wykonawcy należało m.in. „uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”. Podnosił również, że zgodnie z formularzem 2.1 (tom I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców wraz formularzami, rozdział 2 – Formularz oferty i formularze załączników do oferty) Zamawiający zarezerwował dla siebie termin 30 dni licząc od dnia podpisania umowy na przekazanie wykonawcy placu budowy. Odwołujący przywoływał także postanowienia subklauzuli 8.4, na mocy której Zamawiający postanowił, iż ryzyko niesprzyjających warunków klimatycznych jest ryzykiem wykonawcy i jedynie w przypadku zaistnienia wyjątkowo niesprzyjających warunków klimatycznych (warunki, które nie występowały w ostatnim dziesięcioleciu, a jednocześnie uniemożliwiają, przy zachowaniu reżimów technologicznych, wykonanie poszczególnych robót) uzasadnia przedłużenie Czasu na Ukończenie. Wszystkie te okoliczności stanowiły o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby zaproponowany termin realizacji przedmiotu zamówienia był nierealny, czy też, aby takie jego określenie mogło utrudniać uczciwą konkurencję między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu – aby faworyzowało któregokolwiek z nich. Co istotne Odwołujący nie podjął próby wykazania, iż zaproponowane przez Zamawiającego określenie terminu realizacji umowy w jakikolwiek sposób różnicuje sytuację wykonawców zaproszonych do złożenia ofert. Nie wykazał on również, że nawet po uwzględnieniu okoliczności przez niego w odwołaniu przywołanych nie byłoby możliwym wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

Uwzględniając powołane okoliczności, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 1.

- w odniesieniu do zarzutu nr 2 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 4 ustawy Pzp:

Zasadnie podnosił Odwołujący, iż Zamawiający w formularzu 2.1 wymagał wskazania przez wykonawcę zakresu dostaw i usług, w realizacji których przewiduje on udział Dostawców i Usługodawców.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Przepis ten, w ocenie składu orzekającego Izby nie powinien być interpretowany rozszerzająco, stąd też w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest robota budowlana, Zamawiający nie jest władny na jego podstawie żądać od wykonawcy wskazania w treści oferty zakresu dostaw i usług, w realizacji których przewiduje on udział dostawców i usługodawców. Dlatego też, Izba uznała, że kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ stanowi naruszenie powołanego przepisu ustawy Pzp.

Jak podnosił Zamawiający (co potwierdza treść pisma z dnia 22 maja 2013 r.), a co Odwołujący przyznał, przed otwarciem rozprawy zmienił on postanowienia SIWZ w zakresie zaskarżonym w zarzucie nr 2 – wykreślił on wymóg określenia zakresu dostaw i usług, w realizacji których wykonawca przewiduje udział dostawców i usługodawców. Zmiana ta, w ocenie Izby jest istotną dla oceny wpływu dokonanego przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnia ona odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Kierując się przywołanymi tu przepisami, a także uwzględniając zaistniały stan rzeczy (usunięcie z treści SIWZ przez Zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu postanowień), Izba uznała, iż stwierdzone przez nią naruszenie przepisów ustawy, nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Treść SIWZ w zaskarżonym zakresie została bowiem zmieniona, a co za tym idzie, postanowienia, co do których Izba dostrzegła ich niezgodność z przepisami ustawy, nie zostaną uwzględnione przez Zamawiającego w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też stwierdzone w tym przypadku naruszenie przepisów ustawy zostało ocenione jako takie, które nie uzasadnia uwzględnienia odwołania.

Izba w tym zakresie dokonywała oceny merytorycznej treści zarzutu, jednakże – biorąc pod uwagę dyspozycję wskazanego przepisu ustawy - wydając wyrok musiała wziąć pod uwagę wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Powyższe bowiem musi znaleźć odzwierciedlenie w treści sentencji wyroku Izby uwzględniającego odwołanie i nakazującego Zamawiającemu dokonanie określonych czynności. W sytuacji gdy te czynności zostały już wykonane przez zamawiającego brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu i nakazania Zamawiającemu modyfikacji SIWZ.

- w odniesieniu do zarzutu nr 3 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Odwołujący w uzasadnieniu sformułowanego przez siebie zarzutu podnosił, iż kwestionowany przez niego wymóg objęcia ubezpieczeniem dostawców, usługodawców i innych firm zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie pisemnej umowy (zawarty w formularzu 2.1), stanowi niczym nieuzasadnioną przeszkodę, uniemożliwiającą złożenie oferty. Podnosił, iż jest to istotna okoliczność, która znajdzie swe odzwierciedlenie w toku negocjacji z ubezpieczycielem. W jego ocenie żaden ubezpieczyciel nie zgodzi się na objęcie ubezpieczeniem podmiotów wskazanych w SIWZ, co czyni taki wymóg niemożliwym do zrealizowania.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy przez siebie wskazanych. Nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie faktu braku możliwości objęcia ubezpieczeniem dostawców i usługodawców, a także innych firm zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie pisemnej umowy. Nie wykazał również, iż obowiązek objęcia ubezpieczeniem powołanych podmiotów w jakikolwiek sposób mógłby utrudniać uczciwą konkurencję między wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu – aby faworyzował on któregośkolwiek z nich. Co istotne Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, iż wprowadzenie tegoż obowiązku w jakikolwiek sposób różnicuje sytuację wykonawców zaproszonych do złożenia ofert. Nie znajdują również oparcia w rozpoznawanej sprawie twierdzenia Odwołującego, iż nie jest wiadomym, do jakich dostawców i usługodawców Zamawiający odnosi obowiązek objęcia ich ubezpieczeniem. Jak ustaliła Izba, Zamawiający w Szczególnych warunkach kontraktu zdefiniował pojęcie dostawcy (dodatkowa subklauzula 1.1.2.8.a) – podmiot, który zawarł z wykonawcą umowę, na podstawie której dostarcza materiały lub urządzenia na potrzeby wykonania roboty) i usługodawcy (dodatkowa subklauzula 1.1.2.8.b) – podmiot, który zawarł z wykonawcą umowę, na podstawie

której oddaje wykonawcy do używania sprzęt, urządzenia lub roboty tymczasowe bądź usługi transportowe, geodezyjne, saperskie, archeologiczne oraz agencje pracy tymczasowej).

Mając powyższe uwagi, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 3.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, iż pismem z dnia 22 maja 2013 r. kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ został przez Zamawiającego usunięty.

- w odniesieniu do zarzutu nr 4 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 629 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

W uzasadnieniu sformułowanego przez siebie zarzutu Odwołujący podnosił, iż naruszeniem powołanych przez niego przepisów jest fakt, iż nie może być on do końca pewien, czy otrzyma wynagrodzenie za wszystkie wykonane prace.

Zgodnie z pkt 4.2 Formularza umowy (tom II SIWZ – Warunki kontraktu, rozdział 1 – Formularz umowy), maksymalna wysokość zobowiązania wynosi 107% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (zgodnie z dodatkową subklauzulą 1.1.4.1.b) to cena oferty). W kolejnym punkcie (4.3), wskazano, że gdyby wynagrodzenie wykonawcy obliczone zgodnie z kontraktem miało przekroczyć kwotę określoną w pkt 4.2, strony mogą dokonać zmiany tej kwoty w formie aneksu.

Izba uznała, iż Odwołujący w tym przypadku nie wykazał naruszenia przepisów ustawy. Jak to zostało wskazane powyżej, wykazywanie przez Odwołującego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, czy też wskazanie w tym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o charakterze odsyłającym (art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie uzasadnia więc naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei przywołanie jako naruszenie samodzielnie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp we wskazanym zakresie jest niezasadne. Określone postanowienia SIWZ są bowiem jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, a naruszenia zasady równego traktowania wykonawców postępowaniu i uczciwej konkurencji nie można upatrywać w nierówności stosunku zobowiązaniowego wynikającego z postępowania o zamówienie publiczne, które ze swej natury w nieco uprzywilejowanej sytuacji stawia podmiot zamawiający.

Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący podnosząc wskazany zarzut nie próbował nawet wykazać, iż kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ w jakikolwiek sposób różnicują sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzują któregokolwiek z nich, zaburzają pomiędzy nimi uczciwą konkurencję.

Analiza argumentacji użytej w uzasadnieniu odwołania, a także w toku rozprawy przed Izbą, pozwoliła składowi orzekającemu Izby przyjąć, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów przywołanych w zakresie zarzutu nr 4. Trudno bowiem przyjąć, iż tak skonstruowana umowa pozbawia wykonawcę możliwości podjęcia próby wyegzekwowania należnego mu wynagrodzenia w wysokości przenoszącej wartość określoną w pkt 4.2 Formularza umowy. Wręcz przeciwnie, Zamawiający zabezpieczył sobie, zgodnie z art. 144 ustawy Pzp, możliwość dokonania zmiany postanowień umowy określających maksymalną kwotę jego zobowiązania. Zasadnie również Zamawiający podnosił, iż taki właśnie kształt postanowień Formularza umowy uzasadnia w jego przypadku fakt, iż jest on jednostką sektora finansów publicznych i podlega określonemu reżimowi prawnemu regulującemu zasady prowadzenia gospodarki finansowej tych jednostek. Jest on bowiem uprawniony wydatkować jedynie te środki, które są ujęte w jego planie finansowym. Dlatego też oczywistym jest, iż musi odpowiednio zabezpieczyć własne interesy, tak, aby nie dopuścić się naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała iż zarzut nr 4 nie zasługiwał na uznanie.

- w odniesieniu do zarzutu nr 5 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

W ocenie Odwołującego kwestionowane przez niego w tym zarzucie postanowienie SIWZ utrudniało dostęp do rynku wykonawcom zmuszonym do poszukiwania źródeł kredytowania realizacji przedmiotu zamówienia, pozbawia ono bowiem możliwości ustanowienia zabezpieczenia spłaty kredytu i ustanowienia przelewu wierzytelności wykonawcy (przysługujących mu wobec Zamawiającemu) na bank.

Izba uznała, iż - podobnie jak miało to miejsce w odniesieniu do zarzutu nr 4, także i w tym przypadku Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy – nie udowodnił, iż kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ w jakikolwiek sposób różnicują sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzują

któregokolwiek z nich, zaburzają pomiędzy nimi uczciwą konkurencję. Nie powołał on ani jednego dowodu na poparcie formułowanych przez siebie twierdzeń. Zasadnie podnosił też Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, iż przepis art. 509 kc dopuszcza możliwość zawarcia w umowie kwestionowanego przez Odwołującego zastrzeżenia umownego. Brak w rozpoznawanej sprawie podstaw do tego (nie zostały w toku sprawy przedstawione dowody pozwalające wysnuć wnioski przeciwne), aby uznać, iż skorzystanie przez Zamawiającego z prawnie dopuszczalnej możliwości ukształtowania przyszłego stosunku prawnego mogło zostać ocenione jako naruszające którykolwiek z przepisów przywołanych przez Odwołującego.

Uwzględniając przywołane powyżej okoliczności, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych w zakresie zarzutu nr 5.

- w odniesieniu do zarzutu nr 6 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 647<sup>1</sup> § 5 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Uzasadniając sformułowany przez siebie zarzut Odwołujący podnosił, iż jedynie wobec podwykonawcy w świetle art. 647<sup>1</sup> § 5 kc Zamawiający ponosi wraz z wykonawcą solidarną odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia. Jak twierdził Odwołujący, Zamawiający powołanej odpowiedzialności nie ponosi wobec dostawców i usługodawców, stąd też niezrozumiałym i niczym nieuzasadnionym jest zawarcie w subklauzuli 4.4 wszystkich postanowień odnoszących się do tych właśnie podmiotów. W jego ocenie, postanowienia te nie mają na celu zabezpieczenia interesu Zamawiającego, dlatego też nie są w SIWZ potrzebne. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma żadnych podstaw, aby ingerować w stosunki prawne łączące wykonawcę z jego dostawcami i usługodawcami, zaś ich realizacja nie może stanowić dla Zamawiającego podstawy dla wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy, czy też dokonywania potrąceń z należnego mu wynagrodzenia. Podnosił on również, iż nie jest wiadomym, do jakich dostawców i usługodawców Zamawiający odniósł zapisy subklauzuli 4.4.

Jak to wskazano w odniesieniu do zarzutu nr 3, także i w tym przypadku należy uznać, iż nie znajdują potwierdzenia tezy o nieokreślonym i niemożliwym do ustalenia kręgu dostawców i usługodawców. Jak ustaliła Izba, Zamawiający w Szczególnych warunkach



kontraktu zdefiniował pojęcie dostawcy (dodatkowa subklauzula 1.1.2.8.a) i usługodawcy (dodatkowa subklauzula 1.1.2.8.b).

Jak ustaliła Izba, Odwołujący w swym odwołaniu w sposób wierny przywoływał treść subklauzuli 4.4 i 14.6 Szczególnych warunków kontraktu.

W rozpoznawanej sprawie, za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia Izba uznała, iż Zamawiający jest podmiotem szczególnym, do którego, jako do jedyne go zamawiającego w kraju, znajdzie zastosowanie ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 891). Jej przepisy nakładają na tego właśnie Zamawiającego obowiązek regulowania niezaspokojonych należności przysługujących dostawcom lub usługodawcom wobec wykonawcy, z którym Zamawiający zawarł umowę o roboty budowlane. Ustawa ta upoważnia również Zamawiającego do wysuwania wobec wykonawcy roszczeń o zwrot środków wypłaconych innym przedsiębiorcom na podstawie tej właśnie ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż po stronie Zamawiającego istniała uzasadniona potrzeba zabezpieczenia swoich interesów, poprzez ujęcie w SIWZ zapisów odnoszących się do zabezpieczenia wypłaty dostawcom i usługodawcom wykonawcy należnego im wynagrodzenia. Zamawiający poprzez te właśnie zapisy dążył do ograniczenia możliwości zaistnienia przypadku, gdy to na nim spocznie obowiązek zaspokojenia należności tych podmiotów przysługujących im wobec wykonawcy.

Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów ustawy – Odwołujący nie udowodnił, iż kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ w jakikolwiek sposób różnicują sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzują któregośkolwiek z nich, zaburzają pomiędzy nimi uczciwą konkurencję. Nie wykazał on, aby zapisy subklauzuli 4.4 i 14.6 naruszały przywołane przez niego w odwołaniu przepisy prawa, czy też aby w świetle tych właśnie przepisów były one niedozwolone. W odniesieniu do niektórych z kwestionowanych zapisów uznać należało jedynie, iż realizacja obowiązków na ich mocy ustanowionych znajdzie odzwierciedlenie w cenie ofertowej (np. obowiązek comiesięcznej aktualizacji wykazu dostawców i usługodawców). Brak było jednak w rozpoznawanej sprawie podstaw do uznania ich za naruszające przepisy wskazane w odwołaniu.

Mając powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 6.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła, iż pismem z dnia 22 maja 2013 r. kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ ustanawiające obowiązek comiesięcznej aktualizacji wykazu dostawców i usługodawców, a także umożliwiające wstrzymanie płatności na rzecz wykonawcy, zostały przez Zamawiającego usunięte.

- w odniesieniu do zarzutu nr 7 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 647<sup>1</sup> § 2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Jak twierdził Odwołujący, nieokreślenie przez Zamawiającego w treści SIWZ kryteriów zgłoszenia sprzeciwu wobec przedstawionego przez wykonawcę podwykonawcy umożliwić mu będzie podejmowanie arbitralnych decyzji na etapie realizacji. Uniemożliwić to miało też wykonawcom należyte zaplanowanie realizacji robót, co z kolei znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty.

Izba uznała, iż w świetle obowiązujących przepisów, a w szczególności z uwzględnieniem przepisów na których został oparty rozpoznawany zarzut, brak podstaw, aby ograniczać do z góry określonych przypadków dopuszczoną przepisami kodeksu cywilnego możliwość zgłoszenia przez zamawiającego sprzeciwu wobec zamiaru powierzenia przez wykonawcę określonej części robót konkretnemu podwykonawcy. Oczywistym jest, iż działanie Zamawiającego na etapie realizacji umowy, będzie oceniane przez pryzmat regulacji kodeksu cywilnego, w szczególności art. 647<sup>1</sup> § 2 kc, z uwzględnieniem orzecznictwa zapadłego w sprawach do tegoż przepisu się odnoszących oraz dorobku doktryny. Niemniej jednak, na obecnym etapie, Izba nie dostrzegła, aby przywołane przez Odwołującego przepisy prawa nakładały obowiązek uszczegóławiania normy prawnej zawartej w powołanym przepisie kodeksu cywilnego. Kwestionowany zapis subklauzuli 4.4 Szczególnych warunków kontraktu stanowi proste powtórzenie treści art. 647<sup>1</sup> § 2 kc, stąd też nie sposób uznać, iż nie jest on wystarczająco jednoznaczny, jak tego wymaga art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie udowodnił też, aby kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ w jakikolwiek sposób różnicowały sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzowały któregokolwiek z nich, zaburzały pomiędzy nimi uczciwą konkurencję.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 7.

- w odniesieniu do zarzutu nr 8 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 647<sup>1</sup> § 2 kc w zw. z art. 14 PZP i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Jak twierdził Odwołujący w uzasadnieniu odwołania kwestionowany przez niego zapis SIWZ stanowił nieuprawnioną ingerencję w treść stosunku zobowiązaniowego łączącego wykonawcę z jego podwykonawcą. W interesie wykonawcy bowiem jest, aby mógł się on zabezpieczyć przez sytuacją, w której Inżynier Kontraktu zakwestionuje roboty wykonane przez podwykonawcę – dopiero odbiór dokonany przez Inżyniera potwierdza, iż zostały one wykonane należycie.

Co istotne, Odwołujący w toku rozprawy przed Izłą prezentował stanowisko odmienne. Twierdził, iż z zakwestionowanego przez niego zapisu subklauzuli 4.4 wynika, że zamawiający oczekuje, iż roboty wykonane przez podwykonawców każdorazowo odbierane będą przy udziale inżyniera kontraktu, co uznać należało za zbyt daleko idącą ingerencję w stosunki panujące pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami.

Jak ustaliła Izba, Zamawiający w treści subklauzuli 4.4 Szczególnych warunków kontraktu, w zakresie kwestionowanym w zarzucie nr 8, zawarł wymóg, aby umowa z podwykonawcą nie mogła zawierać postanowień uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez podwykonawcę robót.

Analiza powołanego zapisu, pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż niezasadnie Odwołujący podnosił w toku rozprawy przed Izłą, że zamawiający oczekuje, aby roboty wykonane przez podwykonawców każdorazowo odbierane były przy udziale inżyniera kontraktu. Przeciwnie, z zapisu tego wynika wprost, że niedopuszczalnym jest uzależnienie przez wykonawcę wypłacenia należnego podwykonawcy wynagrodzenia od odbioru wykonanej przez niego roboty przez Inżyniera Kontraktu.

W ocenie Izby nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów przywołanych przez Odwołującego w zakresie zarzutu nr 8. Odwołujący nie udowodnił bowiem, aby kwestionowany przez niego zapis SIWZ w jakikolwiek sposób różnicował sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzował któregośkolwiek z nich, zaburzał pomiędzy nimi uczciwą konkurencję.

- w odniesieniu do zarzutu nr 9 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 647 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Uzasadniając zarzut nr 9 Odwołujący podnosił, iż sporządzenie dokumentacji fotograficznej obiektów budowlanych na terenach przyległych do placu budowy nie mieści się w zakresie roboty budowlanej. Podnosił również, iż obowiązek uzyskania przez wykonawcę podpisów pod protokołami podmiotów, które w żaden sposób nie są zależne od wykonawcy oraz uzależnienie od dokonania tej czynności rozpoczęcia robót, nazbyt obciąża wykonawców i nie znajduje oparcia w przepisach.

Jak ustaliła Izba, Zamawiający, w treści subklauzuli 4.13 Szczególnych warunków kontraktu, wymagał, aby wykonawca przed rozpoczęciem robót, na własny koszt, dokonał inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych, objętych oddziaływaniem inwestycji, dróg, tras dostępu i urządzeń na placu budowy, jak i dróg, tras dostępu i urządzeń obcych w otoczeniu placu budowy, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych. Wymagał on również, aby dokonanie tej inwentaryzacji poświadczono zostało protokołem przez wykonawcę, inżyniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych. Zastrzegł ponadto, że wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o przedłużenie czasu na ukończenie lub dodatkowego kosztu z tego tytułu.

Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby nałożenie na wykonawcę obowiązku sporządzenia inwentaryzacji fotograficznej i opisowej stanowiło naruszenie przepisów przywołanych w odwołaniu. Nie mógł przesądzić za uznaniem zarzutu w tym zakresie jedynie fakt, iż czynność sporządzenia powołanej inwentaryzacji nie mieści się w *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. Co istotne, był to jedyny argument użyty przez Odwołującego w celu wykazania słuszności własnych twierdzeń. Odwołujący nie wykazał, iż przywołane przez niego przepisy wyłączają powierzenie wykonawcom wykonania prac dodatkowych, nie stanowiących o istocie robót budowlanych. W ocenie Izby uzasadnionym wydaje się sporządzenie powołanej inwentaryzacji w terminie możliwie najbliższym momentowi rozpoczęcia robót budowlanych. Dokumentacja wytworzona w wyniku tej inwentaryzacji może bowiem w sposób oczywisty zabezpieczyć interesy Zamawiającego, chroniąc go przed nieuprawnionymi roszczeniami o odszkodowanie za wywołanie szkód w drogach, trasach dostępu i urządzeniach obcych w wyniku prowadzenia robót budowlanych. Nie zostało w żaden sposób wykazane, aby nie istniała po stronie Zamawiającego

uzasadniona potrzeba wykonania takiej inwentaryzacji. Odwołujący nie udowodnił również, aby kwestionowany przez niego zapis SIWZ (w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku sporządzenia inwentaryzacji) w jakikolwiek sposób różnicował sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzował któregośkolwiek z nich, zaburzał pomiędzy nimi uczciwą konkurencję.

Odmienne Izba oceniła postawiony w SIWZ wymóg uzyskania przez wykonawcę podpisów gestorów lub zarządców dróg lub urzędzeń obcych, uzależnienie od jego wypełnienia możliwości rozpoczęcia robót, a także wyłączenie możliwości ubiegania się o przedłużenie czasu na ukończenie lub dodatkowego kosztu z tego tytułu.

Zdaniem Izby nałożenie na wykonawcę tak daleko idących obowiązków, a także wiązanie z ich wykonaniem negatywnych konsekwencji (uniemożliwienie rozpoczęcia robót budowlanych), nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Tak gestorzy, czy zarządcy dróg lub urzędzeń obcych nie są w żaden sposób zależni od wykonawcy – podmiot ten nie został wyposażony przez Zamawiającego w jakikolwiek instrument umożliwiający wyegzekwowanie od tych podmiotów podpisania protokołu poświadczającego wykonanie inwentaryzacji. Dlatego też, jako zapis obarczający wykonawcę nadmiernym ryzykiem niedoszacowania oferty, Izba uznała, iż kwestionowany przez Odwołującego zapis w omawianym tu zakresie narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, czyniąc opis sposobu realizacji zamówienia niejednoznacznym uniemożliwiającym oszacowanie przez wykonawców minimalnego zakresu ryzyka związanego z wykonywaniem zamówienia.

Jak podnosił Zamawiający (co potwierdza treść pisma z dnia 22 maja 2013 r.), a co Odwołujący przyznał, przed otwarciem rozprawy zmienił on postanowienia SIWZ w zakresie zaskarżonym w zarzucie nr 9 odnoszącym się do obowiązku uzyskaniu podpisów gestorów lub zarządców dróg lub urzędzeń obcych – wykreślił on kwestionowany w odwołaniu wymóg. Zmiana ta, w ocenie Izby jest istotną dla oceny wpływu dokonanego przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnia ona odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Kierując się przywołanymi tu przepisami, a także uwzględniając zaistniały stan rzeczy (usunięcie z treści SIWZ przez Zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu postanowień), Izba uznała, iż stwierdzone przez nią naruszenie przepisów ustawy, nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Treść SIWZ w zaskarżonym

zakresie została bowiem zmieniona, a co za tym idzie, postanowienia, co do których Izba dostrzegła ich niezgodność z przepisami ustawy, nie zostaną uwzględnione przez Zamawiającego w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też stwierdzone w tym przypadku naruszenie przepisów ustawy zostało ocenione jako takie, które nie uzasadnia uwzględnienia odwołania.

- w odniesieniu do zarzutu nr 10 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 471 i art. 473 § 1 kc w zw. z art. 14 PZP i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Uzasadniając zarzut nr 10 Odwołujący podnosił, iż nie może on być obciążany odpowiedzialnością za zachowania innych podmiotów, od niego niezależnych, zaś zmuszanie go do wzięcia na siebie takiej odpowiedzialności, powoduje, iż nie jest on w stanie wyliczyć kosztów zaistnienia takiego ryzyka.

Jak ustaliła Izba, Zamawiający w subklauzuli 4.14 Szczególnych warunków kontraktu wskazał, iż wykonawca będzie ponosił koszty zapewnienia objazdu oraz koszty przedłużania zamknięcia dostępu do drogi publicznej właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, w tym przedsiębiorcom. Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o przedłużenie czasu na ukończenie lub dodatkowego kosztu z tego tytułu.

W ocenie składu orzekającego powołany zapis SIWZ uznać należało za obarczający wykonawcę nadmiernym ryzykiem niedoszacowania oferty, a tym samym naruszającym przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest bowiem wykluczone, że przedłużenie zamknięcia dostępu do drogi publicznej właścicielom lub innym podmiotom uprawnionym nastąpi z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W świetle kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ, również w takim przypadku wykonawca będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów takiego przedłużenia, a co ważniejsze, nie będzie mógł z tego tytułu dochodzić przedłużenia czasu na ukończenie lub dodatkowych kosztów. Nie zmienia tej oceny treść przywoływanej w toku rozprawy przez Zamawiającego subklauzul 17.3 i 17.4. Pierwsza z nich, w pkt g) przesądza, iż odpowiedzialność za projekt ponosi Zamawiający, druga zaś stanowi, iż wykonawca, w przypadku, gdy poniesie stratę lub szkodę w robotach, dobrach lub dokumentach, a także dozna opóźnienia lub poniesie koszt z tytułu naprawienia straty lub szkody, będzie

uprawniony do przedłużenia czasu na ukończenie lud dodatkowego kosztu. Zdaniem Izby postanowienia subklauzuli 4.14 stanowią uregulowanie szczegółowe, wyłączające zastosowanie normy ogólnej zawartej w subklauzuli 17.4. Stąd też treść tej drugiej nie mogła wpłynąć na ocenę zasadności zarzutu nr 10.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż właściwym było uwzględnienie żądania Odwołującego i uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy od zaistnienia przyczyn leżących po jego stronie.

- w odniesieniu do zarzutu nr 11 mającego potwierdzać naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 484 § 1 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

Odwołujący podnosząc, iż Zamawiający dopuścił się nadużycia prawa, twierdził, iż także on powinien uzyskać możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

W ocenie Izby zarzut nr 11 nie zasługiwał na uwzględnienie. Zdaniem składu orzekającego w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia możliwym jest takie uregulowanie postanowień umowy, które będą rodziły faktyczną nierównowagę stron. Taka właśnie sytuacja zaistniała w rozpoznawanym przypadku. Zgodnie bowiem z subklauzulą 8.7 Szczególnych warunków kontraktu, jedynie Zamawiającemu zostało przyznane prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych. Rodzi to oczywistą nierówność w relacjach zamawiający-wykonawca. Brak jednak podstaw by uznać, iż na gruncie ustawy Pzp, nierówność taka jest niedopuszczalna. Nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający konstruując zapisy umowy w taki właśnie sposób dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Odwołujący nie udowodnił bowiem, aby kwestionowany przez niego zapis SIWZ w jakikolwiek sposób różnicował sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu, faworyzował któregośkolwiek z nich, zaburzał pomiędzy nimi uczciwą konkurencję. Zamawiający formułując umowę w taki właśnie sposób, tj. pozbawiając wykonawców możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych, liczyć się powinien, iż okoliczność ta znajdzie swe odzwierciedlenie w zaoferowanych mu cenach. Brak jednak było podstaw, aby uznać, iż dopuścił się on poprzez takie ukształtowanie umowy naruszenia przepisów przywołanych w zarzucie nr 11.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....