

WYROK

z dnia 8 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Grzegorz Matejczuk
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2016 r. przez **Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. Rail Polska Sp. z o.o., S. Baugesellschaft m.b.H. z siedzibą w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę dla robót budowlanych I inżynierskich projektowanych przez zamawiającego dla Przetargu nr 2 - Wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków Mydlniki - Kraków Główny Towarowy w ramach zadania: „Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II odcinek Zabrze-Katowice-Kraków”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 421600-2014-PL, w dniu 12 grudnia 2014 roku.

Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ w dn. 10 czerwca 2016 roku.

Odwołujący Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym określeniu treści SIWZ, w szczególności subklauzuli 10.1. Tom II Warunki Umowy w zw. z subklauzulą 1.1.6.26 oraz subklauzulą 2.7 w ten sposób, że nie można jednoznacznie określić terminu ani zakreślić ram czasowych dla skutecznego Odbioru końcowego oraz precyzyjnego określenia kompetencji Komisji Odbiorowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP oraz art. 31 ust. 2 PZP poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

W powyższym zakresie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji zakwestionowanego zapisu SIWZ poprzez usunięcie subklauzuli 10.1 Tom II *Warunki Umowy* (zastąpienie jej oryginalnym brzmieniem zgodnie z Warunkami Ogólnymi Kontraktu FIDIC), ewentualnie wykreślenie zapisu o Odbiorze końcowym.

Odwołujący wniósł także odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym określeniu treści SIWZ, w szczególności subklauzuli 10.2 Tom II Warunki Umowy, w ten sposób że to wykonawcy są zmuszeni do ponoszenia kosztów eksploatacji zbudowanej infrastruktury kolejowej, ponoszenia ryzyk związanych z jej uszkodzeniami w wyniku eksploatacji przez Zamawiającego, a także kosztów związanych z opóźnieniem w

rozpoczęciu biegu terminu gwarancyjnego na poszczególne elementy infrastruktury. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 2 PZP, art. 5, 353¹ oraz 471 i 473 par. 1 kodeksu cywilnego poprzez: ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na wykonawcę kosztów eksploatacji zbudowanej infrastruktury kolejowej, ponoszenia ryzyk związanych z jej uszkodzeniami w wyniku eksploatacji przez Zamawiającego, a także kosztów związanych z jej z opóźnieniem w rozpoczęciu biegu terminu gwarancyjnego na poszczególne elementy infrastruktury a także poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z zobowiązaniem wykonawcy do podejmowania czynności, których treści ani rozmiaru nie sposób przewidzieć, będą wynikać z następstw eksploatacji zbudowanej infrastruktury kolejowej, m.in. z jej uszkodzeń, a także z opóźnienia w rozpoczęciu biegu terminu gwarancyjnego na poszczególne elementy infrastruktury, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców. W powyższym zakresie odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie subklauzuli 10.2 Tom II Warunki Umowy (zastąpienie jej oryginalnym brzmieniem zgodnie z Warunkami Ogólnymi Kontraktu FIDIC), ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku wskazanego w punkcie a - o unieważnienie postępowania, ponieważ umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia będzie nieważna z mocy prawa.

Zdaniem Odwołującego, treść SIWZ nie pozwala na jednoznaczne określenie terminu ani nawet określenie ram czasowych dla skutecznego Odbioru końcowego, a także nie pozwala na precyzyjne określenie kompetencji Komisji Odbiorowej. W szczególności, nie pozwala na to - dodana względem Warunków Ogólnych - subklauzula 1.1.6.26, gdzie odbiór końcowy opisano jako finalną ocenę rzeczywistego wykonania części lub całości Robót w odniesieniu do ilości oraz jakości, ani też Subklauzula 2.7, również dodana względem Warunków Ogólnych. Nadto, jeżeli wystawienie Świadczeń Przejęcia wymaga przekazania dokumentacji powykonawczej odbieranych Robót oraz pozwolenia na użytkowanie, to całość postępowania o wystawienie Świadczenia Przejęcia nastąpi dopiero po zakończeniu danych Robót, ograniczając tym samym Czas na Ukończenie.

Powyższy stan rzeczy, zdaniem Odwołującego powoduje, że naruszono art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 2 PZP. Odwołujący wskazał, że przedmiot

zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym ceny (art. 29-31 PZP). Przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny, czy taki, który wprowadziłby w błąd wykonawcę. Obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia m.in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na Zamawiającym. Opis i postanowienia umowy nie mogą przerzucać na Wykonawcę wyłącznie ryzyka związanego z wadliwym czy nieprecyzyjnym opisem zamówienia oraz związanych z dokumentacją przekazywaną przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, SIWZ nie spełnia żadnego z powyższych postulatów, skoro nie pozwala na jednoznaczne określenie terminu ani nawet zakreślenie ram czasowych dla skutecznego Odbioru końcowego, a także nie pozwala na precyzyjne określenie kompetencji Komisji Odbiorowej.

II. Zdaniem Odwołującego, SIWZ w zakresie subklauzuli 10.2 Tom II Warunki Umowy, została nieprawidłowo sformułowana. Zgodnie z jej brzmieniem to wykonawcy są zmuszeni do ponoszenia kosztów eksploatacji zbudowanej infrastruktury kolejowej, ponoszenia ryzyk związanych z jej uszkodzeniami w wyniku eksploatacji przez Zamawiającego, a także kosztów związanych z jej z opóźnieniem w rozpoczęciu biegu terminu gwarancyjnego na poszczególne elementy infrastruktury.

Zdaniem Odwołującego, stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 2 PZP, art. 5, 353 oraz 471 i 473 par. 1 kodeksu cywilnego.

Warunki umowy ukształtowano w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodując rażąco nierównowagę stron cywilnoprawnego oraz naruszając zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W dalszej części odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

Zaniechano opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - skoro zobowiązano Wykonawcę do podejmowania czynności, których treści ani rozmiaru nie sposób przewidzieć, a które będą wynikać dopiero z następstw eksploatacji zbudowanej infrastruktury kolejowej, m.in. z jej uszkodzeń, a także z opóźnienia w rozpoczęciu biegu terminu gwarancyjnego na poszczególne elementy infrastruktury. W ten sposób naruszono zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

Przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny, czy taki, który wprowadziłby w błąd wykonawcę. Obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia m.in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na Zamawiającym. Opis i postanowienia umowy nie mogą przerzucać na Wykonawcę wyłącznie ryzyka związanego z obowiązkami Zamawiającego, czy też wadliwym czy nieprecyzyjnym opisem zamówienia oraz związanych z dokumentacją przekazywaną przez Zamawiającego.

SIWZ nie spełnia tych postulatów.

Postanowienia SIWZ powinny być także zgodne z właściwością (naturą) stosunku cywilnoprawnego oraz z zasadami współzycia społecznego, a także nie mogą przekraczać granic swobody umów. A tymczasem 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. I postanowienia SIWZ nie mogą się temu sprzeciwiać.

Niezależnie od tego, czy Zamawiający jest przedsiębiorcą w rozumieniu stosownych przepisów, warto przyrzeć się kwestionowanym postanowieniom 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, „*podejmowania] w interesie publicznym ochrona] interesów przedsiębiorców i konsumentów*”. A tymczasem, kwestionowane postanowienie PFU właśnie narzuca Wykonawcy uciążliwe warunki, z jednoznaczną korzyścią dla Zamawiającego.

Artykuł 7 ust 1 PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada uczciwej konkurencji ma zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność postępowania.

Swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC). 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. A skoro Zamawiający jest stroną silniejszą niż Odwołujący oraz jest organem administracji terenowej, to tylko tym bardziej zasady współżycia i cel ustawowy oraz zaufanie do Państwa i jego organów winny być brane pod uwagę.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przerzucił na Wykonawcę całe ryzyko kosztów realizacji prac, które mają skonkretyzować się dopiero po rozpoczęciu eksploatacji zbudowanej infrastruktury, a także uzależnionych od ewentualnego opóźnienia w rozpoczęciu biegu terminu gwarancyjnego na poszczególne elementy infrastruktury. Taka konstrukcja stanowi nadużycie prawa, nie ma uzasadnienia oraz nie powinna zostać zaaprobowana.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowego określenia treści SIWZ, w szczególności subklauzuli 10.1. Tom II Warunki Umowy w zw. z subklauzulą 1.1.6.26 oraz subklauzulą 2.7.

Zdaniem Odwołującego, treść SIWZ nie pozwala na jednoznaczne określenie terminu ani nawet zakreszenie ram czasowych dla skutecznego Odbioru końcowego, a także nie pozwala na precyzyjne określenie kompetencji Komisji Odbiorowej.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał podnoszonych okoliczności. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający wskazał poszczególne etapy i określił, w jaki sposób będzie następował odbiór.

Zgodnie z definicją, zawartą w pkt. 1.1.6.26 WU, „Odbiór końcowy” to odbiór polegający na ocenie rzeczywistego wykonania części lub całości Robót w odniesieniu do ilości oraz jakości. Odbiór końcowy zatem odnosi się do sprawdzenia zrealizowanych prac zgodnie z wymaganiami SIWZ, przy czym w ramach czynności odbiorowych, sprawdzana ma być zarówno ilość (a więc kompletność wykonanych robót), jak i jakość. Przy tak określonej definicji Odbioru końcowego, termin ten nie musi być ustalony z góry. Przewidziana została zatem forma elastyczna określenia terminu, w którym Odbiór końcowy powinien zostać przeprowadzony w zależności od tego, kiedy Wykonawca zgłosi prace do odbioru (całość prac, czy jedynie odcinek) i wtedy nastąpić ma ocena pod kątem wykonania całości prac. Tym samym, zdaniem Izby, określone tak warunki są rozwiązaniem korzystnym dla wykonawców.

Zgodnie z treścią SIWZ, termin realizacji zamówienia wynosi 18 miesięcy. W tym czasie przewidziany jest jeden miesiąc na wcześniejsze przekazanie dokumentacji. Zamawiający wyjaśnił, że możliwe jest dokonywanie Odbiorów częściowych, aby zminimalizować czas Odbioru końcowego. Odbiory częściowe odbywają się w sposób analogiczny, jak Odbiór końcowy.

Treść subklauzuli 10.1. WU określa procedurę, prowadzącą do wystawienia Świadectwa Przejęcia dla Robót. Zgodnie z treścią tej subklauzuli:

„Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy:

- a) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (i) poniżej, oraz
- b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą Subklauzulą.

Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu (skutecznego – zgodnie ze zmianą dokonaną w dniu 23 czerwca 2016 r.) Odbioru końcowego. W przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na użytkowanie, powyższy termin zaczyna biec z chwilą uzyskania tego pozwolenia. Jeżeli Roboty podzielone

są na Odcinki, to Wykonawca będzie mógł wystąpić o Świadcstwo Przejęcia dla każdego Odcinka.

Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:

(i) wystawi Wykonawcy Świadcstwo Przejęcia, podając datę, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu (użycie do czasu ukończenia tej pracy i usunięcia tych wad lub podczas dokonywania tych czynności); lub (ii) odrzuci wniosek, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić wystawienie Świadcstwa Przejęcia. Wtedy Wykonawca ukończy tę pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszej Subklauzuli.”

Powyżej przytoczone postanowienia WU potwierdzają, że procedura odbioru została przez Zamawiającego określona, wskazane zostały także terminy dokonania poszczególnych czynności, składających się na procedurę odbioru. Jednocześnie określona przez Zamawiającego procedura przewiduje elastyczne podejście do kwestii odbiorów, umożliwiając Wykonawcy zgłaszanie do odbioru poszczególnych części wykonanych robót.

W świetle powyższego, nie można uznać, że formułując postanowienia SIWZ Zamawiający naruszył przepisy prawa.

W ocenie Izby również za niezasadne należy uznać zarzuty Odwołującego odnośnie „przedłużających się procedur odbiorowych” i niemożności oszacowania terminów realizacji umowy. Istotne jest tu brzmienie postanowienia: „Jeżeli Inżynier ani nie wystawi Świadcstwa Przejęcia, ani nie odrzuci wniosku Wykonawcy w ciągu tego okresu 28 dni i jeżeli Roboty lub Odcinek (w zależności od przypadku) są w istocie zgodne z Kontraktem, to będzie się uważało, że Świadcstwo Przejęcia zostało wystawione w ostatnim dniu tego okresu.” Oznacza to, że ewentualne opóźnienie lub zwłoka Zamawiającego w wystawieniu Świadcstwa Przejęcia nie ma wpływu na termin, w jakim Świadcstwo to zostanie wystawione, gdyż umowa zakłada automatyzm wystawienia tego Świadcstwa z upływem określonego w umowie terminu – pod warunkiem nieodrzczenia wniosku Wykonawcy i zgodności Robót lub Odcinka z Kontraktem. Powyższe oznacza także, że został wyraźnie określony koniec procedury odbioru, nawet w sytuacji braku działania Zamawiającego.

W ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego, że opis i postanowienia umowy nie mogą przerzucać na Wykonawcę wyłącznie ryzyka związanego z wadliwym, czy nieprecyzyjnym opisem zamówienia oraz związanych z dokumentacją przekazywaną przez Zamawiającego jest ogólne i nie odnosi się do żadnych konkretnych okoliczności.

W świetle powyższego, stawiany zarzut jest nieuzasadniony.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut dotyczący nieprawidłowego określenia treści SIWZ, w szczególności subklauzuli 10.2 Tom II Warunki Umowy.

Stosownie do postanowień klauzuli 10.2. FIDIC: „Zamawiający nie będzie użytkował żadnej części Robót (inaczej niż jako użytkowanie tymczasowe, które jest albo uwzględnione w kontrakcie, albo uzgodnione przez obie Strony), jeżeli i dopóki Inżynier nie wystawi Świadectwa Przejęcia dla tej części.” Zatem postanowienia ogólnych warunków kontraktowych FIDIC również dopuszczają możliwość określenia w kontrakcie zasad użytkowania tymczasowego, jak również zasad ponoszenia ryzyka stron z nim związanych.

Zamawiający określił, co rozumie przez użytkowanie tymczasowe. Stosownie do postanowień subklauzuli 10.2 WU: „Do czasu wystawienia Świadectwa Przejęcia za wykonanie Odcinka lub całości Robót, użytkowanie przez Zamawiającego jakiegokolwiek części Robót będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe.” Odwołujący nie kwestionował definicji użytkowania tymczasowego określonej przez Zamawiającego. W tym zakresie nie podnosił żadnych okoliczności faktycznych. Izba nie dokonywała zatem badania ww. definicji. Stosownie bowiem do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący wnosił w treści odwołania o usunięcie subklauzuli 10.2 Tom II Warunki Umowy i zastąpienie jej oryginalnym brzmieniem zgodnie z Warunkami Ogólnymi Kontraktu FIDIC. Należy ponownie podkreślić, że klauzula 10.2. warunków kontraktowych FIDIC nie zawiera postanowień korzystniejszych dla wykonawcy. Wręcz dopuszcza użytkowanie tymczasowe, które przewiduje również subklauzula 10.2 Warunków Umowy w SIWZ. Trudno więc uznać, że zapis subklauzuli 10.2 narusza powołane przez Odwołującego przepisy prawa w sytuacji, gdy postanowienie w treści SIWZ (Warunki Umowy) zawiera rozwiązanie, które dopuszcza klauzula FIDIC, na którą powołuje się Odwołujący.

Nadto, w ocenie Izby odwołanie zawiera ogólne twierdzenia. Odwołujący nie wskazał żadnych konkretnych i możliwych do wystąpienia w czasie użytkowania tymczasowego ryzyk. Zakres ryzyk, związanych z użytkowaniem tymczasowym, na jakie wskazał Odwołujący, to czas i koszty. Jednakże Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność wykazania, z czym może być związane wystąpienie takich kosztów. Zamawiający wskazywał, że w przypadku wystąpienia nieprawidłowości lub uszkodzenia torów, powoływane będą komisje, które zbadają okoliczności z tym związane.

Należy także wskazać, że postanowienie klauzuli 10.2 jest prawnie dopuszczalne na gruncie przepisu art. 353 (1) KC; istnieje możliwość dokonania wyceny ryzyka związanego z ponoszeniem ww. kosztów w cenie ofertowej.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasad współzycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa (art. 5 Kodeksu cywilnego). Podnosząc ten zarzut, Odwołujący nie sformułował zasady współzycia społecznego, jaka jego zdaniem miała zostać naruszona przez Zamawiającego, ani też nie określił społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, z którym miałyby być sprzeczne działania Zamawiającego. Tym samym Odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 5 Kodeksu cywilnego. Samo przywołanie ww. artykułu nie może zostać uznane za skuteczne postawienie zarzutu.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 353¹, art. 471 i art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby także ten zarzut nie jest uzasadniony. Brak jest podstaw do przyjęcia, że kwestionowane przez Odwołującego zapisy WU nie mieszczą się w zasadzie swobody umów, skoro zapisy analogiczne do kwestionowanych przez Odwołującego zawiera powoływana przez Odwołującego klauzula 10.2 ogólnych warunków kontraktowych FIDIC. Odwołujący nie sprecyzował dokładnie, w jaki sposób naruszony miałby zostać art. 473 §3 kc. Rozszerzenie zasad odpowiedzialności wykonawcy nie może zostać uznane za niedopuszczalne, skoro możliwość takiego rozszerzenia wprost przewiduje art. 473 § 3 Kodeksu cywilnego.

W ocenie Izby nie jest także zasadny wniosek Odwołującego - o unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia będzie nieważna z mocy prawa. Odwołujący nie przedstawił żadnej okoliczności, która miałaby doprowadzić do nieważności umowy. Ponownie podkreślić należy, że postanowienie SIWZ (Warunki Umowy) zawiera rozwiązanie, które dopuszczają ogólne warunki kontraktowe FIDIC, na które powoływał się Odwołujący.

W świetle powyższego, zarzut Odwołującego należy uznać za nieuzasadniony. Zamawiający nie naruszył wskazanych w treści odwołania przepisów: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 KC, art. 353¹, art. 471 i art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....