

Sygn. akt: KIO/1776/10

**WYROK**  
**z dnia 1 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 sierpnia 2010 r. **ALSTAL Grupa Budowlana spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie 76 (88-100 Inowrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Bydgoszczy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 103,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża ALSTAL Grupa Budowlana spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie 76 (88-100 Inowrocław) i nakazuje**
  - 1) **zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ALSTAL Grupa Budowlana spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie 76 (88-100 Inowrocław) tytułem wpisu od odwołania**
  - 2) **dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez ALSTAL Grupa Budowlana spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie 76 (88-100 Inowrocław) na rzecz Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Bydgoszczy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy przy ul.**

**Toruńskiej 103** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

**Przewodniczący:**

.....

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę nowych kanalizacji sanitarnych Część 1, Część 3 zostało wszczęte ogłoszeniem w siedzibie zamawiającego Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Bydgoszczy spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Toruńskiej 103 oraz na jego stronie internetowej w dniu 9 sierpnia 2010r., oraz ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 sierpnia 2010r. za numerem 2010/S 155-239412. Tego samego dnia zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej [www.bip.zwik.bydgoszcz.pl](http://www.bip.zwik.bydgoszcz.pl) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej siwz).

Na treść tej siwz w dniu 19 sierpnia 2010r. wniósł odwołanie ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie 76 (88-100 Inowrocław) kwestionując następujące postanowienia siwz :

- 1) część II, Rozdział III klauzuli 15.6 Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej SWK) oraz części I Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW), pkt 22.2 bullet drugi, w których wskazano, iż:

*Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego w odniesieniu do długości kanalizacji (część 1A, IB, 1C, 3A, 3B, 3C, 3D), ilości przepompowni ścieków (część 1A, IB, 1C, 3A, 3B) i związanych z tym robót towarzyszących i w konsekwencji poprzez odpowiednią zmianę Ceny Kontraktowej. Zmniejszenie zakresu rzeczowego nastąpi w wyniku zaniechania wykonania robót lub ich części wymienionych w wykazie cen i odpowiednio pomniejszone zostanie wynagrodzenie o wartość wskazaną w wykazie cen dla tych robót, lub w stosunku procentowym robót zaniechanych do ich wartości z wykazu cen.*

- 2) część II, Rozdział III, klauzuli 4.4 SWK, w której wskazano, iż:

*Wykonawca będzie wykonywał roboty osobiście z wyjątkiem robót wskazanych przez Niego w Formularzu Oferty, które zostaną powierzone do wykonania Podwykonawcom. W zakresie Robót budowlanych, które mogą być wykonywane przez Podwykonawców, Wykonawca musi uzyskać zgodę Zamawiającego o ich zatrudnienie. Występując o taką zgodę (koniecznie na piśmie) Wykonawca*

*zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu umowę z każdym takim Podwykonawcą lub jej projekt wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania Robót budowlanych określonych w umowie lub projekcie (...) Zawarcie umowy z Podwykonawcą, bez wystąpienia o zgodę lub bez zgody Zamawiającego, skutkuje nieważnością tej umowy.*

- 3) część II, Rozdział III klauzuli, 15.4 SWK litera (b) i (c), w której wskazano, iż:

*Z chwilą, gdy rozwiązanie kontraktu na mocy klauzuli 15.2 weszło w życie, Zamawiający może:*

*(b) wstrzymać wszelkie płatności Wykonawcy do czasu, kiedy koszty wykonania, ukończenia Robót i usunięcia w nich wad, należne kary za opóźnienie ukończenia oraz wszelkie inne koszty poniesione przez Zamawiającego zostaną ustalone i Zamawiający uzyska od Wykonawcy pokrycie wszelkich strat i szkód poniesionych przez Zamawiającego oraz wszelkich dodatkowych kosztów dokończenia Robót, po uznaniu wszelkich kwot należnych Wykonawcy na mocy Klauzuli 15.3 [Wycena na dzień rozwiązania Kontraktu],*

*(c) zrealizować w całości zabezpieczenia wykonania umowy i zabezpieczenie zaliczki.*

- 4) część II, Rozdział III klauzuli, 14.7 SWK litery (c), (d) oraz (e), w której wskazano, że:

*(c) w wypadku zatrudniania przez Wykonawcę Podwykonawców, na zasadzie określonej w Klauzuli 4.4, Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwoty określone w Fakturach i poświadczone w każdym Przejściowym Świadectwie Płatności i kwotę określoną w Fakturze i poświadczoną w Końcowym Świadectwie Płatności nie wcześniej niż po przedstawieniu Oświadczenia Podwykonawcy, o którym mowa w klauzuli 14.6, iż otrzymał on od Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty i Wykonawca nie ma wobec niego zaległości płatniczych,*

*(d) oświadczenie o którym mowa w podpunktach (a), (b) i (d) musi być złożone przez osoby uprawnione do reprezentacji Podwykonawcy i mieć formę odpowiednią do wzoru określonego w punkcie 2.(hi) Aktu Umowy,*

*(e) nie dotrzymanie przez Wykonawcę warunków określonych w punktach (d) i (e) uprawnia Zamawiającego do wstrzymania wszelkich płatności na rzecz*

*Wykonawcy oraz do potrąceń z tych płatności lub zabezpieczeń na rzecz udokumentowanych zaległości płatniczych wobec Podwykonawcy.*

- 5) część III, Wymagania Ogólne, punkt 5.1 Ogólne zasady wykonywania Robót, w której wskazano, że:

*Konieczne jest prowadzenie Robót w taki sposób, aby nie wpływały na żadne prace prowadzone w sąsiedztwie. Każda szkoda powinna zostać naprawiona.*

- 6) część II, Rozdział III klauzuli, 2.4 SWK punkt 1, 2 oraz 3, w której wskazano, że:

*Strony ustalają, że Wykonawca żądając od Zamawiającego gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych na podstawie Ustawy Kodeks cywilny:*

- 1. Wyznaczy termin 60 dni roboczych do jej przedłożenia licząc od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu.*
- 2. Żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności Wykonawcy uzgodniony z Inżynierem. Nie ogranicza to żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia.*
- 3. Preferowaną przez Zamawiającego formą zabezpieczenia będzie udzielenie gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej, akredytywy bankowej lub poręczenia bankowego z klauzulami rzeczywistego zrealizowania się zabezpieczonego rezultatu, polegającego na przedstawieniu przez Wykonawcę instytucji gwarantującej Faktury wraz z poświadczającym ją, wystawionym przez Inżyniera Kontraktu Przejściowym lub Końcowym Świadectwem Płatności.*

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 144 ust. 1 PZP poprzez brak w treści SIWZ należytego określenia warunków dokonania istotnych zmian umowy w postaci zmniejszenia zakresu rzeczowego w odniesieniu do długości kanalizacji (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B, 3C, 3D), ilości przepompowni ścieków (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B) i związanych z tym robót towarzyszących.
- 2) art. 144 ust. 1 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 139 § 1 PZP polegające na ukształtowaniu stosunku prawnego łączącego strony w sposób sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz zasadami

współzycia społecznego poprzez upoważnienie Zamawiającego do dokonywania zmian umowy w drodze jednostronnej czynności prawnej.

- 3) art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak wskazania jasnych kryteriów decydujących o wyrażeniu zgody przez Zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy przez wykonawcę oraz przyznanie Zamawiającemu prawa wstrzymania płatności na rażąco długi czas.
- 4) art. 647<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 139 § 1 PZP poprzez zastrzeżenie nieważności umowy wykonawcy z podwykonawcą w przypadku zawarcia jej bez uprzedniej zgody Zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy.
- 5) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 139 § 1 PZP polegające na ukształtowaniu stosunku prawnego łączącego strony w sposób sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz zasadami współzycia społecznego poprzez uzależnienie płatności Zamawiającego na rzecz wykonawcy od zaistnienia warunków w postaci:
  - ustalenia kosztów wykonania, ukończenia Robót i usunięcia w nich wad, należnych kar za opóźnienie ukończenia oraz wszelkich innych kosztów poniesionych przez Zamawiającego,
  - uzyskania przez Zamawiającego od wykonawcy pokrycia wszelkich strat i szkód poniesionych przez Zamawiającego oraz wszelkich kosztów dokończenia Robót.
- 6) art. 147 PZP poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego prawa realizacji gwarancji na wypadek rozwiązania umowy bez względu na faktyczne istnienie roszczeń Zamawiającego wobec wykonawcy.
- 7) art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 139 § 1 PZP polegające na ukształtowaniu stosunku prawnego łączącego strony w sposób sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz zasadami współzycia społecznego poprzez uzależnienie dokonywania płatności przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy od zaistnienia warunku przyszłego i niepewnego - złożenia oświadczenia przez podwykonawcę.
- 8) art. 471 k.c. i następane w zw. z art. 139 § 1 PZP poprzez zastrzeżenie odpowiedzialności wykonawcy za każdą szkodę, a nie tylko szkodę wynikającą z jego działalności.

- 9) art. 649<sup>1</sup> k.c, art. 649<sup>2</sup> k.c, art. 649<sup>3</sup> k.c. oraz art. 649<sup>4</sup> k.c. w zw. z art. 139 § 1 PZP poprzez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od Zamawiającego gwarancji zapłaty.

Wniósł o :

- 1) usunięcie z treści klauzuli 15.6 SWK oraz pkt 22.2 bullet drugi zaskarżonego zapisu,
- 2) uzupełnienie treści klauzuli 4.4 SWK poprzez wskazanie warunków, jakie musi spełniać podwykonawca dla wyrażenia zgody na jego zatrudnienie przez Zamawiającego,
- 3) usunięcie z treści klauzuli 4.4 SWK zaskarżonego zapisu przewidującego skutek nieważności umowy wykonawcy z podwykonawcą zawartej bez uprzedniej zgody Zamawiającego,
- 4) usunięcie z treści klauzuli 15.4 SWK zaskarżonych zapisów litery (b) i (c),
- 5) usunięcie z treści klauzuli 14.7 SWK zaskarżonych zapisów litery (c), (d) oraz (e), usunięcie z treści części III, Wymagań Ogólnych, punktu 5.1 Ogólnych zasad wykonywania Robót zaskarżonego zapisu,
- 6) usunięcie zaskarżonej klauzuli 2.4 SWK.

W uzasadnieniu zarzutu I podniósł, że w treści części II, Rozdział 3 Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej SWK) - klauzula 15.6 - oraz w treści części I Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW), pkt 22.2 bullet drugi zastrzeżona została możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego oraz zmianę ceny kontraktowej.

Odwołujący podnosi, iż przepis art. 144 ust. 1 PZP ogranicza dopuszczalność zmiany istotnych postanowień umowy w stosunku do treści oferty, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny istotna zmiana umowy, to taka zmiana, która gdyby została ujęta w ramach procedury udzielania zamówienia, mogłaby wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie. W piśmiennictwie wskazuje się wprost, że zmianą istotną jest zmniejszenie ceny. Odwołujący podnosi, że także zmniejszenie zakresu rzeczowego zamówienia stanowi istotną zmianę umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 PZP.

Wobec powyższego zmiany polegające na ograniczeniu przedmiotu zamówienia oraz zmniejszeniu ceny kontraktowej wymagają dla swej skuteczności zachowania warunków wskazanych w art. 144 ust. 1 PZP -przewidzenia możliwości dokonania takich zmian oraz sprecyzowania warunków tych zmian w SIWZ.

Określenie warunków zmiany umowy w stosunku do oferty oznacza konieczność przewidzenia wszelkich przypadków i okoliczności, które mogą spowodować dokonanie

zmian w zawartej umowie. Warunki precyzujące dokonanie zmiany nie mogą być określone przez Zamawiającego dowolnie oraz pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. Zamawiający wskazał jedynie, że zmniejszenie zakresu rzeczowego będzie wynikiem zaniechania robót lub ich części. Odwołujący wskazał, że dopuszczenie możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia, bez precyzyjnego wskazania warunków dokonania zmiany uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją umowy, a w konsekwencji należyte sporządzenie oferty.

Treść klauzuli 15.6 SWK (pkt 22.2 IDW) oraz jej tytuł - „Uprawnienia Zamawiającego do zmiany postanowień Kontraktu”, wskazują ponadto, iż zmiana istotnych postanowień umowy może nastąpić w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. W szczególności zastrzeżenia budzi możliwość podjęcia przez Zamawiającego arbitralnej decyzji o zaniechaniu robót. Zmiana umowy zgodnie z przepisem art. 144 ust. 1 PZP pozostaje możliwa jedynie poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy i Zamawiającego. Ponadto przyznanie takiego uprawnienia Zamawiającemu narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego.

W zakresie zarzutu II odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią klauzuli 4.4 SWK wykonawca pozostaje zobowiązany do uzyskania zgody Zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy.

W SIWZ nie zostały określone konkretne warunki, jakie powinien spełniać podwykonawca, aby uzyskać zgodę Zamawiającego na zatrudnienie przez wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że dowolność w tym zakresie może doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, a w konsekwencji naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 PZP. W treści klauzuli 4.4 SWK zastrzeżono ponadto, że brak zgody Zamawiającego na zatrudnienie danego podwykonawcy skutkuje nieważnością umowy zawartej pomiędzy tym podwykonawcą a wykonawcą. W myśl przepisu art. 647<sup>1</sup> k.c. do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury brak zgody inwestora nie wpływa na ważność umowy wykonawcy z podwykonawcą, a jedynie decyduje o tym, że umowa nie rodzi solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy<sup>6</sup>.

Odwołujący podnosi, że postanowienia klauzuli 4.4 SWK regulują skutek braku zgody Zamawiającego w sposób odmienny do treści przepisu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. W konsekwencji, w myśl przepisu art. 647<sup>1</sup> § 6 k.c. pozostają nieważne.

W zakresie zarzutu trzeciego odwołujący wskazał, że klauzula 15.4 SWK litera (b) uprawnia Zamawiającego do wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy w przypadku rozwiązania



umowy. Określenie ostatecznego terminu płatności, w przypadku jej wstrzymania, pozostaje nieprecyzyjne - na podstawie klauzuli 15.4 SWK litera (b), nawet w przybliżeniu, nie można określić ostatecznej daty zapłaty. Powyższe stanowi konsekwencję uzależnienia płatności na rzecz wykonawcy od zaistnienia warunków w postaci: ustalenia kosztów wykonania, ukończenia Robót i usunięcia w nich wad, należnych kar za opóźnienie ukończenia oraz wszelkich innych kosztów poniesionych przez Zamawiającego, uzyskania przez Zamawiającego od wykonawcy pokrycia wszelkich strat i szkód poniesionych przez Zamawiającego oraz wszelkich kosztów, a także dokończenia Robót. W treści SIWZ brak jest wskazania procedury oraz podmiotu ustalającego koszty wskazane w klauzuli 15.4 SWK litera (b). Taka interpretacja klauzuli 15.4 SWK litera (b) pozostaje sprzeczna z istotą odpłatnej umowy wzajemnej, jaką jest umowa o roboty budowlane. W praktyce może bowiem oznaczać przesunięcie spełnienia świadczenia wzajemnego - płatności za wykonane roboty - nawet o kilka lat. Ponadto, według odwołującego, uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania płatności na rzecz wykonawców narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 PZP). Preferuje bowiem podmioty będące w stanie przyjąć ryzyko związane z wstrzymaniem płatności, niejako "kredytowaniem" Zamawiającego.

W świetle postanowień klauzuli 15.4 SWK litera (b) wątpliwości budzi ponadto termin wymagalności roszczeń wykonawcy. Zgodnie zatem z treścią klauzuli 14.7 SWK roszczenie wykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenie powinno stać się wymagalne wraz z upływem 30 dni roboczych od dnia otrzymania przez Zamawiającego faktury. Mimo upływu wyżej wskazanego terminu zapłaty Zamawiający - w przypadku rozwiązania kontraktu - zgodnie z treścią klauzuli 15.4 SWK litera (b), pozostaje jednak uprawniony do wstrzymania płatności. W konsekwencji Zamawiający może odmówić realizacji roszczeń już wymagalnych. Prawo wstrzymania płatności przez Zamawiającego budzi także zastrzeżenia w kontekście biegu terminu przedawnienia roszczeń wykonawcy. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie. W konsekwencji, pozostawienie klauzuli 15.4 SWK litera (b) może doprowadzić do sytuacji, w której obowiązek zapłaty Zamawiającego (ziszczanie się warunków wskazanych w treści klauzuli 15.4 SWK litera (b)) zaktualizuje się już po upływie terminu przedawnienia. Przyjęcie odmiennego założenia, zgodnie z przepisem art. 58 k.c. w związku z art. 119 k.c., skutkowałoby nieważnością postanowień 15.4 SWK litera (b).

Odwołujący wskazał ponadto, iż z treści SIWZ nie wynika wprost prawo wykonawcy do żądania odsetek za czas wstrzymania przez Zamawiającego płatności wymagalnych roszczeń wykonawcy.

Odnośnie zarzutu czwartego odwołujący podniósł, że zgodnie z klauzulą 15.4 SWK litera (c) z chwilą, gdy rozwiązanie kontraktu na mocy klauzuli 15.2 weszło w życie, Zamawiający może zrealizować w całości zabezpieczenia wykonania umowy i zabezpieczenie zaliczki. Odwołujący wskazuje, że brzmienie klauzuli 15.4 SWK litera (c) pozwala na interpretację, zgodnie z którą przesłanką wystarczającą do zrealizowania całego zabezpieczenia jest jedynie zaistnienie okoliczności w postaci rozwiązania umowy. Na mocy klauzuli 15.4 SWK Zamawiający może zrealizować gwarancję bez względu na istnienie, wysokość oraz tytuł roszczeń Zamawiającego wobec wykonawcy. W ustawie prawo zamówień publicznych zagadnienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy reguluje przepis art. 147 PZP. zabezpieczenie, o którym mowa w przepisie art. 147 PZP może zabezpieczać jedynie pieniężne roszczenia Zamawiającego.

Postanowienia klauzuli 15.4 SWK litera (c) dopuszczają możliwość realizacji zabezpieczenia przez Zamawiającego w przypadku rozwiązania kontraktu - niezależnie od istnienia roszczeń pieniężnych Zamawiającego wobec wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy. Pozostają zatem sprzeczne z treścią przepisu 147 PZP.

Co do kolejnego zarzutu podkreślił, że klauzula 14.7 SWK litery (c), (d) oraz (e) uzależniają termin zapłaty wykonawcy od złożenia przez osobę trzecią - podwykonawcę, oświadczenia, że otrzymał on od wykonawcy wynagrodzenie.

Odwołujący wskazuje, iż złożenie oświadczenia przez podwykonawcę jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Nie pozostaje możliwe do przewidzenia i zagwarantowania, że podwykonawca - nawet w przypadku dokonania terminowej zapłaty wszelkich należności przez wykonawcę - złoży oświadczenie o treści wymaganej Warunkami Kontraktu. Jednocześnie Odwołujący pozbawiony jest jakichkolwiek środków prawnych, za pomocą których mógłby nakłonić osoby trzecie do złożenia takiego oświadczenia. Powyższe pozostaje uzależnione jedynie od dobrej woli podwykonawcy. W orzecznictwie wskazuje się wprost, iż termin zapłaty należności nie może być uzależniony od warunku przyszłego i niepewnego. Uwarunkowanie płatności złożeniem oświadczenia przez podwykonawcę budzi ponadto wątpliwości z punktu widzenia biegu terminu przedawnienia roszczeń wykonawcy.

W zakresie zarzutu szóstego, to w treści części III, Wymagania Ogólne, punkt 5.1 Ogólne zasady wykonywania Robót, Zamawiający uregulował między innymi zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy. Zgodnie z wyżej wskazaną regulacją wykonawca ponosi odpowiedzialność za każdą szkodę, a nie tylko szkodę powstałą w wyniku działań wykonawcy, czy podmiotów, za które wykonawca pozostaje odpowiedzialny.

W doktrynie wskazuje się, że odpowiedzialność kontraktowa dłużnika może mieć miejsce tylko wówczas, jeżeli spełnione są tzw. nieruchome przesłanki odpowiedzialności. Są nimi: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (naruszenie zobowiązania) będące następstwem okoliczności, za które dłużnik - z mocy ustawy lub umowy - ponosi odpowiedzialność, szkoda, związek przyczynowy między faktem niewykonania (nienależytego wykonania) zobowiązania a szkodą. Treść przepisów kodeksu cywilnego - art. 471 i nast. - wskazuje, że odpowiedzialność kontraktowa odnosi się do przypadków nienależytego wykonania umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawcy w treści części III, Wymagania Ogólne, punkt 5.1 Ogólne zasady wykonywania Robót pozostaje niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

Odnośnie zarzutu siódmego, odwołujący wskazał, że postanowienia klauzuli 2.4 SWK zobowiązują wykonawcę do wyznaczenia Zamawiającemu 60 - dniowego terminu na złożenie gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych. Ponadto wskazują, że żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności wykonawcy. Odwołujący podnosi, że przepis art. 649<sup>2</sup> § 1 k.c. zakazuje dokonywania umownego wyłączenia lub ograniczenia prawa wykonawcy do żądania ustanowienia gwarancji zapłaty. Zgodnie z przepisem art. 649<sup>3</sup> § 1. k.c. wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora. Wobec powyższego zasadne pozostaje przyjęcie, że ustawodawca przyznał wykonawcy prawo żądania gwarancji zabezpieczającej wynagrodzenie za roboty budowlane bez względu na to, czy zostały już wykonane, odebrane lub czy rozpoczęto już ich wykonanie. W piśmiennictwie wskazuje się, że gwarancja powinna zabezpieczać roszczenie o wynagrodzenie w wysokości wynikającej z umowy, a Zamawiający nie jest uprawniony do ustanowienia zabezpieczenia w wysokości niższej niż wartość wynagrodzenia. Zawarte w treści klauzuli 2.4 SWK postanowienie ogranicza prawo wykonawcy żądania gwarancji jedynie do określonej przez Zamawiającego części wynagrodzenia. Ponadto przewiduje dłuższy niż wskazany w przepisach kodeksu cywilnego minimalny termin na przedstawienia gwarancji przez Zamawiającego -60 dni. Zgodnie bowiem z przepisem art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. termin na ustanowienie zabezpieczenia przez inwestora określa wykonawca. Termin ten nie powinien być jednak krótszy niż 45 dni. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS, zgodnie z zasadami reprezentacji odwołującego, ustalonymi na podstawie odpisu z KRS dołączonego do odwołania. Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2010r. przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

W dniu 20 sierpnia 2010r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania nikt nie przystąpił.

W dniu 26 sierpnia 2010r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z rachunkiem, który zamawiający złożył na rozprawie. We wstępie uzasadnienia zamawiający powołał wyrok Izby z dnia 6 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 316/10 i wskazał, że zamawiający jest podmiotem, który dąży do zaspokojenia swoich potrzeb i jest władny decydować o tym, na jakich warunkach winno być wykonane świadczenie, dlatego wykonawcy ubiegający się o zamówienie mogą albo na warunki zamawiającego przystać, albo nie ubiegać się o zamówienie, natomiast niedopuszczalna i sprzeczna z ustawą jest taka wykładania ustawy, która zezwalałaby wykonawcom narzucać zamawiającemu warunki umowy, które odpowiadają ich interesom, a nie uwzględniają interesów zamawiającego.

Mimo takiego stanowiska zamawiający postanowił uznać następujące zarzuty :

1. zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy poprzez brak należytego określenia w treści siwz warunków dokonania istotnych zmian umowy w postaci zmniejszenia zakresu rzeczowego w odniesieniu do długości kanalizacji (Cześć 1A, 1B, 1C, 3A, 3B, 3C, 3D), ilości przepompowni ścieków (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B) i związanych z nimi robót towarzyszących. Zamawiający zobowiązał się do modyfikacji siwz wskazując, że zmiana umowy będzie możliwa w przypadku :
  1. konieczności zaniechania robót budowlanych związanych z budową kanalizacji zlokalizowanej na gruncie prywatnym w związku z niewyrażeniem zgody właściciela nieruchomości na przeprowadzenie robót budowlanych lub jeżeli wykonanie tych robót budowlanych stoi w sprzeczności z interesem osób prywatnych, w interesie, których budowana kanalizacja miałaby być wykonana,
  2. konieczności zaniechania robót budowlanych z uwagi na wystąpienie obiektywnych przyczyn technicznych uniemożliwiających wybudowanie odcinka kanalizacji lub przepompowni,
  3. wystąpienie innych prawnych lub technicznych okoliczności uniemożliwiających w sposób obiektywny wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem umowy.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że określi w klauzuli 15.6 SWK, że zmiana kontraktu przez zamawiającego może spowodować zmniejszenie zakresu rzeczowego robót oraz wynagrodzenia wykonawcy maksymalnie o 45% wartości.

Powołał się na dopuszczalność takiego określenia zmian umowy zawartą w wyroku Izby z dnia 12 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 475/10

2. zamawiający uwzględnił także zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup>kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie nieważności umowy wykonawcy z

podwykonawcą w przypadku zawarcia jej bez uprzedniej zgody zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy, wskazując, że dokonana modyfikacji treści SWK poprzez wskazanie, że „Zawarcie umowy z podwykonawcą, bez wystąpienie o zgodę lub bez zgody zamawiającego, skutkuje bezskutecznością umowy zawartej z podwykonawcą względem zamawiającego.”

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów podnosząc, że

a) w zakresie zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy oraz art. 353<sup>1</sup>kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez ukształtowanie stosunku łączącego strony w sposób sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz zasadami współżycia społecznego poprzez upoważnienie zamawiającego do dokonywania zmian umowy drodze jednostronnej czynności prawnej, zamawiający podniósł, że natura umowy o roboty budowlanej przejawia się w ekwiwalentności wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych zleconych przez zamawiającego względem wynagrodzenia należnego wykonawcy. Podkreślił, że przy takiej naturze stosunku jednostronne zmniejszenie zakresu rzeczowego jest dopuszczalne pozwala na proporcjonalne zmniejszenie wynagrodzenia, wówczas bowiem wykonawca otrzyma wynagrodzenie odpowiadające wykonanym przez niego robotom budowlanym. Gdyby wykonawca otrzymał wynagrodzenie niezależnie od wykonanych robót, to wówczas zamawiający świadczyłby nienależne świadczenie. Podniósł, że uregulowanie umowy o roboty budowlane w sposób uniemożliwiający bądź ograniczający zamawiającemu możliwość decydowania o zakresie umówionych robót byłoby sprzeczne z istotą stosunku umowy o roboty budowlane. Zmian umowy w drodze jednostronnej czynności prawnej jest dopuszczalna w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami.

b) w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak wskazania jasnych kryteriów decydujących o wyrażeniu zgody poprzez zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy przez wykonawcę i przyznanie zamawiającemu prawa do wstrzymania płatności na rażąco długi czas, zamawiający wskazał, że treść klauzuli 4.4 SWK akapit pierwszy powiela w zasadzie postanowienia art. 647<sup>1</sup>§ 2 kc. Przepisy art. 647<sup>1</sup> kc nie wymagają określenia warunków, na jakich zamawiający będzie decydował o wyrażeniu zgody na zatrudnienie podwykonawcy, podstawą takiej odmowy może być przykładowo niewiarygodność techniczna, ekonomiczna, nierzetelność, rażąco wygórowane wynagrodzenie podwykonawcy. Skoro poprzez wyrażenie zgody na podwykonawstwo zamawiający przyjmuje solidarną odpowiedzialność za wynagrodzenie podwykonawcy, to powinien mieć możliwości swobodnej oceny umowy z podwykonawcą podlegającej jednak badaniu nadużycia prawa w trybie art. 5 kc, w przypadku rażąco nieuzasadnionej odmowy. Przepisy prawa nie obligują zamawiającego do wskazania warunków doboru podwykonawców. Ponadto odwołujący nie wykazał, w jaki sposób brak określenia warunków

doboru podwykonawców może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, skoro ten przepis nie ma zastosowania na etapie wykonywania umowy.

c) w zakresie zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez uzależnienie płatności zamawiającego na rzecz wykonawców od zaistnienia warunków w postaci :

- ustalenia kosztów wykonania, ukończenia robót i usunięcia w nich wad, należnych kar za opóźnienie, ukończenia oraz wszelkich innych kosztów poniesionych przez zamawiającego,
- uzyskania przez zamawiającego pokrycia przez wykonawcę wszelkich strat i szkód poniesionych przez zamawiającego oraz wszelkich kosztów dokończenia robót,

zamawiający wskazał, że klauzula 15.4 SWK przewiduje uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy z winy wykonawcy, a więc na wypadek nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę i powstania szkody po stronie zamawiającego. W takich okolicznościach wstrzymanie płatności do czasu ustalenia rodzaju oraz wysokości roszczeń jest w pełni uzasadnione, gdyż tylko wtedy możliwe będzie określenie należnego wykonawcy wynagrodzenia. Klauzula 15.4 ma charakter nadzwyczajny i wynika z winy wykonawcy. Takie określenie prawa do wstrzymania wynagrodzenia nie narusza zasady ekwiwalentności świadczeń, gdyż wykonawca otrzyma wynagrodzenie po Zaspokojeniu wszelkich roszczeń wynikłych ze szkód wyrządzonych zamawiającemu. Klauzula 15.4 nie reguluje terminu płatności, określonego w klauzuli 14.7, a jedynie przewiduje wstrzymanie płatności w przypadku rozwiązania umowy z winy wykonawcy, w ten sposób nie może dyskryminować żadnego z podmiotów ubiegających się o zamówienia. Nadto nie narusza także art. 119 kc, gdyż prawo wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy powoduje, że roszczenie wykonawcy nie staje się wymagalne, a tym samym nie biegnie termin przedawnienia, do czasu ustalenia rodzaju i wysokości roszczeń.

d) w zakresie zarzutu naruszenia art. 147 ustawy poprzez zastrzeżenie na rzecz zamawiającego prawa realizacji gwarancji na wypadek rozwiązania umowy bez względu na faktyczne zaistnienie roszczeń zamawiającego wobec wykonawcy, zamawiający stwierdził, że prawo do zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia zaliczki dotyczy sytuacji nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Zakres w jaki zamawiający może zaspokoić swoje roszczenia wynika z bezwzględnie obowiązującego art. 147 ust. 2 ustawy, a więc nie ma możliwości, aby zamawiający zaspokoił się z zabezpieczenia w sytuacji, gdy nie przysługują mu roszczenia pieniężne wobec wykonawcy. Sposób zaspokojenie zamawiającego z gwarancji zaliczki określa klauzula 14.2 SWK.

e) w zakresie zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez uzależnienie dokonywania płatności przez zamawiającego na rzecz wykonawcy od

zaistnienia warunku przyszłego i niepewnego – tj. złożenia oświadczenia przez podwykonawcę, zamawiający wskazał, że wykonawca w umowie z podwykonawcą może zastrzec, że podwykonawca jest zobowiązany złożyć oświadczenie stosownej treści i wówczas warunek nie będzie niepewny, a zobowiązanie możliwe do wyegzekwowania na drodze sądowej. Wymóg zamawiającego mieści się w granicach swobody umów.

f) w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 471 kc i następne w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie odpowiedzialności wykonawcy za szkodę, a nie tylko za szkodę wynikającą z jego działalności, zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego i wskazał, że postanowienia pkt 5.1 ogólnych zasad prowadzenia robót wskazują, że wykonawca jest odpowiedzialny za każdą szkodę, ale tylko za taką, która została spowodowana jego działaniem lub zaniechaniem.

g) w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 649<sup>1</sup> kc i art. 649<sup>3</sup> kc i 649<sup>4</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od zamawiającego gwarancji zapłaty, zamawiający podniósł, że postanowienia 2.4 sWK nie ograniczają możliwości żądania przez wykonawcę gwarancji zapłaty za całość należnego mu wynagrodzenia, ale zamawiający przewidział jedynie, że wykonawca jest zobowiązany do tego, aby żądania gwarancji dotyczyły nie więcej niż 3 kolejnych następujących po sobie płatności wynikających z planu płatności, nie ogranicza to kwotowo żądań wykonawców, ale zapewnia że żądania będą odpowiadać planowi płatności. Przepis art. 649<sup>4</sup> § 1 kc przewiduje, że termin przedstawienia gwarancji nie może być krótszy niż 45 dni, a co za tym idzie strony mogą umówić się, że termin ten będzie dłuższy.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. Ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, w szczególności z części II Warunki Kontraktu i części III Opis przedmiotu zamówienia Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, z zawiadomienia o wniesieniu odwołania i wezwania do zgłoszenia przystąpień z dnia 20 sierpnia 2010r., powiadomienia o roszczeniu dot. Kontraktu nr 2004PL16CPE003-5/1,3, pisma do InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 1 czerwca 2010r., aktu umowy nr ZP-RZ/164/2007 z dnia 27 sierpnia 2007r., powiadomienia o roszczeniu dot. Kontraktu nr 2004PL16CPE003-13, pisma do Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. z dnia 1 czerwca 2010r., aktu umowy nr ZP-RZ/64/2008 z dnia 3 kwietnia 2008r

Izba nie dopuściła dowodu z treści rozdziału II w kontrakcie ZP-052/Rb-D/TZ/2006 wraz z załączonymi uchwałami Rady Miejskiej Bydgoszcz oraz aktu umowy nr ZP-RZ/63/2008 z uwagi na to, iż dowód ten nie służy stwierdzeniu faktu, z którego odwołujący wywodzi skutki

prawne. Odwołujący powołał powyższy dowód w celu udowodnienia faktu, iż brzmienie klauzuli 15 nadane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest niejasne, co rodzi obawy, co do arbitralności zamawiającego przy interpretacji postanowień klauzuli 15. Dowód ten jednak z uwagi na odmienne brzmienie klauzuli 15 w postępowaniu dotyczącym odprowadzenia ścieków deszczowych z obszarów stref ochronnych ujęć wód „Las Gdański” i „Czyżkówko” oraz rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej w Bydgoszczy i w bieżącym postępowaniu, nie może być dowodem na stwierdzenie faktu, że zamawiający na podstawie odmiennych postanowień będzie arbitralnie korzystał z zastrzeżonych w klauzuli 15 praw.

Izba ustaliła, co następuje :

W Część II siwz Warunki Kontraktu ROZDZIAŁ 3 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU zamawiający wprowadził zmiany do WARUNKÓW KONTRAKTOWYCH DLA BUDOWY dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, drugie wydanie angielsko-polskie 2004 (tłumaczenie pierwszego wydania 1999), przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* - FIDIC), P.O. Box 86, CH-1000 Lausanne 12, Szwajcaria, oraz drugie wydanie angielsko-polskie 2004. Zmiany te, w zakresie zaskarżenia, były następujące

## **2.4 Przygotowanie finansowania przez Zamawiającego**

Do niniejszej Klauzuli 2.4 dodaje się następujący tekst:

Strony ustalają, że Wykonawca żądając od Zamawiającego gwarancji zapłaty za wykonanie robót budowlanych na podstawie Ustawy Kodeks cywilny:

1. Wyznaczy termin 60 dni roboczych do jej przedłożenia licząc od dnia doręczenia wezwania (żądania) Zamawiającemu.
2. Żądanie gwarancji zapłaty każdorazowo obejmie nie więcej niż trzy kolejno następujące po sobie płatności w oparciu o plan płatności Wykonawcy uzgodniony z Inżynierem. Nie ogranicza to żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia.
3. Preferowaną przez Zamawiającego formą zabezpieczenia będzie udzielenie gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej, akredytywy bankowej lub poręczenia bankowego z klauzulami rzeczywistego zrealizowania się



zabezpieczonego rezultatu, polegającego na przedstawieniu przez Wykonawcę instytucji gwarantującej Faktury wraz z poświadczającym ją, wystawionym przez Inżyniera Kontraktu Przejściowym lub Końcowym Świadectwem Płatności.

#### 4.4 Podwykonawcy

W niniejszej Klauzuli 4.4 wprowadza się następujące zmiany.

Skreśla się tekst drugiego akapitu i zastępuje następującym:

Wykonawca będzie wykonywał roboty osobiście z wyjątkiem robót wskazanych przez Niego w Formularzu Oferty, które zostaną powierzone do wykonania Podwykonawcom.

W zakresie Robót budowlanych, które mogą być wykonywane przez Podwykonawców, Wykonawca musi uzyskać zgodę Zamawiającego o ich zatrudnienie. Występując o taką zgodę (koniecznie na piśmie) Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu umowę z każdym takim Podwykonawcą lub jej projekt wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania Robót budowlanych określonych w umowie lub projekcie.

Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę wniosku o wyrażenie zgody wraz z dokumentami, o których wyżej mowa, nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń, będzie się uważało, że Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umowy z Podwykonawcą.

Zawarcie umowy z Podwykonawcą, bez wystąpienia o zgodę lub bez zgody Zamawiającego, skutkuje nieważnością tej umowy.

Wykonawca będzie odpowiedzialny za działania lub uchybienia każdego Podwykonawcy, jego przedstawicieli lub pracowników tak, jakby to były działania lub uchybienia Wykonawcy.

#### 14.7 Zapłata

Wprowadza się następujące zmiany w niniejszej Klauzuli 14.7:

Tekst podpunktów (a), (b) i (c) skreśla się i zastępuje następującym:

(a) kwotę określoną w Fakturze i poświadczoną w każdym Przejściowym Świadectwie Płatności - w ciągu 30 dni roboczych od dnia otrzymania przez Zamawiającego Faktury o wartości poświadczonej w wydanym przez Inżyniera Przejściowym Świadectwie Płatności i towarzyszących dokumentach oraz Oświadczenia Podwykonawcy, o którym mowa w klauzuli 14.6.

(b) kwotę określoną w Fakturze i poświadczoną w Końcowym Świadectwie Płatności – w ciągu 30 dni roboczych od dnia otrzymania przez Zamawiającego

Faktury o wartości poświadczonej w wydanym przez Inżyniera Końcowym Świadectwie Płatności i towarzyszących dokumentach oraz Oświadczenia Podwykonawcy, o którym mowa w klauzuli 14.6.

- (c) w Fakturach daty płatności muszą uwzględniać terminy określone w podpunktach (a) i (b),

Ponadto dodaje się podpunkty (d), (e), (f), (g) o następującej treści:

- (d) w wypadku zatrudniania przez Wykonawcę Podwykonawców, na zasadzie określonej w Klauzuli 4.4, Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwoty określone w Fakturach i poświadczone w każdym Przejściowym Świadectwie Płatności i kwotę określoną w Fakturze i poświadczoną w Końcowym Świadectwie Płatności nie wcześniej niż po przedstawieniu Oświadczenia Podwykonawcy, o którym mowa w klauzuli 14.6, iż otrzymał on od Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty i Wykonawca nie ma wobec niego zaległości płatniczych,
- (e) oświadczenie o którym mowa w podpunktach (a), (b) i (d) musi być złożone przez osoby uprawnione do reprezentacji Podwykonawcy i mieć formę odpowiednią do wzoru określonego w punkcie 2.(h1) Aktu Umowy,
- (f) nie dotrzymanie przez Wykonawcę warunków określonych w punktach (d) i (e) uprawnia Zamawiającego do wstrzymania wszelkich płatności na rzecz Wykonawcy oraz do potrąceń z tych płatności lub zabezpieczeń na rzecz udokumentowanych zaległości płatniczych wobec Podwykonawcy,
- (g) Zamawiający może wstrzymać płatność faktury także w przypadku, gdy poweźmie uzasadnioną wątpliwość co do zgodnego z kontraktem wystawienia Przejściowego Świadectwa Płatności. W takim przypadku Zamawiającemu przysługuje 14 – dniowy termin do wyjaśnienia tych wątpliwości i jeżeli zostaną one potwierdzone, to płatność nie nastąpi a jeżeli okażą się bezpodstawne, Zamawiający zapłaci Wykonawcy fakturę z ustawowymi odsetkami za czas przekraczający 30 dni roboczych od jej otrzymania – do dnia zapłaty.

Po podpunkcie (g) dodaje się akapit o następującej treści:

W przypadku zajścia rozbieżności pomiędzy wartością ujętą w fakturze a potwierdzoną w Świadectwie Płatności Zamawiający wstrzyma płatność faktury do czasu wyjaśnienia tych różnic bez negatywnych skutków przewidzianych za opóźnienia płatności w niniejszym Kontrakcie.

Na końcu ostatniego akapitu, zaczynającego się od wyrazu „Płatność”, dodaje się zdanie o następującej treści:

Za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.

## KLAUZULA 15 ROZWIĄZANIE KONTRAKTU PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

### 15.2 Wypowiedzenie przez Zamawiającego

Tekst podpunktów (a) i (b) niniejszej Klauzuli 15.2 skreśla się i zastępuje następującym:

- (a) nie zastosuje się do wezwania wydanego na mocy klauzuli 15.1 [ *Wezwanie do naprawy uchybienia*],
- (b) opuszcza albo znacznie opóźnia Roboty, wykonuje je sprzecznie z umową lub w inny sposób jasno okazuje zamiar odstąpienia od wykonywania zobowiązań objętych Kontraktem lub przerywa Roboty i mimo wezwań Inżyniera czy Zamawiającego nie podejmuje ich, a przerwa trwa dłużej niż 21 dni,

Tekst podpunktów (d) i (e) niniejszej Klauzuli 15.2 skreśla się i zastępuje następującym i dodaje się podpunkt (g):

- (d) podzleca część lub całość Robót bez zgody Zamawiającego lub dokonuje cesji z naruszeniem przepisów niniejszego Kontraktu, a także nie płaci zaakceptowanym przez Zamawiającego Podwykonawcom,
- (e) staje się niewypłacalny, przechodzi w stan likwidacji, lub jeżeli prowadzone jest sądowe lub administracyjne postępowanie egzekucyjne, lub jakiegokolwiek działania lub ma miejsce jakiegokolwiek wydarzenie, które (według mających zastosowanie Praw) ma podobny skutek do któregośkolwiek z wyżej wymienionych czynów lub wydarzeń, lub
- (g) dokonuje jakichkolwiek zmian w składzie lub w organizacji, bez uprzedniej zgody Zamawiającego, z wyjątkiem zmian będących następstwem łączenia, podziału, przekształcenia, upadłości lub likwidacji jednej z tych osób.

Tekst drugiego akapitu niniejszej Klauzuli 15.2 skreśla się i zastępuje następującym:

W każdym z takich przypadków lub okoliczności Zamawiający może rozwiązać Kontrakt i usunąć Wykonawcę z terenu budowy w terminie 14 dni od złożenia do Wykonawcy oświadczenia o rozwiązaniu. W przypadkach opisanych w punkcie (e) lub (f) Zamawiający może rozwiązać Kontrakt ze skutkiem natychmiastowym. Decyzje Zamawiającego podjęte na mocy tej klauzuli będą jednoznaczne z uznaniem iż Wykonawca nie wykonał Kontraktu i będą uprawniały Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 10% wartości kwoty kontraktowej oraz odszkodowaniem jeżeli szkoda przewyższy wysokość kar.

#### 15.4 Zapłata po rozwiązaniu

W niniejsze Klauzuli 15.4 wprowadza się zmiany:

Tekst podpunktu (b) skreśla się i zastępuje następującym:

- (b) wstrzymać wszelkie płatności Wykonawcy do czasu, kiedy koszt wykonania, ukończenia Robót i usunięcia w nich wad, należne kary za opóźnienie ukończenia oraz wszelkie inne koszty poniesione przez Zamawiającego zostaną ustalone i Zamawiający uzyska od Wykonawcy pokrycie wszelkich strat i szkód poniesionych przez Zamawiającego oraz wszelkich dodatkowych kosztów dokończenia Robót, po uznaniu wszelkich kwot należnych Wykonawcy na mocy Klauzuli 15.3 [*Wycena na dzień rozwiązania Kontraktu*].

Tekst podpunktu (c) skreśla się i zastępuje następującym:

- (c) zrealizować w całości zabezpieczenia wykonania umowy i zabezpieczenie zaliczki.

#### 15.5 Uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania Kontraktu

Tekst drugiego zdania pierwszego akapitu niniejszej Klauzuli 15.5 skreśla się i zastępuje następującym:

Rozwiązanie Kontraktu wejdzie w życie po 28 dniach od daty otrzymania Wypowiedzenia przez Wykonawcę.

Jako drugi akapit niniejszej Klauzuli 15.5 wprowadza się następujący tekst:

Niezależnie od powyższego, w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie Kontraktu nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w dniu podpisania Kontraktu, Zamawiający może odstąpić od Kontraktu w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W przypadku takiego rozwiązania Kontraktu przez Zamawiającego, Wykonawca może zażądać wyłącznie należnej mu zapłaty z tytułu wykonania części Kontraktu.

Dotychczasowy drugi akapit niniejszej Klauzuli 15.5 uważa się za trzeci akapit.

Dodaje się nową Klauzulę 15.6 [*Uprawnienia Zamawiającego do zmiany postanowień Kontraktu*], w brzmieniu:

#### 15.6 Uprawnienia Zamawiającego do zmiany postanowień Kontraktu

Poza przypadkami określonymi w innych klauzulach niniejszego kontraktu Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego w odniesieniu do długości kanalizacji (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B, 3C, 3D), ilości przepompowni ścieków (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B) i związanych z tym robót towarzyszących i w konsekwencji poprzez

odpowiednią zmianę Ceny Kontraktowej. Zmniejszenie zakresu rzeczowego nastąpi w wyniku zaniechania wykonania robót lub ich części wymienionych w wykazie cen i odpowiednio pomniejszone zostanie wynagrodzenie o wartość wskazaną w wykazie cen dla tych robót, lub w stosunku procentowym robót zaniechanych do ich wartości z wykazu cen.

Zamawiający przewiduje również możliwość zmiany umowy o ile w wypadku sytuacji nieprzewidywalnych w chwili podpisania umowy zajdzie potrzeba wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych w Dokumentacji Projektowej lub/i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych – zmiana taka spowoduje dokonanie odpowiedniej zmiany zakresu rzeczowego oraz odpowiedniej zmiany Ceny kontraktowej.

W części III siwz - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych w pkt 5. WYKONANIE ROBÓT zamawiający wprowadził następujące zasady wykonywania robót tj. w pkt 5.1. postanowił, że :

Wykonawca jest odpowiedzialny za prowadzenie Robót zgodnie z Warunkami Kontraktu oraz za jakość zastosowanych materiałów i wykonywanych Robót, za ich zgodność z ST, z dokumentacją projektową, projektem organizacji Robót, obowiązującymi przepisami i normami oraz poleceniami Inżyniera.

Przed rozpoczęciem Robót Wykonawca zweryfikuje dane ujęte w dokumentacji projektowej oraz wykona na własny koszt wszystkie badania i analizy uzupełniające niezbędne dla prawidłowego wykonania Robót.

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za dokładne wytyczenie w planie i wyznaczenie wysokości wszystkich elementów Robót zgodnie z wymiarami i rzędnymi określonymi w dokumentacji projektowej lub przekazanymi na piśmie przez Inżyniera Kontraktu.

Następstwa jakiegokolwiek błędu spowodowanego przez Wykonawcę przy wytyczeniu i wyznaczaniu Robót zostaną, jeśli wymagać tego będzie Inżynier Kontraktu, poprawione przez Wykonawcę na własny koszt.

Sprawdzenie wytyczenia Robót lub wyznaczenia wysokości przez Inżyniera nie zwalnia Wykonawcy od odpowiedzialności za ich dokładność.

Decyzje Inżyniera dotyczące akceptacji lub odrzucenia materiałów i elementów Robót będą oparte na wymaganiach sformułowanych w Kontrakcie, dokumentacji projektowej, ST normach i wytycznych. Przy podejmowaniu decyzji Inżynier uwzględni wyniki badań materiałów i Robót, rozrzuty normalnie występujące przy produkcji i przy badaniach materiałów, doświadczenia z przeszłości, wyniki badań naukowych oraz inne czynniki wpływające na rozważaną kwestię.

Polecenia Inżyniera będą wykonywane nie później niż w czasie przez niego wyznaczonym, po ich otrzymaniu przez Wykonawcę, pod groźbą zatrzymania Robót. Wszelkie dodatkowe koszty z tego tytułu ponosi Wykonawca.

Wykonawca uzyska wszelkie wymagane zgodnie z prawem polskim decyzje administracyjne niezbędne dla prowadzenia Robót.

Zatwierdzenie jakiegokolwiek elementu czy też dokumentu przez Inżyniera nie ogranicza odpowiedzialności Wykonawcy wynikającej z Kontraktu.

Hałas powinien być utrzymywany na minimalnym poziomie, przez zastosowanie podczas Robót możliwie najmniej głośniejszych maszyn. Młoty pneumatyczne winny być wyposażone w tłumiki. W normalnych warunkach maszyn nie należy używać w nocy, podczas weekendów ani w dni świąt publicznych, z wyjątkiem pomp odwadniających wykopy, które powinny być jak najmniej uciążliwe dla otoczenia.

Konieczne jest prowadzenie Robót w taki sposób, aby nie wpływały na żadne prace prowadzone w sąsiedztwie. Każda szkoda powinna zostać naprawiona.

Jeżeli nie zostanie wydane przez odpowiednie władze pisemne zezwolenie na wycinkę lub przycięcie, to wszystkie drzewa i krzewy powinny być zachowane i chronione za pomocą ogrodzenia.

W przypadku gdy budynek, powierzchnia terenu, żywoplot, mur, ogrodzenie, lub inny istniejący element zostaną naruszone lub uszkodzone, winny być w sposób trwały przywrócone do stanu pierwotnego, wykorzystując w tym celu materiały o zbliżonych i nie gorszych parametrach niż materiały, które pozostały w części niezniszczonej.

Gdy zachodzi taka konieczność, dokładne usytuowanie rurociągów, włączów i komór winno być uzgodnione z Inżynierem, po wykonaniu wykopów próbnych, mających na celu zlokalizowanie istniejących instalacji i innych elementów podziemnych.

Włączenie wykonanych przewodów kanalizacyjnych do istniejącej sieci kanalizacyjnej może odbywać się po podpisaniu protokołu do czasowego użytkowania przez Zamawiającego zgodnie pkt. 9 ST-00 „Wymagania ogólne” oraz pkt. 8 ST-03 „Kanalizacja grawitacyjna”, ST-04 „Kanalizacja tłoczna”, ST-05 „Przepompownia ścieków”.

Wykonawca z przynajmniej trzydniowym wyprzedzeniem poinformuje pisemnie Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego o planowanym włączeniu.

### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług budowlanych i sam przyznał na rozprawie, że może spełnić warunki postawione przez zamawiającego i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jednakże stoi na stanowisku, że kwestionowane przez niego zapisy grożą mu szkodą w przypadku realizacji inwestycji z uwagi na nierówne traktowanie stron kontraktu. Z uwagi na fakt, iż interes na etapie przed upływem terminu do składania ofert jest interesem faktycznym, gospodarczym w szerokim rozumieniu, to należy przyjąć, że powołanie się przez odwołującego na jego interes ekonomiczny jest wypełnieniem pierwszej przesłanki dopuszczalności odwołania. Jednakże poza interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący zobowiązany jest wykazać następujące przesłanki dopuszczalności odwołania :

- a) poniesienie lub możliwość poniesienia szkody,
- b) naruszenie przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy,
- c) związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy, a szkodą.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zarzucane przez odwołującego naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, bo o takim stanowi art. 179 ust. 1 ustawy mogło skutkować dla niego szkodą. Odwołujący powołał jedynie ogólnie, że niejasne postanowienia projektowanej umowy są dla niego niekorzystne i w tym upatrywał swojej szkody. Izba stoi jednak na stanowisku, że sam fakt, iż postanowienia przyszłej umowy nie odpowiadają w pełni oczekiwaniom odwołującego nie może być uznany za uprawdopodobnienie możliwości powstania szkody. Odwołujący, wprawdzie nie na dowód możliwości powstania szkody, ale na udowodnienie zasadności zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy poprzez sprzeczne z prawem określenie zasad zmiany umowy, powołał się na treść rozdziału II w kontrakcie ZP-052/Rb-D/TZ/2006 wraz z załączonymi uchwałami Rady Miejskiej Bydgoszcz oraz aktu umowy nr ZP-RZ/63/2008, jednakże Izba rozważając ten dowód także w odniesieniu do możliwości wykazania potencjalnej szkody, stwierdziła, że postanowienia przedłożonego kontraktu nie są zbieżne z postanowieniami skarżonej treści siwz. Zatem nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie Izby. Drugi z powołanych przez odwołującego dowodów, także nie mógł w ocenie Izby służyć do wykazania możliwości powstania szkody, gdyż wskazywał jedynie na pewną praktykę zamawiających, co do terminu zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a nie stanowił podstawy do stwierdzenia, czy w wyniku takiej praktyki doszło lub mogło dojść do powstania szkody. Ponadto sam odwołujący stwierdził na rozprawie, że wyłącznie kwestionowane przez niego klauzule warunków kontraktu, mogą być uznane za nieważne, w przypadku stwierdzenia dopuszczenia się przez zamawiającego zarzucanych naruszeń, a nie cała umowa. Izba zauważa, że zarzut nieważności klauzuli odwołujący stawiał w odwołaniu w odniesieniu do:

- Klauzuli 4.4 stwierdzając, że nieważne jest postanowienie dotyczące skutku nieważności umowy wykonawcy z podwykonawcą zawartej bez zgody zamawiającego – jednakże Izba

stwierdziła, że umowa wykonawcy z podwykonawcą nie jest objęta postępowaniem o uzyskanie zamówienia publicznego i potencjalna nieważność takiej umowy nie pozwala na wywiedzenie możliwości poniesienia szkody związanej z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia,

- klauzuli 15.4 stwierdzając, że klauzula ta byłaby nieważna na mocy art. 58 kc wobec trudności w określeniu terminu wymagalności świadczeń oraz początku biegu terminu przedawnienia, jednakże odwołujący nie uprawdopodobnił, że w związku z taką treścią klauzuli 15.4 mógłby ponieść szkodę, odwołujący wskazał jedynie na możliwość powstania trudności interpretacyjnych postanowienia w odniesieniu do momentu powstania wymagalności świadczenia – wynagrodzenia wykonawcy, a także chwili, od której powinien być liczony termin przedawnienia,

- klauzuli 14.7, gdzie powołał analogiczne przyczyny nieważności, ale wskazał, że nieważność ta następowałaby na mocy art. 58 § 3 kc. Odwołujący także w tym przypadku nie wskazał, jaką szkodę mógłby ponieść w skutek zastosowania klauzuli w niezmienionym brzmieniu, ani też nie wskazał jakie zasady współzycia społecznego w jego ocenie naruszył zamawiający, które uzasadniałyby nieważność klauzuli,

- klauzuli 2.4 gdzie również wskazał na nieważność z mocy art. 58 § 3 kc także w tym przypadku nie wskazał, jaką szkodę mógłby ponieść w skutek zastosowania klauzuli w niezmienionym brzmieniu, ani też nie wskazał jakie zasady współzycia społecznego w jego ocenie naruszył zamawiający, które uzasadniałyby nieważność klauzuli.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał istnienia przesłanek dopuszczalności odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, a tym samym odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba postanowiła jednakże na marginesie odnieść się do zarzutów podniesionych przez odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 144 ust. 1 ustawy poprzez brak należytego określenia w treści siwz warunków dokonania istotnych zmian umowy w postaci zmniejszenia zakresu rzeczowego w odniesieniu do długości kanalizacji (Cześć 1A, 1B, 1C, 3A, 3B, 3C, 3D), ilości przepompowni ścieków (część 1A, 1B, 1C, 3A, 3B) i związanych z nimi robót towarzyszących.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający uznał zasadność zarzutu i zobowiązał się do zmiany treści siwz w tym zakresie poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie uprawniać zamawiającego do zmiany umowy. Izba stwierdziła, że istotnie w pierwotnym brzmieniu klauzuli 15.6 SWK zamawiający dopuścił możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne, w sposób niezgodny z wymogami art. 144 ust. 1 ustawy, tj. bez warunków na jakich dokona zmian, a więc bez określenia konkretnych okoliczności, w



których będzie do takiej zmiany uprawniony. Niewątpliwie nowelizacja art. 144 ust. 1 ustawy, wprowadziła wymogi uzależniające możliwość zmiany umowy od przewidzenia okoliczności, w których taka zmiana będzie konieczna oraz wskazania ich w siwz. Zamawiający formułując brzmienie klauzuli 15.6 określił jedynie, że może zmniejszyć zakres rzeczowy robót, bez wskazania jednak, w jakich sytuacjach takie zmniejszenie może nastąpić. Zamawiający nie określił także zakresu takiej zmiany. W skrajnym przypadku mogłaby zaistnieć sytuacja, w której zamawiający zmniejszyłby zakres rzeczowy do zera, wówczas arbitralność decyzji zamawiającego w tym zakresie godziłaby w interes wykonawcy realizującego umowę. Wobec uznania zarzut przez zamawiającego, Izba zwraca uwagę na konieczność dostosowania brzmienia klauzuli 15.6 do wymogów przepisu art. 144 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby jednakże brak określenia warunków zmiany umowy w siwz, a w przedmiotowej sprawie w warunkach kontraktu, skutkowałby nie negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego, czyli arbitralną decyzją zamawiającego o zmniejszeniu zakresu robót, ale niedopuszczalnością dokonania zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy. Należy bowiem zauważyć, że art. 144 ust. 1 ustawy statuuje niedopuszczalność istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający wypełnił łącznie dwa warunki :

1. przewidział możliwość zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz i
2. określił warunki takiej zmiany.

Niewątpliwie zmianę zakresu rzeczowego – czyli w przedmiotowej sprawie zmniejszenie wielkości przedmiotu zamówienia należy uznać za istotną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W ofercie bowiem wykonawcy deklarują wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Bezsporne jest także to, że zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego w siwz w części II warunki kontraktu. Jednakże, jak słusznie podniósł odwołujący, zamawiający nie określił warunków na jakich dokona zmniejszenia zakresu robót, zatem w przypadku rzeczywistej potrzeby zmiany umowy poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego zmiana taka byłaby nieważna na mocy art. 144 ust. 2, gdyż nie spełniałaby warunków dopuszczalności zmiany umowy określonych w art. 144 ust. 1 ustawy. Izba zauważa zatem, że podniesienie tego zarzutu przez odwołującego, było działaniem wbrew własnemu interesowi, bowiem gdy zamawiający dokona dookreślenia warunków zmiany umowy dokonując modyfikacji siwz, będzie mógł wprowadzić zmiany do umowy po jej zawarciu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 647<sup>1</sup>kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie nieważności umowy wykonawcy z podwykonawcą w przypadku zawarcia jej bez uprzedniej zgody zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 sierpnia 2010r. uznał zarzut i zobowiązał się do modyfikacji siwz w tym zakresie. Niewątpliwie art. 647<sup>1</sup> kc nie przewiduje, jako skutku braku zgody zamawiającego na umowę z podwykonawcą – nieważności tej umowy. Skutku takiego nie można też wywieść na podstawie innych przepisów ustawy kc. Jak wynika z utrwalonych poglądów orzecznictwa i doktryny skutkiem odmowy zgody inwestora na umowę z podwykonawcą jest wyłącznie nie powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy i podmiotu. W takim przypadku wyłącznie odpowiedzialnym za wynagrodzenie podwykonawcy pozostaje wyłącznie wykonawca. Zasadne jest zatem tak żądanie odwołującego, co do zmiany tego postanowienia siwz jak i uznanie w tym zakresie zarzutu przez zamawiającego. Zamawiający zatem naruszył art. 647<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 144 ust. 1 ustawy oraz art. 353<sup>1</sup>kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez ukształtowanie stosunku łączącego strony w sposób sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz zasadami współzycia społecznego poprzez upoważnienie zamawiającego do dokonywania zmian umowy drodze jednostronnej czynności prawnej

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że na skutek przyznania zamawiającemu uprawnienia do jednostronnego ograniczenia zakresu rzeczowego umowy dojdzie do naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń, ani, że w szczególności zamawiający uzyska korzyści nie mające pokrycia w jego wzajemnym świadczeniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak wskazania jasnych kryteriów decydujących o wyrażeniu zgody przez zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy przez wykonawcę i przyznanie zamawiającemu prawa do wstrzymania płatności na rażąco długi czas.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, ale odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że brak wskazania kryteriów decydujących o wyrażeniu zgody, bądź o odmowie takiej zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą uprzywilejowuje określone podmioty mające zamiar ubiegać się o zamówienie lub uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert. Oczywiście nie wskazanie sytuacji, w których zamawiający odmówi zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, rodzi po stronie odwołującego konieczność liczenia się z możliwością wystąpienia takiej odmowy i ewentualnego zagwarantowania sobie współpracy

z więcej niż jednym podwykonawcą. Dotyczy to w równym stopniu wszystkich wykonawców, którzy zamierzają ubiegać się o zamówienie. Izba także podziela stanowisko zamawiającego, że żaden przepis obowiązującego prawa nie obliuguje zamawiającego do określenia w siwz, czy w jakimkolwiek innym dokumencie, warunków na jakich będzie przyznawał, bądź odmawiał zgody na podwykonawcę.

Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez uzależnienie płatności zamawiającego na rzecz wykonawców od zaistnienia warunków w postaci :

- ustalenia kosztów wykonania, ukończenia robót i usunięcia w nich wad, należnych kar za opóźnienie, ukończenia oraz wszelkich innych kosztów poniesionych przez zamawiającego,
- uzyskania przez zamawiającego pokrycia przez wykonawcę wszelkich strat i szkód poniesionych przez zamawiającego oraz wszelkich kosztów dokończenia robót.

Zarzut nie został udowodniony i nie zasługuje na uwzględnienie. Ponadto Izba zauważa, że zasada swobody umów określona w art. 353<sup>1</sup> kc doznaje na gruncie ustawy ograniczeń. Przede wszystkim zamawiający sporządza istotne postanowienia umowy już na etapie opracowania siwz, a w trakcie postępowania dąży do uzyskania jak najkorzystniejszych warunków świadczenia z punktu widzenia interesu publicznego. Nadto jedną z podstaw, dla których może nie dojść w ogóle do zawarcia umowy w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to, że prowadzenie postępowania, lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Z tego względu konstruując warunki umowy zamawiający ma obowiązek szczególnej dbałości o efektywne wydatkowanie środków. Kwestionowana przez odwołującego klauzula 15.4 jest przywidziana w celu ochrony interesów zamawiającego – reprezentującego interes publiczny, w sytuacji nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Klauzuli tej bowiem nie można odczytywać w oderwaniu od treści całej klauzuli 15 dotyczącej sytuacji rozwiązania umowy przez zamawiającego, w przypadku gdy przyczyny rozwiązania umowy leżą po stronie wykonawcy (klauzula 15.2). Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający oczekuje kredytowania inwestycji. Klauzula 15.4 zastrzeżona jest na wypadek przedwczesnego rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a więc sytuacji nadzwyczajnej, która nie powinna mieć miejsca w prawidłowym przebiegu wykonania umowy. Nie można nazwać kredytowaniem powstrzymania się ze świadczeniem wzajemnym do czasu ustalenia drugiego ze świadczeń- naprawiającego szkodę związaną z nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Nadto należy zauważyć, że zamawiający przewidział płatności częściowe za wykonane etapy robót, zatem zatrzymanie

wynagrodzenie nie będzie dotyczyć całości tego wynagrodzenia, ale tej części, która pozostała do wypłaty za nierozliczony etap i etapy niezrealizowane jeszcze przez wykonawcę. Izba nie podziela także obaw odwołującego co do niemożności ustalenia terminu wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia i ustalenia terminu – początku biegu przedawnienia. Sam odwołujący w tym zakresie wskazał termin, w którym roszczenie o zapłatę staje się wymagalne powołując się treść klauzuli 14.7. w ocenie Izby postanowienie klauzuli 15.4 nie może być uznane za nieważne na podstawie art. 58 kc. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 147 ustawy poprzez zastrzeżenie na rzecz zamawiającego prawa realizacji gwarancji na wypadek rozwiązania umowy bez względu na faktyczne zaistnienie roszczeń zamawiającego wobec wykonawcy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew stanowisku odwołującego wyrażonym w odwołaniu postanowienie klauzuli 15.4 lit. c nie pozostaje w sprzeczności z treścią art. 147 ustawy. Sam zamawiający w klauzuli 1.1.6.6. SWK wskazuje, że zabezpieczenie wykonania, to zabezpieczenie należytego wykonania umowy w rozumieniu art. 147 ustawy, a więc poddaje się rygorom i zasadom ustawy dotyczącym tak ustanawiania, jak i wysokości oraz sposobu realizacji zabezpieczenia określonych w ustawie. Ponownie Izba zwraca uwagę, że klauzula 15.4 nie odnosi się do wszystkich sytuacji rozwiązania umowy przed terminem, ale tylko tych, za które odpowiada wykonawca i okoliczności te są ściśle wymienione w klauzuli 15.2. Ponadto Izba zauważa, że zamawiającemu będzie przysługiwało niewątpliwie co najmniej jedno roszczenie tj. roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości 10% wartości kwoty kontraktowej, co wynika wprost z akapitu 2 klauzuli 15.2. Roszczenie to jest roszczeniem pieniężnym i jego wysokość odpowiada wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jakie w chwili jej zawarcia ma wnieść wykonawca zgodnie treścią siwz. Z tego też względu Izba uznała, że klauzula 15.4 lit c nie sprzeciwia się treści art. 147 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez uzależnienie dokonywania płatności przez zamawiającego na rzecz wykonawcy od zaistnienia warunku przyszłego i niepewnego – tj. złożenia oświadczenia przez podwykonawcę.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy bowiem przyznać zamawiającemu, że żądanie złożenia przez podwykonawcę oświadczenia o otrzymaniu zapłaty można

skonkretyzować w umowy wykonawcy z podwykonawcą. Nadto w ocenie Izby takie oświadczenie może być utożsamiane z pokwitowaniem w rozumieniu art. 462 § 1 Kc i wręcz wykonawca ma prawo powstrzymać się ze spełnieniem wynagrodzenia do czasu zaoferowania mu pokwitowania czy złożyć świadczenie do depozytu, do czasu uzyskania takiego oświadczenia podwykonawcy, co wynika wprost z przepisów prawa (art. 463 kc) i nie może być uznane za zdarzenie przyszłe i niepewne. Sam fakt, że zamawiający uzależnia swoje płatności od przedstawienia takiego pokwitowania nie zasługuje na negatywną ocenę. Zamawiający ponosi solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawca, ma więc prawo oczekiwać, że wykonawca będzie z nim współdziałał w zakresie unikania podwójnej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Uzyskanie pokwitowania od podwykonawcy jest korzystne dla obu dłużników solidarnych tak zamawiającego jak i wykonawcy, którzy mogą za pomocą tego oświadczenia bronić się przed niezasadnymi żądaniami podwykonawcy. Taki zatem wymóg zamawiającego nie może być uznany za nadmierny, sprzeciwiający się naturze stosunków umowy o roboty budowlane, czy niezgodny z prawem lub sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 471 kc i następne w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie odpowiedzialności wykonawcy za szkodę, a nie tylko za szkodę wynikającą z jego działalności.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba zauważa, że część III siwz stanowi opis przedmiotu zamówienia, a nie określa wzajemnych praw i obowiązków stron związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zatem postanowienie pkt 5.1. części III siwz „Konieczne jest prowadzenie Robót w taki sposób, aby nie wpływały na żadne prace prowadzone w sąsiedztwie. Każda szkoda powinna zostać naprawiona.” nie określa rodzaju odpowiedzialności wykonawcy. Tę statuuje postanowienia projektowanej umowy i tak w klauzuli 4.26 w zdaniu 2 wyraźnie określono zakres odpowiedzialności wykonawcy ograniczając go do tych, za które wykonawca odpowiada. Ten zakres odpowiedzialności odpowiada żądaniom odwołującego wskazanym w odwołaniu i opisanym w zarzucie naruszenia art. 471 kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia wskazanych przepisów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 649<sup>1</sup> kc i art. 649<sup>3</sup> kc i 649<sup>4</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od zamawiającego gwarancji zapłaty - klauzula 2.4 SWK.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim postanowienia tej klauzuli nie ograniczają możliwości żądania przez wykonawcę gwarancji zapłaty za całość należnego mu wynagrodzenia. Klauzula 2.4 pkt 2 zdanie 2 wskazuje wprost, że objęcie żądaniem gwarancji zapłaty jednorazowo nie więcej niż trzech kolejno następujących po sobie płatności, nie ogranicza żądania kolejnych gwarancji do pełnej kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca w art. 649<sup>2</sup> § 1 kc zakazał wyłączenia i ograniczenia prawa wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty. Niewątpliwie zamawiający takiego prawa nie wyłączył, a w ocenie Izby także nie ograniczył. Izba uważa, że ograniczenie miałyby miejsce wówczas, gdyby zamawiający uzależnił udzielenie gwarancji zapłaty od spełnienia przez wykonawcę dodatkowych warunków takich, jak osiągnięcie określonego stopnia zaawansowania robót, nadejście określonego terminu, czy ziszczenie się warunku lub przedstawienie określonych dokumentów. W przedmiotowej sprawie zamawiający takich ograniczeń nie postawił. Zobowiązał się do udzielenia gwarancji zapłaty w każdym momencie trwania umowy i co do każdej wskazanej kwoty, a nadto dopuszczając bez ograniczeń możliwość występowania o kolejne okresy płatności. W klauzuli 2.4 w pkt 2 zd. 2 nie ma bowiem minimalnego choćby odstępu czasowe pomiędzy jednym, a drugim żądaniem, a więc w ocenie Izby praktycznie następnego dnia po przedstawieniu żądania co do trzech kolejnych okresów płatności, wykonawca może wystąpić z żądaniem gwarancji dla dalszych trzech okresów i tak do pełnej wysokości wynagrodzenia. Nadto należy zauważyć, że odwołujący oczekuje zastrzeżenia dla siebie korzystniejszych zabezpieczeń niż sam ma obowiązek zagwarantować jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Zgodnie z klauzulą 1.1.6.6. SWK zamawiający traktuje zabezpieczenie wykonania, jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy zgodnie z art. 147 ustawy, a więc zabezpieczenie należytego wykonania umowy zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy wykonawca jest zobligowany wnieść w wysokości od 2-10% ceny całkowitej podanej w ofercie, a w przedmiotowej sprawie w wysokości 10%, natomiast sam gwarancji zapłaty za roboty budowlane oczekuje na poziomie 100% wartości kontraktu. Wprawdzie na mocy art. 649<sup>3</sup> § 1 kc wykonawca robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora, ale Izba stoi na stanowisku, iż nie jest to równoznaczne z zakazem umówienia się przez strony na udzielenie gwarancji zapłaty do wysokości poszczególnych etapów robót, czy osobno robót dodatkowych lub koniecznych,

aż do zagwarantowania zaspokojenia roszczeń wynikających z każdego z tytułów określonych w art. 649<sup>3</sup> § 1 kc. Jeśli zaś chodzi o zarzut naruszenia art. 649<sup>4</sup> kc, to określony w tym przepisie termin 45 dniowy jest terminem minimalnym jakiego musi udzielić wykonawca zamawiającemu, a określenie terminu dłuższego może być niekorzystne dla odwołującego, ale nie jest sprzeczne z prawem. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się naruszenia 649<sup>1</sup> kc i art. 649<sup>3</sup> kc i 649<sup>4</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy.

Izba pomimo uwzględnienia zarzutów uznanych przez zamawiającego uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie z dwóch przyczyn ;

1. z braku wypełnienia przesłanek dopuszczalności odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy oraz
2. z tego powodu, iż stwierdzone przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 144 ust. 1 ustawy i 647<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 2 pkt 7a wynikiem postępowania jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego – tak bowiem ustawodawca określił cel postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdza, że podniesione przez odwołującego zarzuty niedopuszczalnej zmiany umowy i niezgodne z prawem określenia skutku braku zgody zamawiającego na umowę wykonawcy z podwykonawcą nie mają jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Nie ograniczają bowiem, ani nie utrudniają dostępu do zamówienia. Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy, to jak wskazywała Izba w uzasadnieniu rozstrzygnięcia zarzutu, naruszenie tego przepisu ma tylko ten skutek, że zamawiający nie będzie mógł dokonać ważnej zmiany umowy, a więc w żaden sposób nie wpływa na możliwość określenia zobowiązania wykonawcy. Zaś jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup> kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, to zarzut ten dotyczy umowy wykonawcy z podwykonawcą, a zatem umowy nie zawieranej w tym konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne i również nie ma żadnego wpływu na możliwość wzięcia udziału w postępowaniu i uzyskanie zamówienia. Z tych względów, Izba na mocy art. 192 ust. 2 zobligowana była oddalić odwołanie.

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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)..

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego Izba orzekła na podstawie § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT, uwzględniając maksymalną wysokość wynagrodzenia pełnomocnika przewidziana rozporządzeniem.

**Przewodniczący:**

.....