

Sygn. akt: KIO 399/12

WYROK

z dnia 14 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Magdalena Grabarczyk
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 r. przez **ZUE S.A. w Krakowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie**,

przy udziale **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Kraków - Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie dokonanie modyfikacji Części II specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie, w następujący sposób:**
 - 1.1. **usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 1.9 Warunków Szczególnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu,**
 - 1.2. **usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 2.1 Warunków Szczególnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu,**

- 1.3. usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 4.6 Warunków Szczególnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu,
- 1.4. usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 8.9 Warunków Szczególnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu,
- 1.5. usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 10.2 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczącej usunięcia akapitu czwartego klauzuli 10.2 Warunków Ogólnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu,
- 1.6. usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 10.3 Warunków Szczególnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu,
- 1.7. usunięcie zmiany wprowadzonej klauzulą 17.4 Warunków Szczególnych Kontraktu i przywrócenie w tym zakresie pierwotnego brzmienia Warunków Ogólnych Kontraktu;

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ZUE S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Miasta Kraków - Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie na rzecz ZUE S.A. w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie - Al. Jana Pawła II - Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.02.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 33-053096 . W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „SIWZ” lub „specyfikacja”).

ODWOŁANIE

W dniu 27.02.2012 r. - ZUE S.A. w Krakowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem treści SIWZ, w tym warunków kontraktu (zarówno Aktu Umowy, Warunków Szczególnych Kontraktu, jak i Warunków Ogólnych Kontraktu), jak i programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

W związku ze sformułowaniem poszczególnych postanowień części II SIWZ - Wzór umowy, odwołujący zarzucił zamawiającemu:

I. W rozdziale 1 - Akcie Umowy

1. określenie stron umowy -naruszenie art. 33 k.c, 33¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 Pzp przez wskazanie jako strony umowy jednostki nie posiadającej podmiotowości prawnej, a więc jednostki, która nie jest władna zawrzeć umowy z uwagi na fakt nie posiadania zdolności prawnej (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).
2. użyciu słowa „wszelkich” przy wadach jakie ma usunąć Wykonawca (preambuła oraz pkt 3) - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez uznanie, że Wykonawca ma usuwać wszelkie wady jakie mogą powstać w Robotach, a więc przyjęcie nieograniczonej odpowiedzialności, podczas gdy z innych dokumentów umowy, jak i z zasad wiedzy technicznej wynika, że istnieją wady, za których istnienie nie można Wykonawcy w żadnej mierze przypisać odpowiedzialności, a więc ukształtowanie warunków umowy (gdzie Akt Umowy ma pierwszeństwo przed innymi dokumentami) w taki sposób, że naruszone zostały granice swobody umów (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby)
3. pkt 2 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 oraz art. 140 Pzp przez wprowadzenie kolejności dokumentów umownych w taki sposób, że dokumenty zawierające niedookreślone postanowienia odnoszące się do zakresu zobowiązań Wykonawcy mają pierwszeństwo nad ofertą Wykonawcy, jak i dokumentami przygotowanych przez Zamawiającego (PFU), na podstawie których Wykonawca będzie przygotowywał ofertę, co powoduje ryzyko arbitralnego wykorzystywania przez Zamawiającego niejednoznaczności, w sposób krzywdzący dla Wykonawcy. Ukształtowanie pierwszeństwa dokumentacji umownej w ten sposób, że postanowienia umowy mają pierwszeństwo nad PFU (opisem przedmiotu zamówienia) powoduje też to ryzyko, że Wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty w warunkach konkurencyjności

II. w rozdziale 2 - Warunkach Ogólnych Kontraktu (dalej jako WOK)

4. pkt 3.1 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez wskazanie, że za wszelkie działania przedstawiciela Zamawiającego (Inżyniera Kontraktu) kierowane do Wykonawcy, w szczególności jego zgody, polecenia bądź żądania odpowiedzialność w konsekwencji ponosi Wykonawca, co powoduje, że mamy do czynienia z ukształtowaniem stosunków umownych niezgodnie z granicami swobody umów -przerzuceniem na Wykonawcę odpowiedzialności za działania przedstawiciela Zamawiającego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.
5. pkt 3.5 -naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez przyznanie podmiotowi zależnemu od Zamawiającego, którego nie łączą żadne stosunki umowne z Wykonawcą, a który jest przedstawicielem Zamawiającego - czyli Inżynierowi Kontraktu - uprawnień do wiążącego ustalania sytuacji stron umowy (w szczególności obowiązków) aż do czasu, gdy ustalenie takie nie zostanie zmienione na mocy klauzuli 20. Takie uregulowanie sytuacji prawnej Stron - danie jednej z nich (jej przedstawicielowi) możliwości wiążącego kształtowania sytuacji prawnej stron umowy do czasu podważenia takiej decyzji zgodnie z procedurą umowną - powoduje ukształtowanie warunków umownych w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, a więc z naruszeniem zasady swobody umów. W takiej sytuacji Wykonawca jest zobowiązany do wykonywania wszystkich „ustaleń” poczynionych przez przedstawiciela drugiej Strony, co w sposób oczywisty wykracza i łamie zasady równości stron w umowie, podważając jej sens.
6. pkt 4.1 użycie słowa „wszelkich” - zarzut analogiczny jak w zarzucie nr 2 (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby)
7. pkt 4.1 - naruszenie art. 140 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. przez wskazanie, że zakres świadczenia Wykonawcy może wykraczać poza to co jest w Kontrakcie (a więc we wszystkich dokumentach umownych)
8. pkt 4.1 - naruszenie art. 387 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że Wykonawca będzie odpowiedzialny za adekwatność, stabilność i bezpieczeństwo wszystkich operacji na Terenie Budowy, podczas gdy z samej umowy (np. pkt 2.1) wynika, że dostęp do

Terenu Budowy nie będzie wyłączny dla Wykonawcy, a Zamawiający może wprowadzać także innych wykonawców na Teren Budowy - powoduje to, że Wykonawca miałby odpowiadać za działania podejmowane przez inne podmioty (w tym i za Zamawiającego), co jest zarówno niemożliwe jak i wykracza poza granice swobody umów

9. pkt 4.10-naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., art. 140 p.z.p. przez wskazanie, że Wykonawca uzyskał określone dane pozwalające mu na przygotowanie oferty nie na podstawie informacji przedłożonych zgodnie z ustawą, ale wedle innych, bliżej niesprecyzowanych okoliczności. Powoduje to, że na Wykonawcę przerzuca się ryzyko związane z przygotowaniem zamówienia - właściwym określeniu przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia
- 10.pkt. 4.11 - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., art. 140 p.z.p. przez wskazanie, że Wykonawca oparł wynagrodzenie wynikające z oferty na okolicznościach nie wynikających z dokumentacji, jaką przygotował Zamawiający, która powinna - w celu zachowania możliwości złożenia konkurencyjnych ofert - być przygotowana przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, precyzyjny i wyczerpujący
- 11.pkt. 5.2 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że uzgodnienia (zatwierdzenia, dokonywanie przeglądu) dokonywane przez przedstawiciela Zamawiającego (Inżyniera Kontraktu) z Wykonawcą nie mają wpływu na sytuację prawną Wykonawcy, podczas gdy uzgodnienia (a więc oświadczenia Inżyniera - przedstawiciela Zamawiającego) wskazują na stanowisko drugiej Strony i pozwalają na wykonywanie zobowiązań zgodnie z wolą drugiej Strony
- 12.pkt 6.11 - naruszenie art. 387 k.c. oraz 647 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że Wykonawca ma zabezpieczyć spokój oraz chronić osoby i mienie w otoczeniu Terenu Budowy
- 13.pkt 7.3 - naruszenie art. 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapewnienia Zamawiającemu dokonywania inspekcji, sprawdzania postępu produkcji w miejscu ich produkcji - mając na uwadze fakt, że szereg Urządzeń czy też Maszyn będzie wytwarzanych u podmiotów, które nie udostępniają tego typu informacji (dbając o poufność) - a tym samym nikt, nie tylko Wykonawca, nie będzie w stanie

zapewnić takiego dostępu (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby)

- 14.pkt. 14.6-naruszenie art. 61 § 1 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez danie Zamawiającemu (działającemu przez Inżyniera) prawa do modyfikowania z datą wsteczną oświadczeń woli złożonych w stosunku do Wykonawcy
- 15.pkt. 14.11 -naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. jak i art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) przez wskazanie, że wniosek o Końcowe Świadczenie Płatności może być wystawiony po dacie otrzymania Świadczenia Wykonania, podczas gdy - skoro przejęcie Robót następuje w wyniku Świadczenia Przejęcia - wniosek o Końcowe Świadczenie Płatności warunkujący możliwość wystawienia faktury za odebranie prac powinien być przedstawiony po wydaniu Świadczenia Przejęcia, ponadto zarzut odnoszący się do obowiązku wskazywania w tym momencie (wraz z wnioskiem o wydanie Końcowego Świadczenia Płatności), wszelkich kwot co do których Wykonawca uznaje się za uprawnionego, podczas gdy podobny obowiązek w żadnej mierze nie ciąży na Zamawiającym, jak i jest trudny do wskazania w tak ograniczonym terminie,
- 16.pkt 14.12 -naruszenie art. 117 § 2 k.c, 119 k.c. i art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez zobowiązanie Wykonawcy do zwolnienia Zamawiającego z wszelkich roszczeń w dacie wnoszenia o wystawienie Końcowego Świadczenia Płatności, a tym samym ukształtowanie stosunku umownego w sposób rażąco naruszający dobre obyczaje kupieckie, jak i również powoduje obejście przepisów o przedawnieniu.
- 17.pkt 14.14 - naruszenie art. 119 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że Wykonawcy będą przysługiwały wobec Zamawiającego jedynie roszczenia wskazane w odpowiedni sposób (w dokumentach wskazanych w tym punkcie).
- 18.pkt. 20.1 - naruszenie art. 119 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że w wypadku niezgłoszenia roszczenia w okresie 28 dni, jak i w braku możliwości uzasadnienia roszczenia, Wykonawcy nie przysługują roszczenia.

III. w rozdziale 3 -Warunkach Szczególnych Kontraktu (dalej jako WSK)

- 19.pkt 1.1.3.3 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez zdefiniowanie Czasu na Wykonanie nie od Daty Rozpoczęcia, a więc daty w której zgodnie z Kontraktem Wykonawca będzie mógł rozpocząć prace, ale od Daty Odniesienia, a więc od daty podpisania przez Strony umowy.
- 20.pkt 1.1.3.7 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzenie rozróżnienia „Okresu Zgłaszania Wad” od „Rękojmi za wady”, „Okresu Rękojmi za Wady” i „Gwarancji Jakości”, a tym samym spowodowanie, że mamy do czynienia z różnymi terminami od dnia zakończenia prac, od których należy liczyć terminy w których Wykonawca jest zobowiązany do usuwania wad.
- 21.pkt 1.1.4.1, pkt. 4.2 - użycie słowa „wszelkich” („wszelkie”) - zarzut analogiczny jak w zarzucie nr 2
- 22.pkt 1.5 — naruszenie art. 29 ust. 1 p.zp. oraz art. 140 p.z.p. - przez przyjęcie założenia, że w dokumentach, które składają się na Kontrakt może dojść do sprzeczności - a tym samym założeniu, że przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, przy użyciu dokładnych i zrozumiałych określeń,
- 23.pkt 1.7 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzenie zakazu cesji na rzecz instytucji finansowych. Prowadzi to bowiem do naruszenia niezgodnego z granicami swobody umów sytuacji prawnej stron umowy - Zamawiający -jak wynika z dokumentów umownych - uzyskał dofinansowanie na zadanie od Instytucji Finansującej, wprowadza do umowy postanowienia umożliwiające mu dokonywanie zapłaty w zależności od posiadanych w danym roku środków, a uzależnia od swojej dobrej woli udzielenie zgody na cesję na rzecz instytucji finansowej
- 24.pkt 1.9, pkt. 2.1, pkt 4.6, pkt. 4.12, pkt. 4.24, pkt. 7.4, pkt 8.9, pkt. 10.2, pkt. 10.3,pkt. 11.8, pkt. 16.1,pkt. 17.4, pkt. 19.4-naruszenie art. 353¹ k.c. oraz art. 647 k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 p.z.p. przez wykluczenie uprawnienia Wykonawcy do domagania się pokrycia Kosztu powiększonego o odpowiedni zysk w sytuacji, gdy, odpowiednio, wskutek a)

błędu w Wymaganiach Zamawiającego, b) nieprzekazania Wykonawcy prawa dostępu i władania wszystkimi częściami Terenu Budowy, c) wprowadzenia innych podmiotów przez Inżyniera Kontraktu na Teren Budowy, d) wystąpienia nieprzewidywalnych warunków fizycznych, e) dostosowania się do poleceń Inżyniera związanych z odkryciem tzw. wykopaliska (jak zdefiniowano w 4.24), f) poleceń Inżyniera odnoszących się do dodatkowych prób, g) zawieszenia robót, h) rozpoczęcia użytkowania przez Zamawiającego części Robót, niezgodnie z umową, i) opóźnienia Inżyniera wykonania Prób Końcowych, j) polecenia Wykonawcy badania przyczyn powstania wad, gdy okaże się, że wady nie wynikają z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, k) naprawienia szkód lub strat w przypadkach stanowiących ryzyko Zamawiającego, oraz 1) działania Siły Wyższej powstaną opóźnienia, czy też Wykonawca poniesie Koszt, a tym samym ukształtowanie warunków umowy w sposób dalece jednostronny, z przerzuceniem na Wykonawcę konsekwencji finansowych błędów powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego

25.pkt 1.10 - naruszenie art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej pr. aut.), art. 41 ust. 4 pr. aut., art. 50 pr. aut. oraz art. 353¹ k.c. i art. 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że przeniesienie autorskich praw majątkowych do Dokumentów Wykonawcy następuje na wszystkich polach eksploatacji, określenie jako pola eksploatacji „wykorzystywania w każdy sposób i w każdej formie przez Zamawiającego”, objęcia umową pól eksploatacji nieznanymi w dniu zawarcia umowy a więc wprowadzeniu postanowień niezgodnych z ustawą, jak i nakazie Wykonawcy, aby ten przenosił na Zamawiającego prawa do korzystania z opracowań, bez wskazania, że chodzi wyłącznie o opracowania wykonane przez Wykonawcę - a tym samym stworzenie obowiązku niemożliwego do wykonania, gdyż nikt nie jest w stanie przenieść na drugą stronę praw do opracowań w sytuacji, gdy dokonania opracowania utworu może każdy.

26.pkt 2.2 - naruszenie art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzanie odpłatności w zakresie obowiązku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem w celu wykonania przez dłużnika jego zobowiązania (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

- 27.pkt 2.4 -naruszenie art. 649² § 1 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzenie ograniczeń w możliwości domagania się przez Wykonawcę gwarancji zapłaty. (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).
- 28.pkt. 3.1 -naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzanie do umowy zawieranej między Zamawiającym a Inwestorem postanowień odnoszących się do obowiązków przedstawiciela Zamawiającego (Inżyniera Kontraktu) wobec Zamawiającego, a więc wprowadzanie postanowień irrelevantnych wobec stron postępowania, co wskazuje na naruszenie zasady swobody umów
- 29.pkt 4.2 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz art. 151 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie przez Zamawiającego, że 100% zabezpieczenia powinno być przetrzymane aż do dnia wydania Świadcstwa Wykonania, a nie Świadcstwa Przejęcia. Zgodnie z umową to Świadcstwo Przejęcia potwierdza fakt, że Wykonawca w sposób prawidłowy wykonał przedmiot zamówienia (roboty budowlane, wcześniej przez niego zaprojektowane), a tym samym przetrzymywanie zabezpieczenia aż do dnia wydania kolejnego Świadcstwa Wykonania stanowi o naruszeniu art. 151 ust 1 p.z.p.
- 30.pkt 4.15-naruszenie art. 647 k.c. oraz art. 353¹ k.c. wzw. żart. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. przez wprowadzenie obowiązków wykraczających poza istotę zobowiązania Wykonawcy robót projektowych i budowlanych (w szczególności przez nieprecyzyjne wskazanie odpowiedzialności za stan i czystość dróg w sąsiedztwie placu budowy), jak i przerzucanie na Wykonawcę odpowiedzialności za dostęp do placu budowy, podczas gdy to z istoty zobowiązania Zamawiającego wynika, że ma on obowiązek zapewnienia Wykonawcy możliwości prowadzenia robót, a więc w szczególności dostępu (dojazdu) do placu budowy
- 31.pkt 4.26 - naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p., art. 353¹ k.c. oraz 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzenie obowiązków po stronie Wykonawcy, których nie można obiektywnie wycenić, w szczególności mając na uwadze nieprecyzyjność zobowiązań, jakie miałyby spoczywać na Wykonawcy, a tym samym uniemożliwienie złożenia konkurencyjnych ofert.

Ponadto nałożenie na Wykonawcę obowiązków wykraczających poza możliwości Wykonawcy - nie ma bowiem takiej możliwości, aby unikać powodowania jakichkolwiek zakłóceń powiązanych z inwestycją jaka jest prowadzona. Jest to także przerzucanie na Wykonawcę wszelkich ryzyk powiązanych z zamierzonym przez Zamawiającego zamierzeniem inwestycyjnym, co musi być poddane ocenie pod kątem zgodności z zasadami współżycia społecznego. Nie może być bowiem tak, że Zamawiający wymaga od Wykonawcy rzeczy niemożliwych.

32.pkt 4.27 - naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzależnionego od decyzji przedstawiciela Zamawiającego („przeprowadzi inne prace nakazane przez Inżyniera”), a tym samym prowadzi to do drastycznego zachwiania pozycji Stron w umowie co przekracza granice swobody umów (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

33.pkt. 5.1 - naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p., art. 353¹ k.c. oraz 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za błędy w Wymaganiach Zamawiającego. Należy w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z przepisami ustawy SIWZ musi być przygotowana przez Zamawiającego w odpowiedni - zgodny z przepisami sposób. W szczególności przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób wyczerpujący, jednoznaczny i precyzyjny. Jest to podstawowe zadanie Zamawiającego - właściwe przygotowanie dokumentacji pozwalającej Wykonawcy na przygotowanie oferty, a następnie prowadzenie - zgodnie z dokumentacją prac. Wprowadzenie takiego obowiązku miałyby powodować, że Zamawiający przestaje być odpowiedzialny za właściwe wykonanie swoich obowiązków. Dodatkowo termin wskazany przez Zamawiającego jest nierealny - Wykonawca w takiej sytuacji odpowiadałby za stan Wymagań Zamawiającego nie mając w wielu przypadkach rzeczywistej możliwości sprawdzenia (proces budowlany jest dynamiczny, pewne okoliczności mogą zostać sprawdzone dopiero na danym etapie prac). Tak samo niemożliwe jest zapewnienie przez Wykonawcę, aby przez cały Okres Gwarancji Jakości (10 lat) zapewnił on pozostawanie projektantów do dyspozycji Inżyniera w celu

„uczestniczenia w dyskusjach”. Jest to termin na tyle nierealny, że praktycznie żadna osoba fizyczna na rynku nie zawiera zobowiązań o takiej długości, a więc nikt - nie tylko Wykonawca - nie będzie w stanie wywiązać się z takiego obowiązku. (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

- 34.pkt 7.3 - naruszenie art. 353¹ k.c. oraz 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez nakazywanie Wykonawcy, aby w każdym przypadku na co najmniej 3 dni przed zakryciem roboty informował o tym fakcie przedstawiciela Zamawiającego.
- 35.pkt 8.1 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wprowadzenie do umowy łączącej Wykonawcę z Zamawiającym obowiązków Inżyniera (przedstawiciela Zamawiającego) w stosunku do Zamawiającego, a więc przekroczenie granic swobody umów przez wprowadzanie do umowy wobec Zamawiającego obowiązków strony trzeciej, która w żaden sposób nie jest zależna od Wykonawcy
- 36.pkt 8.1 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. - przez wskazanie, że działanie zgodnie z wymaganiami podanymi w pozwoleniach nie wpływa na sytuację prawną Wykonawcy - co w przypadku zadania realizowanego w konwencji zaprojektuj i wybuduj powoduje przekroczenie granic swobody kontraktowej, powodując, że Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność w sytuacji, gdy będzie realizował zadanie zgodnie z wytycznymi (treścią pozwoleń) odpowiednich, uprawnionych ku temu organów, w szczególności w przypadku sprzeczności treści pozwolenia i Wymagań.
- 37.pkt 8.2 - naruszenie art. 647 k.c, art. 353¹ k.c. oraz art. 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że obowiązkiem Wykonawcy - wskazującym na to czy wykonał, czy też nie zakres obowiązków - jest uzyskanie Świadectwa Wykonania, a więc dokumentu wydawanego przez przedstawiciela Zamawiającego.
- 38.pkt 8.4 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że możliwość ubiegania się o przedłużenie czasu na ukończenie jest uzależniona od wystąpienia okoliczności zawinionych przez

Zamawiającego, podczas, gdy kary umowne przewidziane w umowie zostały za opóźnienie.

- 39.pkt. 8.7 -naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez przyjęcie odpowiedzialności Wykonawcy na zasadzie ryzyka, jak i możliwości dublowania kar umownych za to samo zdarzenie (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).
- 40.pkt. 11.7- naruszenie art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że Wykonawcy może być ograniczony dostęp do Robót (w celu usunięcia wad), w przypadkach, gdy jest wymagane zapewnienie Zamawiającemu należytego korzystania z Robót.
- 41.pkt. 11.9 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. przez wskazanie, że to Świadcstwo Wykonania jest dokumentem, który powoduje, że prace zostały przejęte przez Zamawiającego, podczas, gdy zgodnie z umową, wcześniej wydawane jest Świadcstwo Przejęcia - i jak wskazuje pkt. 10.1 „roboty będą przejęte przez Zamawiającego, gdy (...) zostało wystawione Świadcstwo Przejęcia dla Robót", po wydaniu Świadcstwa Przejęcia dla danej części, bądź całości (zgodnie z pkt. 10.2) Zamawiający może użytkować to co zostało przejęte. Co więcej -jeżeli Zamawiający użytkowałby jakąkolwiek część przed wystawieniem Świadcstwa Przejęcia (dalej zgodnie z klauzulą 10.2) uznaje się, że taka część została przejęta. Powoduje to tym samym, że Zamawiający tworzy niejednoznaczne postanowienia SIWZ, wykraczając poza granice swobody umów.
- 42.pkt. 11.12- naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że Rękojmia za wady trwa od wystawienia Świadcstwa Wykonania, użycie słowa „wszelkich" przy wadach, ustalenie nieracjonalnych zasad pierwszeństwa stosowania klauzul, jak i braku powołania się na klauzulę 11.7 i 11.8. rozpatrywać na gruncie zasad współżycia społecznego.
- 43.pkt 11.13 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. - przez wskazanie, że Okres Gwarancji Jakości trwa od dnia wydania Świadcstwa Wykonania

- 44.pkt. 11.13-naruszenie art. 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez przyjęcie nierealnego 10-letniego terminu gwarancyjnego, w szczególności mając na uwadze okoliczność, że dostawy i producenci nigdy nie dają takich terminów gwarancji
- 45.pkt. 13.1 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. - przez wskazanie, że zmiany do umowy mogą nastąpić jedynie na mocy porozumienia Stron w przypadkach, gdy uprawnienie do przedłużenia czasu na ukończenie, czy też do dodatkowej zapłaty wynika wprost z postanowień Umowy, a tym samym rażąco narusza granice swobody umów - pomimo istnienia uprawnienia i tak jest ono uzależnione od zgody Zamawiającego,
- 46.pkt. 13.3 -zarzut jak wyżej
- 47.pkt 13.7 oraz pkt. 14.1 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie braku możliwości zmiany na wypadek zmiany stawki podatku VAT
- 48.pkt. 14.1 - naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. - przez wskazanie, że ilości wskazane w Wymaganiach Zamawiającego nie mogą być brane pod uwagę przy ustalaniu zakresu odpowiedzialności Wykonawcy, mając na uwadze fakt, że to wedle tych ilości Wykonawca przygotowuje ofertę, a Zamawiający powinien zadbać o jednoznaczność i prawidłowość danych zawartych w Wymaganiach Zamawiającego
- 49.pkt. 14.3 - naruszenie art. 62 § 1 k.k.s. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że Zamawiający ma prawo dokonać „korygowania” Przejściowych Świadczeń Płatności o wszelkie potrącenia, a tym samym wystawienie wadliwej faktury.
- 50.pkt. 14.4 -naruszenie art. 647 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez uzależnienie uzyskania przez Wykonawcę wynagrodzenia od decyzji podejmowanych przez Gminę Miejską Kraków (a więc - zgodnie z zarzutem nr 1 - przez właściwą stronę umowy zawieranej w wyniku przeprowadzenia przetargu).
- 51.pkt. 14.6 - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego przy wystawianiu PŚP należy ustalać wartość wykonanych robót, a nie procent ich zaawansowania,

- 52.pkt. 14.6 oraz pkt. 14.7 - naruszenie art. 62 § 1 k.k.s. oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że wartość wystawionej faktury musi być zgodna z wartością poświadczoną do zapłaty Wykonawcy w wystawionym Przejściowym Świadectwie Płatności. W zakresie 14.7 analogicznie.
- 53.pkt. 14.10-naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego należy w Oświadczeniu po Ukończeniu podawać kwotę ustaloną w oparciu o rzeczywiste ilości wykonanych Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz ceny jednostkowe, ustalone w Tabeli Elementów Rozliczeniowych
- 54.pkt. 16.1 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że w praktyce po ponad 3 miesiącach (111 dniach) Wykonawca ma prawo zawiesić prace w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonuje wymagalnych płatności
- 55.pkt. 16.2 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez wskazanie, że w praktyce po 4 miesiącach Wykonawca ma prawo odstąpić od Umowy w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonuje wymagalnych płatności
- 56.pkt. 17.3 - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez skreślenie przypadków, gdy Wykonawca nie będzie zobowiązany do naprawiania szkody lub straty w Robotach (w powiązaniu z pkt. 17.2) (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

IV. w rozdziale IV - wzór dokumentu gwarancji jakości

- 57.art. 1 ust. 4, art. 3 ust. 1, 3 i 4, art. 4 ust. 1- naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. przez przyjęcie, że Datą Przejęcia jest data wystawienia Świadectwa Wykonania, a nie Świadectwa Przejęcia
- 58.art. 2 ust. 4 - naruszenie art. 387 k.c, 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. przez wskazanie, że przez Okres

Gwarancji obiekty będą spełniały przesłanki określone w przepisach prawa - przepisy prawa są zmienne - tym samym nie ma możliwości oświadczenia, że w ramach usuwania wad zapewniona zostanie zgodność obiektów z przepisami prawa, jak i postanowienie to wprowadza brak jednoznaczności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

59.art. 5 lit. d) - niezgodne z art. 29 ust. 1 p.z.p., art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p przez nakazanie Wykonawcy stosować się do niezłączonych do SIWZ dokumentów obowiązujących u Wykonawcy (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

V. w rozdziale V -załączniku

60.wiersz 4 załącznika pn. Czas na Wykonanie - naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. przez zdefiniowanie Czasu na Wykonanie nie od Daty Rozpoczęcia, a więc daty w której zgodnie z Kontraktem Wykonawca będzie mógł rozpocząć prace, ale od Daty Odniesienia, a więc od daty podpisania przez Strony umowy,

61.wiersz 6 pn. Okres Rękojmi za Wady - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. przez wskazanie, że należy go liczyć od Świadczenia Wykonania nie Przejęcia

62.wiersz 7 pn. Okres Gwarancji Jakości - naruszenie art. 353¹ k.c. oraz art. 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. przez wskazanie, że należy go liczyć od Świadczenia Wykonania nie Przejęcia, jak i ustalenie nierealnego 10-letniego terminu na usunięcie wad w ramach gwarancji

63.wiersz 14 pn. Okres na powiadomienie o wszelkich błędach lub innych wadach znalezionych w Wymaganiach Zamawiającego - naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p., art. 353¹ k.c. oraz 387 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p.

64.wiersz 16 pn. Kary za opóźnienie - naruszenie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 p.z.p. (kwestionowane postanowienia zmienione w dniu 9 marca br. przez Zamawiającego – przypis Izby).

VI. W części III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - Program Funkcjonalno Użytkowy -

65.II część informacyjna i jej pkt 4 - naruszenie art. 7 p.z.p., art. 29 ust. 1 p.z.p. i art. 31 ust. 2 i ust. 3

66.III część spis załączników, pkt 5 i 6 - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2. (W dniu 9 marca br. Zamawiający udostępnił wykonawcom dodatkowe dokumenty – przypis Izby).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wedle norm przepisanych oraz nakazanie Zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy postanowień SIWZ, a więc o nakazanie dokonania następujących zmian (odpowiednio w stosunku do numerów zarzutów):

1. zmianę określenia stron umowy przez wskazanie, że zamawiającym jest „Gmina Miejska Kraków, reprezentowana przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu z siedzibą w Krakowie”
2. usunięcia słowa „wszelkich” w preambule Aktu Umowy oraz „wszelkie” w punkcie 3 Aktu Umowy
3. usunięcia całej treści punktu 2 Aktu Umowy
4. usunięcia całej treści lit. c) w akapicie 5 klauzuli 3.1 WOK
5. usunięcia w klauzuli 3.5 WOK zdania: „Każda ze stron zastosuje się do takiego porozumienia lub ustalenia jeśli i dopóki nie zostanie ono zmienione na mocy klauzuli 20 [Roszczenia spory arbitraż]

6. usunięcia słowa „wszelkie” w klauzuli 4.1 WOK
7. usunięcia w akapicie 3 klauzuli 4.1 WOK słów zaczynających się od słów: „oraz wszystkie prace, nawet nie wspomniane w Kontrakcie” do końca zdania.
8. usunięcia akapitu 4 klauzuli 4.1 WOK (zaczynającego się od słów: „Wykonawca będzie odpowiedzialny”)
9. usunięcia całego akapitu 2 klauzuli 4.10 WOK (zaczynającego się od słów: „Będzie się uważało” do końca klauzuli)
10. usunięcia całej treści lit. b) klauzuli 4.11 WOK
11. usunięcia całej treści ostatniego akapitu klauzuli 5.2 WOK (zaczynającego się od słów: „Żadne zatwierdzenie ani uzgodnienie”)
12. usunięcia słów: „i w jego otoczeniu” w klauzuli 6.11 WOK
13. usunięcia słów „i poza nim” w klauzuli 7.3 WOK lit. b)
14. usunięcia całej treści ostatniej klauzuli 14.6 WOK zaczynającej się od słów: „W każdym Świadectwie Płatności”
15. usunięcia w klauzuli 14.11 WOK słów „Świadectwa Wykonania” i wprowadzenie w to miejsce słów „Świadectwa Przejęcia”
16. usunięcia całej treści klauzuli 14.12 WOK
17. usunięcia całej treści klauzuli 14.14 WOK
18. usunięcia całego drugiego akapitu klauzuli 20.1 WOK, zaczynającego się od słów: „Jeżeli Wykonawca nie zgłosi roszczenia w terminie 28 dni”
19. uchylenia zmiany wprowadzonej w 1.1.3.3 WSK i przywrócenie pierwotnego brzmienia klauzuli 1.1.3.3 WOK
20. usunięcia całej treści zmiany wprowadzonej w 1.1.3.7 WSK
21. usunięcia słowa „wszelkich” w 1.1.4.1 WSK oraz słowa „wszelkie” w akapicie 3 klauzuli 4.2 WSK
22. usunięcie całej treści klauzuli 1.5 WSK bez przywracania pierwotnego brzmienia tej klauzuli
23. uchylenia zmiany wprowadzonej w 1.7 WSK i przywrócenie pierwotnego brzmienia klauzuli 1.7 WOK
24. usunięcia zmiany wprowadzonej w pkt 1.9 WSK a więc przywrócenie treści podpunktu b) oraz słów „i (b) niniejszej klauzuli”, pkt. 2.1 WKS przez

przywrócenie treści podpunktu b), pkt 4.6 WSK przez przywrócenie słów „Takie polecenia będą stanowiły Zmiany w zakresie, w jakim Wykonawca poniesie Niespodziewany Koszt”, pkt. 4.12 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b) oraz przywrócenia słowa „(b)” w akapicie piątym tej klauzuli, pkt. 4.24 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b), pkt. 7.4 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b) w akapicie piątym tej klauzuli, pkt 8.9 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b), pkt. 10.2 WSK przez przywrócenie treści akapitu 4-go, pkt. 10.3 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b), pkt. 11.8 WSK przez przywrócenie słów „plus umiarkowany zysk”, pkt. 16.1 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b) w akapicie czwartym tej klauzuli, pkt. 17.4 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b) oraz pkt. 19.4 WSK przez przywrócenie treści podpunktu b). Jednocześnie, jako konsekwencję wprowadzenia tych zmian należy nakazać usunięcie zmiany dokonanej w 4.11 WSK przez przywrócenie słów „Z wyjątkami przewidzianymi w Kontrakcie”.

- 25.usunięcia zmiany wprowadzonej w pkt. 1.10 WSK przez skreślenie słów „na wszystkich znanych w dniu zawarcia kontraktu polach eksploatacji, a w szczególności”, w literze (a) słów: „każdą techniką”, całej treści litery (i) i litery (j), całej treści akapitu zaczynającego się od słów „W przypadku powstania nowych pól eksploatacji” oraz całej treści akapitu zaczynającego się od słów „W chwili wydania”
- 26.usunięcia zmiany wprowadzonej w pkt. 2.2 WSK przez skreślenie słów „i na koszt”
- 27.usunięcia zmiany wprowadzonej w klauzuli 2.4 WSK przez skreślenie słów „z zastrzeżeniem postanowień klauzuli 14.4 [Plan płatności]”
- 28.usunięcia zmiany wprowadzonej w klauzuli 3.1 WSK przez skreślenie całej treści akapitu zaczynającego się od słów: „Inżynier winien uzyskiwać zgodę Zamawiającego”, a kończącego się z punktem xii. wyliczenia
- 29.usunięcia zmiany wprowadzonej w trzecim akapicie klauzuli 4.2 WSK przez dwukrotne skreślenie słów „Świadectwa Wykonania” i zastąpienia ich słowami „Świadectwa Przejęcia”, jak i w akapicie 7 tejże klauzuli przez skreślenie słów „Świadectwa Wykonania” i zastąpienia ich słowami „Świadectwa Przejęcia”
- 30.usunięcia całej treści klauzuli 4.15 WOK i WSK
- 31.usunięcia całej treści klauzuli 4.26 WSK

- 32.usunięcia słów: „przeprowadzi inne prace nakazane przez Inżyniera" w trzecim akapicie klauzuli 4.27 WSK
- 33.usunięcia akapitu trzeciego klauzuli 5.1 WSK zaczynającego się od słów „Po otrzymaniu wezwania na mocy" bez przywracania pierwotnego brzmienia akapitu 3 i 4 klauzuli 5.1 oraz usunięcie słów „oraz Okresu Gwarancji Jakości" na końcu pierwszego zdania drugiego akapitu klauzuli 5.1 WSK
- 34.usunięcia słów: „co najmniej na 3 dni" w klauzuli 7.3 WSK
- 35.usunięcia słów: „lub Inżynier /punkt (b) i (c)/:" oraz całej treści lit. (b) i lit. (c) w klauzuli 8.1 WSK
- 36.usunięcia słów: „Zgodność z wymaganiami podanymi w pozwoleniach nie zwalnia Wykonawcy z jakiegokolwiek obowiązku czy odpowiedzialności w ramach Kontraktu" w klauzuli 8.1 WSK
- 37.usunięcia słów: „wraz z usunięciem wad i wykonanie zaległych prac zgodnie z klauzulą 11 dla uzyskania Świadectwa Wykonania, oraz", jak i skreślenia całej treści lit. (c) klauzuli 8.2 WSK
- 38.usunięcia zmiany wprowadzonej w klauzuli 8.4 WSK przez zastąpienie lit. od (a) do (e) WOK treścią liter od (a) do (d) WSK przez przywrócenie oryginalnego brzmienia klauzuli w tym zakresie, jak i usunięcia zdań zaczynających się od słów: „Każde przedłużenie" aż do końca wprowadzanych zmian (do słów: „w większym wymiarze") w klauzuli 8.4 WSK
- 39.usunięcia zmian wprowadzonych w klauzuli 8.7 WSK przez usunięcie słowa „opóźnienie" i przywrócenie słowa „zwłoka", jak i ustalenia nowego brzmienia tiret pierwszego przez zastąpienie proponowanego brzmienia zdaniem: „za uchybienie terminowi ustalonemu na wykonanie przedmiotu umowy (Robót) zgodnie z klauzulą 8.2 [Czas na Wykonanie] - w wysokości 0,1% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki od upływu 24 miesięcy od Daty Rozpoczęcia" oraz usunięcia całej treści tiret trzeciego oraz tiret czwartego klauzuli 8.7 WSK.
- 40.usunięcia słów „oraz wymagania dotyczące możliwości zapewnienia Zamawiającemu należytego korzystania z Robót" w klauzuli 11.7 WSK
- 41.usunięcia zmiany wprowadzonej w trzecim akapicie klauzuli 4.2 WSK przez skreślenie całej klauzuli 11.9 bez przywracania pierwotnego brzmienia i

zastąpienie tej klauzuli następującą treścią: „Dowodem wywiązania się przez Wykonawcę ze wszystkich obowiązków wynikających z Kontraktu, w tym usunięcia wad w Okresie Rękojmi i Okresie Gwarancji Jakości będzie wystawienie w ciągu 21 dni po upływie ww. Okresów Świadczenia Wykonania. Jeden egzemplarz Świadczenia Wykonania Zamawiający przekaże Wykonawcy niezwłocznie po jego wydaniu”

- 42.usunięcia zmiany wprowadzonej w klauzuli 11.12 WSK przez skreślenie słów „Świadczenia Wykonania” i zastąpienia ich słowami „Świadczenia Przejęcia”, usunięcia słowa „wszelkich”, jak i usunięcia słów: „z zachowaniem pierwszeństwa postanowień niniejszej Klauzuli 11.12”, jak i dodania po słowach „klauzuli 11.5 [Usunięcie Robót wadliwych]” słów: „jak i klauzuli 11.7 oraz 11.8”
- 43.usunięcia zmiany wprowadzonej w klauzuli 11.13 WSK przez skreślenie słów „Świadczenia Wykonania” i zastąpienia ich słowami „Świadczenia Przejęcia”
- 44.usunięcia słów: „120 miesięcy” w klauzuli 11.13 WSK i zastąpienia jej słowami „36 miesięcy”
- 45.usunięcia słów „przy czym w każdym przypadku dla wprowadzenia Zmiany do treści Kontraktu konieczne jest zgodne oświadczenie woli Zamawiającego i Wykonawcy w tym zakresie” w klauzuli 13.1 WSK
- 46.usunięcia całej treści ostatniego akapitu zaczynającego się od słów: „W przypadku osiągnięcia porozumienia” w klauzuli 13.3 WSK
- 47.usunięcia w treści 13.7 WSK zdania „Zmiana stawki podatku VAT nie będzie podstawą do zmiany Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”, jak i usunięcia w treści klauzuli 14.1 WSK lit. b) zdania: „W szczególności zmiana stawki podatku VAT nie będzie podstawą do zmiany Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”
- 48.usunięcia całej treści lit. c) w klauzuli 14.1 WSK
- 49.usunięcia słów: „lub potrącenia” w akapicie drugim klauzuli 14.3 WSK
- 50.usunięcia całej treści klauzuli 14.4 WSK i przywrócenie pierwotnego brzmienia klauzuli 14.4 WOK
- 51.usunięcia słów: „i wartość” w klauzuli 14.6 WSK
- 52.usunięcia zdania: „Wartość wystawionej faktury musi być zgodna z wartością poświadczoną jako należną do zapłaty Wykonawcy w wystawionym

Przejęciowym Świadectwie Płatności stanowiącym podstawę do wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę" w klauzuli 14.6 WSK oraz słów: „wystawioną na podstawie i zgodnie z Przejęciowym Świadectwem Płatności wystawionym przez Inżyniera" w klauzuli 14.7 WSK.

- 53.usunięcia zdania „ustaloną w oparciu o rzeczywiste ilości wykonanych Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz ceny jednostkowe ustalone w Tabeli Elementów Rozliczeniowych" w klauzuli 14.10 WSK
- 54.usunięcia zmiany polegającej na skreśleniu akapitów 1 do 3 w klauzuli 16.1 WOK i zastąpieniu ich nową treścią klauzuli 16.1 WSK, a tym samym przywrócenia dotychczasowej treści klauzuli 16.1 WOK
- 55.usunięcia zmiany polegającej na skreśleniu klauzuli 16.2 WOK i zastąpieniu jej nową treścią klauzuli 16.2 WSK, a tym samym przywrócenia dotychczasowej treści klauzuli 16.2 WOK
- 56.usunięcia zmiany polegającej na skreśleniu podpunktów (a), (b), (c), (d), (e), (h) i przywrócenia usunięcia ww. podpunktów w klauzuli 17.3
- 57.usunięcia słów: „Świadectwa Wykonania" i zastąpienia ich słowami „Świadectwa Przejęcia" w art. 1 ust. 4, art. 3 ust. 1 oraz 3 i 4, art. 4 ust. 1 Dokumentu Gwarancji Jakości (DGJ)
- 58.usunięcia słów: „wymagania określone w przepisach prawa oraz" w art. 2 ust. 4 DGJ
- 59.usunięcia słów: „przy czym Wykonawca akceptuje stosowane przez Zamawiającego zasady i standardy utrzymania Przedmiotu Gwarancji za wystarczające i zgodne z zasadami eksploatacji" w art. 5 ust. 1 lit. d) DGJ.
- 60.zastąpienia słów „od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą" słowami „od Daty Rozpoczęcia" w wierszu 4 załącznika nr 5
- 61.zastąpienia słów „Świadectwa Wykonania" słowami „Świadectwa Przejęcia" w wierszu 6 załącznika
- 62.dwukrotne zastąpienia słów „Świadectwa Wykonania" słowami „Świadectwa Przejęcia" w wierszu 7 załącznika , ponadto także zastąpienie cyfry „120" cyfrą „36"
- 63.usunięcia wiersza 14 załącznika pn. Okres powiadamiania o wszelkich błędach lub innych wadach znalezionych w Wymaganiach Zamawiającego

64. zastąpienia w pierwszej kolumnie wiersza nr 16 załącznika słów: „Kary za opóźnienie” na „Kary za zwłokę”, a w kolumnie 3-ej zastąpienia słowa „opóźnienia” słowem „zwłoki”
65. uzupełnienia dokumentów wyszczególnionych w § 19 pkt 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z dnia 16 września 2004 r.)
66. uzupełnienia PFU przez przekazanie projektu budowlanego dla zadania II i III celem doprowadzenia SIWZ do jej zgodności z przepisami ustawy.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że zaskarżone postanowienia SIWZ zostały ukształtowane w sposób sprzeciwiający się naturze (właściwości) stosunku zobowiązaniowego, ustawie oraz z naruszeniem zasad współzycia społecznego, a tym samym zgodnie z art. 353¹ k.c. przekroczone zostały granice swobody kontraktowej, która wskazuje, że strony zasadniczo mogą ułożyć stosunek prawny wg swojego uznania, przy uwzględnieniu jednakże wytycznych wynikających z tego przepisu. Poszczególne przypadki naruszenia ww. granic zostały wskazane poniżej - jednakże zasadniczo zarzut ten można odnieść do każdego przytoczonego postanowienia. Zamawiający naruszył w wielu miejscach w sposób rażąco zasądę równości stron stosunku zobowiązaniowego, jednakże najistotniejsze są zarzuty dotyczące naruszenia ustawy oraz zasad współzycia społecznego (utożsamianych z zasadami sprawiedliwości kontraktowej i uczciwości kupieckiej) co musi znaleźć odpowiednią reakcję ze strony Wykonawcy, tj. wnioskowanie o odpowiednią modyfikację postanowień umownych celem zapewnienia poszanowania uzasadnionych interesów Wykonawcy, z zachowaniem celu ustawy Prawo zamówień publicznych. Co równie istotne w wielu miejscach Zamawiający wprowadził obowiązki niemożliwe do realizacji - a tym samym nieważne z mocy prawa.

Uzasadniając poszczególne zarzuty odwołania wskazano, co następuje:

1. Wskazanie podmiotu nie posiadającego zdolności prawnej jako właściwego do zawarcia Umowy

Zaciągać zobowiązania mogą wyłącznie podmioty posiadające zdolność prawną. Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu z siedzibą w Krakowie nie zalicza się ani do osób prawnych, ani do jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, ale posiadających zdolność prawną. Oznacza to, że sam nie może być wskazany jako podmiot uprawniony do zawarcia umowy (jest jedynie jednostką miejską reprezentującą w tym zakresie gminę miejską Kraków - która podmiotowość prawną posiada -jako gmina jest osobą prawną). Tym samym w umowie stroną, która zawiera umowę powinno być określona Gmina Miejska Kraków, reprezentowana przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu.

2, 6, 20. Odpowiedzialność za wady

Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wszelkie wady - zresztą dokładnie za jakie wady Wykonawca powinien odpowiadać wskazano w klauzuli 11.2 WOK. Niezgodne z zasadami sprawiedliwości społecznej byłoby np. obciążenie Wykonawcy wadami powstałymi z przyczyn błędnej konserwacji, niewłaściwego użytkowania czy też np. uszkodzenia przedmiotu przez osoby trzecie lub Zamawiającego. Za wady nie mogą być także potraktowane niesprawności wynikające z normatywnego zużycia przedmiotu zamówienia. Tym samym odpowiedzialność za „wszelkie” wady wskazuje na działanie nieracjonalne, nie znajdujące uzasadnienia na gruncie ustawy.

3 i 21. Ustalenie pierwszeństwa dokumentów składających się na umowę zawieraną między Stronami

Zamawiający w pkt 2 Aktu Umowy wskazał jak należy interpretować pierwszeństwo dokumentów składających się na umowę (w nomenklaturze Zamawiającego - Kontraktu). Wskazał on, że najważniejszy jest Akt Umowy, później Warunki Szczególne Kontraktu (WSK), Warunki Ogólne Kontraktu (WOK), Dokument Gwarancji Jakości, Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU), Projekt budowlany rozbudowy al. Jana Pawła II i innych ulic, przebudowy i budowy ekranów

akustycznych, rozbudowy infrastruktury tramwajowej wraz z siecią trakcyjną, przystankami i wyburzenia istniejącej zabudowy; dalej Projekt budowlany stacji prostownikowej trakcyjnej „Wieczysta”; następnie Tabela Elementów Rozliczeniowych, SIWZ, Oferta Wykonawcy, Wykaz Odcinków, a na końcu Wykaz osób stanowiących potencjał kadrowy.

Zdaniem Wykonawcy wprowadzanie jakichkolwiek zasad pierwszeństwa godzi w art. 140 ust. 1 Pzp wskazującym, że „zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie”. Skoro bowiem umowa jest w kolejności interpretacji postawiona znacznie nad ofertą Wykonawcy to tym samym istnieje ryzyko, że Zamawiający będzie wykorzystywał nieprecyzyjne postanowienia w Umowie, i korzystając z punktu 2 Aktu Umownego, domagał się od Wykonawcy realizacji świadczeń odbiegających od Oferty.

Identycznie należy się odnieść do kwestii pierwszeństwa umowy (Aktu Umowy, WSK, WOK, DGJ nad postanowieniami SIWZ. Wszak art. 140 ust. 3 pzp wskazuje, że „Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” - tym samym nie może być tak, że z dokumentów umownych może wynikać coś więcej niż ze SIWZ. SIWZ w skarżonym punkcie jest natomiast na miejscu 9-ym.

W konsekwencji należy uznać, że albo Oferta Wykonawcy (wraz z załącznikami) oraz SIWZ powinny być przed dokumentami umownymi, albo że - co racjonalniejsze - niemożliwe jest wprowadzenie jakichkolwiek zasad pierwszeństwa między wypisanymi przez Zamawiającego dokumentami - pamiętając, że Zamawiający powinien w ten sposób opisać przedmiot zamówienia (a więc zakres obowiązków Wykonawcy), aby dokumenty były między sobą spójne, a nie umożliwiały Zamawiającemu dokonywanie interpretacji pierwszeństwa poszczególnych dokumentów składających się na Kontrakt, w szczególności przy wskazaniu Oferty Wykonawcy na 10 miejscu.

Powiązane są z tym kolejne nieścisłości - i tak np. wedle Aktu Umownego obowiązkiem Wykonawcy jest usunięcie wszelkich wad (co zostało opisane wyżej). Dokument Gwarancji Jakości (na 4-ym miejscu) wskazuje już, że pewne kategorie wad nie mają być usuwane przez Wykonawcę (por. art. 5 DGJ), podobnie wskazują OWK. Mając na uwadze, że mamy pierwszeństwo Aktu Umownego konieczne byłoby w interpretacji uznanie, że Wykonawca ma usunąć wszelkie wady.

Przy tak niespójnej dokumentacji stworzonej przez Zamawiającego wprowadzenie pierwszeństwa dokumentacji składającej się na Kontrakt powodowałoby ryzyko po stronie Wykonawcy, w szczególności domagania się od niego większego zakresu prac, aniżeli mógł to wycenić na etapie przygotowywania oferty.

4 i 11. wpływ działania Przedstawiciela Zamawiającego na odpowiedzialność Wykonawcy

Na gruncie FIDIC wprowadzony został Inżynier Kontraktu - który jest członkiem personelu Zamawiającego (przez niego opłacanym), który ma stanowić reprezentanta na budowie Zamawiającego w relacji z Wykonawcą. Skonstruowanie Kontraktu w ten sposób, że oświadczenia składane Wykonawcy przez takiego przedstawiciela Zamawiającego nie mogą powodować zwolnienia Wykonawcy z odpowiedzialności (a więc inaczej mówiąc - Wykonawca ponosi odpowiedzialność nawet, gdy będzie działał zgodnie z poleceniem, żądaniem bądź też w wyniku uzgodnienia danej kwestii z przedstawicielem Zamawiającego) nie mogą się ostać na gruncie zasad współzycia społecznego. Oczywistym jest bowiem, że Wykonawca musi w toku realizacji zamówienia współpracować z przedstawicielem Zamawiającego - i uzgadniać z nim pewne kwestie - tak, aby w jak najlepszy sposób zostały osiągnięte cele wskazane w umowie - wskazanie jednakże, że za wszystkie uzgodnienia, polecenia wydawane Wykonawcy przez Inżyniera etc. odpowiedzialność i tak finalnie będzie ponosił Wykonawca - wykracza poza granicę swobody kontraktowania, powodując rażące naruszenie zasad równości stron.

5. Przyznanie uprawnienia Inżynierowi Kontraktu do narzucania obowiązków stronom Umowy

Zdaniem Wykonawcy, w ten sposób jednej ze Stron (jej przedstawicielowi) przyznano uprawnienie do wiążącego Strony określenia ich sytuacji prawnej. Mając na uwadze, że jest to przedstawiciel Zamawiającego (przez niego opłacany), a z Wykonawcą nie wiążą go żadne postanowienia umowne, mamy do czynienia z sytuacją, że Zamawiający może rękami Inżyniera decydować o sytuacji prawnej Wykonawcy. Dalej należy zauważyć, że jedyną możliwością podważenia takiego ustalenia jest,

wedle umowy, działanie zgodnie z klauzulą 20. Tyle, że Zamawiający skreślił wszystkie subklauzule, z wyjątkiem 20.1 (która i tak mówi jedynie o roszczeniach, jakie Wykonawca powinien kierować do Inżyniera) - w szczególności skreślono Komisję Rozjemczą. Tym samym przy pozostawieniu takiego postanowienia mamy do czynienia z możliwością swobodnego kształtowania sytuacji prawnej jednej ze stron przez drugą, co stanowi rażące naruszenie zasad równości stron w umowach.

6 - uzasadnienie wraz z zarzutem nr 2

7, 9, 10. niejednoznaczność i brak wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia

Przedmiot zamówienia powinien być opisany w taki sposób, aby wykonawcy mogli złożyć porównywalne oferty - wszelkie niejednoznaczności w tym zakresie, czy też brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący powodują, że powstaje ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Tym samym wszelkie postanowienia umowne, które mają rozszerzać zakres obowiązków Wykonawcy, nie mogą być uznane za zgodne z ustawą. Tak samo należy się w tym zakresie odnieść do normy art. 140 p.z.p.

8. odpowiedzialność za zdarzenia na Terenie Budowy

Zamawiający zażądał, aby Wykonawca ponosił odpowiedzialność za wszelkie zdarzenia (operacje) jakie będą dokonywane na Terenie Budowy. Przyjęcie takiej odpowiedzialności mogłoby wejść w grę tylko wówczas, gdyby na Teren Budowy nie były dopuszczane także inne podmioty, a jak wynika z klauzuli 2.1 prawo władania nie musi być wyłączne, a i inne klauzule wskazują na możliwość wymagania od Wykonawcy, aby tolerował on innych wykonawców na Terenie. Tym samym przyjęcie odpowiedzialności za wszelkie zdarzenia rażąco narusza pozycję Stron, powodując, że Wykonawca może ponosić odpowiedzialność na zasadzie absolutnej (w tym i za działania/zaniechania Zamawiającego). Rodzi to oczywisty zarzut niezgodności z zasadami współżycia społecznego.

9.uzasadnienie pod zarzutem 7

10. uzasadnienie pod zarzutem 7

11. uzasadnienie pod zarzutem 4

12. odpowiedzialność Wykonawcy za zdarzenia „w otoczeniu” Terenu Budowy

Przyjęcie odpowiedzialności Wykonawcy za zdarzenia w otoczeniu Terenu Budowy istotnie narusza treść stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o roboty budowlane, jak i w uwagi na swoją nieoznaczność (brak jednoznacznej definicji otoczenia) może powodować dość daleko idące wątpliwości odnośnie zakresu obowiązków Wykonawcy. Klauzula taka nie może zatem się obronić na gruncie zasad współżycia społecznego, mając w szczególności na uwadze wymaganą od Zamawiającego jednoznaczność w określeniu przedmiotu zamówienia.

13. kwestia zapewnienia Zamawiającemu dokonywania inspekcji poza Terenem Budowy

Kolejne postanowienie powodujące praktyczną niemożliwość dotrzymania warunków przez Wykonawcę zostało przez Zamawiającego wskazane w klauzuli 7.3 WOK, gdzie to konieczne jest zapewnienie Zamawiającemu dostępu do hal produkcyjnych w celu dokonywania badań, inspekcji, mierzenia i dokonywania prób materiałów. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z punktu widzenia ochrony informacji producentów wielu elementów, jakie są montowane bądź używane w celu realizacji zadania jak wskazano w PFU praktycznie niemożliwym jest zapewnienie przez Wykonawcę takiej możliwości w każdym przypadku. Częstokroć producentami są uznane podmioty, które chronią takie wartości jak sposób i procedury produkcji (w szczególności odnosi się to do elementów elektronicznych i informatycznych). Tym samym wprowadzanie tego typu postanowień powoduje, że nikt, nie tylko Wykonawca, nie będzie mógł zapewnić wywiązania się z obowiązków jak wskazano w niniejszej klauzuli.

14. możliwość dowolnej modyfikacji dokonywanej przez przedstawiciela Zamawiającego

Wprowadzenie takiej możliwości jak wskazana w 14.6 w ostatnim akapicie narusza art. 61 §1 k.c, który wskazuje zasady odwoływania oświadczeń woli. Oświadczenie woli złożone bowiem drugiej Stronie może być odwołane, jeżeli doszło najpóźniej z odwoływanym oświadczeniem. Zamawiający wprowadził natomiast zasadę, gdzie pomimo faktu zatwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu (przedstawiciela Zamawiającego) konkretnych dokumentów rozliczeniowych (a więc złożeniu w tym zakresie oświadczenia woli) - umowa dopuszcza mu możliwość wycofywania i modyfikowania takich oświadczeń. Wskazuje to na naruszenie przedmiotowego postanowienia umownego.

15. możliwość uzyskania zapłaty końcowej

Art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) ustawy o podatku od towarów i usług wskazuje, że obowiązek podatkowy powstaje w dacie do 30 dni od dnia wykonania usługi budowlanej (zakończenia robót realizacyjnych). Mając dalej na uwadze fakt, że w dacie powstania obowiązku podatkowego istnieje konieczność wystawienia przez Wykonawcę faktury (co wynika z §11 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług z dnia 28 marca 2011 r.), a tym samym właściwej (terminowej) zapłaty podatku VAT, wskazywanie przez Zamawiającego w warunkach umownych, że wniosek o Końcowe Świadczenie Płatności (który warunkuje wystawienie faktury) może być wystawiona nie po tym jak zostają zakończone prace realizacyjne, ale po wystawieniu tzw. Dokumentu Wykonania (który może być wystawiony po upływie Okresu na Zgłaszanie Wad) powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów VAT-owskich, i narażaniem Skarbu Państwa na uszczuplenie. Sytuacja taka nie może zostać zaakceptowana i naraża Wykonawcę na poniesienie odpowiedzialności karnej (np. art. 62 k.k.s). Co więcej - z innych postanowień umownych wynika, że to z momentem wystawienia Świadczenia Przejęcia mamy do czynienia z tym, że Zamawiający może zacząć korzystać z

przedmiotu zamówienia (klauzula 10.2) - tym samym doprowadzenie do sytuacji, gdy prace są uznawane za przejęte, i powiązany z tym brak możliwości ich zafakturowania jest z jednej strony działaniem na szkodę Wykonawcy, z drugiej - naruszeniem przepisów podatkowych. Co więcej Zamawiający nakazuje, aby we wniosku o końcową płatność zostały przez Wykonawcę wskazane wszelkie inne kwoty co do których Wykonawca uznaje się uprawniony (czy to na mocy Kontraktu, czy też na mocy innych tytułów). Postanowienie takie jest wyrazem rażącego ułożenia stosunków umownych na niekorzyść Wykonawcy - w żaden sposób nie jest wymagane od Zamawiającego, aby w podobny sposób przedstawił na tym etapie wszelkie roszczenia wobec Wykonawcy, które może zgłaszać przez cały okres odpowiedzialności Wykonawcy. Podobnie Wykonawca powinien mieć zapewnione prawo do zgłaszania roszczeń w okresie wynikającym z art. 119 k.c. - inaczej przepis ochronny wskazujący na okoliczność, że terminów przedawnienia nie można skracać zostanie w praktyce wyłączony.

16. zobowiązanie Wykonawcy do zwolnienia Zamawiającego z wszystkich jego obowiązków

W klauzuli 14.12 WOK Zamawiający wskazał, że wraz z wnioskiem o płatność końcową Wykonawca ma zwolnić Zamawiającego ze wszelkich zobowiązań wobec Wykonawcy „na mocy Kontraktu lub w związku z nim”. Powoduje to zatem, że już na tym etapie Wykonawca musi posiadać wiedzę odnośnie roszczeń, jakie może kierować w stosunku do Zamawiającego. Co równie istotne - skoro wedle założenia Zamawiającego - nawet po wydaniu Świadectwa Wykonania mają ciążyć na Wykonawcy określone obowiązki (z którymi powiązane są określone uprawnienia przewidziane w WOK, jak i wynikające z art. 354§2 k.c. - obowiązku współdziałania wierzyciela) - to i tak już na etapie żądania końcowej płatności Wykonawca ma zrzec się wszystkich zobowiązań pieniężnych na mocy Kontraktu lub w związku z nim. Powoduje to zatem, że nawet jeżeli w przyszłości Wykonawca miałby ponieść jakieś koszty nieprzewidziane (np. został wezwany przez Zamawiającego do dokonania naprawy, po czym okazało się, że nie była to wada objęta gwarancją - a więc za czas i koszty Wykonawca powinien mieć zapłacone) - to i tak Zamawiający wskaże, że Wykonawca zrzekł się już wszelkich roszczeń w stosunku do Zamawiającego. Co

więcej - odgórne zwolnienie Zamawiającego z wszystkich zobowiązań wynikających z Kontraktu lub w związku z nim mogłoby wpłynąć na rozliczenie innych prac powiązanych z Kontraktem (np. o roboty dodatkowe), a które to prace nie zostały jeszcze rozliczone. Co więcej - wprowadzenie takiego postanowienia powoduje, że de facto z góry Wykonawca musi zrzec się zarzutu przedawnienia (skoro zobowiązuje się niniejszym do zwolnienia Zamawiającego z jego obowiązków - tym samym wszelkie jego roszczenia, które są chronione przez prawo przestaną w tej dacie istnieć). Tym samym osiągnięty jest ten sam skutek, któremu mają przeciwdziałać przepisy ochronne Wykonawcy wskazane w art. 117 § 2 i 119 k.c.

17 i 18. ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego jedynie do zgłoszonych w odpowiedniej dacie roszczeń

Kolejne postanowienia umowne, które w oczywisty sposób naruszają art. 119 k.c. - wskazujący na zasadę konieczności zapewnienia ochrony wierzycielowi przed nakładaniem przez stronę „silniejszą” kontraktowo postanowień naruszających istotne prawa danego podmiotu. Wskazanie tego, że brak zgłoszenia odpowiedniego roszczenia w danej dacie powoduje wygaśnięcie w tym zakresie zobowiązań Zamawiającego powoduje, że mamy do czynienia ze skróceniem terminu przedawnienia niezgodnie z art. 119 k.c, co nie zasługuje w żadnej mierze na uwzględnienie.

19. sposób liczenia Czasu na Ukończenie

Zamawiający wskazał w załączniku nr 5 do Umowy, że termin na wykonanie prac wynosi 24 miesiące. Zamawiający wprowadził przy tym dwa pojęcia Daty Odniesienia (daty podpisania Aktu Umowy) i Datę Rozpoczęcia (data nie późniejsza niż 14 dni po dacie wejścia w życie Kontraktu, uzależniona jednakże od działania Inżyniera - a więc przedstawiciela Zamawiającego). Dochodzimy zatem do absurdu - Wykonawca ma czas na prace wskazany jako 24 miesiące, przy czym nie cały ten okres może wykorzystać na wykonywanie swoich obowiązków kontraktowych, a może działać dopiero od daty wskazanej przez Zamawiającego (działającego przez swojego przedstawiciela - Inżyniera Kontraktu). Nieracjonalne jest zatem wskazywanie, że

Czas na Wykonanie zaczyna się od podpisania Aktu Umowy, a więc na Czas na Wykonanie biegnie w okresie, w którym Wykonawca, zgodnie z Kontraktem, nie może wykonywać swoich prac.

20. Wprowadzenie rozróżnień pomiędzy Okresem Zgłaszania Wad a Rękojnią za Wady i Gwarancją Jakości

Zamawiający zdecydował w przypadku tego Kontraktu o całkowitej zmianie sensu instytucji przewidzianych w FIDIC. W standardowych kontraktach realizowanych wedle FIDIC mamy bowiem do czynienia z okresem realizacji prac wykonawczych (w przypadku umów w konwencji zaprojektuj&wybuduj po zrealizowaniu prac projektowych i wykonawczych), które kończą się wydaniem Świadcstwa Przejęcia, następnie mamy do czynienia z Okresem Zgłaszania Wad, w którym Wykonawca ma obowiązek usuwać wady, a następnie wydawane jest Świadcstwo Wykonania (którym Zamawiający potwierdza, że Wykonawca wykonał wszystkie zobowiązania kontraktowe).

Zamawiający uznał w przypadku niniejszego Kontraktu, że mamy okres projektowania i realizacji, następnie wydawane jest Świadcstwo Przejęcia, następnie jest Okres Zgłaszania Wad, po czym wydawane jest Świadcstwo Wykonania, a następnie dopiero rozpoczyna się Okres Rękojmi oraz Okres Gwarancji. Oznacza to, że mamy do czynienia z dwoma różnymi okresami zgłaszania wad (po wydaniu Świadcstwa Przejęcia, kiedy to już Wykonawca przejmuje prace wykonane, mamy do czynienia z Okresem Zgłaszania Wad, następnie - po wydaniu Świadcstwa Wykonania - mamy do czynienia z kolejnymi okresami zgłaszania wad). Oznacza to tym samym, że okresy zgłaszania wad powstają w różnych datach - i są uzależnione nie od wykonania prac realizacyjnych (taka jest istota gwarancji i rękojmi), ale od daty wystawienia Dokumentu Wykonania, który to dokument może być wystawiony po upływie Okresu Zgłaszania Wad. Powoduje to także dalsze nieprawidłowości - Wykonawca ma gwarantować prawidłowość stanu robót na dzień wydania Świadcstwa Wykonania, podczas, gdy zgodnie z klauzulą 10.2 Zamawiający może rozpocząć użytkowanie już z datą wcześniejszą- wydania Świadcstwa Przejęcia.

21. analogicznie jak zarzut nr 2

22. zarzut analogiczny jak nr 3

23. Cesje - brak możliwości dokonywania cesji z Kontraktu na rzecz instytucji finansującej

Zdaniem Wykonawcy wyłączenie kodeksowego prawa możliwości dokonania cesji w każdym przypadku stanowi naruszenie art. 353¹ k.c. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający w ogóle nie wskazuje w Kontrakcie zasad wypłaty wynagrodzenia (uzależniając to od sytuacji budżetowej Gminy Miejskiej Kraków), a jeszcze dodatkowo uniemożliwia Wykonawcy uzyskanie kredytowania przedmiotowego zadania przez wyłączenie dokonania cesji z Kontraktu na rzecz instytucji finansowej, która mogłaby Wykonawcy udzielić kredytu na wykonanie przedmiotowego zadania (jak powszechnie wiadomo w praktyce cesja wierzytelności może stanowić - i często stanowi - zabezpieczenie interesów kredytodawcy - banku). Tym samym wyłączenie możliwości dokonywania cesji należy ocenić na gruncie zasad współzycia społecznego.

24. wykreślenie możliwości domagania się dodatkowej zapłaty w przypadku powstania konieczności wykonania prac z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego

Zamawiający w szeregu klauzul zmienił postanowienia WOK w ten sposób, że wyłączył on możliwość dochodzenia wyrównania szkody, jaką poniósł Wykonawca, w związku z wystąpieniem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. I tak przykładowo przez skreślenie obowiązku po stronie Zamawiającego do pokrycia Kosztu i zapłaty odpowiedniego zysku, w przypadku wykrycia błędów w Wymaganiach Zamawiającego, mamy do czynienia z sytuacją, gdy Wykonawca musi nieodpłatnie usuwać wszelkie wady (i konsekwencje tych wad, które częstokroć mogą mieć znaczną wartość), które wynikają z niezgodnego z ustawą działania Zamawiającego (np. nie opisania w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia). Oznacza to także, że w przypadku ujawnienia się błędów w dokumentach, które stanowiły podstawę do przygotowania oferty - konsekwencje finansowe będą spoczywały w tym zakresie na Wykonawcy. Dotyczy to także wszystkich innych

sytuacji opisanych w poszczególnych klauzulach a więc przypadków poniesienia przez Wykonawcę kosztu związanego z: nieprzekazaniem Wykonawcy prawa dostępu i władania wszystkimi częściami Terenu Budowy, wprowadzeniem innych podmiotów przez Inżyniera Kontraktu na Teren Budowy, wystąpieniem nieprzewidywalnych warunków fizycznych, dostosowaniem się do poleceń Inżyniera związanych z odkryciem tzw. wykopaliska (jak zdefiniowano w 4.24), dostosowaniem się do poleceń Inżyniera odnoszących się do dodatkowych prób, zawieszeniem robót, rozpoczęciem użytkowania przez Zamawiającego części Robót, w sposób niezgodny z umową, opóźnieniem Inżyniera wykonania Prób Końcowych, poleceniem Wykonawcy badania przyczyn powstania wad, gdy okaże się, że wady nie wynikają z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, naprawieniem przez Wykonawcę szkód lub strat w przypadkach stanowiących ryzyko Zamawiającego, oraz konsekwencjami działania Siły Wyższej.

Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego są ponadto sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane - Wykonawca nie realizuje zadania nieodpłatnie, a więc w każdym przypadku ujawnienia się okoliczności, które nie mogły być wzięte przy ustaleniu ceny kontraktowej konieczne jest przyznanie mu uprawnienia do zwiększenia należnego wynagrodzenia.

25. Nieprawidłowe postanowienia odnoszące się do przenoszenia autorskich praw majątkowych

Wskazać należy to, że niezgodne z prawem jest wskazanie, że przeniesienie autorskich praw majątkowych ma nastąpić na „wszystkich znanych w dniu zawarcia kontraktu polach eksploatacji, a w szczególności”. Ustawa wymaga bowiem jednoznacznie wyliczenia pól eksploatacji, na których ma nastąpić przeniesienie autorskich praw majątkowych (art. 41 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych). Tak samo niepoprawne jest wprowadzanie do pól eksploatacji takich pojęć jak: „każdą techniką, w tym” (lit. a), polem eksploatacji nie jest także lit. (i) - wskazana jako „wykorzystywanie DW do wszelkich celów związanych z uzyskaniem i rozliczaniem funduszy pomocowych UE”, jak i lit. (j) - „wykorzystywanie w każdy sposób i w każdej formie na potrzeby Zamawiającego”.

Niezgodne z przepisami ustawy jest również zobowiązanie wskazane w tejże klauzuli do zobowiązania do przenoszenia autorskich praw majątkowych do pól eksploatacji, które dopiero powstaną w przyszłości (art. 41 ust. 4 ustawy).

Kolejne postanowienie niemożliwe z punktu widzenia przepisów prawa to zobowiązanie do przeniesienia na Zamawiającego prawa do korzystania z opracowania Dokumentu Wykonawcy na wszystkich polach eksploatacji. Opracowaniem jest swoisty utwór wykonywany przez kogoś innego na podstawie stworzonego utworu. Wykonawca nie będzie zatem miał nawet możliwości wywiązać się z tego obowiązku, gdyż opracowania może dokonać każdy. Należy więc obowiązek ten ocenić na gruncie art. 387 k.c.

26. odpłatność obowiązku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem

Zgodnie z art. 354 § 2 k.c. wierzyciel (Zamawiający) ma obowiązek współdziałać w wykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Wprowadzanie w tym zakresie odpłatności jawi się jako działanie rażąco sprzeczne z treścią tego artykułu, którego celem jest umożliwienie dłużnikowi należytego wywiązania się z obowiązków umownych.

27. gwarancja zapłaty

Podstawowym zagadnieniem dla Wykonawcy jest zapłata wynagrodzenia umownego. W tym celu ustawodawca wprowadził możliwość domagania się przez Wykonawcę gwarancji zapłaty, wskazując jednocześnie, że prawa tego nie można ani ograniczyć, ani wyłączyć (art. 649² k.c.). W Kontrakcie Zamawiający wskazał, że Wykonawca jest uprawniony do żądania takiej gwarancji, ale „z zastrzeżeniem postanowień klauzuli 14.4 [Plan płatności]”. Z brzmienia tego postanowienia wynika, że jest to próba wprowadzenia pewnego ograniczenia.

28. wprowadzanie postanowień odnoszących się do relacji Inżynier (przedstawiciel Zamawiającego) i Zamawiający w umowie regulującej prawa i obowiązki Zamawiającego i Wykonawcy

Inżynier jest przedstawicielem Zamawiającego i wprowadzanie w umowie pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym postanowień odnoszących się do sytuacji prawnej Zamawiającego i jego przedstawiciela nie znajduje żadnego uzasadnienia - mogą wprowadzić wątpliwości w zakresie interpretacji jej postanowień.

29. niezgodność terminów zwrotu pierwszej części zabezpieczenia (należytego wykonania Umowy)

Art. 151 p.z.p. jednoznacznie wskazuje, że zabezpieczenie może być podzielone na dwa „etapy” -zabezpieczenie należytego wykonania i zabezpieczenie usunięcia wad. Zamawiający uznał, że zasadnym jest zatrzymanie zabezpieczenia w wysokości 100% aż do dnia wydania Świadectwa Wykonania (a więc już po upływie okresu zgłaszania wad). Oznacza to, że propozycja umowna pozostaje w niezgodzie z treścią art. 151 p.z.p. stanowiąc próbę jego obejścia.

30. zapewnienie drogi dostępu

Jednostka miejska, która ogłosiła przetarg jest jednostką odpowiedzialną za właściwe utrzymywanie dróg. Tym samym wszelkie postanowienia odnoszące się do zapewnienia drogi dostępu do Terenu Budowy wskazują na przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za wykonywanie ustawowych obowiązków Zamawiającego. Niezgodne zatem z ustawą jest zobowiązanie Wykonawcy do dokonywania wszelkich zabiegów konserwacyjnych, jakie mogą być wymagane do korzystania przez Wykonawcę z dróg dostępu. To Zamawiający powinien zapewnić Wykonawcy możliwość realizacji robót (dostęp do Terenu Budowy), a więc zapewnić także możliwość dojazdu w związku z planowanymi robotami. Przerzucanie tego obowiązku na Wykonawcę jest dodatkowo niezgodne z art. 647 k.c. Tym samym klauzula ta wskazuje na przerzucanie na Wykonawcę obowiązków leżących po stronie Zamawiającego. Co więcej nie jest możliwe właściwe wyliczenie przez Wykonawcę kosztów związanych z realizacją tego obowiązku co z kolei powoduje, że oferty będą nieporównywalne (zakres zamówienia nie jest opisany przez to w sposób jednoznaczny).

31. zabezpieczenie przylegających nieruchomości

Wprowadzenie tak nieprecyzyjnych postanowień powoduje, że Wykonawcy nie są w stanie złożyć porównywalnych ofert przez brak możliwości wycenienia w sposób prawidłowy kosztów związanych z takimi obowiązkami.

32. nakazanie przeprowadzenia wszelkich prac nakazanych przez Inżyniera

Przy takim postanowieniu wprowadzamy możliwość jednostronnego rozszerzenia przez Zamawiającego (działającego przez swojego przedstawiciela) zakresu obowiązków Wykonawcy co musi być ocenione na gruncie art. 29 ust. 1 p.z.p.

33. Konieczność powiadomienia Inżyniera o wszystkich błędach w terminie 14 dni od Daty Rozpoczęcia w Wymaganiach Zamawiającego oraz obowiązki w Okresie Gwarancji Jakości

Klauzula 5.1 tworzy niemożliwe zobowiązanie po stronie Wykonawcy, w szczególności co do terminu wykrycia błędów - niemożliwym bowiem dla kogokolwiek jest znalezienie błędów w Wymaganiach Zamawiającego, tym bardziej, że przebieg procesu budowlanego, który jest procesem dynamicznym, wskazuje, że pewne nieprawidłowości mogą być znalezione przez Wykonawcę na etapie wykonawstwa.

Co jednakże najistotniejsze - niniejszy punkt stanowi próbę przerwania na Wykonawcę odpowiedzialności za należyte i właściwe opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, podstawowego obowiązku wynikającego z przepisów ustawy. To Zamawiający ma zapewnić prawidłowość swoich Wymagań, a na ich podstawie Wykonawca ma stworzyć swoją ofertę. Wykonawca nie jest zatem obowiązany wedle ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazywania błędów Zamawiającego - po to Zamawiający ma swoje własne działy i komórki, aby takie kwestie sprawdzić i nie narażać Wykonawców na niezgodne z ustawą ryzyka.

Ponadto z tych samych powodów konieczne jest skreślenie zdania „W zakresie w jakim doświadczony Wykonawca powinien wykryć taki błąd lub wadę w trakcie badania Wymagań Zamawiającego przed złożeniem oferty nie będzie dokonywane przedłużenie Czasu na Wykonanie”.

Przede wszystkim Zamawiający stara się tu nakładać pewne obowiązki na Wykonawcę na etapie przedkontraktowym - gdzie Wykonawca w żaden sposób nie ma obowiązku badać Wymagań Zamawiającego (ma jedynie stworzyć na ich podstawie swoją ofertę), po drugie - nawet gdyby dotyczyły to okresu badania już po zawarciu Umowy - znowu stanowiłoby to przerzucenie odpowiedzialności na Wykonawcę za błędy leżące po stronie Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający przez dodanie na końcu drugiego zdania drugiego akapitu dodał słowa „Okresu Rękojmi za Wady oraz Okresu Gwarancji Jakości” wskazał, że Wykonawca zobowiązuje się do tego, aby projektanci byli do dyspozycji Inżyniera w celu uczestniczenia w dyskusjach przez okres 10 lat od dnia wydania Świadectwa Wykonania. Doświadczenie życiowe uczy, że takie zobowiązanie jest niemożliwe do przyjęcia przez racjonalnie działającego Wykonawcę. Żaden podmiot nie jest w stanie zapewnić, aby poszczególne osoby były przez tak długi okres „do dyspozycji Inżyniera w celu uczestniczenia w dyskusjach”.

34. nieracjonalny okres zawiadamiania przed zakryciem robót

Wskazanie przez Zamawiającego wymogu, aby był on informowany o zakryciu robót „co najmniej na 3 dni przed jej zakryciem” powoduje znaczne utrudnienia w toku realizacji prac wykonawczych -wymagane jest bowiem od Wykonawcy, aby wstrzymywał swoje prace i za każdym razem musiał informować przed zakryciem z 3-dniowym wyprzedzeniem o chęci dokonania zakrycia

35. analogicznie jak zarzut nr 28

36. działanie zgodne z wytycznymi organów wydających pozwolenie a odpowiedzialność za należyte wykonanie Umowy

Zamawiający w kolejnej klauzuli wskazuje, że działanie zgodne z pozwoleniami, które muszą być uzyskiwane w toku realizacji procesu inwestycyjnego przez Wykonawcę nie oznacza zwolnienia Wykonawcy z jego obowiązków wynikających z Kontraktu. W tym miejscu należy wskazać, że prace muszą być zrealizowane zgodnie z treścią odpowiednich decyzji (pozwoleń) wydawanych przez kompetentne ku temu organy i w przypadku kolizji pomiędzy Wymaganiami stworzonymi przez Zamawiającego (a więc dokumentami kontraktowymi) a treścią takich decyzji - w oczywisty sposób pierwszeństwo należy przyznać treści takich decyzji. Tym samym wprowadzanie postanowienia jak w klauzuli 8.1 WSK powoduje naruszenie zasad współzycia społecznego.

37. uzależnienie wykonania obowiązków umownych od uzyskania Świadectwa Wykonania

Oznacza to, że zakres obowiązków Wykonawcy jest powiązany z działaniem drugiej Strony (Zamawiającego), która w ten sposób uzyskuje nieracjonalnie silną pozycję. Ponadto wykonanie zadania polega na realizacji robót wcześniej zaprojektowanych (co stwierdzone jest Świadectwem Przejęcia), po czym następuje okres usuwania wad, po czym mamy Świadectwo Wykonania, które wskazuje na to, że prace objęte Kontraktem zostały zakończone (a więc usunięcie wad w okresie gwarancji i rękojmi - tj. okresie zgłaszania wad). Do obowiązków wynikających z art. 647 k.c. nie zalicza się uzyskiwania odpowiednich zaświadczeń od drugiej Strony, innych niż protokół odbioru (Świadectwo Przejęcia).

38. przesłanki umożliwiające ubieganie się o przedłużenie Czasu na Ukończenie

Przez zmiany wprowadzone przez Zamawiającego do klauzuli 8.2 można zaobserwować ukształtowanie warunków umownych w ten sposób, że Wykonawca jest narażony na odpowiedzialność finansową (związaną z karami za opóźnienie) pomimo wystąpienia okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, które uniemożliwiały dochowanie przez Wykonawcę jego obowiązków umownych (np. nie przekazanie Terenu Budowy). Powoduje to absolutną odpowiedzialność Wykonawcy - w sytuacji, gdy Zamawiający sam nie mógł mu przekazać właściwego dostępu do

Terenu Budowy (pomimo tego faktu Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność). Taka regulacja umowna rażąco narusza zasady współżycia społecznego.

Po drugie wskazanie, że przedłużenie czasu na ukończenie wymaga w każdej sytuacji aneksu do umowy (a więc dojścia do porozumienia między Wykonawcą a Zamawiającym) powoduje, że wszelkie uprawnienia Wykonawcy przewidziane w umowie, a wynikające z różnych okoliczności, częstokroć zależnych od Zamawiającego - i tak wymagają zgody Zamawiającego. Powoduje to, że uprawnienia Wykonawcy stają się iluzoryczne, skoro pomimo istnienia uprawnienia w braku zgody Zamawiającego na zawarcie aneksu i tak nie może z nich skorzystać.

Po trzecie niezgodne z zasadą swobody umów jest ograniczenie możliwości domagania się przedłużenia czasu na ukończenie do max 3 miesięcy - w szczególności mając na uwadze fakt, że z powodów leżących po stronie Zamawiającego może dojść do dłuższego niż 3 miesiące opóźnienia w możliwości prowadzenia prac przez Wykonawcę.

39. przyjęcie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka i dublowanie kar umownych

Zdaniem Odwołującego Klauzula 8.7 Warunków Szczególnych Kontraktu wymaga zaskarżenia jako narzucająca wykonawcom rażąco niekorzystne warunki umowy. Zamawiający wprowadził bowiem do umowy obowiązek zapłaty kar umownych za każdy dzień opóźnienia w stosunku do ustalonych terminów umownych, a więc wszelkie ryzyko nieterminowej realizacji zadania również z przyczyn niezależnych od wykonawcy przerzucił właśnie na tego ostatniego.

Należy stwierdzić, że kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie Zamawiającego do pokrycia jego strat wywołanych czynnikami opisanymi w umowie, w szczególności niezależnymi od wykonawcy (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1123/10). Tym bardziej, że -jak podkreśla się w orzecznictwie - kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lutego 1999, sygn. akt: III CKN 166/98).

W tym kontekście warto wskazać na postanowienie Klauzuli 5.2, na mocy której Zamawiający wprowadził do umowy procedurę polegającą na konieczności

zaakceptowania przez Inżyniera Kontraktu projektów budowlanych, które to następnie muszą zostać dostarczone do akceptacji Zamawiającemu. Dopiero po otrzymaniu akceptacji Zamawiającego wykonawca może wystąpić do właściwych organów o udzielenie Pozwolenia na Budowę oraz innych zgód i zezwoleń niezbędnych do wykonania robót. Podobnie sytuacja przedstawia się w Klauzuli 11.9, która w praktyce oznacza, że Inżynier Kontraktu poprzez swoją jednostronną arbitralną decyzję może odmówić wystawienia wykonawcy Świadectwa Wykonania. W obu powyższych przypadkach niekoniecznie z winy wykonawcy może dojść nieterminowego wykonania zadania, a co za tym idzie nałożenia na niego przez Zamawiającego obowiązku zapłaty kar umownych.

Co również istotne, Zamawiający wymaga aby wszelkie decyzje administracyjne niezbędne do realizacji robót budowlanych zostały uzyskane w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy z wykonawcą. Naturalnie niedochowanie przez wykonawcę również tego terminu zgodnie z umową uprawnia Zamawiającego do naliczenia kar umownych za każdy dzień opóźnienia, mimo iż na terminowość działań organów administracyjnych Wykonawca żadnego wpływu przecież nie ma.

Ponadto, brak w umowie postanowień przewidujących możliwość nałożenia na Zamawiającego kar umownych m.in. za nieterminowe wykonywanie ciężących na nim obowiązków umownych powoduje, że w zasadzie to wyłącznie wykonawca ponosić będzie całkowite ryzyko dotyczące realizacji zamówienia w zakresie swojej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w umowie i przepisach prawa.

Podkreślenia również wymaga, iż Zamawiający przyznając sobie na gruncie umowy uprawnienie do naliczenia kar umownych za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Zgłaszania Wad zgodnie z Klauzulą 11.4 [Niewypełnienie obowiązku usuwania wad], jak również za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Rękojmi za Wady zgodnie z Klauzulą 11.12 [Rękojmia za Wady] oraz za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Gwarancji Jakości zgodnie z Klauzulą 11.13 [Gwarancja Jakości] doprowadza w istocie do dublowania, a nawet możliwości potrójnego naliczenia kar umownych za to samo zdarzenie.

Nałożenie na wykonawcę zbyt rygorystycznych wymagań i obowiązków, a także zapisów dyskryminujących wykonawcę (nałożenie odpowiedzialności za niezależne od wykonawcy opóźnienie, dublowanie kar umownych, przy jednoczesnym braku po

stronie Zamawiającego zapłaty kar umownych za nienależyte wykonywanie ciężących na nim obowiązków) nie zasługuje na aprobatę i postanowienia umowne konstytuujące takie zasady powinny zostać odpowiednio zmienione bądź usunięte. Tym bardziej, że w umowie w odniesieniu do zachowań Zamawiającego mowa jest o zwłoce (a nie opóźnieniu), która to dopiero rodzi pewne negatywne konsekwencje w stosunku do tegoż podmiotu (tak m.in. w klauzuli 8.4 -Przedłużenie Czasu na Wykonanie).

40. naruszenie zasad współdziałania wierzyciela z dłużnikiem

W sytuacji gdy dłużnik ma wykonać swoje zobowiązanie (w tym przypadku usunąć wady) wierzyciel musi zapewnić mu taką możliwość przez dopuszczenie go do możliwości prowadzenia prac. W sytuacji, gdy w umowie zostanie zastrzeżone, że wierzyciel (Zamawiający) nie ma obowiązku dopuszczenia do usuwania wad -jeżeli prace miałyby utrudniać Zamawiającemu „należyte korzystanie z Robót” - mamy do czynienia z naruszeniem treści art. 354 § 2 k.c.

41. analogicznie jak uzasadnienie zarzutu nr 29

42. rękojmia za wady

Odnosnie terminu, od którego należy liczyć ten termin - uzasadnienie zarzutu nr 29. Ponadto należy skreślić słowo „wszelkich” przy wadach, mając na uwadze brak możliwości ponoszenia odpowiedzialności za wady nie wynikające z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Tak samo należy skreślić zdanie „z zachowaniem pierwszeństwa postanowień niniejszej klauzuli 11.12” w zakresie odwołania się do pkt 11.2-11.5 (klauzula 11.12 mówi wszak, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za jakość, trwałość i brak wad - a w klauzulach 11.2-11.5 jest wskazane w jakich przypadkach odpowiedzialności nie można przypisać Wykonawcy - tym samym nigdy nie można by się odwołać do tych klauzul). Ponadto brak możliwości powołania się w takiej sytuacji na pkt. 11.7 i 11.8- które też odnoszą się do kwestii okresu usuwania wad i pozycji prawnej stron

43. gwarancja jakości

Oдноśnie terminu, od którego należy liczyć ten termin - uzasadnienie zarzutu nr 29.

44. 10-letni termin gwarancyjny

Wymaganie tak długiego terminu gwarancyjnego dla szeregu prac objętych Kontraktem powoduje, że żaden Wykonawca nie będzie w stanie zrealizować takiego obowiązku. Na rynku nie istnieją bowiem Wykonawcy, którzy są w stanie sami zapewnić każdy element prac objętych Kontraktem, a więc w każdym przypadku Wykonawca musiałby przynajmniej odnośnie zakresu prac uzyskać gwarancję od podmiotu trzeciego (dostawcy, producenta etc). Doświadczenie wskazuje, że żaden podmiot nie daje takich okresów gwarancyjnych, a tym samym - przy braku możliwości otrzymania gwarancji od producentów - Wykonawca musiałby gwarantować właściwą jakość Robót (Materiałów, Urządzeń) samemu nie będąc producentem. Wymóg taki należy więc ocenić na gruncie art. 387 k.c. - nikt - nie tylko Wykonawca - nie jest w stanie zapewnić 10 letniej gwarancji na zakres prac wskazany przez Zamawiającego

45 i 46. analogicznie jak zarzut nr 37

47. brak możliwości zmiany stawki podatku VAT

Podatek VAT jest elementem cenotwórczym - nie wynika on w żaden sposób z okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Tym samym w przypadku zmiany stawki podatku VAT w czasie trwania Umowy mogłoby się okazać, że Wykonawca uzyska mniejszy zysk niż zakładany - przy obliczaniu wysokości oferty. Tym samym brak możliwości uwzględnienia tej zmiany powoduje zarzut naruszenia zasad współżycia społecznego.

48. kwestia przygotowania oferty

Wykonawca jest w stanie przygotować ofertę mając na uwadze dane dostarczone mu przez Zamawiającego, który ponosi odpowiedzialność za prawidłowe skonstruowanie dokumentów w taki sposób, aby móc Wykonawcom umożliwić złożenie porównywalnych ofert. Odżegnywanie się zatem przez Zamawiającego od tej odpowiedzialności rodzi zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 p.z.p.

49. możliwość dokonywania potrąceń na etapie wystawiania PŚP

Wykonawca ma obowiązek zafakturowania ilości wykonanych prac, a nie fakturowania ilości prac wynikających z ilości wykonanych prac, pomniejszonych o ewentualne potrącenia. W innym przypadku mielibyśmy do czynienia z odpowiedzialnością karno-skarbową. Wykonawca wystawiłby bowiem fakturę niezgodną z zasadami (zafakturowałby mniejszą ilość mając na uwadze dokonane potrącenie). Takie działanie stoi w sprzeczności z obowiązkiem terminowego uiszczania zobowiązań publicznoprawnych.

50. uzależnienie przyznania wynagrodzenia od decyzji Zamawiającego

Ukształtowanie warunków umownych w ten sposób, że to Zamawiający (jak wcześniej wskazano ZIKiT jest jedynie jednostką gminną- podmiotem umowy musi być Gmina Miejska Kraków) może jednostronnie decydować o tym w jakich terminach należy się wypłata Wykonawcy wynagrodzenia i uzależnienie tego od sytuacji majątkowej stoi w rażącej sprzeczności zarówno z art. 647 k.c, jak i art. 3531 k.c. Nie może być bowiem tak, że wynagrodzenie jednej ze stron umowy jest uzależnione od decyzji drugiej. Godzi to w istotę stosunku zobowiązaniowego.

51. ustalenie konieczności ustalania wartości wykonanych prac przy wynagrodzeniu ryczałtowym

Zamawiający określił wynagrodzenie w umowie jako wynagrodzenie ryczałtowe. Pomimo tego żąda, aby w PŚP wskazywać wartość wykonanych prac, co zbliża

zasady rozliczeń do zasad wynagrodzenia kosztorysowego. Zdaniem Wykonawcy takie działanie jest sprzeczne z naturą stosunku umownego i zasadami współzycia społecznego - nic nie stoi jednakże na przeszkodzie, aby w PŚP wskazywać procent zaawansowania robót.

52. ustalenie wartości faktury od decyzji przedstawiciela Zamawiającego

Postanowienia wskazane w klauzuli 14.6 i 14.7 WSK wprowadzają kolejne postanowienia niezgodne z obowiązującym w Polsce prawem. Przede wszystkim Wykonawca ma obowiązek zafakturowania takiej ilości prac, jaką wykonał, a nie taką, jaką uzna druga strona umowy (skoro druga strona jest zobowiązana do zapłaty zawsze może wskazywać, że powinna być niższa kwota, aniżeli to wynika z faktury). Tym samym nie może być tak, że zmusza się Wykonawcę, aby ten wystawiał fakturę tylko w takim zakresie, w jakim jest to uznane przez przedstawiciela Zamawiającego. Czym innym jest bowiem wykonanie prac (z czym powiązana jest konieczność wystawienia faktury) od uznania wykonania tych prac przez Zamawiającego. Ponadto wprowadzenie zasady, że jednej ze stron należy się tyle, ile uzna druga strona stanowi rażąco naruszenie zasad równości stron w umowie.

53. ustalanie wynagrodzenia należnego wedle zasad dla wynagrodzenia kosztorysowego przy zastrzeżonym w umowie wynagrodzeniu ryczałtowym

Uwagi analogiczne jak w zarzucie 51.

54. termin uprawniający do zawieszenia prac

Termin wskazany przez Zamawiającego (111 dni) jest terminem nieracjonalnym, rażąco naruszającym interesy Wykonawcy. Zgodnie z tym postanowieniem musi on kredytować prace na ponad 3 miesiące, jeżeli wystąpi okoliczność nie dokonywania zapłaty przez Zamawiającego. Dodatkowo przez skreślenie dotychczasowego brzmienia klauzuli 16.1 WOK uprawnienie to jest związane - wg obecnego brzmienia Kontraktu - jedynie z brakiem zapłaty (który to termin jest liczony od dostarczenia

faktury, a którą to można wystawić po uzyskaniu PŚP). Tym samym - gdy przedstawiciel Zamawiającego (Inżynier) nie wystawia PŚP nie będzie według obecnego brzmienia Kontraktu wystawić faktury, a Wykonawca musi cały czas prowadzić prace. Postanowienia tego rodzaju nie mogą w żadnej mierze być zaakceptowane w państwie prawa - i rażąco naruszają zasady współżycia społecznego. Konieczne jest zatem przywrócenie pierwotnej treści tej klauzuli.

55. termin prawa do odstąpienia dla Wykonawcy

Termin wskazany przez Zamawiającego (120 dni) jest terminem nieracjonalnym, rażąco naruszającym interesy Wykonawcy. Zgodnie z tym postanowieniem musi on kredytować prace na 4 miesiące, jeżeli wystąpi okoliczność nie dokonywania zapłaty przez Zamawiającego, i dopiero po upływie tego terminu może od Umowy odstąpić (pomimo tego, że istnieje ryzyko niezapłacenia przez Zamawiającego).

Dodatkowo przez skreślenie dotychczasowego brzmienia klauzuli 16.2 WOK uprawnienie to jest związane - wg obecnego brzmienia Kontraktu - jedynie z brakiem zapłaty (który to termin jest liczony od dostarczenia faktury, a którą to można wystawić po uzyskaniu PŚP). Tym samym - gdy przedstawiciel Zamawiającego (Inżynier) nie wystawia PŚP nie będzie według obecnego brzmienia Kontraktu wystawić faktury, Wykonawca nie będzie mógł odstąpić od Umowy. Postanowienia tego rodzaju nie mogą w żadnej mierze być zaakceptowane w państwie prawa - i rażąco naruszają zasady współżycia społecznego. Konieczne jest zatem przywrócenie pierwotnej treści tej klauzuli.

56. rozszerzenie zakresu odpowiedzialności Wykonawcy do odpowiedzialności za przypadki Siły Wyższej

Zamawiający uznał za zasadne skreślenie przypadków wskazujących (w 17.3) na tzw. Ryzyka Zamawiającego. Skreślił on tym samym takie przypadki jak: „działania takich sił natury, które są Nieprzewidywalne, co do których nie można w racjonalny sposób oczekiwać, aby doświadczony wykonawca im skutecznie przeciwdziałał”, cz też „bunt, akt terroru” etc. Skreślenie to należy czytać łącznie z klauzulą 17.2 WOK, która

wskazuje, że „Jeżeli z jakiegokolwiek przyczyny nie wymienionej w klauzuli 17.3[Ryzyka Zamawiającego] powstanie strata lub szkoda w Robotach, Dostawach lub Dokumentach Wykonawcy w okresie w którym Wykonawca jest odpowiedzialny za opiekę nad nimi, to Wykonawca winien na własny koszt i ryzyko naprawić stratę lub szkodę”. Tym samym Zamawiający przez ograniczenie przypadków Ryzyka Zamawiającego wskazał, że praktycznie w każdym przypadku wystąpienia Siły Wyższej Wykonawca nie będzie zwolniony z odpowiedzialności, tylko będzie zobowiązany do usunięcia szkody i straty. Działanie takie należy z całą stanowczością ocenić na gruncie art. 3531 k.c.

57. analogicznie jak zarzut 41

58. spełnianie przez Roboty przesłanek wynikających z przepisów prawa przez okres gwarancji

W ten sposób Zamawiający spowodował, że na Wykonawcę przerzucone jest ryzyko przez cały Okres Gwarancyjny wystąpienia zmian w zakresie przepisów prawa. Z punktu tego bowiem wynika, że Wykonawca ma obowiązek zapewnić zgodności Robót w Okresie Gwarancyjnym (a więc już po ich wykonaniu) z przepisami prawa, a więc także wówczas gdy w tym okresie przepisy ulegną zmianie. Powoduje to, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert -żaden z wykonawców nie wie jakie zmiany wystąpią, a tym samym nie ma możliwości stworzenia porównywalnych ofert. Co więcej - taki opis powoduje jego nieprecyzyjność -trudno jest przewidzieć przez Wykonawcę okoliczności o których pisze Zamawiający.

59. związanie dokumentami nie dołączonymi do SIWZ

Zamawiający w warunkach gwarancji wskazał, że Wykonawca ma zaakceptować stosowane przez Zamawiającego zasady i standardy utrzymania Przedmiotu Gwarancji za wystarczające i zgodne z zasadami eksploatacji. Wprowadzenie takiego postanowienia bez w ogóle dostarczenia takowych zasad powoduje, że nie ma

prawnej możliwości złożenia takiego oświadczenia, a tym samym klauzula taka jest nieważna.

60. analogicznie jak w zarzucie nr 19

61. analogicznie jak w zarzucie nr 41

62. analogicznie jak w zarzutach nr 41 i 44

63. analogicznie jak w zarzucie nr 33

64. analogicznie jak w zarzucie nr 39

65. niezapewnienie przez Zamawiającego dokumentów, które powinny składać się na PFU i przerzucenie obowiązków na nim ciążących na Wykonawcę

Zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3 p.z.p. opis przedmiotu zamówienia w robotach budowlanych jest dokonywany przez Zamawiającego w postaci PFU. Rozporządzenie MI z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z dnia 16 września 2004 r.) wskazuje w jaki sposób należy skonstruować PFU.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu, co jednoznacznie wynika z PFU (część II, punkt 4) zażądał dostarczenia dokumentów, do których dostarczenia sam jest zobowiązany przez Wykonawcę. Powoduje to, że Wykonawca nie może określić zakresu prac projektowych, a co za tym idzie, nie ma możliwości rzetelnego skalkulowania ceny oferty, co powoduje, że oferty złożone przez wykonawców byłyby nieporównywalne.

66. nieprzekazanie projektów budowlanych dla zadania II i III

Zamawiający w przekazanej Specyfikacji określił, że dysponuje dokumentacją budowlaną i wykonawczą na wyżej określone zadania (część III spis załączników PFU). Pomimo tego w dokumentacji dołączonej do SIWZ znaleźć można jedynie projekty wykonawcze. Oznacza to, że przez niezapewnienie przez Zamawiającego

całej dokumentacji przetargowej powstaje ryzyko złożenia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie nieporównywalnych ofert.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

W dniu 09.03.2012 r. zamawiający przekazał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

We wstępie do uzasadnienia swojego stanowiska zamawiający wskazał, w jaki sposób winny być rozumiane używane przez niego skróty: Umowa, Kontrakt - wzór umowy stanowiący Część II SIWZ, „WOK” - warunki ogólne kontraktu, „WSK” - Warunki Szczegółowe Kontaktu, „pzp” – ustawa Prawo zamówień publicznych, „pr. aut.” - Ustawa z dn. 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Następnie zamawiający stwierdził, iż jego ocenie odwołujący nie wykazał przesłanek skorzystania ze środków ochrony prawnej określonych w art. 179 ust 1 ustawy W szczególności we wniesionym odwołaniu zaniechano jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia dla wykazania w jaki sposób zaskarżony zapisy SIWZ mogłyby spowodować możliwość poniesienia szkody przez odwołującego.

Ponadto zamawiający podniósł, iż niezależnie od kwestionowania podnoszonych przez odwołującego zarzutów, dokonał przed wniesieniem niniejszej odpowiedzi na odwołanie modyfikacji zapisów wzoru umowy oraz innych dokumentów wchodzących w skład części II SIWZ, co wskazano przy omawianiu poszczególnych zarzutów w niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania zamawiający wskazał:

1)

Zarzut sformułowany w punkcie 1) odwołania co do zapisów Aktu Umowy uznać należy za nieuzasadniony. W szczególności wskazać należy, iż techniczna czynność sprecyzowania i dokładnego określenia stron umowy oraz konkretnych osób ją zawierających wraz ze wskazaniem w czyim imieniu występują następuje dopiero

przed jej zawarciem. Z przepisów powszechnie obowiązującego prawa tj. ustawy o finansach publicznych wynika, iż jednostki budżetowe są jednostkami organizacyjnymi sektora finansów publicznych nie mającymi osobowości prawnej a co za tym idzie działania wywierają skutki dla podmiotów które je powołały do życia w tym przypadku jednostki samorządu terytorialnego - Gminy Miejskiej Kraków. Jednostka budżetowa działa na podstawie nadanego jej statutu. Z § 3 Statutu Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (dalej ZIKiT") wynika, iż przedmiotem jego działalności jest m.in. wypełnianie funkcji inwestorskich dla zadań inwestycyjnych realizowanych przez Gminę Miejską Kraków w zakresie działania ZIKiT. Z § 6 Statutu ZIKiT wynika natomiast, iż Dyrektor reprezentuje Gminę Miejską Kraków w zakresie działalności ZIKiT na zewnątrz, na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Prezydenta Miasta Krakowa. Przywoływanie w tym zakresie postanowień art. 33 i 33' kodeksu cywilnego nie znajduje zatem żadnego uzasadnienia. Zresztą z samej treści sformułowanego zarzutu wynika, iż Odwołujący jest w pełni świadomy powyższych okoliczności. Tym samym fakt wpisania w projekcie umowy jako strony Zamawiającej ZIKiT bez doprecyzowania, iż występuje w charakterze jednostki organizacyjnej (jednostki budżetowej) Gminy Miejskiej Kraków pozostaje całkowicie bez znaczenia na prowadzone postępowanie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował w projekcie umowy opis strony Zamawiającej przed wniesieniem niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

2)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 2) odwołania co do zapisów Aktu Umowy nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności należy wskazać, iż sformułowany przez Odwołującego zarzut zasadza się na całkowicie dowolnej i niedopuszczalnej metodzie wykładni postanowień projektu umowy polegającej na interpretowaniu poszczególnych zapisów wzoru umowy w całkowitym oderwaniu od kontekstu pozostałych regulacji umownych. Nie sposób bowiem godzić się z tokiem rozumowania Odwołującego który prowadzi do wniosku, iż użycie w Akcie Umowy zwrotu „wszelkie wady” w zakresie obowiązku wykonawcy co do usuwania wad ma

to znaczenie, że w istocie całkowicie wyłącza zastosowanie innych postanowień projektu umowy regulujących zasady usuwania wad. Skoro bowiem w klauzuli 11 w sposób wyraźny i szczegółowy określono zasady odpowiedzialności Wykonawcy za wady to jasnym jest, że jego odpowiedzialność za wady na gruncie postanowień wzoru umowy nie ma charakteru absolutnego (jak stara się to przedstawić Odwołujący) a jedynie charakter wynikający z całokształtu postanowień umowy. Pod pojęciem „wszelkich wad” użytym w Akcie Umowy należy bowiem w świetle postanowień umowy rozumieć wszelkie wady za usunięcie których wykonawca odpowiada na mocy Kontraktu. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 353¹ kodeksu cywilnego. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający dokonał zmiany projektu umowy doprecyzowując preambułę oraz pkt 3) Aktu Umowy poprzez wskazanie, iż wykonawca usunie „wszelkie wady za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

3)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego co do pkt 2 Aktu Umowy są całkowicie nieuzasadnione. Wszelkie dokumenty składające się na Kontrakt są ze sobą spójne i wzajemnie się uzupełniają. Nie sposób zgodzić się z zarzutami odwołującego sformułowanymi co do wyimaginowanych ryzyk płynących z kolejności umiejscowienia poszczególnych dokumentów w pkt 2 Aktu Umowy. W szczególności nie sposób zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, iż na gruncie brzmienia pkt 2 Aktu Umowy występuje „ryzyko arbitralnego wykorzystywania przez Zamawiającego niejednoznaczności” w sposób krzywdzący dla wykonawcy. Takie ryzyko występowało by gdyby w skład Kontraktu nie wchodziły wszystkie wymienione w pkt 2 Aktu Umowy dokumenty. Wbrew głośnym twierdzeniom Odwołującego nie wskazał on na jakiegokolwiek sprzeczności pomiędzy poszczególnymi dokumentami wchodzącymi w skład Kontraktu. Ponadto wskazać należy, iż właśnie z okoliczności wyraźnego opisanie dokumentów wchodzących w skład Kontraktu wynika konieczność interpretowania ich postanowień w zgodzie z pozostałymi postanowieniami Kontraktu. Szczególnie nieuzasadnione jest wskazywanie że skoro

postanowienia umowy mają pierwszeństwo przed postanowieniami PFU to wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty na warunkach konkurencyjności. Powyższe stanowisko nie znajduje żadnego oparcia w treści umowy która w zakresie określenia przedmiotu umowy przedmiotowo wprost odsyła do Wymagań Zamawiającego (w skład których wchodzi właśnie PFU i dokumentacja projektowa). Z faktu zastrzeżenia pierwszeństwa dokumentów składających się na umowę nie wynika, iż dokumenty wyższego rzędu wyłączają stosowanie dokumentów niższego rzędu lecz że stanowią wskazówkę interpretacyjną przy dokonywaniu wykładni innych dokumentów (wedle zasady od dokumentów najbardziej ogólnych do dokumentów najbardziej szczegółowych).

Należy dodatkowo podkreślić, iż wszystkie dokumenty składające się na Kontrakt wchodzi w skład dokumentacji przetargowej i są znane wykonawcy przed zawarciem umowy, co więcej w składanej ofercie wykonawca wyraźnie akceptuje treść wszelkich dokumentów składających się na Kontrakt. Jedynym elementem oferty wykonawcy nie uwzględnionym w dokumentach składających się na Kontrakt jest cena która jednakowoż zostanie wyraźnie wpisana w Akcie Umowy w momencie podpisywania Kontraktu. Zatem wbrew twierdzeniom Wykonawcy w ogóle nie istnieje podnoszone przez niego w Odwołaniu ryzyko, iż Zamawiający mógłby domagać się od Wykonawcy świadczeń odbiegających od jego Oferty wszak treścią oferty Wykonawcy jest zobowiązanie się do wykonania przedmiotu zamówienia na zasadach wynikających ze wzoru umowy oraz dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia (czyli zgodnie z treścią SIWZ) za cenę podaną w ofercie. Jeżeli oferta wykonawcy nie spełniała by wymogu zgodności z postanowieniami SIWZ (art. 82 ust 3 pzp) to podlegała by odrzuceniu na mocy art. 89 ust 1 pkt 2) pzp. W ocenie Zamawiającego uwzględnienie wniosku Odwołującego (usunięcie całego pkt 2 Aktu Umowy) prowadziło by do powstania istotnych wątpliwości i niejasności w zakresie obowiązków umownych stron a więc odniosło by dokładnie odwrotny skutek niż stara się to wykazać Odwołujący. Postanowienia pkt 2 Aktu Umowy nie stanowią zatem naruszenia przepisów prawa przywoływanych przez Odwołującego a wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 3) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

4)

Wbrew twierdzeniom odwołującego klauzula 3.1 WOK w żadnym miejscu nie wskazuje jakoby za działania Inżyniera Kontraktu odpowiedzialność miał ponosić wykonawca. Wprost przeciwnie przywołane postanowienie wskazuje przede wszystkim, iż postanowienia Kontraktu mają prymat nad wszelkimi działaniami Inżyniera Kontraktu. Podkreślić bowiem należy, iż w każdym przypadku wykonawca jako profesjonalny podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie realizacji przedmiotu umowy powinien działać zgodnie z postanowieniami kontraktu i powinien w zgodzie z postanowieniami Kontraktu realizować przedmiot umowy. To właśnie wykonawca zawierając umowę przyjmuje na siebie obowiązek zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami i nie może w tym zakresie umniejszać swojej odpowiedzialności. Brak przywołanego postanowienia w projekcie umowy mógłby prowadzić do konstruowania przez wykonawcę twierdzeń o braku jego jakiegokolwiek odpowiedzialności za wykonane roboty na podstawie samego faktu ich skonsultowania z Inżynierem, zatwierdzenia czy nawet braku sprzeciwu wobec działania wykonawcy, co byłoby niezgodne z istotą projektowanej umowy oraz jej celem. To wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłową realizację umowy i nie może przerzucać odpowiedzialności w tym zakresie na zamawiającego. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 353 kodeksu cywilnego. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 4) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

5)

W sformułowanym zarzucie dotyczącym postanowień klauzuli 3.5 Kontraktu odwołujący całkowicie pomija okoliczność, iż wszelkie czynności Inżyniera Kontraktu podejmowane na podstawie przywołanej klauzuli muszą pozostawać w zgodzie z postanowieniami Kontraktu wiążącego Wykonawcę. Zatem pomimo braku odrębnej umowy pomiędzy Inżynierem a Wykonawcą wszelkie uprawnienia Inżyniera znajdują wprost umocowanie w zobowiązaniach Wykonawcy wynikających z zawieranej z zamawiającym Umowy. Ponadto postanowienia Klauzuli 3.5 znajdują zastosowanie tylko wtedy kiedy przewidują to wyraźnie postanowienia umowy zawartej z Wykonawcą. Nie może zatem budzić wątpliwości, iż Wykonawca winien być zobowiązany do uwzględniania ustaleń zgodnych z postanowieniami Kontraktu .

Ponadto nie jest prawdziwe twierdzenie jakoby Inżynier był uprawniony do wiążącego Strony ustalania ich sytuacji prawnej - sytuacja ta bowiem wynika ze stosunku zobowiązaniowego Stron w ramach którego funkcjonuje Inżynier Kontraktu. Inżynier nie jest uprawniony do dokonywania jakichkolwiek ustaleń które wykraczały by poza postanowienia Kontraktu skoro do zmiany Kontraktu w każdej sytuacji wymaga się zgodnego oświadczenia woli stron wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności. Dokonywane przez Odwołującego a priori założenie, iż Inżynier Kontraktu nie będzie stosował się do postanowień umowy nie może być w żadnej mierze uznane za uzasadniające sformułowane zarzut¹). Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 353¹ kodeksu cywilnego Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 5) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

6)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 6) odwołania co do zapisów klauzuli 4.1 WOK nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności należy wskazać, iż sformułowany przez Odwołującego zarzut zasadza się na całkowicie dowolnej i niedopuszczalnej metodzie wykładni postanowień projektu umowy polegającej na interpretowaniu poszczególnych zapisów wzoru umowy w całkowitym oderwaniu od kontekstu pozostałych regulacji umownych. Nie sposób bowiem godzić się z takim rozumowaniem Odwołującego który prowadzi do wniosku, iż użycie w umowie zwrotu „wszelkie wady” w zakresie obowiązku wykonawcy co do usuwania wad ma to znaczenie, że w istocie całkowicie wyłącza zastosowanie innych postanowień projektu umowy regulujących zasady usuwania wad. Skoro bowiem w klauzuli 11 w sposób wyraźny i szczegółowy określono zasady odpowiedzialności Wykonawcy za wady to jasnym jest, że jego odpowiedzialność za wady na gruncie postanowień wzoru umowy nie ma charakteru absolutnego (jak stara się to przedstawić Odwołujący) a jedynie charakter wynikający z całokształtu postanowień umowy. Pod pojęciem „wszelkich wad” użytym w umowie należy w świetle postanowień umowy rozumieć wszelkie wady za usunięcie których wykonawca odpowiada na mocy Kontraktu. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o

niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia klauzuli 4.1 WOK poprzez wskazanie, iż wykonawca usunie „wszelkie wady w Robotach za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

7)

Zarzut sformułowany przez odwołującego w punkcie 7) co do postanowień klauzuli 4.1 WOK jest całkowicie nieuzasadniony. W szczególności należy wskazać, iż celem i istotą zawieranej umowy jest osiągnięcie określonego efektu w postaci wykonania przedmiotu umowy a nie prowadzenia przez wykonawcę prac projektowych i budowlanych jako takich. Tym samym istotą zobowiązania umownego wykonawcy jest wykonanie przedmiotu umowy (przedmiotu zamówienia) a nie prowadzenie przez wykonawcę prac określonego rodzaju czy ilości. Zatem zakres świadczenia wykonawcy nigdy nie będzie przekraczał tego co ustalono w Kontrakcie którego przedmiotem jest realizacja szczegółowo opisanego przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy wskazać, iż wykonawca w aspekcie formułowania zarzutów wobec klauzuli 4.1 WOK w sposób błędny utożsamia ustalony zakres świadczenia wynikający z umowy z konkretnym zakresem prac (czyli konkretnych czynności faktycznych) jaki ma w tym celu wykonać. Z natury rzeczy nie da się bowiem określić w Kontrakcie wszelkich prac (czyli konkretnych czynności faktycznych) jakie ma wykonać wykonawca (ze szczególnym uwzględnieniem charakteru umowy tj. „zaprojektuj i wybuduj” oraz ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy) w celu wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca ma bowiem wykonać wszelkie prace (czyli wszelkie czynności faktyczne nawet jeśli nie są wyraźnie przewidziane w umowie) które konieczną są dla ukończenia i właściwego działania Robót - czyli zrealizowania przedmiotu umowy (zakresu świadczenia) który jest precyzyjnie określony w umowie za pomocą właściwych dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Reasumując stwierdzić należy, iż przywołane postanowienia ma takie znaczenie iż wykonawca na gruncie umowy ma podjąć wszelkie czynności niezbędne dla prawidłowego wykonania ustalonego przedmiotu umowy co jest w pełni zgodne z art. 140 oraz art. 29 pzp. i w żadnej mierze nie prowadzi do nałożenia na wykonawcę obowiązku świadczenia ponad to co wynika z Kontraktu. Wobec

powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 7) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

8)

Zarzut sformułowany przez odwołującego w punkcie 8) co do postanowień klauzuli 4.1 WOK jest całkowicie nieuzasadniony. W pierwszym rzędzie wskazać należy, iż z klauzuli 2.1 nie wynika iż dostęp to terenu budowy nie będzie wyłączny dla Wykonawcy ale że nie musi być on wyłączny. Oznacza to, iż umowa potencjalnie dopuszcza zamawiającemu wprowadzenie na teren budowy innego wykonawcy, co w praktyce może ale nie musi nastąpić. W praktyce skorzystanie z przywołanego postanowienia przez zamawiającego, wobec zakresu przedmiotowego umowy, zastosowanie może znaleźć np. w przypadku powierzenia (na podstawie umowy lub przepisów powszechnie obowiązującego prawa) wykonania określonych prac innym podmiotom w trybie wykonania zastępczego za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Po wtóre z dniem przekazania wykonawcy terenu budowy przejmuje od za ten teren odpowiedzialność i ponosi on odpowiedzialność za szkody wynikłe na tym terenie co wprost wynika z art. 652 kodeksu cywilnego. Mając na uwadze okoliczność, iż wykonawca prowadzi przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody jego odpowiedzialność opiera się na zasadzie ryzyka (art. 435 kodeksu cywilnego). Nie można również pominąć w tym zakresie okoliczności, iż Wykonawca będzie prowadził Roboty po kierownictwem Kierownika Budowy którego on sam ma zapewnić. A to właśnie do obowiązków kierownika budowy należy wykonywanie szeregu obowiązków związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa na terenie budowy (art. 22 pr. budowlanego)

Reasumując stwierdzić należy, iż skoro Wykonawca przyjmuje na siebie obowiązek kompleksowego wykonania pełnego zakresu przedmiotowego umowy począwszy od zaprojektowania aż do pełnego wykonania przedmiotu umowy to nie może uchylać się od odpowiedzialności za kompleksowe wykonanie robót w tym za przyjęte przez siebie rozwiązania i podejmowane działania do czego prowadziłoby uwzględnienie żądania Odwołującego i wykreślenie wnioskowanego fragmentu klauzuli 4.1 WOK. W powyższym aspekcie z całą pewnością nie można mówić o niemożliwości świadczenia (art. 387 kodeksu cywilnego) skoro to Wykonawca zapewnia kierownika budowy który ma istotne prawa i obowiązki związane z terenem budowy i

prowadzonymi na tym terenie robotami. Co za tym idzie treść przywołanej klauzuli nie stanowi naruszenia art. 387 oraz 353¹ kodeksu cywilnego.

9)

Zarzut odwołującego zawarty w pkt 9) Odwołania a odnoszący się do treści klauzuli 4.10 WOK jest całkowicie nieuzasadniony i bezpodstawny. Wskazać należy w szczególności, iż w klauzuli 4.10 zastrzeżono że informacje dotyczące terenu budowy udostępnione przez Zamawiającego zostały zawarte w Wymaganiach Zamawiającego i udostępnione wykonawcy już na etapie postępowania przetargowego. W skład Wymaganiach zamawiającego wchodzi bowiem w szczególności dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia (PFU, dokumentacja projektowa). Co za tym idzie wszelkie odnośne dane zostały udostępnione wykonawcy zgodnie z ustawą. Sformułowanie przywoływanej klauzuli stanowi jedynie wyrażenie założenia, że złożone oferty zostały przygotowane należycie, tzn. wykonawcy przy ich sporządzaniu uwzględnili wszelkie dostępne im informacje na temat przedmiotu oraz warunków wykonywania zamówienia. Racjonalnie działający wykonawca w przypadku gdy nie jest w stanie w wystarczającym stopniu ocenić i skalkulować ryzyk związanych z prowadzeniem danego przedsięwzięcia gospodarczego nie powinien się podejmować jego wykonania. Akapit drugi przywołanej klauzuli 4.10 nie nakłada na wykonawcę żadnych dodatkowych obowiązków w zakresie przedmiotu świadczenia. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 9) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

10)

Zarzut odwołującego zawarty w pkt 10) Odwołania a odnoszący się do treści klauzuli 4.11 WOK jest całkowicie nieuzasadniony i bezpodstawny. Wbrew twierdzeniom odwołującego postanowienia klauzuli 4.11 które odsyłają do klauzuli 4.10 potwierdzają, iż Wykonawca winien ustalić należne mu wynagrodzenie (Zatwierdzona Kwota Kontraktowa, cena ofertowa wykonawcy) na podstawie całokształtu dokumentacji i informacji wchodzących w skład wymagań zamawiającego oraz ogólnie dostępnych informacji - a co za tym idzie (stosownie do definicji pojęcia wymagań zamawiającego) na podstawie wszystkich dokumentów i

informacji zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogólnie dostępnych informacji. To z kolei jest w pełni zgodne z wymogami przepisów pzp. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 10) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

11)

Zarzut odwołującego zawarty w pkt 11) Odwołania a odnoszący się do treści klauzuli 5.2 WOK jest całkowicie nieuzasadniony i bezpodstawny. Przywołane postanowienie wskazuje przede wszystkim, iż postanowienia Kontraktu mają prymat nad wszelkimi działaniami Inżyniera Kontraktu. Podkreślić bowiem należy, iż w każdym przypadku wykonawca jako profesjonalny podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie realizacji przedmiotu umowy powinien działać zgodnie z postanowieniami kontraktu i powinien w zgodzie z postanowieniami Kontraktu realizować przedmiot umowy. To właśnie wykonawca zawierając umowę przyjmuje na siebie obowiązek zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami i nie może w tym zakresie umniejszać swojej odpowiedzialności. Brak przywołanego postanowienia w projekcie umowy mógłby prowadzić do konstruowania przez wykonawcę twierdzeń o braku jego jakiegokolwiek odpowiedzialności za wykonane roboty na podstawie samego faktu ich skonsultowania z Inżynierem, zatwierdzenia czy nawet braku sprzeciwu wobec działania wykonawcy, co byłoby niezgodne z istotą projektowanej umowy oraz jej celem. To wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłową realizację umowy i nie może przerzucać odpowiedzialności w tym zakresie na zamawiającego. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 353¹ kodeksu cywilnego. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 11) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

12)

Zarzuty odwołującego sformułowane w zakresie postanowień klauzuli 6.11 są całkowicie niezrozumiałe. W szczególności musi być oczywistym że wykonawca przejmując odpowiedzialność za Teren Budowy (art. 652 kodeksu cywilnego) musi również ponosić odpowiedzialność za wpływ swoich działań lub zaniechali na terenie budowy na mienie i osoby w otoczeniu terenu budowy. W szczególności w pełni

uzasadnione jest wymaganie aby wykonawca stosował wszelkie wymagane przepisami prawa i rzetelną praktykę budowlaną środki zapobiegające szkodom osobowym i szkodom w mieniu w okolicy budowy. Nie można w Kontrakcie w sposób wyczerpujący opisać tego zakresu odpowiedzialności (np. definiując w metrach pojęcie otoczenia budowy) gdyż w każdym przypadku wpływ na otoczenia będzie uzależniony od rodzaju prowadzonych prac czy używanego sprzętu (np. wpływ drgań na otoczenie budowy będzie różny zależnie od używanego przez wykonawcę sprzętu). Nie można zgodzić się z tezą, że każdy zapis umowy o charakterze generalnym stanowi naruszenie interesów wykonawcy i jest sprzeczny z prawem. Zupełnie niezrozumiały jest zwłaszcza zarzut naruszenia art. 387 kodeksu cywilnego. Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387, to tzw. niemożliwość obiektywna (zob. art. 475; por. też K. Kruczałak, Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego, Warszawa 1983, s. 77 i nast.). Świadczenie jest niewykonalne, zatem nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (zob. też wyr. SA w Poznaniu z 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90; wyr. SN z 22.11.1973 r., III CRN 255/73, Legalis; z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Legalis; z 8.1.2009 r., I CSK 239/08, Legalis; z 20.3.2009 r., II CSK 611/08, Legalis). Niemożność spełnienia świadczenia przez dłużnika (tzw. niemożliwość subiektywna) nie ma wpływu na ważność umowy, może mieć jednak wpływ na jej wykonanie. Z całą pewnością wypełnienie obowiązków o których mowa w klauzuli 6.11 jest możliwe obiektywnie i subiektywnie dla wszystkich rzetelnych i odpowiedzialnych wykonawców. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 387 oraz 647 kodeksu cywilnego. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 12) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

13)

Zarzut odwołującego zawarty w pkt 13) Odwołania a odnoszący się do treści klauzuli 7.3 WOK jest całkowicie nieuzasadniony i bezpodstawny. Przywołane postanowienie wbrew twierdzeniom odwołującego nie nakłada na niego obowiązków w zakresie zapewnienia Personelowi Zamawiającego dostępu do wszelkich miejsc nie będących

we władaniu Wykonawcy a jedynie nakłada na niego obowiązek zapewnienia swobodnego wykonywania czynności przez Personel Zamawiającego. Innymi słowy na mocy niniejszej klauzuli Wykonawca ma obowiązek znoszenia pewnych czynności (inspekcji) Personelu Zamawiającego, nie utrudniania ich i udzielania dostępnej Wykonawcy pomocy a nie podejmowania jakichś szczególnych działań w celu umożliwienia wykonywania obowiązków przez Personel Zamawiającego. Zupełnie niezrozumiały jest w tym aspekcie zwłaszcza zarzut naruszenia art. 387 kodeksu cywilnego. Należy wskazać za doktryną prawa, iż niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387, to tzw. niemożliwość obiektywna (zob. art. 475; por. też K. Kruczałak, Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego, Warszawa 1983, s. 77 i nast.). Świadczenie jest niewykonalne, zatem nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (zob. też wyr. SA w Poznaniu z 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90; wyr. SN z 22.11.1973 r., III CRN 255/73, Legalis; z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Legalis; z 8.1.2009 r., I CSK 239/08, Legalis; z 20.3.2009 r., II CSK 611/08, Legalis). Niemożność spełnienia świadczenia przez dłużnika (tzw. niemożliwość subiektywna) nie ma wpływu na ważność umowy, może mieć jednak wpływ na jej wykonanie. Z całą pewnością wypełnienie obowiązków o których mowa w klauzuli 7.3 jest możliwe obiektywnie i subiektywnie dla wszystkich rzetelnych i odpowiedzialnych wykonawców. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 387 kodeksu cywilnego. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia klauzuli 7.3 WOK poprzez wykreślenie pod w podpunkcie (b) słów „i poza nim”.

14)

Zarzut sformułowany przez odwołującego w punkcie 14) Odwołania co do treści klauzuli 14.6 WOK w aspekcie rzekomego uprawnienia do modyfikowania z datą wsteczną oświadczeń woli złożonych w stosunku do Wykonawcy jest całkowicie chybiony. Przywołana w powyższym zakresie klauzula 14.6 *in fine* stanowi bowiem

jedynie o tym iż w przypadku wystawiania Świadcstwa Płatności, Inżynier uprawniony jest do uwzględnienia przy jego wydawaniu okoliczności które powinny być (a nie zostały) uwzględnione przy wydawaniu wcześniejszych Świadcstw Płatności. Przywołane postanowienie nie stanowi zatem w żadnym wypadku upoważnienia dla Inżyniera do „wstecznych” modyfikacji już wystawionych Świadcstw Płatności a jedynie do uwzględnienia przez Inżyniera przy bieżąco (aktualnie) wydawanym Świadcstwie Płatności okoliczności które wystąpiły w przeszłości i powinny być uwzględnione już przy wydawaniu wcześniejszych Świadcstw Płatności ale uwzględnione nie zostały (np. z tego powodu że Inżynier o nich nie wiedział). Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 61 § 1 oraz art. 353 kodeksu cywilnego. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 14) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

15)

Nie można zgodzić się z zarzutami Odwołującego sformułowanym co do postanowień klauzuli 14.12. W szczególności za moment zakończenia wykonywania umowy i wypełnienia wszelkich obowiązków z niej wynikających może być uznany na gruncie jej wyraźnych postanowień dopiero dzień wydania Świadcstwa Wykonania (klauzula 11.9 - „Świadcstwo Wykonania będzie jedynym dokumentem potwierdzającym przejęcie Robót przez Zamawiającego”, zgodnie z klauzulą 11.11 zwolnienie terenu budowy przez Wykonawcę następuje dopiero z dniem wydania Świadcstwa Wykonania) albowiem dopiero z tym dniem można stwierdzić, że wszelkie umowne obowiązki wykonawcy zostały wypełnione. Tym samym Świadcstwo Wykonania przyjmuje w niniejszym przypadku charakter końcowego bezusterkowego protokołu odbioru robót a co za tym idzie dopiero ono może być podstawą do dokonania ostatecznych rozliczeń pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą. W swoich twierdzeniach Odwołujący całkowicie pomija fakt, iż w Okresie Zgłaszania Wad Wykonawca zobowiązany jest do dokończenia wszelkich stwierdzonych w Świadcstwie Przejęcia robót zaległych, usunięcia stwierdzonych wad i uszkodzeń oraz uzyskania pozwolenie na użytkowanie Robót dla których wystawiono Świadcstwo Przejęcia. Dopiero po wykonaniu powyższych obowiązków możemy mówić o wykonaniu przedmiotu umowy. Wskazać w tym miejscu należy na

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 18 listopada 2009 r., sygn. akt I SA/Bk 403/09 wydany na kanwie sporu o termin wykonania usługi budowlanej w którym to wyroku Sad stwierdził, iż pojęcie wykonania usługi nie zostało zdefiniowane w ustawie o VAT. Ze względu na specyfiką ww. usług wiążą się one z koniecznością akceptowania ich wykonania przez zleceniodawcę (inwestora). Stąd istotą wykonania takiej usługi jest skwitowanie jej zakresu (bądź całości) przez inwestora. Ukształtowana już praktyka obrotu gospodarczego łączy potwierdzenie wykonania tego typu usług tzw. protokołami zdawczo-odbiorczymi, czy też jak to wynika np. z cyt. ustawy Prawo budowlane, protokołami odbiorów częściowych i końcowych, które są elementem dziennika budowy. Tego typu dokumenty mają za zadanie potwierdzać wykonanie danej usługi. Z istoty swej zawierają więc datę wykonania usługi, jej zakres oraz podmiot, który wykonał usługę, oraz wskazanie o przyjęciu (zaakceptowaniu) wykonanej usługi przez zleceniodawcę. Bez znaczenia jest przy tym nazwa takiego dokumentu. Powinien on jednak jednoznacznie dokumentować odbiór przez inwestora określonych prac.

Dokumentem spełniającym powyższe kryteria a co za tym idzie potwierdzającym wykonanie i przyjęcie (odebranie) usługi budowlanej na gruncie projektu umowy jest Świadectwo Wykonania które stanowi podstawę do dokonania ostatecznego rozliczenia między stronami. W aspekcie sformułowanych przez wykonawcę zarzutów wskazać należy zatem, iż utożsamianie przez wykonawcę wykonania usługi budowlanej jedynie z jej faktyczną realizacją jest błędna i sprzeczna z powszechnie przyjmowanym stanowiskiem organów podatkowych jak i orzecznictwem sądów. Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 2-21, art. 14 ust. 6, art. 20 i art. 21 ust. 1. Od powyższej ogólnej zasady, ustawodawca określił w sposób odmienny - między innymi dla usług budowlanych -szczególny moment powstania obowiązku podatkowego. W myśl art. 19 ust. 13 pkt 2 lit, d) ww. ustawy, obowiązek podatkowy w przypadku usług budowlanych lub budowlano - montażowych powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż 30 dnia, licząc od dnia wykonania tych usług. Na mocy art. 19 ust. 14 cyt. ustawy, zasady, o których mowa w art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) mają zastosowanie do usług przyjmowanych częściowo, których odbiór jest dokonywany na podstawie protokołów zdawczo - odbiorczych. Pojęcie „protokoły odbiorów częściowych i końcowych" występuje w art.

3 pkt 13 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. . Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.), jako jeden z elementów „dokumentacji budowy”. Ustawa o podatku od towarów i usług nie zawiera definicji „wykonania usługi”, dlatego w przypadku usług budowlanych za datę „wykonania usługi” powszechnie przyjmuje się dzień odbioru technicznego robót, potwierdzony stosownym protokołem zdawczo - odbiorczym lub innym dokumentem stwierdzającym przyjęcie wykonanej usługi. Zatem, dzień wykonania usługi - to dzień podpisania protokołu.

Przepisy ustawy o VAT nie określają formy protokołu zdawczo - odbiorczego oraz wymaganych jego elementów. W praktyce należy stwierdzić, iż protokół powinien zawierać opis wykonanych prac, ich odbiór oraz podpisy wykonawcy i odbiorcy usługi. Wystawiane przez Inżyniera Kontraktu Przejściowe Świadczenie Płatności nie spełnia powyższego warunku. Przejściowe Świadczenie Płatności jest wyłącznie rozliczeniem finansowym stron umowy, (tak: Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, IPPP1-443-167/09-2/JL). Z protokołu powinno jasno i precyzyjnie wynikać kto, kiedy i jakie prace wykonał oraz wskazywać, że określonego dnia zostały one przyjęte przez drugą stronę tzn. sposób wykonania został bezdyskusyjnie zaakceptowany przez stronę odbierającą. Należy przy tym zaznaczyć, iż bez znaczenia jest sama kwestia nazewnictwa stosowanego dokumentu. Najistotniejsze jest, aby spełniał on swoją funkcję, czyli dokumentował odbiór przez inwestora określonych prac. (tak: Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, IPPP1-443-273/10-2/PR). Podobnie również Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 12 lipca 2011 r., nr IPTPB1/415-5/ 11-4/AG.

Zgłoszony zarzut jest tym bardziej nieuzasadniony, że projekt umowy przewiduje dokonywanie z Wykonawcą kwartalnych rozliczeń częściowych na podstawie przejściowych świadectw płatności (które są w istocie niezależne od wystawianych świadectw przejścia) przy braku ograniczenia kwotowego rozliczeń częściowych - a więc do 100 % wynagrodzenia wykonawcy. Co za tym idzie jest bardzo prawdopodobne, iż na etapie dokonywania rozliczenia końcowego (występowania o Końcowe Świadczenie Płatności) całe wynagrodzenie wykonawcy będzie już wypłacone w drodze rozliczeń częściowych (na podstawie Przejściowych Świadectw Płatności) a co za tym idzie Końcowe Świadczenie Płatności będzie jedynie potwierdzało powyższą okoliczność. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego

wskazane w pkt 15) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

16)

W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołana klauzula 14.12 nie dotyczy obowiązku zwolnienia Zamawiającego z wszelkich zobowiązań wobec Wykonawcy na mocy Kontraktu lub w związku z nim a obowiązku zwolnienia Zamawiającego co do roszczeń z tytułu zapłaty należności pieniężnych związanych z wykonywaniem Kontraktu które nie zostaną przez Wykonawcę wskazane w Oświadczeniu Końcowym. Trudno wyobrazić sobie aby Wykonawca na etapie składania Oświadczenia Końcowego (a więc po wykonaniu całego zakresu przedmiotowego umowy) nie był w stanie ustalić wysokości należności pieniężnych z tytułu realizacji umowy zwłaszcza w aspekcie ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołane postanowienie nie dotyczy wszelkich roszczeń. W szczególności w przypadku opisany przez wykonawcę (bezpodstawne wezwanie do usunięcia wady w okresie rękojmi za wady czy gwarancji) będzie mógł dochodzić od Zamawiającego stosownego zwrotu kosztów na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Zupełnie chybionym argumentem jest również wskazanie, iż zwolnienie o którym mowa w przywołanym postanowieniu może negatywnie wpływać na możliwość rozliczenia np. ewentualnych robót dodatkowych. Ewentualne roboty dodatkowe mogą być powierzone wykonawcy na podstawie odrębnej umowy a co za tym idzie wszelkie oświadczenia składane na mocy Kontraktu nie będą wobec nich miały żadnego zastosowania. Nie jest też prawdą jakoby Wykonawca na podstawie przywołanej klauzuli miał zrzekać się zarzutu przedawnienia co do jakichkolwiek roszczeń skoro mowa jest w niej jedynie o zwolnieniu z tytułu należności pieniężnych związanych z wykonywaniem Kontraktu które nie zostaną przez Wykonawcę wskazane w Oświadczeniu Końcowym. Powyższe stanowisko znajduje dodatkowe potwierdzenie w brzmieniu klauzuli 14.14 o której mowa poniżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 16) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

17)

Na tle zgłaszanych przez Odwołującego zarzutów co do treści klauzuli 14.14 wskazać należy, iż Odwołujący całkowicie pomija w swoich wywodach okoliczność, że zgodnie z treścią tej klauzuli nie ogranicza ona roszczeń Wykonawcy zgłoszonych w Oświadczeniu po Ukończeniu, Oświadczeniu Końcowym, a nadto co do spaw lub przedmiotów powstałych po wydaniu Świadectwa Przejęcia dla Robót oraz odpowiedzialności Zamawiającego na mocy jego zobowiązań odszkodowawczych ani jego odpowiedzialności w przypadku oszustwa, rozmyślnego nadużycia lub rażącego niedbalstwa. Interesy wykonawcy w zakresie możliwości zgłaszania roszczeń odszkodowawczych wobec Zamawiającego nie są zatem uszczuplone a zapisy klauzuli 14.14 jedynie zmuszają Wykonawcę który jest profesjonalistą do rzetelnego i sumiennego działania w trakcie wykonywania umowy. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 17) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

18)

Zarzuty Odwołującego sformułowane co do treści klauzuli 20.1 uznać należy za nieuzasadnione. W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż przywołane postanowienie nie dotyczy wszelkich roszczeń wykonawcy a takich roszczeń które na mocy postanowień Kontraktu uzasadniają żądanie przedłużenia Czasu na Wykonanie lub dodatkowej zapłaty. Przywołana klauzula znajduje zatem zastosowanie jedynie do pewnego katalogu roszczeń wykonawcy które mogą powstać na gruncie realizacji Kontraktu i to na podstawie jego szczególnych postanowień. Podkreślić należy, iż termin na zgłoszenie takich roszczeń nie jest krótki gdyż wynosi 28 dni przy czym liczony jest nie od dnia zdarzenia lub zaistnienia okoliczności powodujących powstanie roszczenia a od dnia w którym Wykonawcy o takim zdarzeniu lub okoliczności się dowiedział lub powinien się dowiedzieć. Ponadto wbrew twierdzeniom Wykonawcy na etapie powiadomienia o roszczeniu nie jest wymagane jego szczegółowe uzasadnienie. Brak jest w powyższym aspekcie jakiegokolwiek uzasadnienia dla tolerowania sytuacji w której wykonawca posiada wiedzę o uprawnieniu do skorzystania z zapisów umowy co do np. przedłużenia Czasu na Wykonanie lecz pomimo tego nie zgłasza Zamawiającemu czy Inżynierowi powyższych okoliczności. Mogłoby prowadzić to do swojego rodzaju kumulacji podstaw do przedłużenia terminu wykonania umowy i ujawnieniu ich np. na krótki

czas przed umownym terminem wykonania przedmiotu umowy. Takie nielojalne działanie Wykonawcy mogłoby wywołać liczne negatywne konsekwencje po stronie Zamawiającego związane z zapewnieniem finansowania umowy ze środków unijnych. Nie może być w tym przypadku również mowy o jakimkolwiek naruszeniu art. 119 kc którego analizowana klauzula w ogóle nie dotyczy. Mowa jest w niej bowiem jedynie o zwolnieniu Zamawiającego w określonych okolicznościach z umownego zobowiązania a nie o regulowaniu w jakikolwiek sposób terminów przedawnienia roszczeń.

Reasumując stwierdzić należy, iż przywołane postanowienia realizuje wymóg lojalności Wykonawcy wobec zamawiającego w zakresie korzystania z umownych uprawnień i ma na celu zapewnienie rzetelnej i sumiennej realizacji umowy co z pewnością nie może być traktowane jako naruszenia zasad współżycia społecznego na co powołuje się odwołujący. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 18) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

19)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego co do postanowień klauzuli 1.1.3.3 WSK nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności Odwołujący błędnie interpretuje istotę pojęcia Daty Rozpoczęcia. Wbrew jego stanowisku Data Rozpoczęcia nie stanowi daty od której wykonawca może rozpocząć wykonywanie umowy ale datę od której wykonawca musi przystąpić do rzeczywistego i faktycznego wykonywania umowy. Podkreślić należy, iż zgodnie z klauzulą 1.6 datą wejścia w życie Kontraktu jest dzień jego podpisania przez obie Strony. Zatem już z dniem podpisania Kontraktu umowa wiąże Strony a co za tym idzie jeżeli wykonawca jest gotowy do rozpoczęcia wykonywania swoich prac już z tym dniem to nic nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca przystąpił do realizacji umowy w dniu jej podpisania. Jednak niezależnie od powyższego przewidziano umowny mechanizm mający na celu wyznaczenie daty od której wykonawca musi przystąpić do faktycznego realizowania swoich obowiązków umownych. Ustalenie Daty Rozpoczęcia daje zatem wykonawcy czas na podjęcie ewentualnych niezbędnych mu czynności przygotowawczych do rozpoczęcia realizacji umowy co jednakże nie może wpływać na umowny termin realizacji przedmiotu umowy. Niemniej jednak zawarcie

postanowień dotyczących Daty Rozpoczęcia chroni wykonawcę np. przed pochopnym korzystaniem przez Zamawiającego z jego uprawnień do odstąpienia od umowy na gruncie klauzuli 15 podpunkt (c), koniecznością natychmiastowego zastosowania się do wymogów klauzuli 5.1 czy natychmiastowego przedłożenia polis ubezpieczeniowych. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 19) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

20)

Zarzut sformułowany co do treści klauzuli 1.1.3.7 w żadnej mierze nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszym rzędzie wskazać należy że warunki kontraktowe FIDIC (jak każdy wzorzec umowny) podlegają odpowiedniemu dostosowaniu do wymagań i potrzeb przedmiotu umowy. W pierwszym rzędzie należy wskazać na treść klauzuli 1.2 Kontraktu zgodnie z którą „słowa na marginesie i nagłówki nie będą brane pod uwagę przy interpretacji warunków”. Tym samym nie nazwa danej instytucji ma znaczenie a jej sens i treść wynikające z treści klauzuli. Zwrócić zatem należy uwagę, że w analizowanym projekcie umowy Okres Zgłaszania Wad przyjmuje charakter 4 miesięcznego okresu czasu w którym wykonawca nadal realizuje przedmiot umowy skoro w tym czasie wykonać ma zaległe prace wskazane w świadectwie przejęcia, usunąć stwierdzone wady oraz uzyskać pozwolenia na użytkowanie Robót. Tym samym jest to czas z góry przeznaczony na pełną realizację podstawowych obowiązków kontraktowych wykonawcy przez ostatecznym przejęciem robót przez zamawiającego. W świetle powyższego nieuzasadnione jest powoływanie się przez wykonawcę na okoliczność, że zgodnie z klauzulą 10.2 zamawiający może rozpocząć użytkowanie Robót już z datą wydania świadectwa przejęcia. Powyższa klauzula nie stanowi bowiem o tym że Zamawiający będzie użytkował Roboty po wydaniu świadectwa Przejęcia ale o tym, że zamawiającemu nie wolno tego robić przed wydaniem tegoż dokumentu chyba że w kontrakcie wyraźnie zastrzeżono taką możliwość. Niewłaściwe rozumienie analizowanych postanowień przyjmowane przez Odwołującego potwierdza dodatkowo okoliczność, że wykonawca będzie uzyskiwał pozwolenie na użytkowanie Robót dopiero po wydaniu Świadectwa Przejęcia. Jednocześnie nieuzasadniona jest w świetle powyższego obawa wykonawcy o gwarantowanie prawidłowości stanu robót na dzień wydania Świadectwa Wykonania - skoro obowiązkiem wykonawcy jest usuwanie w

okresie zgłaszania wad jedynie takich wad za które ponosi odpowiedzialność na mocy klauzuli 11.2 Tak więc nawet użytkowanie Robót przed wydaniem Świadectwa Wykonania nie ma żadnego negatywnego wpływu na zakres odpowiedzialności wykonawcy. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 20) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

21)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 21) odwołania tj. co do klauzul 1.1.4.1 oraz 4.2 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności należy wskazać, iż niedopuszczalnym jest proponowana przez Odwołującego metoda wykładni polegająca na interpretowaniu poszczególnych zapisów wzoru umowy wyrwanych z kontekstu pozostałych regulacji umownych. Skoro bowiem w klauzuli 11.2 w sposób wyraźny określono zasady odpowiedzialności Wykonawcy za wady to jasnym jest, że jego odpowiedzialność nie ma charakteru absolutnego a jedynie charakter określony w przywołanym postanowieniu. Pod pojęciem wszelkich wad należy bowiem w świetle postanowień umowy rozumieć wszelkie wady za usunięcie których wykonawca odpowiada na mocy Kontraktu. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony Wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia klauzuli 1.1.4.1 oraz 4.2 WSK poprzez wskazanie, iż wykonawca usunie „wszelkie wady w Robotach za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

22)

Zarzut sformułowany w punkcie 22) Odwołania dotyczący klauzuli 1.5 w żadnej mierze nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności Wykonawca nie wskazał aby w dokumentach składających się na Kontrakt występowały jakiegokolwiek sprzeczności kwestionując jedynie umowny zapis o charakterze porządkowym który ma pozwolić stronom przede wszystkim na ustalenie spójnej procedury wyjaśniania ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych zapisów umowy. Przywołany zapis nie powoduje zatem jakiegokolwiek ingerencji w opis przedmiotu zamówienia który został dokonany zgodnie z wymogami art. 29 oraz art. 31 pzp. tj. za pomocą dokumentacji

projektowej oraz programu funkcjonalno użytkowego które stanowią integralną część umowy. W pozostałym zakresie znajdują w pełni zastosowanie uwagi poczynione w pkt 3) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 22) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

23)

Zarzut sformułowany wobec klauzuli 1.7 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności należy podkreślić, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołana klauzula nie stanowi definitywnego zakazu dokonywania cesji przez Wykonawcę a kreuje jedynie obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego na dokonanie takiej czynności zgodnie z art. 509 § 1 kodeksu cywilnego. Uprawnienie zamawiającego (w tym wypadku dłużnika co do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy) do wyrażania zgody na przelew wierzytelności jest niezbędne i konieczne dla ochrony interesów zamawiającego i z całą pewnością takie rodzaju zastrzeżenie nie stanowi naruszenia art. 353 kodeksu cywilnego. Przedmiotowe zastrzeżenie jest powszechne w obrocie gospodarczym. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego o rzekomym naruszeniu art. 353 kodeksu cywilnego. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 23) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

24)

Zarzuty Odwołującego sformułowane w punkcie 24) co do klauzul 1.9, 2.1, 4.6, 4.12, 4.24, 7.4, 8.9, 10.2, 10.3, 11.8, 16.1, 17.4, 19.4 w zakresie wyłączenia uprawnienia do domagania się przez Wykonawcę zapłaty dodatkowego Kosztu nie zasługują na uwzględnienie nie stanowiąc naruszenia art. 353¹ oraz 647 kodeksu cywilnego a tym bardziej art. 29 pzp. Formułując zarzuty wskazane w punkcie 24) odwołania, Odwołujący całkowicie pominął fakt, iż wynagrodzenie wykonawcy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie z art. 632 § 1 kodeksu cywilnego. Co za tym idzie przyjmujący zamówienie (Wykonawca) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Dokonana modyfikacja warunków kontraktowych, wyłączająca możliwość podwyższenia ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie klauzul przywołanych przez Odwołującego stanowi zatem jedynie

potwierdzenie ustawowego przepisu art. 632 § 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie Wykonawca w przypadku grożącej mu rażącej straty o czym mowa w art. 632 § 2 kodeksu cywilnego może skorzystać z ochrony sądowej o której mowa w przywołanym przepisie (vide uchwała SN (7) z 29.9.2009 r. III CZP 41/09, OSN 2010, Nr 3). Należy również zauważyć, iż w Klauzuli 17.4 zachowano możliwość domagania się przez Wykonawcę zwrotu Kosztu z przyczyn stanowiących ryzyko zamawiającego a więc w przypadkach związanych z projektem Robót wykonanym przez Personel Zamawiającego lub osoby trzecie za które Zamawiający jest odpowiedzialny oraz za użycie lub zajęcie przez Zamawiającego Robót Stałych. Nie jest zatem prawdą twierdzenie jakoby konsekwencje wynikłe w toku realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego obciążały Wykonawcę. Przy uwzględnieniu toku rozumowania Odwołującego należałoby przyjąć, iż każde zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w umowach zawieranych zgodnie z postanowieniami pzp stanowi naruszenie przepisów prawa co byłoby całkowicie nieakceptowalne. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 24) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

25)

Zarzuty sformułowane przez wykonawcę w zakresie klauzuli 1.10 nie zasługują na uwzględnienie. Zarzut naruszenia przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez użycie zwrotu „na wszelkich znanych polach eksploatacji, a w szczególności” nie może być uznany za zasadny. W szczególności w umowie wskazano pola eksploatacji na których dochodzi do przeniesienia praw autorskich a co za tym idzie wypełniono dyspozycję art. 41 ust 2 pr. aut. Całkowicie bezzasadne jest również powoływanie się przy wniesionym zarzucie na art. 50 pr. aut. w którym zawarto jedynie przykładowe wyliczenie pól eksploatacji. Strony są uprawnione do ustalania zakresu na jakim przenoszone są prawa autorskie do utworu i nie są w tym zakresie ograniczone treścią art. 50 pr. aut. a co za tym idzie mogą definiować pola eksploatacji nie przewidziane w art. 50 pr. aut.

Zarzut naruszenia art. 41 ust 4 jest całkowicie nietrafny. W szczególności należy podkreślić, iż przywołany przepis dotyczy ograniczenia w zakresie rozporządzenia (przeniesienia) praw majątkowych autorskich do pól eksploatacji które są znane w dniu jej zawarcia. Taką też treść ma Klauzula 1.10 WSK w części dotyczącej

przeniesienia praw autorskich. Zupełnie innym rodzajem zobowiązania jest zobowiązanie do przeniesienia na zamawiającego praw do korzystania z utworu na polach eksploatacji które powstaną w przyszłości. Nie dochodzi bowiem w tym wypadku do rozporządzenia (przeniesienia) tych praw a jedynie do zaciągnięcia przez wykonawcę zobowiązania do ich przeniesienia w przyszłości. Takie zaś zobowiązanie nie jest objęte ograniczeniem o którym mowa w art. 41 ust 4 pr. aut.

Za w pełni poprawny uznać należy również zapis dotyczący przeniesienia na rzecz zamawiającego uprawnienia do korzystania z opracowań Dokumentów Wykonawcy. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów całkowicie nieprawidłowo interpretuje postanowienia umowy w powyższym zakresie nie uwzględniając postanowień art. 2 ust 2 pr. aut. który stanowi iż Rozporządzanie i korzystanie z opracowania zależy od zezwolenia twórcy utworu pierwotnego (prawo zależne), chyba że autorskie prawa majątkowe do utworu pierwotnego wygasły. W przypadku baz danych spełniających cechy utworu zezwolenie twórcy jest konieczne także na sporządzenie opracowania. Zatem postanowienia zaskarżonej klauzuli stanowią wprost konsekwencje zastosowania się zamawiającego do przywołanego wyżej przepisu art. 2 ust 2 pr. aut. O ile bowiem zezwolenie twórcy dzieła pierwotnego nie jest wymagane dla samego stworzenia opracowania, to aby zamawiający mógł korzystać z opracowań utworów Wykonawcy musi uzyskać zgodę wykonawcy. W przywołanym postanowieniu nie chodzi zatem o przeniesienie praw majątkowych do opracowań wykonanych przez podmioty inne niż wykonawca ale o przeniesienia uprawnienia do korzystania z takich Opracowań Dokumentów Wykonawcy zgodnie z art. 2 ust 2 pr. aut. W powyższym aspekcie również zarzut opierający się na art. 387 kodeksu cywilnego o rzekomej niemożliwości świadczenia jest całkowicie niezrozumiały. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 24) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

26)

Za całkowicie błędny uznać należy zarzut dotyczący rzekomego naruszenia przez Klauzulę 2.2 WSK art. 354 § 2 kodeksu cywilnego. Przywołana klauzula w żaden sposób nie ogranicza obowiązków zamawiającego jako wierzyciela do współdziałania z wykonawcą w wykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Wręcz przeciwnie zgodnie z art. 354 § 1 przywołana klauzula określa zasady tej współpracy (która przecież ma

się odbywać zgodnie z treścią zobowiązania które wyrażane jest w zapisach umowy). Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający dokonał zmiany projektu umowy poprzez wykreślenia zmiany wprowadzanej przez klauzulę 2.2. WSK.

27)

Klauzula 2.4 Projektu umowy nie wprowadza żadnych ograniczeń co do uprawnienia wykonawcy do żądania Gwarancji Zapłaty za roboty budowlane wprost odsyłając w tym zakresie do przepisów powszechnie obowiązującego prawa tj. art. 649¹ i następnym kodeksu cywilnego. Odesłanie do klauzuli 14.4 ma charakter jedynie porządkowy skoro zgodnie z art. 649¹ gwarancja zapłaty ma zabezpieczać terminową zapłatę umówionego wynagrodzenia a z art. 649³ wynika, że żądanie gwarancji zapłaty uzasadnione jest do wysokości roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora. Przywołana klauzula nie wprowadza żadnych dodatkowych przesłanek uzyskania gwarancji zapłaty niewymienionych w ustawie od spełnienia których miałyby być uzależnione żądanie wykonawcy a więc nie można w tym przypadku mówić o jakichkolwiek ograniczeniach. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający wykreślił w Klauzuli 2.4 słowa „z zastrzeżeniem postanowień klauzuli 14.4 [Plan płatności]”.

28)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego w punkcie 28) Odwołania co do samej zasadności wprowadzenia do postanowień umowy klauzuli 3.1 są nieuzasadnione. Należy przede wszystkim wskazać, iż skoro Inżynier nie jest stroną umowy z wykonawcą (jak słusznie wskazuje Odwołujący) to aby mógł wypełniać należycie swoje zadania na zasadach określonych w umowie z wykonawcą to właśnie w tej umowie (tj. w umowie zamawiającego z wykonawcą) należy zawrzeć odpowiednie

postanowienia pozwalające wykonawcy ustalić zakres uprawnień Inżyniera. Brak takich postanowień pozwalałby Wykonawcy ignorować Inżyniera co byłoby sprzeczna z istotą i celem umowy. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 24) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

29)

Zgodnie z art. 151 pzp Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, iż na gruncie projektowanej umowy dniem wykonania zamówienia i uznania go przez zamawiającego za należyte wykonane jest dzień wystawienia świadectwa wykonania (patrz również argumenty przedstawione m.in. w punkcie 15) niniejszej odpowiedzi na odwołanie). Wydanie świadectwa przejęcie zakłada bowiem że w wykonanych robotach mogą występować wady, mogą występować roboty zaległe (czyli jeszcze nie wykonane) a wykonawca pozostaje nadal zobowiązany do uzyskania pozwolenia na użytkowanie robót a zatem z całą pewnością świadectwo przejęcia jako takie nie przesada o należyтым wykonaniu zamówienia przez wykonawcę. Ponadto wbrew literalnemu twierdzeniu Odwołującego art. 151 ust 2 nie mówi o zabezpieczeniu „usunięcia wad” nie odnosi się też do "okresu zgłaszania wad" a wprost stanowi o kwocie pozostawionej na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady która nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Rękojmia za wady biegnie natomiast zgodnie z postanowieniami umowy począwszy od dnia wydania świadectwa wykonania. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 29) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

30)

Przywołana w odwołaniu klauzula 4.15 rozstrzyga o tym, iż praktyczne trudności dostania się na Teren Budowy i wydostania się z niego mają być rozwiązane przez Wykonawcę. Powyższe postanowienie umowne jest w pełni uzasadnione i konieczne albowiem to wykonawca decyduje o używanych przy wykonywaniu umowy urządzeniach, sprzęcie, maszynach i środkach transportu a zatem musi we własnym zakresie zadbać o zapewnienie sobie odpowiednich możliwości dostarczenia ich na

teren budowy. Z całą pewnością regulacja umowna zawarta w klauzuli 4.15 nie jest sprzeczna z treścią art. 647 kodeksu cywilnego który zobowiązuje Inwestora do przekazania wykonawcy terenu budowy ale nie do zapewnienia mu dróg dostępu do tegoż terenu budowy. Rzetelny i profesjonalny wykonawca powinien we własnym zakresie ocenić jakiego rodzaju drogi dostępu (uwzględniając używane czy planowane do użycia przez niego sprzęt, maszyny, urządzenia i środki transportu) będą konieczne do dostania się na teren budowy. Wykonawca musi też ponosić konsekwencje ewentualnych uszkodzeń dróg wywołanych własnym działaniem. Nie może budzić również żadnych wątpliwości obowiązek dbania przez wykonawcę o stan czystości dróg w sąsiedztwie placu budowy. Wykonawca musi podjąć odpowiedni działania zapobiegające zanieczyszczeniu przez niego dróg w okolicy placu budowy. Podpunkt (f) przywołanej klauzuli w sposób wyraźny odwołuje się w powyższym zakresie do ponoszenia przez Wykonawcę odpowiedzialności za koszty usuwania zanieczyszczeń spowodowanych przez Wykonawcę. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 30) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

31)

Przywołane w odwołaniu zarzuty sformułowane co do treści klauzuli 4.26 nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności wskazać należy, iż Wykonawca po przejściu terenu budowy ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych na tym terenie (art. 652 kodeksu cywilnego) Mając na uwadze okoliczność, iż wykonawca prowadzi przedsiębiorstwo wprawiane w ruch za pomocą sił przyrody jego odpowiedzialność opiera się na zasadzie ryzyka (art. 435 kodeksu cywilnego). Nie może, zatem budzić żadnych wątpliwości konieczność podjęcia przez wykonawcę odpowiednich działań zapobiegawczych przed powstanie szkody na terenie sąsiadującym z teren budowy. Podkreślić ponadto należy, iż w przywołanym postanowieniu nie zawarto zastrzeżenia o zakazie wywierania jakiegokolwiek oddziaływania na tereny sąsiednie, (co przy prowadzeniu robót budowlanych byłoby oczywiście niemożliwe) ale zakaz powodowania jakichkolwiek zakłóceń który należy odnieść na gruncie prawa do takich oddziaływań na tereny sąsiednie które byłoby w szczególności niezgodne z prawem lub zasadami współżycia społecznego w szczególności wykraczały by ponad przeciętną miarę. Wykonawca, któremu

powierzono prowadzenie robót budowlanych musi powyższe brać pod uwagę tzn. nie może prowadzić robót w oderwaniu od ich wpływu na nieruchomości sąsiednie. Należy w tym zakresie odnieść się przede wszystkim do postanowień art. 144 kodeksu cywilnego oraz art. 5 ust 1 Ustawy prawo budowlane. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 31) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

32)

Przywołane w odwołaniu zarzuty dotyczące treści klauzuli 4.27 nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności treść klauzuli 4.27 nie prowadzi do jakiegokolwiek zachwiania równowagi między stronami umowy a jedynie podkreśla wynikające z samych przepisów prawa uprawnienia Inżyniera. W aspekcie przywołanego postanowienia należy bowiem w szczególności podkreślić, iż zgodnie z postanowieniami umowy Inżynier Kontraktu pełni m. In. funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego który na gruncie art. 26 Prawa budowlanego ma prawo do żądania podejmowania określonych działań na terenie budowy. Przywołana klauzula dotyczy sytuacji awaryjnych, w których wykonawca dopuścił się uszkodzenia określonych elementów infrastruktury a co za tym idzie nie da się w pełni przewidzieć koniecznych do wykonania w związku z powyższym uszkodzeniem prac (czyli konkretnych czynności faktycznych). Tym samym umowa musi przewidywać możliwość elastycznego działania Inżyniera, który stosowanie do okoliczności danego zdarzenia podejmie decyzje w zakresie koniecznych prac. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 32) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia klauzuli 4.27 WSK poprzez dodanie po słowach „przeprowadzi inne” słowa „niezbędne”.

33)

Przywołane w odwołaniu zarzuty dotyczące treści klauzuli 5.1 nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności wskazując na rzekome naruszenie art. 29 ust 1 pzp

w żaden sposób nie wskazał jak dokumenty którymi dokonano opisu przedmiotu zamówienia miałyby naruszać powołany przepis. W niniejszym postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia dokonano zgodnie z wymogami art. 31 pzp tj. przy pomocy programu funkcjonalno użytkowego oraz dokumentacji projektowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołana klauzula mówiąca o badaniu Wymagań Zamawiającego nie przerzuca na wykonawcę konsekwencji błędów w wymaganiach Zamawiającego a stanowi dopuszczalne w umowie skonkretyzowanie wymogu wynikającego wprost z art. 634 oraz 651 kodeksu cywilnego. Z uwagi na fakt, iż powyższe przepisy nie mają charakteru bezwzględnie obowiązującego mogą być modyfikowane zarówno poprzez rozszerzenie odpowiedzialności, jak i jej zawężenie. Tym samym uznać należy za w pełni uzasadnione nałożenie na wykonawcę obowiązku zbadania i precyzyjnego zapoznania się z dokumentami mającymi stanowić podstawę do wykonania prac projektowych i w dalszej konsekwencji robót budowlanych. Obciążenie wykonawcy obowiązkiem o którym mowa w klauzuli 5.1 opiera się na założeniu, że posiada on odpowiednią wiedzę i przygotowanie fachowe do projektowania co zresztą wykazuje w toku postępowania przetargowego. Podstawowym zaś celem przywoływanych postanowień jest zapewnienie należytego wykonania umowy i osiągnięcie zamierzonego w niej celu - co jest zgodne z interesem obu stron umowy. Klauzula ta ma zatem charakter gwarancyjny i dyscyplinujący wykonawcę i nie wymaga od niego rzeczy niemożliwych - wszak wyraźnie wskazuje się w analizowanej klauzuli 5.1 ograniczenie ewentualnych konsekwencji dla wykonawcy jeżeli wady czy błędy nie mogły być w ustalonym czasie wykryte przez doświadczonego wykonawcę. Podkreślić również należy, iż wbrew twierdzeniom Wykonawcy zamawiający nie przerzuca na niego konsekwencji wystąpienia błędów w Wymaganiach Zamawiającego wskazując jedynie, iż w określonej w przywołanym postanowieniu sytuacji nie będzie przysługiwało wykonawcy roszczenie o przedłużenie Czasu na Wykonanie. Zarzut, iż termin na zbadanie Wymagań Zamawiającego jest niewystarczający nie może zostać uznany za zasadny w aspekcie okoliczności, iż wykonawca musiał zapoznać się z tymi Wymaganiami już na etapie przygotowania oferty a co za tym idzie treść Wymagań Zamawiającego jest mu (albo przynajmniej powinna być) znana.

W zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku pozostawiania projektantów do dyspozycji Inżyniera dotyczy „odnośnego” Okresu Zgłaszania Wad, okresu rękojmi za wady oraz okresu gwarancji. W aspekcie powyższego należy wskazać, iż okres

gwarancji nie jest jednolity i dla Dokumentów Wykonawcy (w skład których wchodzi opracowania projektowe) wynosi 3 lata a nie lat 10. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 33) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia klauzuli 5.1 WSK poprzez usunięcie w ostatnim zdaniu akapitu trzeciego słów „przed złożeniem oferty”.

34)

Wymóg zawiadomienia Inżyniera o robotach które podlegają inspekcji z wyprzedzeniem 3-dniowym przed ich zakryciem lub usunięciem z pola widzenia jest w pełni uzasadniony i ma na celu zapewnienie Inżynierowi realnej możliwości przeprowadzenia inspekcji. Mając na uwadze okoliczność, iż Wykonawca jest profesjonalistą który ma wykonywać Roboty zgodne z ustalonym Programem Robót wymóg poinformowania Inżyniera z 3 dniowym wyprzedzeniem o planowanym zakryciu robót z całą pewnością nie jest wymogiem nieuzasadnionym i prowadzącym do konieczności wstrzymywania prac. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 34) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

35)

Zarzuty sformułowane co do samej zasadności wprowadzenia do postanowień umowy klauzuli 8.1 są nieuzasadnione. Należy przed wszystkim wskazać, iż skoro Inżynier nie jest stroną umowy z wykonawcą (jak słusznie wskazuje Odwołujący) to aby mógł wypełniać należycie swoje zadania na zasadach określonych w umowie z wykonawcą należy zawrzeć właśnie w tej umowie odpowiednie postanowienia pozwalające wykonawcy ustalić zakres uprawnień i obowiązków Inżyniera. Brak takich postanowień pozwalałby Wykonawcy ignorować Inżyniera co byłoby sprzeczne z istotą i celem umowy. Ponadto zawarcie przywołanych postanowień nie ma żadnych niekorzystnych konsekwencji dla Wykonawcy powodując jasność i przejrzystość jego obowiązków umownych. Wobec powyższego zarzuty

Odwołującego wskazane w pkt 35) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

36)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego co do treści klauzuli 8.1 w aspekcie zawarcia w nim postanowienia, iż zgodność z wymaganiami podanymi w pozwoleniach nie zwalnia Wykonawcy z jakiegokolwiek obowiązku czy odpowiedzialności w ramach Kontraktu nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności wbrew twierdzeniem Odwołującego przywołane postanowienie nie prowadzi do jakiegokolwiek sprzeczności pomiędzy obowiązkiem wykonania zamówienia zgodnie z umową i odpowiednimi decyzjami (pozwoleniami) a stanowi jedynie postanowieni o charakterze porządkowym. Nie może budzić bowiem wątpliwości, iż wykonanie umowy zgodnie z decyzją (pozwoleniem) której treść z natury rzeczy jest węższa niż zakres obowiązków wykonawcy wynikających z zawartej umowy nie może samo przez się prowadzić do wygaśnięcia jakichkolwiek obowiązków czy odpowiedzialności wykonawcy na gruncie zawartej umowy. Jednocześnie należy wskazać, iż przywołana klauzula nie powoduje zarzucanego przez Odwołującego ryzyka wystąpienia rozbieżności między wymaganiami Zamawiającego a treścią decyzji skoro postanowienia kontrakty wymagają aby w każdym przypadku przedmiot umowy był zrealizowany zgodnie z wymogami przepisów prawa (a więc także zgodnie z wydanymi na podstawie tych przepisów decyzjami). Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 36) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

37)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego co do treści klauzuli 8.2 nie mogą być uznane za trafne. Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego obowiązkiem inwestora (Zamawiającego) jest m.in. odebranie obiektu. W aspekcie sformułowanych przez Odwołującego zarzutów rozważyć należy szerzej charakter poszczególnych czynności Zamawiającego w zakresie odbioru Robót. Rozważając powyższe zagadnienie należy odwołać się do doktryny prawa cywilnego (patrz: Prawo zobowiązań - część szczegółowa, System Prawa Prywatnego tom 7 pod red. prof. dr hab. Jerzego Rajskiego) gdzie stwierdza się, iż Jeżeli chodzi o znaczenie i charakter

prawny odbioru przedmiotu świadczenia przy umowach rezultatu, do jakich należy zaliczyć umowy o roboty budowlane, to opowiedzieć należy się za poglądem, który traktuje odbiór jako czynność prawna aprobująca, a nie tylko jako czynność o charakterze faktycznym, polegająca z reguły na objęciu bezpośredniego władztwa nad rzeczą albo na uzyskaniu możliwości dysponowania nią przez nabywcę (zamawiającego). Przyjęcie odrębnej instytucji prawnej odbioru przedmiotu świadczenia ma istotne znaczenie przede wszystkim dla sprawy odpowiedzialności wykonawcy robót budowlanych z tytułu rękojmi za wady. W akcie odbioru zamawiający przyjmuje świadczenie (odbiór we właściwym rozumieniu), aprobując w ten sposób, że wykonane jest ono zgodnie z umową i zwalnia wykonawcę z wykonanego świadczenia. Odbiór determinuje wykonanie zobowiązania przez wykonawcę i wygaśnięcie tym samym stosunku powstałego przez zawarcie umowy o roboty budowlane. Od daty odbioru rozpoczyna się ustawowa odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi za wady. Podkreślić należy, że zamawiający może odmówić przyjęcia świadczenia, przyjmując je z zastrzeżeniem usunięcia wad, usterek, niezupełności, może przyjmując świadczenie z zastrzeżeniem obniżenia wartości świadczenia wzajemnego. Zastrzeżenia takie stanowią warunek zawieszający, od którego spełnienia zależy aproba świadczenia wykonawcy przez zamawiającego, czyli dokonanie właściwego odbioru. Podkreślić trzeba, że wydanie (oddanie) dzieła nie można utożsamiać z odbiorem, gdyż są to odrębne czynności. W świetle powyższego oraz co niezmiernie istotne - uregulowań projektu umowy, nie sposób przyjąć iż odbiór robót dokonywany jest już z dniem wydania świadectwa przejęcia skoro nie wszystkie obowiązki wykonawcy w zakresie wykonania robót będą z tym dniem wykonane (w szczególności wykonawca ma uzyskać pozwolenia na użytkowanie Robót po wydaniu świadectwa przejęcia). Wydanie świadectwa Przejęcia ma zatem jedynie charakter potwierdzenia objęcia faktycznego władztwa nad Robotami jednakże bez dokonania ich skwitowania, akceptacji czy przyjęcia w prawnym znaczeniu. Dopiero wydanie Świadectwa Wykonania potwierdzi odebranie robót przez Zamawiającego z jednoczesnym potwierdzeniem ich należytego wykonania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego na gruncie art. 647 kodeksu cywilnego wyraźnie rozróżnia się czynności stron umowy w zakresie oddania i odbioru robót - wykonawca zobowiązany jest do oddania robót zaś Zamawiający do ich odebrania. Zatem nie sposób za uzasadniony uznać zarzutu Odwołującego co do faktu jednostronnego wydawania Świadectwa Wykonania skoro do dokonania tej

czynności uprawniony (i zobowiązany zarazem) z definicji uprawniony jest wyłącznie Zamawiający (Inwestor). Należy także podkreślić, iż Umowa dokładnie wskazuje terminy na wydanie świadectwa Wykonania nie pozostawiając miejsca na żadną dowolność w tym zakresie. W powyższym zakresie zachowują aktualność również uwagi zawarte w punkcie 15) powyżej. Zarzuty o nieracjonalnie silnej pozycji Zamawiającego są zatem nieuzasadnione skoro umowa precyzyjnie określa przesłanki i terminy wydania Świadectwa Wykonania. Dokonywane przez Odwołującego a priori założenie, iż Zamawiający czy inżynier nie będzie stosował się do postanowień umowy nie może być w żadnej mierze za uzasadniające sformułowane zarzuty. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 37) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

38)

Wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołana klauzula 8.4 WSK nie ogranicza uprawnienia Wykonawcy do ubiegania się o przedłużenia Czasu na Wykonanie jedynie do okoliczności zawnionych przez Zamawiającego. Wprost przeciwnie podpunkty (b) i (c) wyraźnie dopuszczają możliwość przedłużenia Czasu na Wykonanie w przypadku wystąpienia opóźnienia opisanego w poszczególnych klauzulach umowy. Jednocześnie zarzut ograniczenia możliwego przedłużenia czasu na wykonanie nie może zasługiwać na uwzględnienie. Z punktu widzenia Zamawiającego kluczowym jest wykonanie przedmiotu niniejszego zamówienia w ściśle określonym terminie. Dotrzymanie zastrzeżonego terminu wykonania umowy warunkuje m. in. uzyskanie dla przedmiotu zamówienia dofinansowania ze środków pomocowych UE bez których jego realizacja nie była by możliwa. Co za tym idzie terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia, jako podstawowy obowiązek wykonawcy nie może podlegać dowolnym zmianom. Co do zarzutów dotyczących wymogu sporządzenia aneksu do umowy w celu przedłużenia Czasu na Wykonanie - patrz uwagi w punkcie 45) poniżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 38) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

39)

Zarzut kierowany co do postanowień klauzuli 8.7 WSK w zakresie rzekomego naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z zastrzeżeniem kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy przez wykonawcę nie zasługuje na uwzględnienie. Nie może budzić wątpliwości, iż zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy jest szczególnie uzasadnione w sytuacji kiedy wykonanie umowy w ściśle określonym terminie jest kluczowe z punktu widzenia interesu publicznego. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie albowiem od terminowego i sprawnego zrealizowania przedmiotu zamówienia zależy możliwość uzyskania dofinansowania ze środków pomocowych UE dla wykonania przedmiotu zamówienia oraz zapewnienie możliwości pełnego użytkowania bardzo istotnej dla Krakowa arterii komunikacyjnej. Ponadto Odwołujący pomija w sformułowanych zarzutach kluczową w niniejszej sprawie okoliczność a to fakt, iż przedmiotem umowy jest wykonanie robót w formule „zaprojektuj i wybuduj” z wynagrodzeniem ryczałtowym co niejako z definicji przenosi na wykonawcę ryzyko wykonania umowy. Istotą umowy „zaprojektuj i wybuduj” jest bowiem kompletne wykonanie robót budowlanych począwszy od fazy projektowej aż do ich pełnego wykonania. Wykonawca przyjmuje w tym zakresie na siebie pełną odpowiedzialność za właściwy przebieg prac. W związku z powyższym rozkład ryzyka stron umowy musi odzwierciedlać kompleksowy charakter zobowiązań Wykonawcy, od którego zamawiający wymaga szczególnego profesjonalizmu, rzetelności i zdolności oceny zdarzeń mogących wpływać na wykonanie umowy w zamian za co oferuje mu z góry ustalone wynagrodzenie ryczałtowe (w wysokości której nie negocjuje z wykonawcą a przyjmuje zgodnie z jego ofertą) które jest niezależne od rzeczywistych kosztów wykonania przedmiotu umowy. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż łączna wysokość kar umownych jaka może być naliczona przez zamawiającego wykonawcy została ograniczona do kwoty nie wyższej niż 30 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.

Całkowicie nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego w zakresie rzekomej możliwości podwójnego lub potrójnego naliczania kar umownych za to samo zdarzenie. W szczególności pomimo faktu, iż okres rękojmi za wady i okres gwarancji biegnie równolegle to nie jest jednocześnie korzystanie wobec tej samej wady z uprawnień wynikających z rękojmi za wady oraz z uprawnień wynikających z gwarancji jakości. Zatem w każdym przypadku wystąpienia wady wybór uprawnienia z gwarancji lub z rękojmi przesądza o zastosowaniu jednego z tych reżimów odpowiedzialności za wady. Nie jest to wybór definitywny w ogóle, lecz jedynie w

odniesieniu do konkretnej wady, której wybrane uprawnienie dotyczy. Zatem nigdy nie będzie możliwe jednoczesne naliczanie kar umownych jednocześnie z tytułu naruszenie zasad rękojmi za wady i gwarancji jakości. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 35) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający dokonał zmiany projektu umowy poprzez zmianę postanowień klauzuli 8.7 uwzględniając naliczane kar umownych za zwłokę a nie opóźnienie a nadto rezygnując z możliwości naliczania kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad w okresie zgłaszania wad.

40)

Zarzuty sformułowane przez odwołującego co do postanowień klauzuli 11.7 nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności wbrew twierdzeniom Odwołującego nie oznaczają one że Zamawiający nie ma obowiązku dopuszczenia wykonawcy do usuwania wad a jedynie, że dopuszczenie do usuwania wad musi uwzględniać zapewnienie odpowiednich wymogów bezpieczeństwa oraz wymagania dotyczące możliwości należytego korzystania z Robót przez Zamawiającego. Oznacza to, że czynności związane z usuwaniem wad nie mogą odbywać się z naruszeniem zasad bezpieczeństwa a nadto powinny uwzględniać zapewnienie jak najmniejszych uciążliwości dla zamawiającego co wydaje się wymaganiem całkowicie racjonalnym i uzasadnionym w aspekcie przedmiotu postępowania którym wykonanie dróg i linii tramwajowych (np. co do pory usuwania wad, ustalenia niezbędnych do zajęcia części Robót.) Mając na uwadze, iż Roboty dotyczą jednej z kluczowych arterii komunikacyjnych Krakowa usuwanie zaistniałych w nich wad nie może następować bez uwzględnienia powyższej okoliczności i prowadzić do dowolnego i całkowicie nieskrępowanego zajmowania Robót przez Wykonawcę co mogłoby prowadzić do np. paraliżu komunikacyjnego znacznych części miasta. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 40) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

41)

W aspekcie zarzutu formułowanego co do klauzuli 11.9 w zakresie zasadności uznania Świadectwa Wykonania za przejaw dokonania końcowego odbioru robót przez zamawiającego zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 15) oraz 37). Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 41) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

42)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego w zakresie klauzuli 11.12 są całkowicie nieuzasadnione. Co do zasadności uznania dnia wydania Świadectwa Wykonania za właściwy dla rozpoczęcia biegu Okresu Rękojmi za Wady zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 15) i 37) powyżej. Ponadto niedopuszczalnym jest proponowana przez Odwołującego metoda wykładni polegająca na interpretowaniu poszczególnych zapisów wzoru umowy wyrwanych z kontekstu pozostałych regulacji umownych. Skoro bowiem w klauzuli 11 w sposób wyraźny określono zasady odpowiedzialności Wykonawcy za wady to jasnym jest, że jego odpowiedzialność nie ma charakteru absolutnego a jedynie charakter określony w przywołanym postanowieniu. Pod pojęciem „wszelkich” wad należy bowiem w świetle postanowień umowy rozumieć wszelkie wady za usunięcie których wykonawca odpowiada na mocy Kontraktu. Tym samym nie sposób zgodzić się z proponowaną wykładnią czy też interpretacją odwołującego. Zarzut dotyczący sposobu odesłania do stosowania klauzul 11.2 - 11.5 w okresie rękojmi za wady uznać należy również za całkowicie bezzasadny. Skoro bowiem klauzula 11.12 odsyła do ich stosowania to twierdzenie, iż na mocy klauzuli 11.12 nie można tych postanowień stosować jest wewnątrznie sprzeczne. Zastrzeżenie pierwszeństwa stosowania klauzuli 11.12 ma w istocie tylko to znaczenie, że w sposób nie budzący wątpliwości zastrzega 36 miesięczny okres rękojmi za wady. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 42) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia klauzuli 11.12 WSK poprzez wskazanie, iż wykonawca usunie „wszelkie wady w Robotach, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

43)

W aspekcie zarzutu Odwołującego sformułowanego w punkcie 43) odwołania co do treści klauzuli 11.13 w zakresie zasadności uznania dnia wydania Świadectwa Wykonania za właściwy dla rozpoczęcia biegu Okresu Gwarancji Jakości zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 15) i 37) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 43) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

44)

W aspekcie zarzutu Odwołującego sformułowanego w punkcie 44) odwołania co do obowiązku zapewnienia dla określonych kategorii Robót 10 letniego okresu gwarancji uznać je należy za nieuzasadnione. W szczególności wskazać należy, iż nie można uznać za trafne argumentów Odwołującego który stara się wykazać, iż podmioty trzecie nie udzielają gwarancji jakości w żądanym wymiarze czasu. Pozostaje to o tyle bez znaczenia, iż Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy zapewnienia, iż inne podmioty udzielą 10 letniej gwarancji jakości w zakresie określonych kategorii Robót ale że to bezpośrednio Wykonawca udzieli takiej gwarancji jakości.

Tym samym Wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty ochrony gwarancyjnej w żądanym okresie i uwzględnić ją w cenie ofertowej. W ocenie powyższego zarzuty należy pamiętać o kompleksowym charakterze wykonawstwa robót jaki ma zapewnić Wykonawca. Zarzut naruszenia w tym zakresie art. 387 kodeksu cywilnego nie może być uznany za trafny gdyż zapewnienie ochrony gwarancyjnej w żądanym okresie czasu jest możliwe natomiast sprawą Wykonawcy pozostaje ustalenie jej kosztów które powinien uwzględnić w cenie ofertowej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 43) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

45)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego w punkcie 45) odwołania w zakresie klauzuli 13.1 są całkowicie nieuzasadnione. W szczególności należy wskazać, iż zgodnie z art. 139 ust. 2 pzp Umowa zawierana z wykonawcą musi zachować formę pisemną pod rygorem nieważności (chyba że szczególne przepisy przewidują obowiązek zachowania innej formy szczególnej co jednak w niniejszej sprawie nie ma miejsca). Wskazać należy w tym miejscu na treść art. 76 kodeksu cywilnego zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Nie może budzić zatem żadnych wątpliwości, iż wprowadzenie do umowy jakichkolwiek zmian (z uwzględnieniem obostrzeń wynikających z treści art. 144 pzp) wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 45) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

46)

Zarzuty sformułowane przez Odwołującego w zakresie klauzuli 13.3 WSK są całkowicie nieuzasadnione. W szczególności należy wskazać, iż zgodnie z art. 139 ust. 2 pzp Umowa zawierana z wykonawcą musi zachować formę pisemną pod rygorem nieważności (chyba że szczególne przepisy przewidują obowiązek zachowania innej formy szczególnej co jednak w niniejszej sprawie nie ma miejsca). Wskazać należy w tym miejscu na treść art. 76 kodeksu cywilnego zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Nie może budzić zatem żadnych wątpliwości, iż wprowadzenie do umowy jakichkolwiek zmian (z uwzględnieniem obostrzeń wynikających z treści art. 144 pzp) wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zarzut sformułowany przez Odwołującego jest wobec powyższego całkowicie nieuzasadniony. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 46) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

47)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 47) odwołania tj. co do postanowień klauzuli 13.7 i 14.1 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. Cena

ustalona w umowie ma charakter ryczałtowy a co za tym idzie niezmienny. Ponadto zgodnie z postanowieniami art. 2 pkt 1) pzp w aspekcie ceny ofertowej - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.); Cena ta powinna być zatem zupełna i powinna zawierać wszystkie obciążenia podatkowe. Brak jest jakiegokolwiek argumentu przemawiającego za obciążaniem zamawiającego skutkami zmiany stawek podatku VAT. Wskazać należy w tym zakresie na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2006 r. (sygn. akt: III CZP 54/2006), w której stwierdzono, że podwyższenie stawek VAT nie uzasadnia - bez zmiany postanowień zawartej uprzednio umowy - obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek VAT według nowej wyższej stawki. W ocenie SN jeżeli przy zawieraniu umowy o wykonanie zamówienia publicznego uzgodniono cenę obejmującą VAT według określonej stawki to w związku z art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy o cenach nie ma możliwości podniesienia ceny w razie zmiany stawki VAT. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 47) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

48)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 48) tj. co do klauzuli 14.1 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. Brzmienie przywołanych klauzul jest oczywistą konsekwencją opisu przedmiotu zamówienia którym są roboty budowlane wykonywane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Wszelkie zatem ilości i wartości wskazane w Wymaganiach Zamawiającego muszą z natury rzeczy mieć charakter szacunkowy skoro ostateczne ustalenie ilości i zakresów Robót nastąpi w opracowaniach projektowych sporządzanych przez Wykonawcę. Dokumenty stanowiące opis przedmiotu zamówienia zostały sporządzone zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, ich treść jest jednolita dla wszystkich Wykonawców a co za tym idzie umożliwia złożenie w pełni porównywalnych ofert. Wykonawca nie może wymagać od Zamawiającego takiej samej szczegółowości Programu funkcjonalno-użytkowego jakiej wymaga się od dokumentacji projektowej która ma zresztą sam sporządzić. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 48) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

49)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 49) Odwołania tj. co do klauzuli 14.3 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca powinien fakturować należne mu zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie częściowe (przejściowe). Skoro zasady wypłaty wykonawcy wynagrodzenia częściowego (przejściowego) są określone w umowie zatem fakturowanie jakichkolwiek kwot zawsze powinno odbywać się w zgodzie z postanowieniami umowy. W zakresie zarzutu sformułowanego w przywołanym postanowieniu znajdują zastosowanie uwagi poczynione w punkcie 52) poniżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 49) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

50)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 50) tj. co do postanowień klauzuli 14.4 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności wskazać należy, iż finansowanie zadania inwestycyjnego stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia publicznego następować będzie ze środków publicznych (Gminy Miejskiej Kraków oraz przy wsparciu środków pomocowych UE). Jednocześnie Zamawiający przewiduje, iż termin realizacji umowy będzie wynosił 24 miesiące z zastrzeżeniem możliwości przedłużenia tego terminu na warunkach określonych w umowie. Co za tym idzie przyjąć należy, iż wykonanie umowy będzie następowało w okresie dłuższym niż jeden rok budżetowy. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 44 ust. 1 pkt 2) Ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego. Powyższa zasada jest potwierdzona w art. 254 Ustawy o finansach publicznych. Jednocześnie finansowanie Inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia jest zapewnione stosownie do postanowień Wieloletniej Prognozy Finansowej Miasta Krakowa na lata 2011-2033 r. Powyższa okoliczność musi być uwzględniona w treści umowy w zakresie rozliczeń częściowych z Wykonawcą - taki też charakter ma klauzula 14.4. Jednocześnie należy wskazać, iż powyższa klauzula w ogóle nie odnosi się do ostatecznego rozliczenia z Wykonawcą po wykonaniu przedmiotu umowy, a jedynie rozliczeń częściowych w trakcie realizacji robót. Tym samym w

żadnym wypadku klauzula 14.4 nie narusza art. 647 zgodnie z którym wykonawca jest uprawniony a zamawiający zobowiązany do wypłaty umówionego wynagrodzenia. Przywołany przepis art. 647 kodeksu cywilnego („umówionego wynagrodzenia”) wprost wskazuje, iż w zakresie zasad wypłaty wynagrodzenia ich ustalenie pozostawione jest regulacjom umownym. Podkreślić również należy, iż wobec brzmienia art. 657 kodeksu cywilnego który ma charakter normy ius dispositivum częściowe rozliczanie wykonanych robót nie jest w żadnym wypadku bezwzględnym wymogiem wynikającym z przepisów prawa i dopuszczono do dokonywania ustaleń w powyższym w umowie Stron. Taki też charakter ma przywołane postanowienie które jest zgodne z przepisami prawa. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 50) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

51)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 51) odwołania tj. co do postanowień klauzuli 14.6 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. Postanowienia przywołanej klauzuli dotyczą ustalenia sposobu dokonywania częściowych rozliczeń pomiędzy stronami w trakcie realizacji umowy. W związku z powyższym konieczne stało się ustalenie zasad tych rozliczeń a więc przede wszystkim ustalenia sposobu określania należnej wykonawcy wysokości wynagrodzenia częściowego za wykonane roboty. Najwłaściwszą dla tego celu metodą wydaje się ustalanie ilości rzeczywiście wykonanych w danym okresie rozliczeniowym robót i ich wartości ustalonej na podstawie tabeli TER. Powyższe nie stoi absolutnie w sprzeczności z postanowieniami dotyczącymi ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Wykonawcy - ostateczne rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy nastąpi bowiem przy wydaniu Świadectwa Wykonania i nastąpi do pełnej wysokości Zatwierdzonej Ceny Kontraktowej niezależnie od ilości czy wartości wykonanych prac. Wykonawca proponując ustalanie procentowego zaawansowania robót jako podstawy do dokonywania rozliczeń częściowych nie stara się nawet sprecyzować sposobu ustalania tego procentu a dokładnie tego co miało by być podstawą ustalania procentowego zaawansowania robót. Kryterium wartości robót ustalonej na podstawie ich rzeczywiście wykonanej ilości i cen jednostkowych z TER jest zatem w

pełni uzasadnione. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 51) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

52)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 52) tj. co do postanowień klauzuli 14.6 i 14.7 WSK w żadnej mierze nie zasługuje na uwzględnienie. W aspekcie sformułowanych przez wykonawcę zarzutów wskazać należy w pierwszym rzędzie, iż utożsamienie przez wykonawcę wykonania usługi budowlanej jedynie z jej faktyczną realizacją jest błędna i sprzeczna z powszechnie przyjmowanym stanowiskiem organów podatkowych jak i orzecznictwem sądów przywoływanym już powyżej. Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 2-21, art. 14 ust. 6, art. 20 i art. 21 ust, 1. Od powyższej ogólnej zasady, ustawodawca określił w sposób odmienny - między innymi dla usług budowlanych - szczególny moment powstania obowiązku podatkowego. W myśl art. 19 ust. 13 pkt 2 lit, d) ww. ustawy, obowiązek podatkowy w przypadku usług budowlanych lub budowlano - montażowych powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż 30 dnia, licząc od dnia wykonania tych usług. Na mocy art. 19 ust. 14 cyt. ustawy, zasady, o których mowa w art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d) mają zastosowanie do usług przyjmowanych częściowo, których odbiór jest dokonywany na podstawie protokołów zdawczo -odbiorczych. Pojęcie „protokoły odbiorów częściowych i końcowych" występuje w art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. . Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 ze zm.), jako jeden z elementów „dokumentacji budowy". Ustawa o podatku od towarów i usług nie zawiera definicji „wykonania usługi", dlatego w przypadku usług budowlanych za datę „wykonania usługi" powszechnie przyjmuje się dzień odbioru robót, potwierdzony stosownym protokołem zdawczo - odbiorczym lub innym dokumentem stwierdzającym przyjęcie wykonanej usługi. Zatem, dzień wykonania usługi - to dzień podpisania protokołu. Co do charakteru Świadectwa Wykonania jako dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi budowlanej równoważnego z dokonanie odbioru końcowego przedmiotu umowy patrz punkt 15) oraz 37) powyżej. Podkreślić należy, iż ustawodawca wiąże powstanie obowiązku podatkowego w podatku VAT w przypadku usług budowlanych

odbieranych częściowo z wystawieniem protokołów zdawczo -odbiorczych (jego brak uniemożliwia przyjęcie, iż do częściowego wykonania usługi doszło). Przepisy ustawy o VAT nie określają formy protokołu zdawczo - odbiorczego oraz wymaganych jego elementów. W praktyce należy stwierdzić, iż protokół powinien zawierać opis wykonanych prac, ich odbiór oraz podpisy wykonawcy i odbiorcy usługi. Wystawiane przez Inżyniera Kontraktu Przejściowe Świadectwo Płatności nie spełnia powyższego warunku. Przejściowe Świadectwo Płatności jest wyłącznie rozliczeniem finansowym stron umowy, (tak: Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, IPPP1-443-167/09-2/JL). Z protokołu powinno jasno i precyzyjnie wynikać kto, kiedy i jakie prace wykonał oraz, że określonego dnia zostały one przyjęte przez drugą stronę tzn. sposób wykonania został bezdyskusyjnie zaakceptowany przez stronę odbierającą. Należy przy tym zaznaczyć, iż bez znaczenia jest sama kwestia nazewnictwa stosowanego dokumentu. Najistotniejsze jest, aby spełniał on swoją funkcję, czyli dokumentował odbiór przez inwestora określonych prac. (tak: Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, IPPP1-443-273/ 10-2/PR). Podobnie również Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z 12 lipca 2011 r., nr 1PTPB1/415-5/ 11-4/AG.

Tok rozumowania Odwołującego sprowadza się natomiast do propozycji dania mu pełnej swobody w ustalaniu czy wykonał określone roboty oraz jaką część wynagrodzenia z tego tytułu powinna mu być wypłacona z całkowitym pominięciem umownych regulacji co do zasad rozliczeń między stronami umowy co jest całkowicie niedopuszczalne. Tym samym postanowienia klauzul 14.6 oraz 14.7 WSK są zgodne z przepisami prawa. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 52) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

53)

Zarzut sformułowany przez odwołującego w punkcie 53) odwołania co do klauzuli 14.10 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. Sformułowania klauzuli 14.10 stanowią prostą konsekwencję okoliczności odwołania się w tej klauzuli do zasad sprawozdawczości dla potrzeb uzyskiwania Przejściowych Świadectw Płatności określonych w klauzuli 14.3. Zresztą powyższe odesłanie powoduje, iż po wydaniu Świadectwa Przejścia może być wydane kolejne przejściowe świadectwo płatności co wydaje się być korzystne dla wykonawcy. Powyższa klauzula dotyczy zatem

zasad sprawozdawczości Wykonawcy i ewentualnie rozliczeń częściowych i w żaden sposób nie wpływa na charakter czy wysokość jego końcowego wynagrodzenia które ma charakter ryczałtowy w wysokości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 53) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

54)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 54) odwołania tj. co do klauzuli 16.1 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności umowa w ogóle nie musiałaby przewidywać uprawnień wykonawcy do zawieszenia wykonywania prac, jednakże dla zabezpieczenia interesów wykonawcy zastrzeżenie takie zawarto. Przywołany zarzut opierany jest na dokonywanym przez Odwołującego a priori założeniu, iż Inżynier oraz Zamawiający nie będą stosowali się do postanowień zawartej umowy a tym samym w praktyce i tak uniemożliwią wykonawcy skorzystanie z przywołanej klauzuli. Zakładanie z góry, że Inżynier czy Zamawiający nie będzie przestrzegał postanowień kontraktu (zasady wystawiania Przejściowych Świadectw Płatności są ustalone w Kontrakcie i Inżynier czy Zamawiający nie mają dowolności w ich stosowaniu) nie może być słusznym uzasadnieniem w zakresie formułowania zarzutów co do postanowień umowy. W każdym przypadku nieuzasadnionego zdaniem wykonawcy opóźnienia w regulowaniu należnych mu zobowiązań pieniężnych może on wystąpić na drogę postępowania sądowego w celu ochrony swoich praw. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 54) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

55)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 55) tj. co do klauzuli 16.2 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności umowa w ogóle nie musiałaby przewidywać umownego uprawnienia wykonawcy do odstąpienia od umowy, jednakże dla zabezpieczenia interesów wykonawcy zastrzeżenie takie zawarto. Przywołany zarzut opierany jest na dokonywanym przez Odwołującego a priori założeniu, iż Inżynier oraz Zamawiający nie będą stosowali się do postanowień umowy a tym samym w praktyce i tak uniemożliwią Wykonawcy skorzystanie z przywołanej klauzuli. Zakładanie z góry, że Inżynier czy Zamawiający nie będzie

przestrzegał postanowień kontraktu (zasady wystawiania Przejściowych świadectw Płatności są ustalone w Kontrakcie i Inżynier czy Zamawiający nie mają dowolności w ich stosowaniu) nie może być w do formułowania zarzutów co do postanowień umowy. W każdym przypadku nieuzasadnionego zdaniem wykonawcy opóźnienia w regulowaniu należnych mu zobowiązań pieniężnych może on wystąpić na drogę postępowania sądowego w celu ochrony swoich praw. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 55) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

56)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 56) tj. co do postanowień klauzuli 17.3 WSK nie zasługuje na uwzględnienie. Brzmienie przywołanej klauzuli jest konsekwencją opisu przedmiotu zamówieniu którym są roboty budowlane wykonywane w trybie „zaprojektuj i wybuduj” z wynagrodzeniem ryczałtowym co niejako z definicji przenosi na wykonawcę ryzyka sprawnego wykonania umowy. Istotą umowy zaprojektuj i wybuduj jest bowiem kompletne wykonanie robót budowlanych począwszy od fazy projektowej aż do ich pełnego wykonania. W związku z powyższym rozkład ryzyk stron umowy musi odzwierciedlać kompleksowy charakter zobowiązań Wykonawcy, od którego zamawiający wymaga szczególnego profesjonalizmu, rzetelności i zdolności oceny zdarzeń mogących wpływać na wykonanie umowy w zamian za co oferuje mu z góry ustalone wynagrodzenie ryczałtowe (w wysokości której nie negocjuje z wykonawcą a przyjmuje zgodnie z jego ofertą) nie zależne od rzeczywistych kosztów wykonania przedmiotu umowy. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 56) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający zmienił postanowienia klauzuli 17.3 WSK poprzez przywrócenie ich pierwotnego brzmienia z zastrzeżeniem wykreślenia podpunktu (h).

57)

W aspekcie zarzutu Odwołującego w punkcie 57) odwołania sformułowanego co do postanowień dokumentu gwarancji jakości w zakresie zasadności uznania dnia wydania Świadectwa Wykonania za właściwy dla rozpoczęcia biegu Okresu Gwarancji Jakości zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 15) i 37) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 57) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia dokumentu gwarancji jakości poprzez wykreślenie w art. 1 ust 4 który był zbędny dla ustalenia terminu rozpoczęcia okresu obowiązywania Gwarancji Jakości.

58)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 58) odwołania tj. co do postanowień dokumentu gwarancji jakości w zakresie zapewnienia zgodności przedmiotu gwarancji z przepisami prawa nie zasługuje na uwzględnienie. Zasady odpowiedzialności z tytułu gwarancji jakości ustalone w Dokumencie Gwarancji jakości są takie same dla wszystkich wykonawców. Obowiązek objęcia gwarancją jakości obowiązku zapewnienia zgodności przedmiotu umowy z prawem w całym okresie gwarancji z całą pewnością jest uzasadniony i możliwy do wykonania natomiast sprawą wykonawcy pozostaje jedynie oszacowanie kosztów takiego zakresu gwarancji jakości. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 58) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia dokumentu gwarancji jakości poprzez wykreślenie w art. 2 ust 4 dokumentu gwarancyjnego słów „wymagania określone w przepisach prawa oraz”.

59)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w punkcie 59) odwołania tj. co do postanowień dokumentu gwarancji jakości w zakresie akceptacji stosowanych przez zamawiającego zasad i standardów utrzymania przedmiotu gwarancji nie zasługuje na uwzględnienie. Wszelkie standardy utrzymania przedmiotu gwarancji muszą być w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz odpowiednimi powszechnie obowiązującymi normami tak więc nie występuje po stronie Wykonawcy żadne ryzyko w powyższym zakresie. Niezależnie od powyższej okoliczności, która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający doprecyzował postanowienia Dokumentu Gwarancji wykreślając w art. 5 ust 1 lit. d słowa „przy czym Wykonawca akceptuje stosowane przez Zamawiającego zasady i standardy utrzymania Przedmiotu Gwarancji za wystarczające i zgodne z zasadami eksploatacji. ”

60)

Zarzut sformułowany przez Odwołującego zawartego w punkcie 60) odwołania tj. co do zasad liczenia Czasu na Wykonanie nie jest uzasadniony. W powyższym zakresie pełną aktualność zachowują uwagi poczynione w pkt 19) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 60) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

61)

W aspekcie zarzutu Odwołującego zawartego w punkcie 61) odwołania sformułowanego co do zasadności uznania dnia wydania Świadectwa Wykonania za właściwy dla rozpoczęcia biegu Okresu Rękojmi za Wady zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 15) i 37) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 61) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

62)

W aspekcie zarzutu Odwołującego zawartego w punkcie 62) odwołania sformułowanego co do zasadności uznania dnia wydania Świadectwa Wykonania za

właściwy dla rozpoczęcia biegu Okresu Rękojmi za wady zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 15) i 37) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 62) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

63)

W aspekcie zarzutu Odwołującego w punkcie 63) odwołania sformułowanego co do obowiązku powiadomienia o ewentualnych błędach lub wadach Wymagań Zamawiającego zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 33) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 63) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

64)

W aspekcie zarzutu Odwołującego zawartego w punkcie 64) odwołania sformułowanego co do zasad naliczania kar umownych zachowują pełną aktualność uwagi poczynione w punkcie 39) powyżej. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 64) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający dokonał zmiany projektu umowy poprzez zmianę postanowień klauzuli 8.7 uwzględniając naliczane kar umownych za zwłokę a nie opóźnienie a nadto rezygnując z możliwości naliczania kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad w okresie zgłaszania wad i dostosował do powyższej zmiany postanowienia Załącznika do Oferty.

65)

W aspekcie zarzutu Odwołującego zawartego w punkcie 65) odwołania sformułowanego co do rzekomych braków Projektu Funkcjonalno-Użytkowego stwierdzić należy, iż są one nieuzasadnione. Zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy

dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (Dz.U. Nr 202, poz. 2072) co do zawartości części informacyjnej programu funkcjonalno-użytkowego zgodnie z §19 pkt 4) część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje m.in.:

„4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:...”

Sformułowanie „inne posiadane informacje” dotyczą informacji posiadanych przez Zamawiającego, służących do wykorzystania przy przygotowaniu oferty. Ponieważ zadanie inwestycyjne ma być realizowane w formule „zaprojektuj i zbuduj” to dużą część materiałów wyjściowych tzn. opracowań przedprojektowych Zamawiający określa jako przedmiot do wykonania przez Wykonawcę. Ich zawartość jak również całość zakresu prac projektowych, jest określona we wcześniejszych punktach PFU, a w p. II.4. ujęto informację, iż wyszczególnionych opracowań Zamawiający nie posiada, gdyż ze względu na charakter inwestycji powinien je określić i opracować projektant dla właściwego zaprojektowania obiektów budowlanych tj. zgodnie z wymaganiami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (z późn. Zmianami - Dz.U.10.243.1623) wraz z przepisami wykonawczymi. W związku z tym, że w Załączniku do punktu 1.4 określono w sposób wyczerpujący zakresy robót do wykonania, nieprawdziwe jest stwierdzenie Odwołującego, że Wykonawca nie może określić zakresu prac projektowych. Ponadto spis wszystkich opracowań przedprojektowych wraz z wymaganiami dla nich zawierają odpowiednio punkty 1.1.2 oraz 2.7. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego wskazane w pkt 65) odwołania w świetle postanowień art. 192 ust 2 pzp nie zasługują na uwzględnienie.

66)

W aspekcie zarzutu Odwołującego zawartego w punkcie 66) odwołania sformułowanego co do zamieszczenia projektów wykonawczych dla zadań oznaczonych numerami II i III wskazać należy iż jest ono nieuzasadnione. W szczególności podkreślenia wymaga, iż zgodnie z § 5 ust 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (Dz.U. Nr 202, poz. 2072) to

właśnie projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym m. in. do przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Tym samym nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego że zamieszczenie projektów wykonawczych powoduje ryzyko złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Niezależnie od powyższej okoliczności która przesądza o niemożności uznania zarzutu odwołania za zasadny w rozumieniu art. 192 ust 2 pzp, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony wykonawców Zamawiający zamieści na swoje stronie internetowej posiadane wersje elektroniczne projektów budowlanych dla zadania II i III.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Na Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego zamieszczony w części II SIWZ składał się z następujących rozdziałów:

1. Akt umowy
2. Warunki ogólne kontraktu (WOK)
3. Warunki szczególne kontraktu (WSK)
4. Wzór dokumentu gwarancji jakości (DGJ)
5. Załącznik do oferty
6. Wykaz odcinków

Wszelkie modyfikacje SIWZ, do których referuje się dalej, w uzasadnieniu wyroku, oznaczają zmiany specyfikacji dokonane w dniu 09.03.2012 r. w związku z wniesionym odwołaniem.

1) W Akcie umowy stroną udzielającą zamówienia oznaczono jako:

„Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie”

W wyniku modyfikacji SIWZ powyższe zmieniono na:

„Gmina Miejska Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie”.

2) W preambule Aktu umowy wskazano:

„Zważywszy, że Zamawiający życzy sobie, aby Roboty określone jako „PRZEBUDOWA LINII TRAMWAJOWEJ NA ODCINKU RONDO MOGILSKIE – AL. JANA PAWŁA II – PLAC CENTRALNY WRAZ Z SYSTEMEM STEROWANIA RUCHEM W KRAKOWIE”, zostały wykonane przez Wykonawcę, oraz że Zamawiający przyjął Ofertę Wykonawcy na zaprojektowanie, wykonanie i ukończenie tych Robót oraz usunięcie w nich wszelkich wad, złożoną w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych”.

W wyniku modyfikacji SIWZ w powyższym fragmencie „wszelkich wad” zmieniono na „wszelkich wad za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

Również w pkt 3 Aktu umowy pierwotnie wskazano: „Wykonawca zobowiązuje się zaprojektować, wykonać i wykończyć Roboty oraz usunąć w nich wszelkie wady w pełnej zgodności z postanowieniami Kontraktu”.

Co zostało ww. modyfikacją zmienione na:

„Wykonawca zobowiązuje się zaprojektować, wykonać i wykończyć Roboty oraz usunąć w nich wszelkie wady za które ponosi odpowiedzialność w pełnej zgodności z postanowieniami Kontraktu.”

3) W pkt 2 Aktu umowy wskazano:

Następujące dokumenty będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część niniejszego Kontraktu, według następującego pierwszeństwa:

a) niniejszy Akt Umowy;

- b) Warunki Szczególne Kontraktu ;
- c) Warunki Ogólne Kontraktu;
- d) Dokument Gwarancji Jakości;
- e) Program Funkcjonalno - Użytkowy dla zadania pn.: "Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie”;
- f) Projekt budowlany rozbudowy al. Jana Pawła II oraz ulic: Meissnera, Ślicznej, Łąkowej, Ładnej, Stańca oraz Czyżyńskiej wraz z budową ul. Lema w Krakowie o długości 200m; przebudowa oraz budowa ekranów akustycznych; rozbudowa infrastruktury tramwajowej wraz z siecią trakcyjną oraz przystankami dla komunikacji zbiorowej tramwajowej i autobusowej; wyburzenia istniejącej zabudowy kolidującej z rozbudowanym układem drogowym.;
- g) Projekt budowlany stacja prostownikowa trakcyjna „Wieczysta”;
- h) Tabela Elementów Rozliczeniowych (Wykaz Cen);
- i) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia;
- j) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami;
- k) Wykaz Odcinków;
- l) Wykaz osób stanowiących potencjał kadrowy Wykonawcy które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

4)-18)

Warunkami ogólnymi kontraktu (WOK), które zamawiający przyjął dla robót będących przedmiotem zamówienia, są „WARUNKI KONTRAKTOWE DLA URZĄDZEŃ ORAZ PROJEKTOWANIA I BUDOWY dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę”, czwarte wydanie angielsko-polskie z 2008 r. stanowiące tłumaczenie pierwszego wydania z 1999 r. opublikowane przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (ISBN: 83-86774-28-2), tzw. żółty FIDIC.

W wyniku modyfikacji SIWZ zamawiający zmienił, za pomocą Warunków Szczególnych Kontraktu (WSK), m.in. klauzulę 4.1, w następujący sposób:

W pierwszym zdaniu po słowie "Wykonawca" dodaje się słowa "z należytą starannością i pilnością". Ponadto po słowach „wady w Robotach” dodaje się słowa „za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.”

W ramach modyfikacji zmienił również klauzulę 7.3 wskazując: W niniejszej klauzuli 7.3 w podpunkcie (b) wykreśla się słowa „i poza nim”.

19)-56)

Na SIWZ i Wzór umowy składały się również **Warunki Szczególne Kontraktu (WSK)**, które zmieniają, uzupełniają i wprowadzają dodatkowe klauzule do Warunków Ogólnych.

Warunki Ogólne Kontraktu pozostają – jak wskazano – wiążące o ile Warunki Szczególne nie stanowią inaczej.

Ponadto wskazano, iż numeracja klauzul w Warunkach Szczególnych nie jest kolejna i jest zgodna z numeracją klauzul przyjętą w Warunkach Ogólnych.

Pierwotnie, tj. przed modyfikacji siwz, opublikowano następującą treść odnośnych (do poszczególnych zarzutów, plus klauzule z nimi powiązane) klauzul WSK:

19)

1.1.3 Daty, próby, okresy i ukończenie

Klauzulę 1.1.3.1 skreśla się i zastępuje się następująco:

1.1.3.1 „Data Odniesienia” oznacza dzienną datę w której Strony zawarły niniejszy Kontrakt podpisując Akt Umowy.

Klauzulę 1.1.3.3 zmienia się następująco:

W niniejszej definicji zwrot „Daty Rozpoczęcia” zastępuje się zwrotem „Daty Odniesienia”

Klauzula 8 Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie

8.1 Rozpoczęcie Robót

Skreśla się klauzulę 8.1 i zastępuje następująco:

Inżynier wyznaczy Wykonawcy Datę Rozpoczęcia z wyprzedzeniem nie mniej niż 7-dniowym. Data Rozpoczęcia nie będzie późniejsza niż 14 dni po dacie wejścia Kontraktu w życie. Wykonawca rozpocznie projektowanie i wykonywanie Robót budowlanych skoro tylko będzie to wykonalne po Dacie Rozpoczęcia i będzie je projektował i wykonywał z należyтым pośpiechem i bez opóźnień.

20)

Klauzulę 1.1.3.7 zmienia się następująco:

Na końcu niniejszej definicji dodaje się słowa: „Pojęcia „Okres Zgłaszania Wad” nie należy utożsamiać z pojęciem „Rękojmi za wady”, „Okresu Rękojmi za Wady” oraz „Gwarancji Jakości” które zostały zdefiniowane odrębnie w klauzulach 1.1.3.10 oraz 1.1.3.11 poniżej.”

Wprowadza się nowe Definicje:

1.1.3.10 „Rękojnia za wady” oznacza instytucję przewidzianą we właściwych przepisach kodeksu cywilnego stosowaną do niniejszego Kontraktu z ewentualnymi zmianami wynikającymi z postanowień Kontraktu.

1.1.3.11 „Gwarancja jakości” oznacza instytucję przewidzianą we właściwych przepisach kodeksu cywilnego stosowaną do niniejszego Kontraktu zgodnie z jego postanowieniami oraz zgodnie z postanowieniami Dokumentu Gwarancyjnego.

21)

Klauzulę 1.1.4.1 skreśla się i zastępuje się następująco:

1.1.4.1 „Zatwierdzona Kwota Kontaktowa” oznacza kwotę wymienioną w Akcie Umowy stanowiącą ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy należne do zapłaty za zaprojektowanie, wykonanie i wykończenie Robót oraz usunięcie wszelkich wad.

22)

1.5 Pierwszeństwo dokumentów

W niniejszej klauzuli 1.5 skreśla się drugie zdanie i listę dokumentów wymienionych w podpunktach od (a) do (h) i zastępuje następująco:

W celu interpretacji lub wyjaśniania sprzeczności w poszczególnych dokumentach wchodzących w skład Kontraktu pierwszeństwo dokumentów będzie ustalane zgodnie z kolejnością zapisaną w Akcie Umowy. Zmiany do Kontraktu, jeśli wystąpią, będą miały kolejność ważności taką, jak dokumenty, które modyfikują.

23)

1.7 Cesje

Klauzulę 1.7 skreśla się i zastępuje następująco:

Wykonawca nie może przenosić jakichkolwiek wierzytelności, praw i obowiązków wynikających z niniejszej umowy bez zgody Zamawiającego udzielonej na piśmie pod rygorem nieważności.

24)

1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego

W niniejszej klauzuli 1.9 wykreśla się podpunkt (b) w całości. W ostatnim akapicie wykreśla się sowa „i (b) niniejszej klauzuli”.

2.1 Prawo dostępu do Terenu Budowy

W niniejszej klauzuli 2.1 w akapicie trzecim wykreśla się w całości podpunkt (b)

4.6 Współpraca

W niniejszej klauzuli 4.6 wprowadza się następujące zmiany:

W akapicie drugim wykreśla się słowa „Takie polecenia będą stanowiły Zmiany w zakresie,

w jakim Wykonawca poniesie Nieprzewidywalny Koszt”.

4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne

W akapicie czwartym niniejszej klauzuli 4.12 skreśla się podpunkt (b) w całości

W akapicie piątym niniejszej klauzuli 4.12 po słowach „opisanych w pp. (a) i” wykreśla się

zwrot „(b)”

Akapit szósty niniejszej klauzuli 4.12 skreśla w całości

4.24. Wykopaliska

W akapicie drugim niniejszej klauzuli 4.24 skreśla się podpunkt (b) w całości.

7.4 Próby

W niniejszej klauzuli 7.4 w akapicie trzecim w zdaniu pierwszym wykreśla się słowa „Na mocy Rozdziału 13 [Zmiany i uzupełnienia]”

W niniejszej klauzuli 7.4 w akapicie trzecim w zdaniu drugim słowa „danej Zmiany” zastępuje się słowami „takich poleceń Inżyniera”. Na końcu akapitu trzeciego dodaje się zdanie ”Jeżeli takie dodatkowe lub zmienione próby polecane przez Inżyniera potwierdzą że badane Urządzenie, Materiały lub wykonawstwo są zgodne z Kontraktem to koszt ich przeprowadzenia poniesie Zamawiający.”

W niniejszej klauzuli 7.4 w akapicie piątym podpunkt (b) wykreśla się w całości.

8.9 Następstwa zawieszenia

W niniejszej klauzuli 8.9 skreśla się podpunkt (b) w całości.

10.2 Przejęcie części Robót

W niniejszej klauzuli 10.2 akapit czwarty i piąty wykreśla się w całości.

10.3 Zakłócanie Prób Końcowych

W niniejszej klauzuli 10.3 w akapicie drugim podpunkt (b) wykreśla się w całości

11.8 Badanie przez Wykonawcę przyczyn powstania wad

W niniejszej klauzuli 11.8 wykreśla się słowa „plus umiarkowany zysk”

16.1 Uprawnienia Wykonawcy do zawieszenia Robót

W niniejszej klauzuli 16.1 skreśla się w całości akapity 1 do 3 i zastępuje się je następującym tekstem:

„Jeżeli Zamawiający nie dokona zapłaty zgodnie z Klauzulą 14.7 [Zapłata] a opóźnienie w dokonaniu zapłaty przekracza 90 dni, to Wykonawca może zawiesić Roboty lub zmniejszyć ich tempo aż do czasu kiedy otrzyma dowód dokonania zapłaty, uprzedzając o tym Zamawiającego co najmniej 21 dni naprzód.

Takie działanie nie pozbawi Wykonawcy uprawnień do naliczania odsetek na mocy klauzuli 14.8 [Opóźniona zapłata] ani do odstąpienia od Kontraktu na mocy klauzuli 16.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Wykonawcę].

Jeśli Wykonawca następnie otrzyma należną mu zapłatę jak opisano w odnośnej klauzuli to winien on przywrócić zwykłe tempo pracy tak szybko jak to będzie możliwe jednakże nie później niż w terminie 14 dni zapłaty.”

W akapicie czwartym podpunkt (b) skreśla się w całości.

17.4 Następstwa ryzyka Zamawiającego

W niniejszej klauzuli 17.4 w podpunkcie (b) wykreśla się zdanie drugie

19.4 Następstwa Siły Wyższej

W niniejszej klauzuli 19.4 wykreśla się w całości podpunkt (b)

25)

1.10 Używanie Dokumentów Wykonawcy przez Zamawiającego

Klauzulę 1.7 skreśla się i zastępuje następująco:

Z chwilą wydania Zamawiającemu jakiegokolwiek Dokumentu Wykonawcy, Wykonawca przenosi na Zamawiającego w całości i na wyłączność majątkowe prawa autorskie do tego Dokumentu Wykonawcy (dalej nazywanego w skrócie „DW”), na wszystkich znanych w dniu zawarcia kontraktu polach eksploatacji a w szczególności co do następujących pól eksploatacji:

- a) utrwalania i zwielokrotniania egzemplarzy DW każdą techniką, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową (w tym m.in. poprzez dyskietki, CD-ROM-y, DVD, taśmy magnetyczne, nośniki magnetoptyczne, poprzez druk oraz urządzenia elektroniczne /w tym tzw. papier elektroniczny);
- b) obrót oryginałem i egzemplarzami DW poprzez użyczenie i najem jego oryginału lub egzemplarzy;
- c) wprowadzanie DW do pamięci komputera i gromadzenie danych w postaci cyfrowej;
- d) publikowanie części lub całości DW w tym emisja publiczna, emisja w ramach pokazów zamkniętych, poprzez telewizję, Internet i inne środki masowego przekazu;
- e) udostępnianie DW innym podmiotom w tym publiczne udostępnianie w taki sposób aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie wybranym przez Zamawiającego;

- f) wielokrotne wykorzystywanie DW do realizacji inwestycji;
- g) wielokrotne wykorzystywanie DW do opracowania i realizacji projektów technicznych z przedmiarami i kosztorysami;
- h) przetwarzanie i wprowadzanie zmian w DW;
- i) wykorzystywania DW do wszelki celów związanych z uzyskaniem i rozliczaniem funduszy pomocowych UE;
- j) wykorzystywanie w każdy sposób i w każdej formie na potrzeby Zamawiającego;

Wykonawca z dniem przekazania jakiegokolwiek Dokumentu Wykonawcy Zamawiającemu przenosi na Zamawiającego również prawo własności nośników na których ten Dokument Wykonawcy został utrwalony

Wykonawca z dniem przekazania wykonanych utworów Zamawiającemu przenosi na Zamawiającego również autorskie prawa zależne do przekazanych mu utworów.

Wynagrodzenie Wykonawcy ustalone w Akcie Umowy (Zatwierdzona Kwota Kontraktowa) obejmuje łączne wynagrodzenie za wszystkie majątkowe prawa autorskie do utworów stanowiących Dokumenty Wykonawcy przekazanych Zamawiającemu przez Wykonawcę na wszystkich polach eksploatacji oraz wynagrodzenie za przeniesienie na rzecz Zamawiającego autorskich praw zależnych do Dokumentów Wykonawcy.

W przypadku powstania nowych pól eksploatacji Dokumentów Wykonawcy wykonanych zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy przez Wykonawcę i przekazanych Zamawiającemu, prawo do ich eksploatacji na nowo powstałych polach eksploatacji zostanie przeniesione nieodpłatnie na Zamawiającego niezwłocznie po wezwaniu Wykonawcy do ich przeniesienia.

W chwili wydania Zamawiającemu Dokumentu Wykonawcy, Wykonawca przenosi na Zamawiającego prawo do korzystania z opracowań Dokumentu Wykonawcy na wszystkich polach eksploatacji, o których mowa powyżej.

Nabycie wszelkich praw, o których mowa w niniejszej klauzuli nie jest ograniczone czasowo ani terytorialnie.

26)

2.2 Zezwoleń, licencje i zatwierdzenia

W pierwszym zdaniu niniejszej klauzuli 2.2 po słowach "na żądanie" dodaje się słowa "i na koszt".

27)

2.4 Przygotowanie finansowania przez Zamawiającego

Klauzulę 2.4 skreśla się i zastępuje się następująco:

Wykonawca uprawniony jest do żądania od Zamawiającego przedstawienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane na zasadach określonych w art. 649¹ i n. Kodeksu Cywilnego, z zastrzeżeniem postanowień klauzuli 14.4 [Plan płatności].

14.4 Plan płatności

Klauzulę 14.4 skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem: „Dla potrzeb rozliczania niniejszego Kontraktu Strony zgodnie ustalają, iż wszelkie płatności na rzecz Wykonawcy na podstawie Przejściowych Świadectw Płatności dokonywane będą jedynie do wysokości limitów finansowania ustalonych dla realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu w aktualnym w danym roku budżecie miasta Krakowa. Mając powyższe na uwadze, Wykonawca nie może występować z Wnioskiem o Przejściowe Świadectwo Płatności którego zaakceptowanie prowadziłoby do poświadczenia do zapłaty kwot przekraczających limit środków przeznaczonych w budżecie miasta Krakowa na finansowanie inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu w danym roku, a Inżynier nie wystawi Przejściowego Świadectwa Płatności które przekraczałyby ustalony w obowiązującym budżecie miasta Krakowa limit finansowania.

Wszelkie Roboty wykonane w danym roku i nie rozliczone w danym roku zgodnie z klauzulą 14.3 i 14.6 ze względu na osiągnięcie limitu finansowania inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu zostaną przedstawione przez Wykonawcę do Rozliczenia po zakończeniu pierwszego kwartału kolejnego roku stosownie do postanowień klauzuli 14.3, w każdym przypadku jednakże jedynie do wysokości limitu finansowania inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu ustalonego w obowiązującym budżecie miasta Krakowa na dany rok.

28)

Klauzula 3 Inżynier

3.1 Obowiązki i uprawnienia Inżyniera

Trzeci akapit niniejszej klauzuli 3.1 uzupełnia się następująco:

Inżynier winien uzyskiwać zgodę Zamawiającego przed wykonaniem swoich obowiązków czy czynności określonych w następujących klauzulach Warunków Ogólnych:

- i. klauzula 3.2 [Pełnomocnictwa wydane przez Inżyniera]
- ii. klauzula 4.4 [Podwykonawcy]
- iii. klauzula 5.4 [Normy techniczne i przepisy]
- iv. klauzula 7.4 [Próby] w zakresie polecenia przez Inżyniera dodatkowych lub zmienionych Prób
- v. klauzula 8.4 [Przedłużenie Czasu na Wykonanie]
- vi. klauzula 8.8 [Zawieszenie Robót]
- vii. klauzula 8.11 [Przedłużone zawieszenie]
- viii. klauzula 10.1 [Przejęcie robót i odcinków]
- ix. klauzula 11.9 [Świadectwo Wykonania]
- x. klauzula 13 [Zmiany i korekty]
- xi. klauzula 14.6 [Wystawianie Przejściowych Świadectw Płatności]
- xii. klauzula 17.4 [Następstwa ryzyka Zamawiającego]

Niezależnie od obowiązku uzyskiwania zgody, jak objaśniono powyżej, jeżeli w opinii Inżyniera zdarzył się wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia lub Robót lub sąsiadującą nieruchomość może on bez zwalniania Wykonawcy z żadnego z jego obowiązków i odpowiedzialności w ramach Kontraktu polecić Wykonawcy wykonać każdą taką pracę, która, w opinii Inżyniera, może być konieczna do zmniejszenia ryzyka. Wykonawca, pomimo braku zgody Zamawiającego, winien zastosować się do każdego takiego polecenia Inżyniera.

29)

4.2 Zabezpieczenie wykonania

Niniejszą klauzulę 4.2 wykreśla się w całości i zastępuje w następujący sposób: Najpóźniej w dniu zawarcia niniejszego Kontraktu Wykonawca wnosi Zabezpieczenie

należytego wykonania umowy które służy pokryciu roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu (Zabezpieczenie Wykonania). Wysokość Zabezpieczenia Wykonania wynosi 7 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.

Zabezpieczenie Wykonania może być wniesione według wyboru Wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach:

- a) pieniądzu;
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- c) gwarancjach bankowych;
- d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Wykonawca zadba, aby Zabezpieczenie Wykonania było ważne i mogło być wykorzystane aż do dnia, kiedy Wykonawca wykona i ukończy Roboty oraz usunie wszelkie wady. Jeżeli warunki Zabezpieczenia Wykonania wymieniają datę jego wygaśnięcia a Wykonawca nie zdoła uzyskać Świadectwa Wykonania w terminie poprzedzającym o 28 dni datę wygaśnięcia Zabezpieczenia Wykonania to wykonawca przedłuży odpowiednio okres ważności Zabezpieczenia Wykonania mając na względzie, iż do dnia wydania Świadectwa Wykonania Zabezpieczenie wykonania musi opiewać na 100 % wymaganej wartości natomiast od dnia wydania Świadectwa Wykonania do dnia upływu okresu Rękojmi za wady Zabezpieczenie wykonania musi opiewać na 30 % wymaganej wartości

Jeżeli Zabezpieczenie Wykonania zostanie wniesione w pieniądzu, Zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy Wykonawcy.

W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i winna zawierać następujące elementy:

- a) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
- b) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją poprzez wskazanie, iż stanowi ona zabezpieczenie należytego wykonania niniejszego Kontraktu
- c) kwotę gwarancji w wysokości odpowiadającą 7 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej
- d) termin ważności gwarancji obejmujący cały okres realizacji umowy tj. aż do wydania Świadectwa Wykonania, a co do kwoty odpowiadającej 30 % wysokości Zabezpieczenia Wykonania także do upływu okresu Rękojmi za wady.
- e) bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego

Powyższe wymogi stosuje się odpowiednio do poręczeń o których mowa w niniejszej klauzuli.

Zamawiający zwróci wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane tj. z dniem wydania Świadectwa Wykonania z zastrzeżeniem, iż Zamawiający pozostawi na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady kwotę wynoszącą 30 % wysokości

zabezpieczenia. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady jest zwracana Wykonawcy nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

30)

4.15 Droga dostępu

W niniejszej klauzuli 4.15 dodaje się podpunkt (f) o następującej treści: (f) Wykonawca jest odpowiedzialny za stan i czystość dróg i ulic w sąsiedztwie placu budowy. Wykonawca pokryje ewentualne koszty poniesione przez Zamawiającego w zakresie czyszczenia ulic w sąsiedztwie placu budowy z zanieczyszczeń spowodowanych przez Wykonawcę.

31)

4.26 Zabezpieczenie przylegających nieruchomości

Wykonawca, na własną odpowiedzialność i na swój koszt, podejmie wszelkie środki zapobiegawcze wymagane przez rzetelną praktykę budowlaną oraz aktualne okoliczności, aby zabezpieczyć prawa właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy i unikać powodowania tam jakichkolwiek zakłóceń czy szkód.

Wykonawca zabezpieczy Zamawiającego przed roszczeniami i przejmie odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z Terenem Budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody.

32)

4.27 Istniejące instalacje

Niezależnie od postanowień Klauzuli 4.10 Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji, takich jak odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje. Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych, kontrolne wykopy będą wykonane w celu zidentyfikowania podziemnej instalacji, której uszkodzenie może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa ruchu.

Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej i instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót. Wykonawca

niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia na własny koszt, a także, jeśli to konieczne, przeprowadzi inne prace nakazane przez Inżyniera.

Wykonawca będzie zobowiązany uzyskać własnym staraniem i na własny koszt wszelkie konieczne zgody, opinie, uzgodnienia i zezwolenia władz lokalnych, przedsiębiorstw i właścicieli, wymagane do niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji, każdorazowo na podstawie uzgodnień poczynionych z Inżynierem.

33)

Klauzula 5 Projektowanie

5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

W akapicie pierwszym niniejszej klauzuli 5.1 wprowadza się następujące zmiany:

Skreśla się zdanie pierwsze zastępując je następująco: „Wykonawca sporządzi projekty dla wykonania Robót zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i będzie za nie odpowiedzialny a w zakresie wskazanym w Wymaganiach Zamawiającego zaktualizuje, zmodyfikuje i dostosuje projekty Robót przekazane przez Zamawiającego i będzie za nie odpowiedzialny.”

Na końcu pierwszego zdania drugiego akapitu niniejszej klauzuli 5.1 po słowach „konieczne do projektowania” dodaje się słowa: „oraz niezbędne uprawnienia projektowe”. Na końcu drugiego zdania drugiego akapitu niniejszej klauzuli 5.1 dodaje się słowa: „,Okresu Rękojmi za Wady oraz Okresu Gwarancji Jakości”.

Akapit trzeci i czwarty niniejszej klauzuli wykreśla się i zastępuje w następujący sposób: Po otrzymaniu wezwania na mocy klauzuli 8.1 [Rozpoczęcie Robót] Wykonawca zbada Wymagania Zamawiającego włącznie z kryteriami projektowania i obliczeń. W terminie 14 dni liczonym od Daty Rozpoczęcia Wykonawca powiadomi Inżyniera o wszystkich błędach lub innych wadach znalezionych w Wymaganiach Zamawiającego. Po otrzymaniu tego powiadomienia Inżynier ustali czy wady i błędy rzeczywiście występują w Wymaganiach Zamawiającego, czy wpływają one na możliwość wykonania Robót w ustalonym Czasie na Wykonanie oraz czy należy

zastosować rozdział 13 [Zmiany i korekty]. W zakresie w jakim doświadczony Wykonawca powinien wykryć taki błąd lub wadę w trakcie badania Wymagań Zamawiającego przed złożeniem oferty nie będzie dokonywane przedłużenie Czasu na Wykonanie.

35) i 36)

Klauzula 8 Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie

8.1 Rozpoczęcie Robót

Skreśla się klauzulę 8.1 i zastępuje następująco:

Inżynier wyznaczy Wykonawcy Datę Rozpoczęcia z wyprzedzeniem nie mniej niż 7-dniowym. Data Rozpoczęcia nie będzie późniejsza niż 14 dni po dacie wejścia Kontraktu w życie. Wykonawca rozpocznie projektowanie i wykonywanie Robót budowlanych skoro tylko będzie to wykonalne po Dacie Rozpoczęcia i będzie je projektował i wykonywał z należyтым pośpiechem i bez opóźnień.

W terminie co najmniej na 7 dni przed rozpoczęciem wykonywania Robót budowlanych, stosownie do treści art. 41 Prawa Budowlanego Zamawiający zawiadomi właściwy organ o planowanym rozpoczęciu Robót budowlanych. Do tego zawiadomienia będą dołączone następujące dokumenty które zobowiązani są przygotować i w odpowiednim wcześniejszym czasie dostarczyć Zamawiającemu odpowiednio Wykonawca /punkt (a)/ lub Inżynier /punkt (b) i (c)/:

- a) oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi), a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7 Prawa Budowlanego;
- b) oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego, stwierdzające przyjęcie obowiązku pełnienia nadzoru inwestorskiego nad danymi robotami budowlanymi, a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7 Prawa Budowlanego;
- c) (c) informację zawierającą dane zamieszczone w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 42 ust. 2 pkt 2. Prawa Budowlanego.

Najpóźniej w Dacie Rozpoczęcia Wykonawca przedstawi Inżynierowi i Zamawiającemu listę wszystkich pozwoleń wymaganych do rozpoczęcia, wykonania i

ukończenia Robót na podstawie programu Robót przedkładanego w tym samym czasie zgodnie z klauzulą 8.3 [Program].

W uzgodnieniu z władzami lokalnymi i zarządcami urządzeń użytku publicznego Wykonawca sporządzi i przekaże Inżynierowi i Zamawiającemu harmonogram przedkładania w pełni udokumentowanych wniosków o udzielenie pozwoleń na wykonanie różnych części Robót najpóźniej w terminie 30 dni po Dacie Rozpoczęcia. Razem z takim harmonogramem Wykonawca przedłoży Inżynierowi listę wszystkich większych pozycji Sprzętu Wykonawcy, jakich on lub jego Podwykonawcy zamierzają użyć przy wykonywaniu Robót (np. koparki, ciężarówki, dźwigi, ubijarki, mieszarki, urządzenia do układania asfaltu, itp.), zawierającą ich charakterystykę.

Wykonawca spełni wymagania zawarte w pozwoleniach i zapewni wystawiającym je władzom pełną możliwość inspekcji i sprawdzenia Robót, jak również uczestnictwo w próbach i badaniach wykonywanych Robót. Zgodność z wymaganiami podanymi w pozwoleniach nie zwalnia Wykonawcy z jakiegokolwiek obowiązku czy odpowiedzialności w ramach Kontraktu.

37)

8.2 Czas na Wykonanie

Na początku niniejszej klauzuli 8.2 dodaje się następujące zdanie:

Czas na Wykonanie Robót podany jest w Załączniku do Oferty

W podpunkcie (b) dodaje się na jego końcu następujący tekst: „wraz z usunięciem wad i wykonaniem zaległych prac zgodnie z klauzulą 11 dla uzyskania Świadectwa Wykonania, oraz”

Dodaje się podpunkt (c) w następującym brzmieniu:

„(c) uzyskaniem Świadectwa Wykonania”

Na końcu niniejszej klauzuli 8.2 dodaje się następujący tekst:

Niezależnie od ustalonego Czasu na Wykonanie dla całości Robót, Wykonawca zobowiązany aby dokumentacja projektowa niezbędna do realizacji przedmiotu zamówienia wykonana została nie później niż w terminie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą, natomiast wszelkie decyzje administracyjne

niezbędne do realizacji robót budowlanych powinny zostać uzyskane w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą

38)

8.4 Przedłużenie Czasu na Wykonanie

W niniejszej klauzuli 8.4 w akapicie pierwszym wykreśla się słowa „dla celów określonych

w klauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków]”

W niniejszej klauzuli 8.4 wykreśla się podpunkty od (a) do (e) i zastępuje się w następujący

sposób:

- (a) Zwłoki Zamawiającego w przekazaniu Wykonawcy placu budowy;
- (b) Opóźnienia dającego uprawnienie Wykonawcy do Przedłużenia Czasu na Wykonanie na mocy jakiegokolwiek klauzuli niniejszych Warunków;
- (c) Wystąpienie Siły Wyższej w rozumieniu Klauzuli 19 mającej wpływ na możliwość terminowego wykonywania Robót przez Wykonawcę;
- (d) Zwłoki Zamawiającego lub Personelu Zamawiającego wpływającej na możliwość terminowego wykonania Robót przez Wykonawcę.

Na końcu niniejszej klauzuli 8.4 dodaje się następujący tekst: „Wykonawca nie będzie w żadnym przypadku upoważniony do Przedłużenia Czasu na Wykonanie jeżeli przyczyny wystąpienia opóźnień leżą po stronie Wykonawcy. Każde przedłużenie Czasu Na Wykonanie wymaga zmiany umowy zgodnie z postanowieniami Klauzuli 13. Jednocześnie postanawia się, iż łączne Przedłużenie Czasu na Wykonanie na podstawie jakichkolwiek Warunków niniejszego Kontraktu nie może być dłuższe niż 3 miesiące, z tym zastrzeżeniem, że ze szczególnie uzasadnionych przyczyn Zamawiający może wyrazić według własnego uznania na piśmie pod rygorem nieważności zgodę na Przedłużenie Czasu na Wykonanie w większym wymiarze.”

39)

8.7 Kary za opóźnienie

W nazwie niniejszej klauzuli 8.7 słowo „zwłokę” zastępuje się słowem „opóźnienie”

W niniejszej klauzuli 8.7 akapit pierwszy skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem:

„Jeżeli Wykonawca nie wypełni wymagań klauzuli 8.2. [Czas na Wykonanie], wymagań klauzuli 11.4 [Niewypełnienie obowiązku usuwania wad], wymagań klauzuli 11.12 [Rękojmia za Wady] oraz klauzuli 11.13 [Gwarancja Jakości] to Zamawiający będzie uprawniony do naliczania a Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej za uchybienie terminom wykonania Robót lub usunięcia wad wynikających z przywołanych klauzul. Wysokość Kary umownej będzie ustalona w Załączniku do Oferty w wymiarze 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień opóźnienia w stosunku do ustalonych terminów i będzie naliczana w sposób następujący:

- za uchybienie terminowi ustalonemu na wykonanie przedmiotu umowy (Robót) zgodnie z Klauzulą 8.2 [Czas na Wykonanie] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień opóźnienia licząc od upływu ustalonego Czasu na Wykonanie;
- za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Zgłaszania Wad zgodnie z Klauzulą 11.4 [Niewypełnienie obowiązku usuwania wad] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień opóźnienia licząc od upływu ustalonego terminu na usunięcie wady;
- za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Rękojmi za Wady zgodnie z Klauzulą 11.12 [Rękojmia za Wady] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień opóźnienia licząc od upływu ustalonego terminu na usunięcie wady;
- za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Gwarancji Jakości zgodnie z Klauzulą 11.13 [Gwarancja Jakości] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień opóźnienia licząc od upływu ustalonego terminu na usunięcie wady;

Łączna kwota kar umownych naliczonych na mocy niniejszej klauzuli nie może jednak przekroczyć maksymalnej kwoty kary umownej, jeśli taka jest ustalona w Załączniku do Oferty.

W niniejszej klauzuli 8.7 w akapicie drugim skreśla się zdanie pierwsze w całości. Na końcu niniejszej klauzuli 8.7 dodaje się następujący zapis:

Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy niezależnie od zastrzeżonych kar umownych odszkodowania na zasadach ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

40)

11.7 Dostęp do Robót

W niniejszej klauzuli 11.7 w ostatnim zdaniu po słowach „wymagania bezpieczeństwa” dodaje się słowa „oraz wymagania dotyczące możliwości zapewniania Zamawiającemu należytego korzystania z Robót.”

41)

11.9 Świadczenie Wykonania

Niniejszą klauzulę 11.9 wykreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem: „Wypełnienie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uznane dopóki Inżynier nie wystawi mu Świadczenia Wykonania stwierdzającego datę z którą Wykonawca wywiązał się ze wszystkich zobowiązań wynikających z Kontraktu, z zastrzeżeniem zobowiązań o których mowa z klauzuli 11.10 Inżynier wystawi świadectwo Wykonania:

- (a) w ciągu 21 dni po upływie ostatniego dnia Okresu Zgłaszania Wad dla Robót pod warunkiem, iż w trakcie Okresu Zgłaszania Wad Wykonawca wypełnił wszystkie swoje zobowiązania przypadające na ten Okres, w szczególności wskazane w klauzuli 11.1 lub
- (b) za pisemną pod rygorem nieważności zgodą Zamawiającego i Wykonawcy bez oczekiwania na upływ Okresu Zgłaszania Wad - niezwłocznie po tym gdy przejęte zostaną zgodnie z klauzulą 10.1 wszystkie Roboty, a Wykonawca wypełni wszystkie swoje zobowiązania przypadające na Okres Zgłaszania Wad dla wszystkich Robót, w szczególności wskazane w klauzuli 11.1
- (c) w każdym przypadku tylko jeżeli Wykonawca przedłoży oświadczenia swoich Podwykonawców lub inne rzetelne dowody potwierdzające, iż całe wynagrodzenie należne Podwykonawcom w związku z realizacją powierzonych im prac zostało wypłacone przez Wykonawcę;

Przed wystawieniem Świadcstwa Wykonania Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia i wydania Zamawiającemu Dokumentu Gwarancyjnego zgodnie z postanowieniami klauzuli 11.13 [Gwarancja Jakości]. Inżynier nie wystawi Świadcstwa Wykonania przed wypełnieniem powyższego obowiązku przez Wykonawcę.

Jeden egzemplarz Świadcstwa Wykonania Inżynier przekaze Zamawiającemu niezwłocznie po jego wydaniu. Świadcstwo Wykonania będzie jedynym dokumentem potwierdzającym przejęcie Robót przez Zamawiającego.

42)

11.12 Rękojmia za wady

Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za jakość, trwałość i brak wad w wykonanych Robót oraz poprawność, jakość i brak wad w sporządzonych Dokumentach Wykonawcy, a także za ich wykonanie zgodnie z niniejszą umową, w tym Roboty i Dokumenty Wykonawcy wykonane przez podwykonawców.

Strony postanawiają, iż odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady określonej zgodnie z Kodeksem cywilnym i postanowieniami niniejszych Warunków, wygasa po upływie 36 miesięcy licząc od daty wystawienia Świadcstwa Wykonania.

W okresie Rękojmi za wady wykonawca zobowiązany jest do usuwania na własny koszt wszelkich wad w Robotach i Dokumentach Wykonawcy w terminie nie dłuższym niż 14 dni od zgłoszenia wady przez Zamawiającego. Postanowienia klauzuli 11.2 [Koszt usuwania wad], klauzuli 11.3 [Przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad], klauzuli 11.4 [Niewypełnienie obowiązku usuwania wad] oraz klauzuli 11.5 [Usunięcie Robót wadliwych] stosuje się odpowiednio w okresie Rękojmi za wady, z zachowaniem pierwszeństwa postanowień niniejszej Klauzuli 11.12..

43) i 44)

11.13 Gwarancja Jakości

Wykonawca przed wystawieniem Świadcstwa Wykonania udzieli Gwarancji jakości na wykonane Roboty oraz Dokumenty Wykonawcy na warunkach wskazanych w dokumencie gwarancyjnym, którego wzór stanowi Rozdział 4 Kontraktu i na wskazane poniżej okresy:

- 1) Roboty z zakresu branży drogowej, branży obiektów inżynierskich, branży sieci elektroenergetycznych, sieci sanitarnych, sieci teletechnicznych – okres gwarancji będzie wynosił 120 miesięcy, licząc od dnia wydania Świadectwa Wykonania
- 2) Na pozostałe Roboty (w tym Dokumenty Wykonawcy) – okres gwarancji będzie wynosił 36 miesięcy, licząc od dnia wydania Świadectwa Wykonania

Warunkiem wystawienia przez Inżyniera Świadectwa Wykonania jest podpisanie przez Wykonawcę i wydanie Zamawiającemu dokumentu gwarancyjnego zgodnego ze wzorem stanowiącym Rozdział 4 Kontraktu.

Wszelkie odwołania do niniejszej Klauzuli 11.13 przez inne Klauzule Kontraktu należy odnosić również do postanowień Dokumentu Gwarancyjnego.

45)

Klauzula 13 Zmiany i korekty

13.1 Prawo do Zmian

Niniejsza klauzulę 13.1 skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem.

„Zmiana Kontraktu może zostać zainicjowana przez każdą ze Stron oraz przez Inżyniera, przy czym w każdym przypadku dla wprowadzenia Zmiany do treści Kontraktu konieczne jest zgodne oświadczenie woli Zamawiającego i Wykonawcy w tym zakresie. Dla dokonania Zmiany postanowień Kontraktu wymaga się zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Zmiana istotnych postanowień Kontraktu w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy jest dopuszczalna w przypadku wystąpienia jednego lub kilku z poniższych warunków:

1. w przypadku zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Kontraktu;
2. w przypadku działania siły wyższej w rozumieniu klauzuli 19 [Siła Wyższa] Warunków Kontraktu mającej wpływ na realizację Kontraktu;
3. w przypadku wystąpienia okoliczności upoważniających do Zmiany Kontraktu na mocy postanowień Warunków Kontraktowych a w szczególności do Przedłużenia Czasu na Wykonanie opisanych w Warunkach Kontraktu tj.:
 - a) Klauzula 1.9 [Błędy w wymaganiach Zamawiającego]

- b) Klauzula 2.1 [Prawo dostępu do Terenu Budowy]
 - c) Klauzula 4.12 [Nieprzewidywalne warunki fizyczne]
 - d) Klauzula 4.24 [Wykopaliska]
 - e) Klauzula 7.4 [Próby]
 - f) Klauzula 8.4 [Przedłużenie Czasu na Wykonanie]
 - g) Klauzula 8.5 [Opóźnienia spowodowane przez władze]
 - h) Klauzula 8.9 [Następstwa Zawieszenia]
 - i) Klauzula 10.3 [Zakłócanie Prób Końcowych]
 - j) Klauzula 16.1 [Uprawnienia Wykonawcy do zawieszenia Robót]
 - k) Klauzula 17.4 [Następstwa ryzyka Zamawiającego]
4. w przypadku niedostępności na rynku materiałów lub urządzeń przewidzianych w dokumentacji projektowej spowodowanej zaprzestaniem produkcji lub wycofaniem z rynku tych materiałów lub urządzeń;
 5. w przypadku pojawienia się na rynku materiałów lub urządzeń nowszej generacji, których zastosowanie spowoduje zmniejszenie kosztów eksploatacji Robót oraz poprawę warunków bezpieczeństwa i eksploatacji Robót;
 6. w przypadku konieczności zrealizowania Robót przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w Wymaganiach Zamawiającego, w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem Robót lub też w przypadku gdyby wprowadzenie innych rozwiązań technicznych/technologicznych niż wskazane w Wymaganiach Zamawiającego spowodowało istotne obniżenie kosztu wykonania Robót lub znacząco podniosło ich funkcjonalność;
 7. w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych mających wpływ na realizację Kontraktu;

46)

13.3 Procedura wprowadzania Zmian

Niniejszą klauzulę 13.3 skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem:

„Strona występująca z inicjatywą wprowadzenia Zmiany powinna szczegółowo udokumentować zasadność wprowadzenia zmiany, dopuszczalność jej dokonania na

gruncie postanowień Kontraktu oraz obowiązujących przepisów prawa a ponadto przedstawić przewidywany wpływ proponowanej zmiany na wykonanie Kontraktu. Jeżeli z inicjatywą wprowadzenia Zmiany występuje Inżynier może on zobowiązać Wykonawcę do przygotowania propozycji zmiany z uwzględnieniem opisu proponowanej Zmiany, wskazaniem podstaw do jej wprowadzenia oraz przygotowaniem analizy co do wpływu Zmiany na Wykonanie Kontraktu.

Po przygotowaniu wskazanych wyżej dokumentów i opracowań Strony przeprowadzą w dobrej wierze, przy udziale Inżyniera negocjacje w zakresie możliwości wprowadzenia Zmiany oraz jej treści i zakresu.

W przypadku osiągnięcia porozumienia w zakresie wprowadzenia Zmiany strony sporządzą Zmianę Kontraktu w formie pisemnej pod rygorem nieważności określając w niej wszelkie Zmiany wprowadzane do Kontraktu oraz moment wejścia w życie Zmiany.”

47)

13.7 Korekty uwzględniające zmiany prawne

Niniejsza klauzulę 13.7 skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem: „Postanowienia Kontraktu a w szczególności Cena Kontraktowa, Czas na Wykonanie, Wymagania Zamawiającego oraz zakres Robót mogą zostać zmienione w trybie wskazanym w klauzuli 13.3 jeżeli konieczność wprowadzenia takiej Zmiany jest wynikiem zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Zmiana stawki podatku VAT nie będzie podstawą do zmiany Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej”

14.1 Cena Kontraktowa

Niniejszą klauzulę 14.1 skreśla się i zastępuje następującym tekstem: „Zgodnie z niniejszymi Warunkami:

- a) Cena Kontraktowa będzie stanowiła ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za wypełnianie wszystkich zobowiązań wynikających z niniejszego Kontraktu w wysokości odpowiadającej Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej;
- b) Wykonawca opłaci wszelkie podatki, cła i opłaty, w następstwie jego obowiązków kontraktowych, a Cena Kontraktowa nie będzie z tego powodu korygowana o żaden z takich kosztów. W szczególności zmiana stawki

podatku VAT nie będzie podstawą do zmiany Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej;

- c) wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w którymkolwiek Wykazie lub w Wymaganiach Zamawiającego są ilościami szacunkowymi i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości ostatecznie rzeczywistych i prawidłowych, które Wykonawca ma wykonać w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej; oraz
- d) wszelkie dane ilościowe i cenowe które mogą być ustalone w którymkolwiek Wykazie lub w Wymaganiach Zamawiającego należy wykorzystywać do celów, przewidzianych w tym wykazie i mogą nie być odpowiednie do innych celów.”

48)

Klauzula 14.1 – jw.

49)

14.3 Wnioski o Przejściowe Świadczenia Płatności

Niniejszą klauzulę 14.3 skreśla się w całości i zastępuje w następujący sposób: „Po zakończeniu każdego kwartału obowiązywania niniejszego Kontraktu Wykonawca winien przedłożyć Inżynierowi Rozliczenie w sześciu egzemplarzach, w formie i o treści przygotowanej i zatwierdzonej przez Inżyniera, przedstawiające szczegółowo kwoty do których Wykonawca uważa się za uprawnionego wraz z dokumentami towarzyszącymi które winny zawierać raport o postępie Robót w danym kwartale, sporządzony zgodnie z klauzulą 4.21 [Raporty o postępie]. W zakresie dokumentacji projektowej sporządzanej przez Wykonawcę jako Dokumenty Wykonawcy rozliczeniu na podstawie Przejściowych Świadczeń Płatności podlegają wyłącznie Dokumenty w całości ukończone i kompletne. Rozliczenie powinno obejmować co najmniej szacunkową wartość kontraktową Robót i Dokumentów Wykonawcy wykonanych do końca danego kwartału, ustaloną w oparciu o rzeczywiste ilości wykonanych Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz ceny jednostkowe ustalone w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, z uwzględnieniem podziału na ustalone Odcinki Robót. Powyższa kwota powinna być pomniejszona o kwoty poświadczane we wszystkich wcześniejszych Świadczeniach Płatności oraz skorygowana o wszelkie dodatki lub potrącenia, które mogły stać się należne na mocy Kontraktu lub z innego tytułu,

włącznie z tymi które wynikną ze stosowania rozdziału 20 [Roszczenia, spory, arbitraż];” Rozliczenie powinno również uwzględniać odrębne wyszczególnienie kwot do których Wykonawca uważa się za uprawnionego z podziałem na koszty kwalifikowane i koszty niekwalifikowane zgodnie z aktualnymi wytycznymi w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, zatwierdzonymi przez Ministra Rozwoju Regionalnego.

50)

14.4 Plan płatności

Klauzulę 14.4 skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem: „Dla potrzeb rozliczania niniejszego Kontraktu Strony zgodnie ustalają, iż wszelkie płatności na rzecz Wykonawcy na podstawie Przejściowych Świadczeń Płatności dokonywane będą jedynie do wysokości limitów finansowania ustalonych dla realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu w aktualnym w danym roku budżecie miasta Krakowa. Mając powyższe na uwadze, Wykonawca nie może występować z Wnioskiem o Przejściowe Świadczenie Płatności którego zaakceptowanie prowadziłoby do poświadczenia do zapłaty kwot przekraczających limit środków przeznaczonych w budżecie miasta Krakowa na finansowanie inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu w danym roku, a Inżynier nie wystawi Przejściowego Świadczenia Płatności które przekraczałyby ustalony w obowiązującym budżecie miasta Krakowa limit finansowania.

Wszelkie Roboty wykonane w danym roku i nie rozliczone w danym roku zgodnie z klauzulą 14.3 i 14.6 ze względu na osiągnięcie limitu finansowania inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu zostaną przedstawione przez Wykonawcę do Rozliczenia po zakończeniu pierwszego kwartału kolejnego roku stosownie do postanowień klauzuli 14.3, w każdym przypadku jednakże jedynie do wysokości limitu finansowania inwestycji stanowiącej przedmiot niniejszego Kontraktu ustalonego w obowiązującym budżecie miasta Krakowa na dany rok.

51)

14.6 Wystawianie Przejściowych Świadczeń Płatności.

Wprowadza się następujące zmiany w niniejszej klauzuli 14.6:

W akapicie pierwszym po słowach „i dokumentów towarzyszących” dodaje się słowa: „sprawdzi poprawność i rzetelność przedłożonego Rozliczenia a w szczególności potwierdzi ilość, jakość i wartość wykonanych Robót i Dokumentów Wykonawcy przedstawionych do rozliczenia. Po dokonaniu powyższej weryfikacji Inżynier, z uwzględnieniem postanowień klauzuli 14.4 [Plan płatności]”. Po słowie Zamawiającemu dodaje się tekst „i Wykonawcy”.

Na końcu pierwszego akapitu klauzuli 14.6 dodaje się:

Przejściowe Świadczenia Płatności powinny mieć wyodrębnione części dotyczące kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych. Inżynier będzie podejmował decyzje dotyczące wyodrębnienia kosztów (lub wartości) kwalifikowanych i niekwalifikowanych na podstawie wytycznych zgodnie z aktualnymi wytycznymi w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, zatwierdzonymi przez Ministra Rozwoju Regionalnego. W miarę potrzeby Inżynier poda Wykonawcy dyspozycje dotyczące kwalifikowalności kosztów lub innych wartości dla potrzeb sporządzania Rozliczeń.

Akapit drugi wykreśla się w całości.

W akapicie trzecim słowa wykreśla się słowa „dla żadnych innych przyczyn, chociaż:” i zastępuje się je słowami „z zastrzeżeniem, iż:”

Dodaje się akapit piąty w następującym brzmieniu:

Wykonawca na podstawie wystawionego przez Inżyniera Przejściowego Świadczenia Płatności wystawi fakturę VAT i doręczy ją Zamawiającemu, natomiast jej kopię przedłoży do wiadomości Inżynierowi. Wartość wystawionej faktury musi być zgodna z wartością poświadczoną jako należną do zapłaty Wykonawcy w wystawionym Przejściowym Świadczeniu Płatności stanowiącym podstawę do wystawienia faktury VAT przez Wykonawcę.

52)

14.7 Zapłata

Klauzulę 14.7 skreśla się w całości i zastępuje w następujący sposób

„Zamawiający zapłaci Wykonawcy:

kwotę objętą fakturą VAT wystawioną na podstawie i zgodnie z Przejściowym Świadectwem Płatności wystawionym przez Inżyniera, w terminie do 30 dni po otrzymaniu tej faktury VAT przez Zamawiającego kwotę objętą fakturą VAT wystawioną na podstawie i zgodnie z Końcowym Świadectwem Płatności, w terminie do 30 dni po otrzymaniu tej faktury VAT przez Zamawiającego.

Płatności będą dokonane na konto bankowe Wykonawcy wskazane w Akcie Umowy chyba, że inny numer rachunku bankowego zostanie wskazany na wystawionej fakturze VAT.

Za dzień dokonania zapłaty przyjmuje się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego kwotą zapłaty.”

53)

14.10 Oświadczenie po Ukończeniu

W treści niniejszej klauzuli 14.10 dokonuje się następujących zmian:

W akapicie pierwszym po słowach „Oświadczenie po Ukończeniu” dodaje się słowa „które stanowiło będzie Rozliczenie”, termin „84 dni” zastępuje się terminem „21 dni”.

W podpunkcie (a) po słowach „zgodnie z Kontraktem” dodaje się słowa „ustaloną w oparciu o rzeczywiste ilości wykonanych Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz ceny jednostkowe ustalone w Tabeli Elementów Rozliczeniowych”

54)

Klauzula 16 Zawieszenie i odstąpienie przez Wykonawcę

16.1 Uprawnienia Wykonawcy do zawieszenia Robót

W niniejszej klauzuli 16.1 skreśla się w całości akapity 1 do 3 i zastępuje się je następującym tekstem:

„Jeżeli Zamawiający nie dokona zapłaty zgodnie z Klauzulą 14.7 [Zapłata] a opóźnienie w dokonaniu zapłaty przekracza 90 dni, to Wykonawca może zawiesić Roboty lub zmniejszyć ich tempo aż do czasu kiedy otrzyma dowód dokonania zapłaty, uprzedzając o tym Zamawiającego co najmniej 21 dni naprzód.

Takie działanie nie pozbawi Wykonawcy uprawnień do naliczania odsetek na mocy klauzuli 14.8 [Opóźniona zapłata] ani do odstąpienia od Kontraktu na mocy klauzuli 16.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Wykonawcę].

Jeśli Wykonawca następnie otrzyma należną mu zapłatę jak opisano w odnośnej klauzuli to winien on przywrócić zwykłe tempo pracy tak szybko jak to będzie możliwe jednakże nie później niż w terminie 14 dni zapłaty.”

W akapicie czwartym podpunkt (b) skreśla się w całości.

55)

16.2 Rozwiązanie Kontraktu przez Wykonawcę

Niniejszą klauzulę 16.2 skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem:

„Wykonawca będzie upoważniony do odstąpienia od Kontraktu jeśli:

Wykonawca nie otrzyma kwoty należnej na podstawie Przejściowego Świadczenia Płatności w ciągu 120 dni od upływu terminu ustalonego na mocy klauzuli 14.7 [Zapłata] w którym zapłata powinna być dokonana (z wyjątkiem potrąceń zgodnie z klauzulą 2.5 [Roszczenia Zamawiającego]

Będzie trwało przedłużone zawieszenie dotyczące całości Robót, jak to opisano w klauzuli 8.11 [Przedłużone Zawieszenie]

W każdym z takich przypadków lub okoliczności Wykonawca może odstąpić od Kontraktu w terminie 60 dni od ziszczenia się przesłanek do odstąpienia od Kontraktu.

Oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu powinno zostać złożone na piśmie pod rygorem nieważności.

Decyzja Wykonawcy o odstąpieniu od Kontraktu nie pozbawi go żadnego uprawnienia, posiadanego na mocy Kontraktu lub na innej podstawie.

56)

17.3 Ryzyko Zamawiającego

W niniejszej klauzuli 17.3 wykreśla się podpunkty: (a), (b), (c), (d), (e), (h)

W ramach modyfikacji wprowadzono następujące zmiany w WSK:

Klauzulę 1.1.4.1 skreśla się i zastępuje się następująco:

1.1.4.1 „Zatwierdzona Kwota Kontaktowa” oznacza kwotę wymienioną w Akcie Umowy stanowiącą ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy należne do zapłaty za zaprojektowanie, wykonanie i wykończenie Robót oraz usunięcie wszelkich wad za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Przywrócono pierwotną treść klauzuli 2.2 WOK.

Klauzulę 2.4 zmodyfikowano następująco: Wykonawca uprawniony jest do żądania od Zamawiającego przedstawienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane na zasadach określonych w art. 649¹ i n. Kodeksu Cywilnego.

4.27 Istniejące instalacje

Niezależnie od postanowień Klauzuli 4.10 Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji, takich jak odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje.

Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych, kontrolne wykopy będą wykonane w celu zidentyfikowania podziemnej instalacji, której uszkodzenie może stanowić zagrożenie bezpieczeństwa ruchu.

Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej i instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót. Wykonawca niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia na własny koszt, a także, jeśli to konieczne, przeprowadzi inne niezbędne prace nakazane przez Inżyniera.

Wykonawca będzie zobowiązany uzyskać własnym staraniem i na własny koszt wszelkie konieczne zgody, opinie, uzgodnienia i zezwolenia władz lokalnych, przedsiębiorstw i właścicieli, wymagane do niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji, każdorazowo na podstawie uzgodnień poczynionych z Inżynierem.

5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

W akapicie pierwszym niniejszej klauzuli 5.1 wprowadza się następujące zmiany:

Skreśla się zdanie pierwsze zastępując je następująco: „Wykonawca sporządzi projekty dla wykonania Robót zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i będzie za nie odpowiedzialny a w zakresie wskazanym w Wymaganiach Zamawiającego zaktualizuje, zmodyfikuje i dostosuje projekty Robót przekazane przez Zamawiającego i będzie za nie odpowiedzialny.”

Na końcu pierwszego zdania drugiego akapitu niniejszej klauzuli 5.1 po słowach „konieczne do projektowania” dodaje się słowa: „oraz niezbędne uprawnienia projektowe”. Na końcu drugiego zdania drugiego akapitu niniejszej klauzuli 5.1 dodaje się słowa: „,Okresu Rękojmi za Wady oraz Okresu Gwarancji Jakości”.

Akapit trzeci i czwarty niniejszej klauzuli wykreśla się i zastępuje w następujący sposób:

Po otrzymaniu wezwania na mocy klauzuli 8.1 [*Rozpoczęcie Robót*] Wykonawca zbada Wymagania Zamawiającego włącznie z kryteriami projektowania i obliczeń. W terminie 14 dni liczonym od Daty Rozpoczęcia Wykonawca powiadomi Inżyniera o wszystkich błędach lub innych wadach znalezionych w Wymaganiach Zamawiającego. Po otrzymaniu tego powiadomienia Inżynier ustali czy wady i błędy rzeczywiście występują w Wymaganiach Zamawiającego, czy wpływają one na możliwość wykonania Robót w ustalonym Czasie na Wykonanie oraz czy należy zastosować rozdział 13 [*Zmiany i korekty*]. W zakresie w jakim doświadczony Wykonawca powinien wykryć taki błąd lub wadę w trakcie badania Wymagań Zamawiającego nie będzie dokonywane przedłużenie Czasu na Wykonanie.

8.7 Kary za zwłokę

W niniejszej klauzuli 8.7 akapit pierwszy skreśla się w całości i zastępuje następującym tekstem:

„Jeżeli Wykonawca nie wypełni wymagań klauzuli 8.2. [*Czas na Wykonanie*], wymagań klauzuli 11.4 [*Niewypełnienie obowiązku usuwania wad*], wymagań klauzuli 11.12 [*Rękojmia za Wady*] oraz klauzuli 11.13 [*Gwarancja Jakości*] to Zamawiający będzie uprawniony do naliczania a Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia

Zamawiającemu kary umownej za uchybienie terminom wykonania Robót lub usunięcia wad wynikających z przywołanych klauzul. Wysokość Kary umownej będzie ustalona w Załączniku do Oferty w wymiarze 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki w stosunku do ustalonych terminów i będzie naliczana w sposób następujący:

- za uchybienie terminowi ustalonemu na wykonanie przedmiotu umowy (Robót) zgodnie z Klauzulą 8.2 [*Czas na Wykonanie*] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki licząc od upływu ustalonego Czasu na Wykonanie;

- za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Rękojmi za Wady zgodnie z Klauzulą 11.12 [*Rękojmia za Wady*] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki licząc od upływu ustalonego terminu na usunięcie wady;

- za uchybienie terminowi ustalonemu na usunięcie wad w Okresie Gwarancji Jakości zgodnie z Klauzulą 11.13 [*Gwarancja Jakości*] – w wysokości 0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za każdy dzień zwłoki licząc od upływu ustalonego terminu na usunięcie wady;

Łączna kwota kar umownych naliczonych na mocy niniejszej klauzuli nie może jednak przekroczyć maksymalnej kwoty kary umownej, jeśli taka jest ustalona w Załączniku do Oferty.

W niniejszej klauzuli 8.7 w akapicie drugim skreśla się zdanie pierwsze w całości.

Na końcu niniejszej klauzuli 8.7 dodaje się następujący zapis:

Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy niezależnie od zastrzeżonych kar umownych odszkodowania na zasadach ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

11.12 Rękojmia za wady

Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za jakość, trwałość i brak wad w wykonanych Robót oraz poprawność, jakość i brak wad w sporządzonych Dokumentach Wykonawcy, a także za ich wykonanie zgodnie z niniejszą umową, w tym Roboty i Dokumenty Wykonawcy wykonane przez podwykonawców.

Strony postanawiają, iż odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady określonej zgodnie z Kodeksem cywilnym i postanowieniami niniejszych Warunków, wygasa po upływie 36 miesięcy licząc od daty wystawienia Świadectwa Wykonania.

W okresie Rękojmi za wady wykonawca zobowiązany jest do usuwania na własny koszt wszelkich wad w Robotach i Dokumentach Wykonawcy za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca w terminie nie dłuższym niż 14 dni od zgłoszenia wady przez Zamawiającego. Postanowienia klauzuli 11.2 [*Koszt usuwania wad*], klauzuli 11.3 [*Przedłużenie Okresu Zgłaszania Wad*], klauzuli 11.4 [*Niewypełnienie obowiązku usuwania wad*] oraz klauzuli 11.5 [*Usunięcie Robót wadliwych*] stosuje się odpowiednio w okresie Rękojmi za wady, z zachowaniem pierwszeństwa postanowień niniejszej Klauzuli 11.12.

17.3 Ryzyko Zamawiającego

W niniejszej klauzuli 17.3 wykreśla się podpunkt (h)

57)-59)

W rozdziale IV Wzoru umowy – Dokumentie gwarancyjnym, postanowiono m.in.:

57)

Art. 1 Definicje

Wyrazy i zwroty użyte w Gwarancji Jakości mają takie samo znaczenie, jakie przypisano im w Kontrakcie, a następujące wyrazy i zwroty należy rozumieć jak następuje:

....

4. Data Przejęcia – data wystawienia Świadectwa Wykonania;

Art. 3 Okres Gwarancji

1. Okres Gwarancji biegnie od daty wydania Świadectwa Wykonania w rozumieniu postanowień Kontraktu.
2. Data wystawienia Świadectwa Wykonania: dzień miesiąc rok
.....

3. Okres Gwarancji dla Robót z zakresu branży drogowej, branży obiektów inżynierskich, branży sieci elektroenergetycznych, sieci sanitarnych, sieci teletechnicznych wynosi 120 miesięcy, licząc od dnia wydania Świadectwa Wykonania
4. Okres Gwarancji dla pozostałych Robót (w tym w szczególności Dokumentów Wykonawcy) wynosi 36 miesięcy, licząc od dnia wydania Świadectwa Wykonania

Art. 4 Warunki gwarancji

1. Z tytułu niniejszej Gwarancji Jakości Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wady Przedmiotu Gwarancji ujawnione po wystawieniu Świadectwa Wykonania.

58)

Art. 2 Przedmiot Gwarancji Jakości

....

4. Wykonawca zapewnia w szczególności, że w Okresie Gwarancji obiekty budowlane będące Przedmiotem Gwarancji będą spełniały wymagania określone w przepisach prawa oraz Wymaganiach Zamawiającego i nie będą występowały w nich wady.

59)

Art. 5 Wyłączenia

1. Nie podlegają uprawnieniom z tytułu Gwarancji Jakości wady powstałe na skutek:

....

- d. użytkowania Przedmiotu Gwarancji w sposób niezgodny z zasadami eksploatacji lub jego przeznaczeniem, przy czym Wykonawca akceptuje stosowane przez Zamawiającego zasady i standardy utrzymania Przedmiotu Gwarancji za wystarczające i zgodne z zasadami eksploatacji.

W wyniku modyfikacji w DGJ wprowadzono następujące zmiany:

- Art. 3 ust. 4: „Wykonawca zapewnia w szczególności, że w Okresie Gwarancji obiekty budowlane będące Przedmiotem Gwarancji będą spełniały Wymagania Zamawiającego i nie będą występowały w nich wady”;
- Art. 5 ust. 1 lid d: „Nie podlegają uprawnieniom z tytułu Gwarancji Jakości wady powstałe na skutek:... d. użytkowania Przedmiotu Gwarancji w sposób niezgodny z zasadami eksploatacji lub jego przeznaczeniem.”

W rozdziale V Wzoru umowy – Załączniku do oferty, postanowiono m.in.:

60)

Wiersz 4 tabeli – Czas na wykonanie – klauzula 1.1.3.3 WOK:

Czas na Wykonanie wynosi 24 miesiące licząc od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą. Ponadto Zamawiający wymaga aby dokumentacja projektowa niezbędna do realizacji przedmiotu zamówienia wykonana została nie później niż w terminie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą, natomiast wszelkie decyzje administracyjne niezbędne do realizacji robót budowlanych powinny zostać uzyskane w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą.

61)

Wiersz 6 tabeli – Okres rękojmi za wady – klauzula 11.12 WOK:

Okres rękojmi za wady wygasa po upływie 36 miesięcy licząc od daty wystawienia Świadectwa Wykonania.

62)

Wiersz 7 tabeli – Okres Gwarancji jakości – klauzula 11.13 WOK:

Roboty z zakresu branży drogowej, branży obiektów inżynierskich, branży sieci elektroenergetycznych, sieci sanitarnych, sieci teletechnicznych – okres gwarancji będzie wynosił 120 miesięcy licząc od dnia wydania Świadectwa Wykonania.

Pozostałe Roboty (w tym Dokumenty Wykonawcy) – okres gwarancji będzie wynosił 36 miesięcy, licząc od dnia wydania Świadectwa Wykonania

63)

Wiersz 14 tabeli – Okres na powiadomienie o wszelkich błędach lub innych wadach znalezionych w Wymaganiach Zamawiającego – klauzula 5.1 WOK: 14 dni od daty rozpoczęcia.

64)

Wiersz 16 tabeli – Kara umowna za opóźnienie – klauzula 8.7 WOK:

0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień opóźnienia zgodnie z klauzulą 8.7

Powyższe zmieniono w wyniku modyfikacji SIWZ na:

„0,1 % Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy za każdy dzień zwłoki zgodnie z klauzulą 8.7”

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły, jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie

ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. z perspektywą zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia).

Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i SIWZ.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z

przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług,

postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu

wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Odnosnie powyższego generalnie zaznaczyć należy, iż odwołujący nie wykazał, czy nawet nie starał się wykazywać w ramach podniesionych przez siebie zarzutów, naruszenia zasady uczciwej konkurencji w jej aspekcie podmiotowym, tj. porównywalności sytuacji różnych

wykonawców w ramach niniejszego postępowania i ich równego traktowania. Nie wywodził, iż kwestionowane postanowienia SIWZ faworyzują określonych wykonawców względem innych.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ k.c..

Odnosząc się ogólnie do głównej osi argumentacji odwołującego w tym zakresie – jakoby postanowienia umowne zaproponowanego przez zamawiającego naruszały zasadę równości stron umowy poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie obowiązków i uprawnień stron (uprzywilejowując tu nadmiernie zamawiającego) i tym samym w stały w sprzeczności z zasadą swobody umów, Izba wskazuje, iż właśnie z zasady swobody umów wynika, iż jakakolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy o zamówienie publiczne nie jest konieczna i nieodzowna.

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków

wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiedzialność do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Ewentualnie, do tego typu działań zamawiającego znaleźć mogą zastosowanie przepisy art. 388 Kc dotyczące wyzysku, co jednak w praktyce zamówień publicznych jest rzadkie i mało

prawdopodobne. W szczególności w rozpatrywanym przypadku odwołujący nie usiłował nawet wykazywać „wyzyskiwania przymusowego położenia”, w jakim się miałby znajdować, przez zamawiającego.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku

zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Oceniając, w świetle rozważań poczynionych powyżej, poszczególne postanowienia specyfikacji i kolejno odnosząc się do dotyczących ich zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

1)

Zarzut nr 1, co do zasady zasługuje na potwierdzenie – w akcie umowy nieprawidłowo w świetle powoływanych w odwołaniu przepisów oznaczono stroną umowy, wskazując nieposiadającą osobowości prawnej jednostkę organizacyjną Miasta Kraków. Nie budzi wątpliwości, co przyznał sam zamawiający, iż stroną umowy jest w tym przypadku posiadająca osobowość prawną jednostka samorządu terytorialnego jaką jest Miasto Kraków (o statusie gminy miejskiej), działająca przez swoją jednostkę organizacyjną – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

2)

Zarzut nr 2, co do zasady zasługuje na potwierdzenie. Nie do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego – zwłaszcza ocenianymi na gruncie zamówień publicznych, gdzie obowiązują podwyższone standardy opisu zakresu zobowiązania wykonawcy – jest nałożenie

na wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie wady, w tym za wady, za których powstanie nie odpowiada, przy bliżej niesprecyzowanym ich zakresie, czy sposobie powstania.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

3)

Zarzut nr 3 jest niezasadny. Zamawiający może przyjąć dowolną hierarchię dokumentów składających się na jego umowę. Hierarchia taka ma jedynie znacznie interpretacyjne oraz wprowadza swoiste reguły kolizyjne na wypadek ewentualnej sprzeczności pomiędzy postanowieniami poszczególnych dokumentów. Generalnie jednak, opis przedmiotu zamówienia i zakres zobowiązania wyrażony w SIWZ jest taki, jaki wynika to w pierwszej kolejności z dokumentów najważniejszych, zmieniających wszystkie, ewentualnie sprzeczne z nimi postanowienia ,zawarte w dokumentach podporządkowanych. Co do zasady oferta wykonawcy ma być zgodna z tak ustalonymi postanowieniami SIWZ, w innym wypadku podlegała będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Natomiast jeżeli powyższy zarzut ma się sprowadzać do zakwestionowania zupełności i jasności opisu przedmiotu zamówienia wymaganej w art. 29 ust. 1 Pzp (cytowanego niżej w pkt 7), to samo ustalenie hierarchii dokumentów nie ma z powyższym nic wspólnego. W ramach takiego zarzutu należałoby wskazać konkretne braki i niejasności opisu przedmiotu zamówienia, które stanowić będą o samoistnym i realnym, a nie tylko przyszłym i hipotetycznym, naruszeniu ww. normy prawnej.

Również nie jest dla Izby jasne w jaki sposób przyjęcie określonej hierarchii dokumentów kontraktowych miałyby, i przede wszystkim w ogóle mogły, naruszać normę art. 140 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Odnosnie zarzutów 4)-18) Izba wskazuje, iż dotyczą one postanowień i instytucji wprowadzanych tzw. Warunkami Kontraktowymi FIDIC, które stanowią szeroko wykorzystywane i stosowane na rynku robót budowlanych – w Polsce co najmniej od czasu interwencji środków przedakcesyjnych UE – wzory umów o roboty budowlane.

Jakkolwiek Warunki Kontraktowe FIDIC stanowią niezwykle skomplikowany i nieprzystający do polskich instytucji prawnych i tradycji prawnej, wzór umowy, to jednak na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat wytworzyła się już pewna praktyka ich stosowania oraz przede wszystkim utarły się pewne sposoby i standardy ich odczytywania. Co szczególnie istotne w kontekście dyrektyw interpretacyjnych oświadczeń woli sformułowanych w Kodeksie cywilnym, którego art. 65 § 1 stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast § 2 tego przepisu dodatkowo wskazuje, iż w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Jakkolwiek przy dosłownej interpretacji ww. warunków, możliwe byłoby stwierdzenie znaczących niejasności w sposobie określenia wzajemnych zobowiązań stron w nich zawartych, to jednak uwzględniając powołany wyżej kontekst ich stosowania i odczytania, stwierdzić należy, iż w rzeczywistości warunki te nie zawierają postanowień niedających pogodzić się z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego czy naturą stosunku umownego, którego dotyczą.

4)

Zarzut nr 4 jest niezasadny. Wprowadzone klauzulą 3.1 WOK instytucja Inżyniera Kontraktu jest instytucją swoistą dla Warunków Kontraktowych FIDIC, posiadającą doniosłe znaczenie organizacyjne i praktyczne, natomiast z punktu widzenia zobowiązaniowego jej rozpatrywanie jest właściwie zbędne – nie wywiera ona żadnych samoistnych skutków w tym zakresie. Stronami umowy o roboty budowlane pozostają inwestor (zamawiający) i wykonawca, natomiast Inżyniera Kontraktu należy w tym zakresie i znaczeniu utożsamić z zamawiającym, a dokładniej jest on jego przedstawicielem, niejako „jednostką organizacyjną” działającą w zakresie uprawnień przez zamawiającego przyznanych. Działania Inżyniera Kontraktu dokonywane w ramach kontraktu, w zakresie przyznanego mu umocowania, wywierają skutki prawne takie jak działania samego inwestora – są działaniami na rzecz i rachunek zamawiającego (w rozumieniu art. 95 § 2 k.c.).

Mając powyższe na względzie i biorąc pod uwagę całokształt regulacji umownej, stwierdzić należy, iż Inżynier Kontraktu jest po prostu przedstawicielem personelu zamawiającego, któremu przyznano szczególne funkcje i pełnomocnictwa, które w ramach swobody umów, zostały zdefiniowane i nazwane w kontrakcie. Również działania Inżyniera oraz znaczenie kwestionowanych postanowień klauzuli 3.1 WOK należy oceniać w tym kontekście. Zakres

podstawowych zobowiązań stron, został określony w kontrakcie, opisie przedmiotu zamówienia oraz innych miejscach SIWZ i jako taki jest dla stron niezmienny na drodze innej, niż zachowujący wymogi ustawy – zarówno co do formy, jak i treści – aneks, czyli zgodne oświadczenie woli obu stron. Powyższemu odpowiada drugi akapit klauzuli 3.1 WOK, gdzie wyraźnie zaznacza się, iż Inżynier nie jest uprawniony do poprawiania Kontraktu. Inżynier zgodnie z dalszymi postanowieniami tej Klauzuli może korzystać jedynie z uprawnień w kontrakcie mu przyznanych i dalej w jego treści wyszczególnionych. W szczególności jego uprawnienia do bieżącego nadzorowania robót, wydawania poleceń, co do szczegółowego ich przebiegu, jest uprawnieniem inwestora zaakceptowanym przez wykonawcę przez podpisanie kontraktu i jako takie odbywa się w ramach kontraktu dotyczącego robót budowlanych. Przy czym zaznaczyć należy, iż ze względu na rozległość i stopień komplikacji robót budowlanych, nie jest możliwe kompletne opisanie ich przebiegu oraz wszystkich czynności, które na nie się złożą. Polecenia i decyzje Inżyniera (tym samym – decyzje zamawiającego) stanowią więc tylko wykonywanie postanowień kontraktu i odbywają się w ramach zobowiązań i uprawnień stron w kontrakcie wskazanych.

Nie należy natomiast powyższego mylić i mieszać z instytucją zmian w kontrakcie i zakresie zobowiązania opisanego w SIWZ, który będzie strony obowiązywał, aż do momentu gdy strony, w stosowny sposób (tak jak to zostało wskazane powyżej), nie umówią się inaczej. Zamawiający może oczywiście również do tego typu oświadczeń woli umocować Inżyniera Kontraktu. W takim przypadku będzie mógł od dokonywać zmian (aneksowania) kontraktu w imieniu i na rzecz zamawiającego, a tego typu zmiany będą jak najbardziej zwalniały wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązań, które na mocy takich zmian już na nim nie będą ciążyły, a postanowienia klauzuli 3.1, chociażby na mocy reguł wykładni i zastępowania wzajemnego norm prawnych (w tym również o zobowiązaniowej genezie – stanowiących prawo między stronami), nie staną temu na przeszkodzie.

Sprzeczność wynikająca z klauzuli 3.1 WOK – polegające na jednoczesnym wskazaniu możliwości wydawania wykonawcy wiążących poleceń przez Inżyniera Kontraktu, a z drugiej wskazaniem, iż wykonywanie takich poleceń nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności kontraktowej – jest więc jedynie pozorna, tzn. możliwe jest jej usunięcie przy pomocy należytej wykładni całości postanowień kontraktu i oceny wyżej opisanego rozróżnienia i klasyfikacji charakteru danych poleceń i oświadczeń Inżyniera wydawanych w trakcie realizacji robót.

5)

Zarzut jest niezasadny. Odwołujący usiłuje postawić zarzuty, odnoszące się do zakresu i sposobu określenia zobowiązania stron, w odniesieniu do klauzuli o opisowo-deklaratoryjnym charakterze, a co najwyżej ogólnie kompetencyjnym, gdzie żadne konkretne zobowiązania stron normatywnie nie zostały opisane. W klauzuli 3.5 WOK następuje odesłanie do innych postanowień kontraktu, w ramach których i zgodnie z którymi, postępował będzie Inżynier Kontraktu. Jak można przyjąć, to dopiero w tych postanowieniach kontraktu konkretnie wskazuje się, w jakich sytuacjach i w jakim zakresie, działać może Inżynier i w jaki sposób wpływać na sytuację prawną wykonawcy.

Ponadto, jak już zaznaczono powyżej, jakakolwiek „trójstronność” przedmiotowej umowy w znaczeniu zobowiązaniowym nie istnieje, a możliwość samoistnego wpływania przez Inżyniera na sytuację prawną stron jest jedynie pozorna – wszystkie jego uprawnienia wynikają z przyznanego mu przez zamawiającego umocowania i w zakresie opisanym w kontrakcie zostają przez wykonawcę zaakceptowane przez przystąpienie do tak sformułowanego kontraktu.

6) Stanowisko Izby takie jak przy zarzucie nr 2.

7)

Zarzut uznano za niezasadny. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Rozpatrując zarzut naruszenia ww. przepisu przez wskazanie w klauzuli 4.1 bliżej nieokreślonych wymagań, co do wykonania wszystkich robót niezbędnych do zrealizowania całego kontraktu, bez ich dokładnego opisanie, Izba uwzględniła i uznała za trafne stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie charakteru oraz zakresu zobowiązania realizowanego w ramach niniejszego kontraktu. Zakres rzeczowy świadczenia, tj. zakres robót do wykonania, wyznaczany jest przede wszystkim wymaganiami co do ich rezultatu oraz ogólnymi wymaganiami (w tym zakazami), co do sposobu ich prowadzenia, co zostało opisane w przedmiotowej SIWZ. Natomiast, jak słusznie zaznacza zamawiający, w umowie tego typu (rozległe roboty budowlane, dodatkowo wykonywane w formule „projektuj i buduj”) nie jest możliwe dokładne opisanie wszelkich czynności faktycznych, które składać się będą na jej wykonanie, a w praktyce procesu budowlanego dochodzi do bieżącego uzgadniania i korygowania tego typu kwestii. Tym samym ze względów opisywanych wielokrotnie powyżej, należy przyjąć, iż ww. klauzula odnosi się właśnie do sytuacji tego typu, i jako taka jest możliwa do pogodzenia z przepisami

prawa. Jakkolwiek dodać należy, iż jakkolwiek inna jej interpretacja i przede wszystkim stosowania – np. polegające na narzucaniu wykonawcy rzeczowego zakresu zobowiązań, których w SIWZ nie opisano i których siłą rzeczy w swojej ofercie się nie podjął – stanowić będzie o naruszeniu art. 140 ust. 1 Pzp oraz w takiej sytuacji uprawdopodobni, że na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia, doszło jednak do złamania dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy.

Ponadto naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp wystąpi i będzie mogło być stwierdzone, tylko wtedy, gdy wystąpią i wykazane zostaną konkretne braki w kompletności lub jasności opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiających poprawne przygotowanie oferty. Nie stanowi natomiast naruszenia dyspozycji ww. przepisu samo przewidzenie postanowień umownych na wypadek wystąpienia takiej sytuacji. Również w przypadku zarzutu naruszenia art. 140 ust. 1 Pzp, stwierdzić należy, iż tego typu postanowienia umowne – jakkolwiek interpretowane – same w sobie nie łamią dyspozycji tego przepisu. Jej naruszenie będzie miało miejsce wtedy, gdy umowa rzeczywiście zdefiniuje i określi konkretny zakres zobowiązania wykonawcy wykraczający poza zakres wynikający z jego oferty lub w trakcie jej trwania zakres taki będzie od wykonawcy egzekwowany do wykonania.

8)

Zarzut jest niezasadny. Zgodnie z 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Izba nie potwierdza zasadności zarzutu, który w nałożeniu na wykonawcę odpowiedzialności za adekwatność, stabilność i bezpieczeństwo wszystkich operacji na terenie budowy, upatruje powstania niemożliwości wykonania świadczenia.

Wymagania klauzuli 4.1 WOK (zaprojektowane prawdopodobnie dla krajów o mniej rozwiniętych regulacjach prawnych dotyczących bezpieczeństwa procesu budowlanego i odpowiedzialności za zabezpieczenie prowadzonych robót) odnoszące się do odpowiedzialności wykonawcy za bezpieczeństwo wszystkich robót, należy interpretować w świetle przywołanych w odpowiedzi na odwołanie przepisów. Ponadto oświadczenia zamawiającego tam zawarte, jako oficjalne stanowisko autora i dysponenta kontraktu, należy wziąć pod uwagę przy ich interpretacji i ustaleniu rzeczywistego zakresu zobowiązania czy odpowiedzialności wykonawcy, który jest tam nań nakładany.

Tym samym przyjąć należało, iż sformułowania klauzuli 4.1 WOK nie nakładają na wykonawcę nic ponadto, do czego jako wykonawca robót budowlanych na podstawie Prawa budowlanego i Kodeksu cywilnego i tak jest zobowiązany. Wykonawca odpowiada więc za wszelkie własne „operacje” na terenie budowy, a także za zabezpieczenie robót w granicach

prawem mu przypisanym. Nie odpowiada przy tym za działania i zaniechania innych podmiotów, które zamawiający wprowadził na teren budowy (działających z umocowania zamawiającego), w zakresie wykraczającym poza odpowiedzialność prawem mu przypisaną.

9)

Zarzut jest niezasadny. W klauzuli 4.10 WOK, w istocie zbędnej, wymagano zadeklarowania niczego ponadto, co i tak należałoby przyjąć w związku z samym złożeniem przez wykonawcę oferty przetargowej.

10) jw.

11) Stanowisko Izby w przedmiocie zarzutu – takie jak w pkt 4

12)

Zarzut uznano za niezasadny. Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Ponadto wskazuje, iż oświadczenia zamawiającego tam zawarte, jako oficjalne stanowisko autora i dysponenta kontraktu, należy wziąć pod uwagę przy ich interpretacji i ustaleniu rzeczywistego zakresu zobowiązania czy odpowiedzialności wykonawcy, który jest tam nań nakładany.

Wymagania kontraktu w przedmiocie chronienia osób i mienia w pobliżu budowy należy rozumieć i wyklądać w świetle całokształtu okoliczności jakie związane są z prowadzeniem robót budowlanych i standardami ich kontraktowania. Kwestionowane postanowienia klauzuli 6.11 WOK nie nakładają więc na wykonawcę obowiązków, których podjąć mogłaby się raczej agencja ochrony osób i mienia, a nie wykonawca robót budowlanych, ale zwykle, w stosunkach danego rodzaju, obowiązki związane z zabezpieczeniem i zapobieżeniem niekorzystnych oddziaływań i emisji z placu budowy na jakiegokolwiek osoby i mienie znajdujące się w otoczeniu placu budowy.

13)

Zarzut, co do zasady, zasługuje na potwierdzenie. Dosłowne sformułowanie i odczytanie klauzuli 7.3 WOK prowadziłyby do rekonstrukcji zobowiązań wykonawcy, które należałoby uznać za nadmierne i właściwie niemożliwych do wykonania w ramach umowy o roboty budowlane – wykonawca nie byłby w stanie umożliwić i zapewnić zamawiającemu przeprowadzenie inspekcji np. u wszystkich producentów urządzeń i materiałów, których używałby w trakcie budowy. Aby utrzymać brzmienie ww. klauzuli w postaci niezmienionej, znowu należałoby uciekać się do pogłębionej wykładni postanowień WOK i nadawać im

brzmienie możliwe do utrzymania w świetle przepisów k.c., co jednakże przy generalnych, posługujących się kwantyfikacjami ogólnymi, sformułowaniach tam zawartych, byłoby trudne. Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

14)

Zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Przejściowe Świadczenie Płatności (PŚP), jest dokumentem, którego status na gruncie WOK, trudno jednoznacznie zakwalifikować. Z pewnością jest to dokument rozliczeniowy stanowiący podstawę dokonywania płatności częściowych w ramach kontraktu. Klauzula 14.6 *in fine* stanowi, iż wystawienie PŚP nie stanowi akceptacji czy zatwierdzenia Inżyniera (a więc i zamawiającego). Nie może więc być traktowane jako oświadczenie woli inwestora stanowiące o odbiorze czy akceptacji danego wycinka robót. Tym samym jakiegokolwiek korekty PŚP dokonywane w następnych PŚP stanowią raczej korektę oświadczeń wiedzy zamawiającego (spowodowaną nowym jej stanem), niż zmianę jego woli.

15)

Zarzuty sformułowane w tym punkcie odwołania są niezasadne. Zgodnie z art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054 ze zm.) obowiązek podatkowy powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż 30 dnia, licząc od dnia wykonania usług budowlanych lub budowlano-montażowych.

Izba stwierdza, iż mieści się w ramach zasady swobody umów, jak też nie stanowi naruszenia przepisów podatkowych, ustalenie przez strony momentu wykonania i ostatecznego odbioru robót budowlanych na datę po okresie zgłaszania wad i ich usunięcia – co na gruncie niniejszego kontraktu znajduje wyraz w wystawieniu Świadczenia Wykonania, a nie Świadczenia Przejęcia Robót – a następnie powiązanie z powyższym końcowego rozliczenia

kontraktu (wystawienia Końcowego Świadczenia Płatności, na którym uwidoczniona kwota może zostać już wyczerpana przez dokonane płatności częściowe dokonywane na bieżąco, na podstawie PŚP).

W ramach zasady swobody umów mieści się również – jak też nie stanowi naruszenia przepisów podatkowych – wymaganie przez zamawiającego wskazanie wraz z wnioskiem o wydanie Końcowego Świadczenia Płatności, wszelkich kwot co do których wykonawca uznaje się za uprawnionego.

16)

Zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 117 § 1 k.c. z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, roszczenia majątkowe ulegają przedawnieniu. Natomiast według § 2 tego przepisu, po upływie terminu przedawnienia ten, przeciwko komu przysługuje roszczenie, może uchylić się od jego zaspokojenia, chyba że zrzeka się korzystania z zarzutu przedawnienia. Jednakże zrzeczenie się zarzutu przedawnienia przed upływem terminu jest nieważne. Nadto zgodnie z art. 119 k.c. terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną.

Jak wskazano powyżej, mieści się w ramach swobody umów wymaganie, aby wszelkie należności z tytułu kontraktu (za wykonane roboty) zostały zgłoszone w stosowny sposób i w stosownym terminie. Ponadto, jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, klauzula 14.12 nie dotyczy wszelkich roszczeń, jakie mogą powstać i prawdopodobnie powstaną pomiędzy stronami (np. odszkodowawczych), ale tylko roszczeń za prace wykonane w ramach kontraktu, co do których wykonawca – jak można sensownie przyjąć – posiada pełną wiedzę (wie co wykonał i za co domaga się zapłaty). Zwłaszcza przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia zakładającym stały stosunek zapłaty i nakładów, dodatkowa zapłata przysługiwała będzie tylko za wykonane prace, wykraczające poza zakres pierwotnie w kontrakcie określony.

Wymaganie zgłoszenia możliwych do zgłoszenia na danym etapie roszczeń albo w innym wypadku ich zrzeczenie się, nie ma nic wspólnego z kodeksową instytucją przedawnienia roszczeń i jako takie nie stanowi jej przekreślenia.

17) Stanowisko i argumentacja analogiczna jak w pkt 16.

18) Stanowisko i argumentacja jak w pkt 16, z jej rozciągnięciem na roszczenia dotyczące żądania przedłużenia czasu na wykonanie robót.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów dotyczących Warunków Szczególnych Kontraktu (WSK) Izba wskazuje:

19)

Zarzut jest niezasadny. Ewentualne, 14-dniowe opóźnienie w fizycznym rozpoczęciu robót (w świetle zmienionych klauzul 1.3.3 oraz 8.1) względem Daty Odniesienia, czyli dnia podpisania umowy, nie stanowi znacznego uszczuplenia okresu przewidzianego na wykonanie prac i nie narusza art. 353¹ k.c.

20)

Zarzut jest niezasadny.

Wprowadzone rozróżnienia „Okresu Zgłaszania Wad” od „Rękojmi za wady”, „Okresu Rękojmi za Wady” i „Gwarancji Jakości” oraz wprowadzenie różnych terminów na ich obliczanie mieści się w ramach swobody kontraktowania określonej w art. 353¹ k.c.

Ponadto zgodnie z art. 558 § 1 k.c. strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Jednakże w umowach z udziałem konsumentów ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest dopuszczalne tylko w wypadkach określonych w przepisach szczególnych. Natomiast art. 577 § 2 k.c. wskazuje – jeżeli w gwarancji nie zastrzeżono innego terminu, termin wynosi jeden rok licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.

W świetle powyższego dopuszczalne jest poszerzenie zakresu rękojmi przez odniesienie jej do rzeczy (robót) ostatecznie odebranych i zaakceptowanych przez zamawiającego zgodnie z kontraktem, czy dowolne przedłużenie terminu gwarancji jakości.

21) Stanowisko Izby analogiczne do wyrażonego w pkt 2.

22) Stanowisko Izby analogiczne do wyrażonego w pkt 3.

23)

Zarzut jest niezasadny.

Izba w pełni podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. W świetle art. 509. § 1 k.c. wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią (przelew), chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Zastrzeżenie umowne koniczności uzyskania zgody dłużnika na

cesję wierzytelności jest więc w przepisach k.c. dopuszczane, jak też w praktyce obrotu stosowane, i jako takie mieści w ramach zasady swobody umów.

24)

Zarzuty dotyczące klauzul: 1.9, 2.1, 4.6, 4.24, 8.9, 10.2, 10.3 i 17.4 WOK, uznano za zasadne. Pozostałych zarzutów sformułowanych w tym punkcie odwołania nie potwierdzono.

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Według art. 632 § 1 k.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. I dalej § 2 stanowi: jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Zamawiający w swoim stanowisku myli się co do znaczenia i istoty wynagrodzenia ryczałtowego oraz odniesienia do powyższego wskazanych wyżej, wykreślonych klauzul WOK.

Wynagrodzenie ryczałtowe jest rzeczywiście wynagrodzeniem niezmiennym i stałym, ale w odniesieniu do opisanego i tym samym zakontraktowanego zakresu zamówienia (rozmiarów i kosztów prac opisanych przedmiotem zamówienia). Mówiąc najprościej: ryczałt nie obejmuje tego, co poza zakres prawidłowo opisanego zamówienia wykracza.

Z pewnością można uznać, iż nawet na prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, oprócz pewnego zakresu niedookreśloności (np. co do rozmiaru, ilości i rodzaju prac, które przyjdzie w ramach zamówienia wykonać), składają się również różnorakie ryzyka, których skutków i nakładów potrzebnych do ich kompensacji, nie sposób dokładnie określić i przewidzieć. Można również wymagać, aby wykonawca, przystępując do wykonania tak opisanego zamówienia, skalkulował powyższe i uwzględnił w żądanym wynagrodzeniu ryczałtowym. Jednakże nie można przyjąć i wymagać, aby w ramach ryczałtu wykonawca

uwzględnił usunięcie wszystkich przeszkód w wykonywaniu zamówienia powstałych z winy inwestora, a także usunięcie i przewyciężenie przeszkód powstałych w związku z wystąpieniem ryzyk, za które ponosi odpowiedzialność, nie według własnego zamiaru i pomysłu, ale w bliżej nieokreślony sposób, jaki po ich powstaniu, według własnej woli i widzimisię, narzuci mu zamawiający.

Z tego też względu nakazano usunięcie wszelkich wprowadzonych klauzulami WSK wyłączeń w możliwości domagania się dodatkowej zapłaty przez wykonawcę, za wszelkie dodatkowe prace i nakłady, których konieczność powstała z winy zamawiającego lub w ramach których zamawiający zastrzegł sobie możliwość dowolnego określenia i narzucenia wykonawcy, w jaki sposób dodatkowe, wynikły z wystąpienia różnorodnych czynników, prace, mają być wykonywane.

I tak przywrócono usuniętą z klauzuli 1.9 dodatkową zapłatę powstałą w związku z koniecznością usuwania błędów zamawiającego, których wykonawca w ramach swojego starannego działania nie mógł uprzednio wykryć. Przywrócono w klauzuli 2.1 zapłatę za dodatkowe koszty powstałe w związku z opóźnieniami i zaniechaniami zamawiającego w związku z umożliwieniem wykonawcy prowadzenia robót. W klauzuli 4.6 przywrócono postanowienia dotyczące kosztów wypełniania poleceń zamawiającego, co do umożliwienia korzystania ze sprzętu i urządzeń wykonawcy przez osoby trzecie wprowadzone przez zamawiającego na plac budowy. Przywrócono możliwość domagania się zapłaty za wypełnianie poleceń zamawiającego, co do zajęcia się wykopaliskami, wskazane w klauzuli 4.24, a także za koszty zawieszenia robót nakazanego przez zamawiającego (klauzula 8.9), nieprawidłowego użytkowania przejętej części robót (klauzula 10.2) oraz uniemożliwienia przeprowadzenia prób końcowych w stosowanych terminach (klauzula 10.3). Ponadto nakazano przywrócenie możliwości domagania się przez wykonawcę zwiększonego wynagrodzenia wraz z rozsądnym zyskiem, przewidzianego w klauzuli 17.4, a to wyłącznie w związku z wystąpieniem zdarzeń, o których mowa w klauzuli 17.3 lit f, czyli niezgodnego z kontraktem zajęcia i użytkowania części robót przez zamawiającego (w kontrakcie nie rozróżniano postanowień zawartych w oznaczonym literą „f” punkcie ww. klauzuli od okoliczności opisanych w pozostałych punktach tej klauzuli, nie rozróżniła więc ich i Izba nakazując przywrócenie brzmienia klauzuli 17.4, chociaż w odniesieniu do pozostałych okoliczności z klauzuli 17.3 wskazane wyżej założenia i argumenty się nie odnoszą).

Nie uwzględniono natomiast zarzutów dotyczących kosztów powstania okoliczności czy wykonania poleceń zamawiającego, określonych w pozostałych postanowieniach kontraktu, w brzmieniu nadanym im przez zamawiającego, uznając, iż mieszczą się one w granicy

dopuszczalnych ryzyk, możliwych do przerzucenia na wykonawcę, lub w sferze dopuszczalnego niedookreślenia zakresu wymaganych czynności, lub przy ich refundacji składnik zysku nie jest ich nieodzownym elementem, a jego brak wcale nie narusza zasad współzycia społecznego czy nie przekreśla istoty całej umowy o roboty budowlane.

25)

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 80 poz. 904 ze zm.) umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione. Ponadto ust. 4 tego przepisu stanowi, iż umowa taka może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia.

Zgodnie z art. 50 ww. ustawy odrębne pola eksploatacji stanowią w szczególności:

- 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania utworu – wytwarzanie określoną techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową;
- 2) w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono – wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy;
- 3) w zakresie rozpowszechniania utworu w sposób inny niż określony w pkt 2 – publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym.

Izba podziela wywody zamawiającego poczynione w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie. W szczególności przychyła się do rozróżnienia znaczenia samego przeniesienia autorskich praw majątkowych do utworu na konkretnych polach eksploatacji, a zobowiązania się do przeniesienia takich praw w przyszłości. Wykonawca, w świetle ww. ustawy, z chwilą powstania utworu (dokumentu) czy jego wydania zamawiającemu, przeniesie na zamawiającego prawa majątkowe do wykorzystywania utworu tylko na polach eksploatacji wyraźnie i konkretnie w umowie wymienionych i opisanych, oraz znanych w chwili jej zawierania. *A contrario* na polach nieznanymi lub nieopisanymi w sposób w ww. ustawie wymagany praw autorskich nie przeniesie.

Ponadto dokonując wykładni postanowień umowy i nadając im możliwy do zaakceptowania i przede wszystkim umożliwiający ich stosowanie, sens, należało przyjąć, iż wymaganie przeniesienia na zamawiającego prawa do korzystania z opracowań Dokumentu Wykonawcy stanowi realizację dyspozycji art. 2 ust. 2 ustawy o prawie autorskim, który stanowi, iż rozporządzanie i korzystanie z opracowania zależy od zezwolenia twórcy utworu pierwotnego (prawo zależne), chyba że autorskie prawa majątkowe do utworu pierwotnego wygasły. Wymaganie powyższe nie stanowi natomiast zobowiązania do przenoszenia praw do korzystania z wszelkich opracowań dokumentów, niezależnie kiedy i przez kogo wykonanych.

26)

Zarzut zasługuje na potwierdzenie.

Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. § 2 tego przepisu stanowi, że w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

Wprowadzenie postanowień umownych uzależniających współpracę wierzyciela w tym zakresie od ponoszenia przez dłużnika bliżej nieokreślonych „kosztów”, nie sposób uznać za niemożliwe do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego i ustalonymi w tym zakresie zwyczajami.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

27)

Zarzut jest zasadny.

Zgodnie z Art. 649¹ § 1 k.c. Gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej "gwarancją zapłaty", inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych.

Natomiast według art. 649² § 1 k.c. nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.

Jeśli zmodyfikowana w WSK klauzula 14.4, tak jak twierdzi zamawiający, jest tylko postanowieniem „porządkowym”, to odesłanie, czy wręcz zastrzeżenie, możliwości uzyskania gwarancji zapłaty za roboty budowlane od jej postanowień, pozbawione byłoby sensu. Natomiast w tym przypadku takie zastrzeżenie i odesłanie należało interpretować jako ograniczenie uzyskania gwarancji zapłaty tylko do kwot którymi zamawiający będzie dysponował we własnym budżecie, co jest nie do pogodzenia z dyspozycją wyżej cytowanego przepisu.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

28)

Stwierdzono niezasadność zarzutu nr 28 z uzasadnieniem analogicznym jak w stosunku do zarzutu nr 4.

29)

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 151 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Ponadto zgodnie z ust. 2 tego przepisu kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Natomiast według ust. 3 kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

Jak wynika z postanowień umowy cytowanych w ustaleniach Izby odnośnie pkt 20 odwołania, zamawiający rozróżnił okres zgłaszania wad od okresu rękojmi za wady. W świetle postanowień umowy zakończenie jej wykonywania i ostateczny odbiór jej przedmiotu, następuje dopiero po zakończeniu okresu zgłaszania wad i ich usuwania (co potwierdzone jest wystawieniem Świadcstwa Wykonania). Tym samym zwrot zabezpieczenia następuje względem tej daty, zgodnie z ww. przepisem.

30)

Zarzut jest niezasadny.

Izba nie dopatrzyła się niczego niejasnego ani niezgodnego z zasadą swobody umów lub istotą umowy o roboty budowlane, w nałożeniu na wykonawcę odpowiedzialności za stan i czystość dróg i ulic w sąsiedztwie placu budowy, włącznie z obowiązkiem pokrycia ewentualnych kosztów poniesione przez zamawiającego, w zakresie czyszczenia ulic w sąsiedztwie placu budowy z zanieczyszczeń spowodowanych przez Wykonawcę.

Interpretacja niniejszej umowy według zasad wskazanych powyżej oraz odczytanie odnośnego fragmentu klauzuli 14.5 w całości, nie pozostawia żadnych wątpliwości, co do tego, iż odnosi się on do zanieczyszczeń spowodowanych przez wykonawcę.

31)

Zarzut jest niezasadny. Zobowiązania wykonawcy, aby na własną odpowiedzialność i na swój koszt, podjął wszelkie środki zapobiegawcze wymagane przez rzetelną praktykę budowlaną oraz aktualne okoliczności, aby zabezpieczyć prawa właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy i unikać powodowania tam jakichkolwiek zakłóceń czy szkód, nie wykracza poza kodeksowe ramy zasady swobody umów, nie jest świadczeniem niemożliwym czy nierealnym oraz przede wszystkim mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk, które w ramach opisu przedmiotu zamówienia można na wykonawcę nałożyć.

32)

Zarzut jest niezasadny. Zakwestionowany obowiązek przeprowadzenia innych prace nakazanych przez Inżyniera, należy odczytywać w kontekście całości zagadnień, których klauzula 4.27 dotyczy. Mianowicie prace te sprowadzają się do naprawienia uszkodzeń instalacji i urządzeń publicznych i zapobieżeniu dalszym szkodom, które winny być wykonane na polecenie podmiotu pełniące funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, a wskazanie na obowiązek ich wykonania nie narusza przepisów wskazanych w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego dodać należy, iż w wyniku modyfikacji SIWZ zamawiający zmodyfikował postanowienia klauzuli 4.27 WSK poprzez dodanie po słowach „przeprowadzi inne” słowa „niezbędne”.

33)

Odwołujący wycofał zarzut dotyczący dziesięcioletniego okresu dyspozycyjności projektantów.

Podtrzymane zarzuty opisane w pkt 33 odwołania uznano za zasadne w zakresie zakwestionowania obowiązków nakładanych na wykonawcę przed złożeniem oferty, których niedotrzymanie miałyby wywierać skutki w trakcie realizacji kontraktu.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

Natomiast w pozostałym zakresie, w odniesieniu do obowiązków sprawdzenia wymagań zamawiającego pod kątem założeń do projektowania w terminie 14 dni po podpisaniu umowy – Izba stwierdza, iż mieszczą się ramach zasady swobody umów, są możliwe do wykonania, a ponadto zostały precyzyjnie wskazane. W ślad za stanowiskiem doktryny (patrz „System prawa cywilnego” pod. red. J. Rajskiego, C.H. Beck, Warszawa 2001, t. 7 str. 314) przyjąć można, iż obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych, wynikającym z samych przepisów, jest sprawdzenie czy dostarczone projekty są kompletne, zatwierdzone przez właściwe organy i czy nie zawierają wad lub błędów dających się wykryć przy zachowaniu poziomu należytej staranności wymaganego w stosunkach danego rodzaju. Tym bardziej przyjąć więc można, iż uprawnione jest w ramach obowiązków umownych nałożenie na wykonawcę i jednocześnie projektanta, obowiązku sprawdzenia założeń co do projektowania. Przy czym zaznaczyć należy, iż jak wynika z ostatniego zdania klauzuli 5.1 WSK, obowiązek wykrycia błędów jest tu ograniczony do zakresu w jakim doświadczony wykonawca powinien wykryć taki błąd, czyli do błędów możliwych do wykrycia w założonym czasie po dacie rozpoczęcia.

34) Zarzut wycofany przez odwołującego na rozprawie.

35) Zarzut jest niezasadny – uzasadnienie stanowiska Izby w pkt 4.

36)

Zarzut jest niezasadny. Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Wykonawca ma zrealizować zamówienie przede wszystkim zgodnie z uzyskanymi decyzjami i pozwoleniami właściwych organów, co jest od niego wymagane w kontrakcie. Wykonując kontrakt w zgodzie z ich postanowieniami, nie może zwolnić się z nakładanych na niego w kontrakcie obowiązków wykraczających poza zakres decyzji. Nic innego z właściwie interpretowanej klauzuli 8.1 WSK nie wynika.

37)

Zarzut jest niezasadny. Określenie wymagania uzyskania Świadcstwa Wykonania jako obowiązku umownego jest, co najwyżej, pewnym skrótem myślowym. Świadcstwo Wykonania jest tylko, i jednocześnie aż, dokumentem potwierdzającym przyjęcie i niejako skwitowanie przez zamawiającego wykonania rzeczowych obowiązków umownych.

38)

Zarzut jest niezasadny. W klauzuli 8.4 WSK zamawiający wyraźnie wprowadził możliwość żądania przedłużenia czasu na wykonanie robót w przypadkach przez niego zawinionych oraz innych okolicznościach w ww. klauzuli wskazanych.

Termin wykonania umowy jest jednym z jej wyraźnie wyodrębnionych postanowień i jako taki może być zmieniony albo na drodze zastosowania odpowiednich klauzul „rewaloryzacyjnych” przedłużających go niejako automatycznie w przypadku wystąpienia okoliczności w takiej klauzuli opisanych, albo na drodze uzgodnienia i wprowadzenia jego zmiany zgodną wolą stron z zachowaniem formy pisemnej, tj. za pomocą aneksowania umowy w tym zakresie. W przypadku wystąpienia okoliczności w ww. klauzuli opisanych zamawiający powinien wyrazić zgodę i wolę zawarcia takiego aneksu.

Jednakże nawet w wypadku gdy zamawiający od podpisania aneksu się uchyli, a przyczyny uniemożliwiające terminowe wykonanie robót rzeczywiście wystąpią, wykonawca będzie mógł uchylić się od skutków odpowiedzialności za niewykonanie robót w terminie na zasadach ogólnych, wynikających z art. 471 i 476 k.c. Postanowienia klauzuli 8.4 WSK nie ustanawiają wcale rozszerzenia ogólnej odpowiedzialności wykonawcy za terminowe wykonanie zobowiązania na zasadzie ryzyka (art. 473 k.c.). Taką odpowiedzialność i jej wymiar ustanawiały dopiero postanowienia klauzuli 8.7 w zakresie możliwości obciążenia wykonawcy karami umownymi za opóźnienie, co zostało jednak modyfikacją SIWZ z dnia 9 marca br. zmienione.

W tym kontekście zastrzeżenie zamawiającego, iż przedłużenia czasu na wykonanie robót dokonywane na podstawie kontraktu (a więc w nim przewidziane) nie mogą być dłuższe niż trzy miesiące, nie oznacza: po pierwsze iż przedłużenie takie nie nastąpi na zasadach ogólnych lub na zasadzie sytuacji wyjątkowej przez zamawiającego w klauzuli przewidzianej; po drugie że ewentualnie wykonawca nie będzie zwolniony z odpowiedzialności za dłuższe opóźnienia w realizacji robót, nawet w przypadku braku zgody na aneksowanie terminu

wykonania umowy ze strony zamawiającego; oraz po trzecie, że nie przysługiwały mu będą stosowne roszczenia oparte na zasadach ogólnych i przepisach kodeksu cywilnego.

Generalnie powyższe mieści się w ramach zasady swobody umów, natomiast zamawiający może nałożyć na wykonawcę, a wykonawca może przyjąć na siebie, tego typu ryzyka i obowiązki.

39)

Zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. Nie potwierdzono natomiast zarzutu odwołania w odniesieniu do dublowania kar umownych za to samo zdarzenie.

Zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Natomiast instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze. Jak stwierdzono w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt: V CSK 139/07): „Zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.), tj. gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika - jeżeli, tak jak w niniejszej sprawie, ani strony co innego nie zastrzegły, ani szczególny przepis ustawy nie przewiduje co innego - z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli z jego winy w postaci, co najmniej, niedbalstwa. To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 *in fine* k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.”

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie

mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

Natomiast Izba stwierdziła brak podstaw dla przyjęcia stanowiska, według którego zwielokrotnianie kar umownych za jedno zdarzenie stanowiło samo w sobie naruszenie art. 353¹ k.c.. To zbyt wygórowana wysokość kar umownych mogłaby ewentualnie stanowić naruszenie klauzul i przepisów k.c., jednakże tego typu okoliczności odwołujący nie wykazał.

Ponadto w ślad za wyrokiem Izby z dnia 1 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 360/12) w odniesieniu do instytucji kar umownych można wskazać: „...aby mogło dojść do oceny tej instytucji musi nastąpić jej zastosowanie. Wszelkie hipotezy i domniemania Odwołującego w tym zakresie nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z projektu umowy lub jej <miarkowania>”.

40) Zarzut jest niezasadny. Klauzula 11.7 WSK nie narusza art. 354 § 2 k.c. Właściwą interpretację i znaczenie jej postanowień przedstawił zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

41) Zarzut jest niezasadny – uzasadnienie analogiczne, jak w pkt 15 i 29

42)

Odnosnie zarzutu dotyczące „wszelkich wad” Izba zajmuje stanowisko takie jak w pkt 2.

Zarzuty w pozostałym zakresie są niezasadne.

Tak jak w pkt 15 i 29 Izba wskazuje, iż zamawiający w ramach swobody kontraktowania mógł przyjąć i ustalić moment zakończenia robót na czas po zakończeniu okresu zgłaszania wad, czego wyrazem jest wystawienie Świadectwa Wykonania, i od tego momentu liczyć okres rękojmi.

Zamawiający przedstawił właściwą, całościową interpretację i znaczenie klauzuli 11.12, w świetle którego odesłania do klauzul tam wskazanych są jak najbardziej racjonalne i możliwe do stosowania.

Izba nie znajduje żadnych materialnoprawnych podstaw, aby nakazać zamawiającemu ograniczenia rękojmi za wady w powiązaniu z przypadkami opisanymi w klauzulach 11.7 i 11.8 WOK i WSK.

43) Zarzut jest niezasadny – uzasadnienie jak wyżej.

44)

Zarzut jest niezasadny. Jak wskazano w pkt 20 możliwe jest właściwie dowolne rozszerzenie terminu gwarancji. W szczególności 10-letni okres gwarancji na wykonywane roboty budowlane występuje na rynku i jest możliwy do dotrzymania i wykonywania przez wykonawcę. Ponadto to wykonawca ma udzielić gwarancji jakości na stosowane przez siebie materiały (realizowanej przez ich naprawę albo wymianę) – gwarancja producentów oczywiście może, ale też nie musi być z tym powiązana.

45)

Zarzut jest niezasadny. Jakikolwiek zmiany ceny kontraktowej lub terminu realizacji umowy, w przypadku gdy brak jest w tym zakresie klauzul rewaloryzacyjnych, winny zostać uzgodnione, zaakceptowane i przeprowadzone przez strony w drodze aneksu (tak jak wskazano w pkt 38). Jak słusznie zaznaczył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z art. 139 ust. 2 Pzp, umowa zawierana z wykonawcą musi zachować formę pisemną pod rygorem nieważności – tego typu wymagania, co do formy winny spełniać również zmiany tej umowy. Powyższe nie wyklucza roszczeń którejkolwiek ze stron, w przypadku gdy druga strona od wykonywania swoich obowiązków umownych będzie się uchylać.

46) jw.

47)

Zarzut jest równie niezasadny, jak zbędne są informacyjne klauzule kontraktu, którego zarzut dotyczy. Równie niezasadnie wykonawca mógłby domagać się wprowadzenia klauzul rewaloryzacyjnych lub możliwości aneksowego podniesienia ceny kontraktu w przypadku wzrostu płacy minimalnej, składek na ubezpieczenie społeczne lub cen benzyny... *etc.*, a zamawiający równie zbędnie wprowadzałby klauzule informacyjne, które powyższe by wykluczały.

W przedmiocie klauzul kontraktu dotyczących wysokości ceny umownej w przypadku zmiany stawki podatku VAT w trakcie realizacji umowy, Izba wskazuje, iż klauzule przewidujące dodatkowe oświadczenie woli stron w formie aneksu lub mechanizm podniesienia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w samej umowie w przypadku wystąpienia tego typu okoliczności (klauzula rewaloryzacyjna), jak i brak takich rozwiązań w SIWZ, w żaden sposób nie naruszają obowiązujących przepisów. Ich wprowadzenie do umowy mieści się w pełni w

ramach uznania zamawiającego i w jego dyspozycji pozostaje wprowadzenie tego typu, niewątpliwie korzystnych dla wykonawców, postanowień.

Natomiast, jak wskazuje ukształtowana już sądowa linia orzecznicza, stronie umowy (odbiorcy świadczenia pieniężnego) nie przysługuje roszczenie o podniesienie wynagrodzenia umownego z tytułu wzrostu VAT. Oczywiście nie można tu generalnie wykluczyć zastosowania przez sąd w konkretnych, szczególnych okolicznościach danej sprawy zawartych w przepisach kodeksu cywilnego klauzul *rebus sic stantibus*, jednakże w żaden sposób nie ma to związku z wprowadzonymi przez zamawiającego postanowieniami SIWZ, w których zamawiający wyraźnie deklaruje, iż sam z siebie wzrostu wynagrodzenia umownego w takiej sytuacji nie przewiduje i nie dopuszcza.

Zmiany stawki VAT pozostają więc ryzykiem wykonawcy, który powinien je uwzględnić i skalkulować w cenie swojej oferty. Brak jakichkolwiek materialnoprawnych podstaw, aby postulować przerwienie tego ryzyka na zamawiającego. W szczególności podstawy takiej nie stanowią zasady współżycia społecznego, na które odwołujący się powołuje.

Sposób kalkulacji ceny i zabezpieczenie się przed zjawiskami tego typu, jak wzrost obciążeń podatkowych, pozostaje decyzją i ryzykiem wykonawcy. Ewentualnie, brak adekwatnych mechanizmów przeciwdziałających negatywnym skutkom tego typu okoliczności dla wykonawców, w zakresie w jakim może to wpływać i oddziaływać na prawidłowość i niezakłócony przebieg wykonania zamówienia, pozostaje również ryzykiem zamawiającego. Jednakże powyższe w żaden sposób nie wpływa i nie ustanawia prawnego obowiązku wprowadzenia postulowanych przez odwołującego postanowień SIWZ w tym przedmiocie.

48)

Zarzut jest niezasadny. Należy przy tym wskazać, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót w formule „projektuj i buduj” przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Przy opisie przedmiotu zamówienia przy pomocy programu funkcjonalno-użytkowego wymagania zamawiającego przeważnie posługują się i odnoszą do ilościami szacunkowymi. Dokładne wyliczenia materiałów, nakładów i prac nastąpią dopiero w projekcie przygotowanym przez wykonawcę.

49)

Zarzut, w postaci w jakiej został sformułowany, jest niezasadny. Zgodnie z art. 62 § 1 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2007 r. Nr 111 poz.765) – Kto wbrew obowiązkowi nie wystawia faktury lub rachunku za wykonanie świadczenia, wystawia je

w sposób wadliwy albo odmawia ich wydania, podlega karze grzywny do 180 stawek dziennych.

Adresatami normy ww. przepisu są wystawca rachunków lub faktur i organy wymiaru sprawiedliwości. Ww. przepisu nie może natomiast naruszyć zamawiający formułując postanowienia SIWZ – czynność tego typu nie mieści się w hipotezie ww. przepisu.

50)

Zarzut jest niezasadny. Kwestionowana klauzula 14.4 WSK nie przekreśla istoty umowy o roboty budowlane ani nie wykracza poza ramy swobody kontraktowania zakreślone w przepisach k.c.. W szczególności postanowienia tego typu nie pozbawiają wykonawcy oraz umowy, którą zwiera, jej zasadniczego *essentialium*, jakim jest wynagrodzenie. Rugują natomiast z umowy płatności częściowe, rozumiane jako zobowiązanie zamawiającego do zapłaty określonych części wynagrodzenia w określonych terminach lub w związku z wystąpieniem określonym zdarzeń, i roszczeń związanych ze zwłoką zamawiającego liczoną względem wystąpienia tego typu okoliczności. Płatności częściowe nie są jednak nieodzownym elementem umowy o roboty budowlane, a ich brak mieści się w zakresie swobody stron w ułożeniu ich stosunku umownego.

Na marginesie Izba wskazuje, iż tego typu „warunkowe” wprowadzanie płatności częściowych, jako utrudniające wykonawcy zaplanowanie przepływów finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia, należy ocenić negatywnie – z tym, że jest to ocena pozaprawna.

51)

Zarzut jest niezasadny. Wymaganie rzeczowego określania zaawansowania robót i ich wartości nie przekreśla ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. To wynagrodzenie końcowe jako ryczałt obejmowało będzie całość wykonanego zamówienia, i jako takie jest niezależne od wycień i obliczeń wartości poszczególnych robót i nakładów, które się na wykonanie zamówienia złożyły. Natomiast płatności częściowe zamawiający może wyciągać i wypłacać jakimkolwiek sposobem, byle ich suma w ostatecznym rozrachunku złożyła się na wynagrodzenie, o które strony umówiły się w kontrakcie. Nawet jeżeli płatności częściowe i związane z nimi wycięnia, nie wyczerpią całości kwoty kontraktowej, zamawiający i tak zobowiązany będzie do zapłaty całości ryczałtu.

52)

Zarzut jest niezasadny. Izba podziela tu stanowisko i wywody zamawiającego poczynione w odpowiedzi na odwołanie oraz przywołuje stanowisko wyrażone w pkt 15 uzasadnienia. Ponadto tak jak w pkt 49 Izba wskazuje, iż zamawiający w SIWZ nie może naruszyć w SIWZ art. 62 § 1 k.k.s.. Natomiast na gruncie powoływanych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług dopuszczalne jest przyjęcie, iż wykonaniem usługi budowlanej – jest jej uznanie za wykonaną przez inwestora.

53)

Zarzut jest niezasadny. W świetle zasady swobody kontraktowania zamawiający ma prawo wymagać podania mu jakkolwiek dokonanych wyliczeń i wartości, z tym, że i tak będzie musiał zapłacić cenę ryczałtową, do jakiej zapłaty zobowiązał się w kontrakcie za wykonanie przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli dokonane wyliczenia wskażą, iż wykonawca poniósł mniejsze nakłady niż zakładano.

54)

Zarzut jest niezasadny.

Zamawiający, jak słusznie wskazuje w odpowiedzi na odwołanie, nie musiał przewidywać jakichkolwiek instytucji ani postanowień umownych w przedmiocie możliwości wstrzymania przez wykonawcę prac w związku z opóźnieniami płatności ze strony zamawiającego.

Zresztą w związku z omawianą w pkt 50 klauzulą 14.4 WSK płatności częściowych w niniejszym kontrakcie może w ogóle nie być i wykonawcy powinni się z tą okolicznością liczyć.

55) jw.

56)

Zarzut nie zasługuje na potwierdzenie.

Zamawiający, co do zasady, mógł przerzucić na wykonawcę kosztą jakichkolwiek ryzyk chociażby na podstawie art. 473 § 1 k.c.. Natomiast odwołujący nie wykazał jakoby właśnie te konkretnie ryzyka, którymi obarczono wykonawcę w związku z brzmieniem klauzul 17.2, 17.3 i 17.4 WOK oraz wykreśleniami dokonanyymi w klauzuli 17.3 w WSK, były nie do pogodzenia z przesłankami korzystania ze swobody kontraktowania określonymi w art. 353¹ k.c. Ponadto w ramach modyfikacji SIWZ zamawiający przywrócił większość własnej odpowiedzialności za ryzyka opisane w klauzuli 17.3 (z wyjątkiem lit. h).

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów dotyczących Wzoru dokumentu gwarancji jakości (DGJ) Izba wskazuje:

57)

Zarzut uznano za niezasadny – z uzasadnieniem analogicznym, jak w pkt 15 i przy innych zarzutach dotyczących przyjęcia, iż wykonanie zamówienia następuje po zakończeniu okresu zgłaszania wad, a potwierdzeniem jego odbioru jest wystawienie Świadectwa Wykonania.

58)

Zarzut jest zasadny.

Wprowadzenie wymogu gwarantowania przez okres 10 lat zgodności przedmiotu z przyszłymi przepisami prawa przez wykonawcę robót budowlanych, należy uznać za nałożenie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do wykonania, przez to niezgodne z art. 387 k.c, a tym samym z art 353¹ k.c. Wykonawca nie może przewidzieć czy będzie w stanie, w odniesieniu do wykonanych przez niego robót, zapewnić ich zgodność z przyszłymi i niepewnymi wymogami prawa, a tym bardziej powyższe wycenić i oszacować.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

59)

Zarzut jest zasadny.

W świetle kwestionowanych postanowień DGJ wykonawca miał udzielić i utrzymywać gwarancję jakości na rzeczy używane przez zamawiającego, z góry przy tym akceptując stosowane przez zamawiającego standardy ich eksploatacji i utrzymania, z którymi nie mógł się zapoznać. Wykonawca miałby więc dawać swoistą *carte blanche* zamawiającemu w tym zakresie, i z góry godzić się ze skutkami zastosowania nieznanych mu standardów eksploatacji przyjętych przez zamawiającego. Powyższe jest nie do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego i tym samym nie mieści się w określonych przepisami prawa granicach swobody kontraktowania.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał poprawienia odnośnych postanowień SIWZ i doprowadził do ich zgodności z przepisami prawa. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów dotyczących Rozdz. V Wzoru umowy – Załącznika do oferty, Izba wskazuje:

61) Zarzut jest niezasadny – uzasadnienie jak w pkt 19.

62) Zarzut jest niezasadny – uzasadnienie jak w pkt 42.

63) Zarzut odnośnie wskazanych postanowień Załącznika do oferty jest niezasadny – stanowisko Izby analogiczne jak w pkt 33.

64) Zarzut jest niezasadny – uzasadnienie analogiczne jak w pkt 39.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących Części III SIWZ – Programu funkcjonalno-użytkowego, Izba wskazuje:

65)

Izba nie orzekła o przedmiotowym zarzucie z powodu braku jego akuratnego postawienia w odwołaniu – zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tymczasem zarzutów wskazujących na konkretne niezgodności postanowień SIWZ z normami prawnymi, na które odwołujący się powołuje, które nadawałyby się do rozpoznania przez Izbę, a uprzednio do uwzględnienia przez zamawiającego, w treści odwołania nie sformułowano.

Zarzutem w rozumieniu ww. przepisu nie jest bowiem samo generalne wskazanie, iż dany fragment czy postanowienie SIWZ jest niezgodne z powołanymi przepisami prawa, ale przede wszystkim opisanie na czym konkretnie owa niezgodność polega. Natomiast w rozpatrywanym odwołaniu generalnie wskazano tylko, iż zamawiający nie zapewnił w SIWZ informacji i dokumentów, wymaganych od niego przepisem § 19 ust. 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.).

Powołany wyżej przepis rozporządzenia Ministra Infrastruktury stanowi, iż część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje m.in. inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:

- a) kopię mapy zasadniczej,
- b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,
- c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
- d) inwentaryzację zieleni,
- e) dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska,
- f) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości,
- g) inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,
- h) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych,
- i) dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.

Odwołujący poprzestał przy tym na powyższych konstatacjach, nie wskazał natomiast, które informacje i dokumenty uznaje za niezbędne do zaprojektowania przedmiotowych robót oraz w jaki sposób ich brak powyższe uniemożliwia, przy czym nie wskazano również w jaki sposób powyższe ma stanowić o naruszeniu norm art. 29 i n. Pzp, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

W § 19 ust. 4 ww. rozporządzenia wprowadzono podwójne (w koniunkcji) dookreślenie informacji i dokumentów tam wymaganych: po pierwsze mają być one posiadane przez inwestora, po drugie mają być one niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych. Niektóre dokumenty i informacje, zawarte w przykładowym katalogu zamieszczonym w ww. przepisie, przy niektórych typach robót w ogóle nie występują i się do nich nie odnoszą. Tym samym nie jest tak, iż norma wynikająca z powołanego przepisu rozporządzenia narzuca każdorazowo, przy każdym PFU, zawarcie w nim wszystkich dokumentów i informacji przykładowo w treści przepisu wymienianych. Brak którejkolwiek z informacji w przepisie wskazanych nie przesądza od razu, niejako automatycznie, o naruszeniu jego dyspozycji. Samo odesłanie do ww. przepisu nie przesądza więc jakich niezbędnych informacji i dokumentów w PFU zabrakło (i dlaczego uznaje się te informacje za niezbędne), tak aby opis przedmiotu zamówienia mógł spełnić przypisaną mu rolę, tj. umożliwić zaprojektowanie robót budowlanych.

Zarzut sformułowany w ten sposób nie nadawał się więc ani do rozpoznania przez Izbę ani do uwzględnienia przez zamawiającego, który oceniając odwołanie nie może domyślać się i dociekać na czym podniesiony w odwołaniu zarzut w rzeczywistości polegał – w tym przypadku: jakich innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania przedmiotowych robót, wskazanych przykładowo w § 19 ust. 4 ww. rozporządzenia, w rzeczywistości brakuje wykonawcy, i które dokumenty wykonawca miał na myśli.

66)

Zarzut jest zasadny - zamawiający nie udostępnił, przynajmniej na własnej stronie internetowej (możliwe, że przez przeoczenie) pełnej dokumentacji projektowej dla zadania II i III.

Jednakże zamawiający przed wyznaczonym terminem rozprawy dokonał stosownego uzupełnienia SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania. Tym samym zbędne i bezprzedmiotowe stało się nakazywanie zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek dalszych zmian w tym zakresie, a potwierdzenie związanych z tym zarzutów nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....

.....

.....