

WYROK
z dnia 8 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Ewa Kisiel
Daniel Konicz

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016 r. przez P.Z.P.B. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **G.D.D.K.i.A., ul. (...)**

przy udziale:

- wykonawcy B. S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- wykonawcy P.P.I. S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- wykonawcy W. S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1.1. uwzględnić odwołanie w zakresie:

- 1) cz. A pkt II.1 lit. c, e, g, h, i-m oraz p-t dotyczących ustanowionych przez zamawiającego postanowień w subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej WSK) pkt III

i nakazuje taką zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacja lub SIWZ), aby wymienione postanowienia o tej treści nie znalazły się w specyfikacji;

- 2) cz. A pkt II.2 dotyczącego zmiany subklauzuli 20.1 WSK

i nakazuje taką zmianę treści specyfikacji, aby postanowienia o powstaniu roszczeń wykonawcy nie odnosiły się do złożenia dokumentów inżynierowi kontraktu, ale od momentu zaistnienia rzeczywistego zdarzenia;

- 3) cz. B pkt II.1 dotyczącego audytu BRD w pkt 1.4.1.1 i 1.4.1.11 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej PFU)

i nakazuje zmianę postanowień pkt 1.4.1.1 oraz 1.4.1.11 PFU na takie ukształtowanie tych postanowień PFU, aby w przypadku konieczności wprowadzenia zmian wynikających z audytu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (dalej BRD) wykraczających poza wymagania przepisów, norm i SIWZ do oceny zwiększenia zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie znajdowała zastosowanie klauzula 13.1;

- 4) cz. B pkt II.13 dotyczącego zmiany pkt 1.5.2.1 PFU

i nakazuje zmianę postanowienia 1.5.2.1 PFU przez wskazanie konsekwencji braku uzyskania zgody na odstąpienie lub nieterminowe wydanie zgody na odstąpienie z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy;

1.2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego G.D.D.K.i.A., ul. (...)

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.Z.P.B., ul. (...) tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od zamawiającego G.D.D.K.i.A., ul. (...) na rzecz wykonawcy P.Z.P.B., ul. (...) 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 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający G.D.D.K.i.A. ul. (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku węzeł „Zakręt” (z węzłem) – węzeł „Lubelska” (bez węzła) o długości około 2,5 km«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23.09.2015 r. pod nrem 2015/S 184-333302.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający przekazał 6.10.2016 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia zwanej dalej SIWZ lub specyfikacją bez bliższego określenia.

Wykonawca P.Z.P.B., ul. (...), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 17.10.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na ustalenie treści SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji zamawiający postąpił w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 2) art. 31 ust. 2 Pzp w zw. z § 15 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 i z 2010 r. Nr 72, poz. 464) (dalej „Rozporządzenie”) przez zaniechanie sporządzenia Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny;

- 3) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
- 4) art. 353(1) w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4, art. 632 i art. 5 Kc, art. 1154 i art. 1157 Kpc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc przez ukształtowanie określonych we wzorze umowy – Subklauzuli 4.4 [Podwykonawcy] WSK, pkt III [Wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] lit. c, e, g-n oraz p-t – wymagań dotyczących treści umowy wykonawcy z podwykonawcą robót budowlanych w sposób naruszający prawo wykonawcy do swobodnego umawiania się z podwykonawcami w materii, której przepisy Pzp i Kc nie określają jako obligatoryjną, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania, zaś brak podstaw w Pzp do jej ograniczenia ze skutkiem dla stosunków prawnych pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647(1) § 5 Kc;
- 5) art. 353(1) w związku z art. 353, art. 627, art. 647, art. 487 § 2 i art. 5 Kc, art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 Kc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, przez ukształtowanie treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK – dotyczących zasad dochodzenia roszczeń wykonawcy w sposób sprzeczny z:
- (1) właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane,
 - (2) wyżej wymienionymi, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz
 - (3) zasadami współzycia społecznego, przez przyjęcie, że warunkiem powstania roszczeń wykonawcy w zakresie:
 - (i) przedłużenia terminu wykonania robót,
 - (ii) wykonania Kamienia Milowego oraz
 - (iii) dodatkowej płatności, jest powiadomienie przez wykonawcę Inżyniera Kontraktu o roszczeniu opisujące wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia, które może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności, co narusza również bezwzględnie wiążące przepisy o przedawnieniu roszczeń; istnienie roszczenia cywilnoprawnego nie jest

uzależnione od powiadomienia kogokolwiek o tym fakcie, zaś rozpoczęcie biegu przedawnienia następuje od dnia, w którym roszczenie to stało się wymagalne, a umowny przepis proceduralny nie może prowadzić do zniweczenia istniejących praw podmiotowych; całość zaskarżonej regulacji skutkuje częściową nieważnością ww. postanowień umowy, zgodnie z art. 58 § 3 Kc;

- 6) art. 353(1) w związku z art. 455 i art. 5 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit szósty – zasad rozpatrywania przez zamawiającego roszczeń wykonawcy naruszający zasadę prawną, że jeśli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, to świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania, podczas gdy powołane postanowienia Subklauzuli 20.1 WSK są tak skonstruowane, że nie wynika z nich żaden termin nie tylko spełnienia świadczenia, ale nawet odniesienia się do tego roszczenia przez zamawiającego i złożenia przez niego odpowiedniego oświadczenia woli;
- 7) art. 14 Pzp w związku z art. 387 Kc w zw. z art. 577 § 1 Kc w związku z art. 353(1) Kc przez żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości, że w okresie Gwarancji Jakości dla drogi klasy A i S, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił $> 0,40$; zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic $\geq 0,42$, co w konsekwencji spowoduje zwarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy;
- 8) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 9) inne wskazane w uzasadnieniu odwołania – odwołujący wycofał zarzut nr 9 na posiedzeniu.

Odwołujący wniósł ogólnie o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto odwołujący zawarł w odwołaniu skonkretyzowane zarzuty i odpowiadające im wnioski (żądania) odwołującego:

A. CZEŚĆ A – dotycząca zarzutów mających swoje źródło w treści Tomu II SIWZ wzór umowy:

Zarzut 1 (A.II.1) dotyczący niedozwolonej treści Subklauzuli 4.4 pkt III lit. c, e, g-n oraz p-t (zarzut opisany w pkt 4), którym to postanowieniem odwołujący zarzucił niezgodność z art. 353(1) w związku z art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4, art. 632 i art. 5 Kc, art. 1154 i art. 1157 Kpc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647(1) § 5 Kc. Odwołujący wycofał na posiedzeniu zarzut dotyczący lit. f. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II Subklauzula 4.4 pkt III przez wykreślenie lit. c, e, g-n oraz p-t.

Zarzut 2 (A.II.2) dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1. [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2 (zarzut opisany w pkt 5), którym to postanowieniem odwołujący zarzucił naruszenie art. 353(1) w związku z art. 353, art. 627, art. 647, art. 487 § 2 i art. 5 Kc, art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 Kc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, przez ukształtowanie treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w części zawierającej wzór umowy, tj. Tom II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 WSK [Roszczenia wykonawcy] przez zmianę postanowień akapitu 1 i 2 w następujący sposób:

(1) zastąpienie sformułowania: „*Warunkiem powstania roszczenia wykonawcy*” sformułowaniem: „*W celu dochodzenia roszczeń wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu*”;

(2) skreślenie sformułowania: „*to roszczenie nie powstaje*”.

Zarzut 3 (A.II.3) dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1. [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit 6 (zarzut opisany w pkt 6), którym to postanowieniem odwołujący zarzucił naruszenie art. 353(1) w związku z art. 455 i art. 5 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, przez ukształtowanie określonych w treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit szósty. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit szósty – przez nadanie mu następującego brzmienia: „*W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów*”

uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaze zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3,1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że zamawiający akceptuje propozycje Inżyniera”.

Zarzut 4 (A.II.4) dotyczący parametru szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia); (zarzut opisany w pkt 7), którym to postanowieniem odwołujący zarzucił naruszenie art. 14 Pzp w związku z art. 387 Kc w zw. z art. 577 § 1 Kc w związku z art. 353(1) Kc przez żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości, że w okresie Gwarancji Jakości dla drogi klasy A i S, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił $> 0,40$, zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic $\geq 0,42$, co w konsekwencji spowoduje zwarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy. Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, III Część Szczegółowa, pkt 1 „Nawierzchnie”, ppkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia”, przez usunięcie pkt 1.1.3.1 oraz pkt 1.2.2.1

ewentualnie:

- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienie SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia”, przez zmianę wartości miarodajnego współczynnika tarcia przy drogach klasy A i S, dla pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego oraz pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic na $> 0,36$.

B. CZĘŚĆ B – dotycząca zarzutów mających swoje źródło w treści Tomu III SIWZ:

Zarzut 5 (B.II.1) dotyczący audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego [dalej BRD] Odwołujący wniósł o:

- zmianę pkt 1.4.1.1 PFU przez nadanie mu brzmienia: *„Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami wykonawcy. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i treści decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami wykonawcy. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”;*
- zmianę pkt 1.4.1.11 PFU w zaskarżanym zakresie przez nadanie mu następującego brzmienia: *„Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 241 ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 460, 774, 870, 1336, 1830, 1890 i 2281 oraz z 2016 r. poz. 770 i 903), w zakresie oznakowania pionowego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

Zarzut 6 (B.II.2) dotyczący eksperymentalnego oznakowania pionowego, jednak na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.2.

Zarzut 7 (B.II.3) dotyczący dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej, (zarzut opisany w pkt 1), odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji zamawiający postąpił w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednocześnie:

- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU zastrzeżenia, że *„zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo-wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu”;*
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.1 PFU następującego postanowienia: *„Jeżeli wystąpią rozbieżności pomiędzy udostępnioną dokumentacją geologiczno-inżynierską oraz hydrogeologiczną a rzeczywistym stanem faktycznym, to będzie stanowiło to*

podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

Zarzut 8 (B.II.4) dotyczący koordynacji na stykach z innymi odcinkami. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez określenie w ramach PFU terminu, w którym wykonawca otrzyma rozwiązania z sąsiedniego odcinka umożliwiające koordynację prac, o której mowa w pkt 1.4.1.1 PFU.

Zarzut 9 (B.II.5) dotyczący zakresu zasadniczych prac do wykonania – przebudowa dróg kolidujących, remont istniejących dróg, optymalizacja. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ, przez:

- w odniesieniu do przebudowy dróg kolidujących przez jednocześnie:
 - – określenie minimalnego zakresu budowy i przebudowy istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową S17 i DK 2,
 - – dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza minimalny zakres prac przewidziany przez zamawiającego to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”;*
- w odniesieniu do remontu dróg istniejących przez:
 - – wyspecyfikowanie odcinków i długości dróg, jakie mają zostać wyremontowane;
- w odniesieniu do optymalizacji przez jednocześnie:
 - – określenie minimalnego zakresu budowy i przebudowy dróg, wynikającej z obowiązku optymalizacji, określonego w pkt 1.4.1.1 PFU tiret trzydzieste pierwsze i trzydzieste drugie (str. 13 PFU),
 - – dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli wymagania – odpowiednio – gmin Wiązowna i Sulejówek lub m.st. Warszawy (dzielnica Wesoła) bądź też wymagania wynikające z treści decyzji środowiskowej będą wykraczały poza minimalny zakres prac przewidziany przez zamawiającego to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

Zarzut 10 (B.II.6) dotyczący ciągu pieszo-rowerowego. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez zmianę pkt 1.4.1.3.2 PFU przez dodanie następującego postanowienia: *„Jeżeli na skutek zmian wynikających z uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD zmieni się zakres prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem ciągów pieszo-rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych, to będzie stanowiło to*

podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

Zarzut 11 (B.II.7) dotyczący uzgodnień w spawach przepustów i zbiorników. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez zmianę PFU przez jednocześnie:

- usunięcie z pkt 1.4.1.5 i 1.4.1.6 PFU zastrzeżenia, że zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków;
- usunięcie z pkt 1.4.1.5 PFU zastrzeżenia o treści: *„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”;*
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.5 oraz 1.4.1.6 PFU postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli na skutek uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

Zarzut 12 (B.II.8) dotyczący uzgodnień umowy. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednocześnie:

- usunięcie z pkt 1,4.1.7 PFU zastrzeżenia nakładającego na wykonawcę konieczność wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalnoprawnych wynikających z umów zawieranych z gestorami sieci,
- oraz
- dodanie postanowienia o następującej treści: *„Dodatkowe koszty wynikające z uzgodnień i umów zawartych z gestorem sieci będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

Zarzut 13 (B.II.9) dotyczący Krajowego Systemu Poboru Opłat, jednak na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.9.

Zarzut 14 (B.II.10) dotyczący obiektów inżynierskich – przejść dla zwierząt. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez dodanie dodatkowego postanowienia o następującej treści: *„Jeśli ze zmianą liczby obiektów koniecznych do wykonania będą się wiązały zwiększone nakłady po stronie wykonawcy to będzie to stanowiło podstawę do*

zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie”.

Zarzut 15 (B.II.11) dotyczący systemu zarządzania ruchem, jednak na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.11.

Zarzut 16 (B.II.12) dotyczący współpracy z zarządcami innych dróg. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednoczesne:

- jednoznaczne określenie w ramach pkt 1.5.2.1 PFU minimalnego zakresu przebudowy dróg, o których mowa w pkt 1.5.2.1 PFU,
- dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza określony przez zamawiającego minimalny zakres przebudowy dróg, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

Zarzut 17 (B.II.13) dotyczący odstępstw od przepisów technicznych. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez:

- wyspecyfikowanie wszystkich przypadków, które zgodnie z najlepszą wiedzą zamawiającego będą wymagały uzyskania odstępstw od przepisów technicznych,
- zmianę treści pkt 1.5.2.1 PFU w zaskarżonym zakresie przez nadanie jej następującego brzmienia: *„W przypadku potrzeby procedowania zgodnie z art. 9 Prawa budowlanego wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i złożenia kompletnego wniosku o odstępstwo. W przypadku braku zgody organu na odstępstwo, zamawiający zrezygnuje z rozwiązania wymagającego takiego odstępstwa lub wyrazi zgodę na zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie, w przypadku gdy rozwiązanie zgodne z przepisami prawa będzie związane ze zwiększeniem zakresu robót. W przypadku gdy z treści decyzji o udzieleniu odstępstwa wynikać będzie zwiększony zakres robót, będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie”.*

Zarzut 18 (B.II.14) dotyczący obiektów inżynierskich – wiążącego parametru pokonania przeszkody. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez zmianę treści Tabeli 1.1 w ramach pkt 1.4.1.1 PFU przez przeniesienie parametru pn. *„określenie czy górą/dółem”* do parametrów niewiążących.

Zarzut 19 (B.II.15) dotyczący parametrów pasów wyłączania i włączania na węzłach. Na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.15.

II. Stan faktyczny – skonkretyzowane zarzuty i wnioski odwołującego

CZEŚĆ A – zarzuty mające swoje źródło w treści Tomu II SIWZ

A.II.1. Zarzut dotyczący niedozwolonej treści Subklauzuli 4.4 WSK, pkt III (zarzut opisany w pkt 4)

Zgodnie ze zmienionym brzmieniem Subklauzuli 4.4 WSK, pkt III, Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych nie może zawierać postanowień:

- a) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę płatności od wykonawcy od dokonania przez Inżyniera odbioru wykonanych przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę robót, od wystawienia przez Inżyniera Przejściowego Świadczenia Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę lub od dokonania przez zamawiającego na rzecz wykonawcy płatności za roboty wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;
- b) warunkujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot zabezpieczenia przez wykonawcę od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz wykonawcy przez zamawiającego w tym odbioru innych robót, które nie były przedmiotem umowy podwykonawczej;
- c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę;
- d) nakazujących podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wniesienie zabezpieczenia wykonania lub należytego wykonania umowy jedynie w pieniądzu, bez możliwości jej zamiany na gwarancje bankową lub ubezpieczeniową lub inną formę przewidzianą w przepisach prawa, w szczególności ustawy Pzp;
- e) przewidujących, że łączna wysokość kar umownych należnych wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przekroczy 20% wartości wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;
- f) przewidujących, że wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją Umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny;
- g) przewidujących, że właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza RP;

- h) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami;
- i) zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają wykonawcę zgodnie z Kontraktem;
- j) na mocy których, z datą zawarcia Umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy;
- k) uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji Umowy podwykonawczej od przedłużenia przez zamawiającego Czasu na Ukończenie dla danego asortymentu robót;
- l) przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę powiadomienia o roszczeniu;
- (m) w przypadku gdy Umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego;
- (n) uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności;
- (o) na mocy których podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się roszczeń od wykonawcy o wypłatę odszkodowania, odsetek lub dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie dodatkowych robót lub robót zamiennych;
- (p) rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę;
- (q) rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;
- (r) ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość odpowiednich kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;
- (s) wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy;
- (t) przewidujących nieograniczony katalog kar umownych przez ogólne wskazanie, że w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę

lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości.

W pkt II Subklauzuli 4.4 WSK zastrzeżono, że „Zamawiający, w terminie 14 dni od daty otrzymania projektu Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, zgłosi pisemne zastrzeżenia do projektu umowy: (1) niespełniającej wymagań określonych w punkcie III niniejszej Subklauzuli”.

Natomiast zgodnie z ostatnim akapitem pkt I tej Subklauzuli, „Niewypełnienie przez wykonawcę obowiązków określonych w tej Subklauzuli stanowić będzie podstawę do natychmiastowego usunięcia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przez zamawiającego lub żądania od wykonawcy usunięcia przedmiotowego podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z Placu Budowy, nie wyłączając innych uprawnień zamawiającego określonych w Kontrakcie”.

Zdaniem odwołującego, zaskarżone postanowienia pkt III Subklauzuli 4.4 WSK stanowią nieumocowaną ustawowo, nadmierną i niedopuszczalną ingerencję w treść swobody umów zawieranych przez wykonawcę z osobami trzecimi, zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 353(1) Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp. Jej ograniczenie w sposób zaproponowany w zaskarżonej części wzoru umowy nie ma podstaw na gruncie ustawy Pzp, w tym na gruncie art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp.

Wymagania stawiane w SIWZ treści Umowy o podwykonawstwo robót budowlanych nie mogą prowadzić do wyłączenia stosowania przepisów powszechnie obowiązujących, a takim jest art. 353(1) Kc. Żaden przepis ustawy, natura stosunku prawnego umowy o roboty budowlane ani też zasady współżycia społecznego, nie wyłączają prawa do umówienia się przez wykonawcę z podwykonawcą zgodnie z postanowieniami, które zamawiający wyłączył z treści Umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.

Analiza treści postanowień zawartych w Subklauzuli 4.4 pkt III WSK, wskazuje, że zamawiający nie widzi się w tym zakresie w przypisanej mu ustawowo roli gwaranta zapłaty wynagrodzeń podwykonawców (wynagrodzeń należnych im zgodnie z treścią zawartych umów o podwykonawstwo), ale postrzega siebie w roli regulatora stosunków cywilnoprawnych pomiędzy osobami trzecimi i występowania jako rzecznik interesów podwykonawców (profesjonalnych przedsiębiorców), którzy tak samo jak wykonawca, samodzielnie oceniają ryzyko udziału w realizacji danego zamówienia na warunkach zawartych w podpisanych przez siebie Umowach o podwykonawstwo.

Treść ograniczonych lub wyłączonych ze stosowania instytucji prawnych wskazuje, że zamawiający w niedopuszczalny sposób ogranicza swobodę umów i czyni to w bezpośrednim interesie podwykonawców. Uzyskują oni wyłącznie za pomocą zamawiającego gwarancje przepisów prawnych bardzo dla siebie korzystnych. O ile jednak

przepisy ustawy Pzp uprawniają zamawiającego publicznego do narzucenia pewnych rozwiązań w umowie o wykonanie zamówienia (ta jest zawierana jedynie z wykonawcą) w zakresie dotyczącym urzeczywistnienia celu realizacji zamówienia, to nie mogą one prowadzić do ingerencji w stosunki prawne nawiązywane pomiędzy osobami trzecimi (wykonawcą i podwykonawcą) przez zakazanie stosowania powszechnie obowiązujących rozwiązań prawnych nieistotnych z punktu widzenia ustawy Pzp. W ten sposób dochodzi do naruszenia ustawowej gwarancji swobody kontraktowania w obrocie prawnym, która może doznać ograniczenia tylko na podstawie wyraźnego przepisu ustawy, a takiego przepisu brak.

Niedopuszczalność (niezgodność z prawem) zaskarżonych w odwołaniu wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo robót wynika z kilku niezależnych od siebie podstaw i przyczyn:

1. Wymagania postawione przez zamawiającego w pkt III Subklauzuli 4.4 WSK wykraczają poza ustawową rolę zamawiającego w systemie prawa zamówień publicznych i bez podstawy prawnej zmierzają do ukształtowania treści stosunków prawnych, których zamawiający nie jest stroną.
2. Przewidziane w art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp postawienie przez zamawiającego w SIWZ wymagań dotyczących treści Umowy o podwykonawstwo robót nie może naruszać innych bezwzględnie obowiązujących przepisów – są one granicą stosowania tego przepisu. Granicę, do której sięgać mogą wymagania dotyczące Umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, stanowi art. 353(1) Kc. Np. w uzasadnieniu wyroku z 16 grudnia 2015 r. sygn. akt VI Ga 106/15, Sąd Okręgowy w Koszalinie podał, że przewidziany w art. 143d ust. 1 Pzp katalog postanowień, które powinna zawierać umowa o roboty budowlane, „*nie stanowi katalogu zamkniętego, na co jednoznacznie wskazuje użycie określenia »w szczególności« nie stanowi katalogu zamkniętego, a zważywszy na odesłanie w odniesieniu do tych umów do unormowań kodeksu cywilnego, zawarte w art. 139 ust. 1 Pzp, tym bardziej zezwala na swobodne ukształtowanie stosunku pomiędzy zamawiającym a wykonawcą – w granicach zakreślonych przez art. 353(1) Kc*”.

Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp nie stanowi zwłaszcza dostatecznej podstawy prawnej do ograniczenia zasady swobody umów dotyczącej poszczególnych instytucji prawnych, które w tym postępowaniu zamawiający ograniczył lub wyłączył ze stosowania w zaskarżonych punktach Subklauzuli 4.4 WSK. Określony tym przepisem ustawy Pzp skutek zawarcia w projekcie umowy o podwykonawstwo postanowień sprzecznych z wymaganiami zamawiającego polega na złożeniu przez zamawiającego sprzeciwu lub zastrzeżeń do tej umowy. Instytucja sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo jest z kolei instrumentem realizacji przewidzianej w art. 143c

ust. 1 w związku z art. 143b ust. 1, 3 i 4 Pzp zasady odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Oznacza to, że wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót mogą w rozumieniu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp dotyczyć tylko kwestii służących realizacji instytucji gwarancyjnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń należnych podwykonawcom zgodnie z zawartymi przez nich umowami. W konsekwencji nie ma podstaw prawnych i nie jest dopuszczalne zakazywanie stosowania lub modyfikowanie powszechnie dostępnych instytucji prawnych nie dotyczących odpowiedzialności solidarnej zamawiającego. Nie mają z nią przecież nic wspólnego np. umowne prawo odstąpienia, dokonywanie rozliczeń bezgotówkowych, dozwolona ustawowo modyfikacja odpowiedzialności cywilnej za szkodę, prawo do umawiania się o kary umowne, w tym np. za nieprzestrzeganie przepisów BHP (czego zamawiający nie przewidział we wzorze umowy), wysokością takich kar lub ogólnie katalogiem kar umownych, jakie strony zgadzają się stosować w swojej dwustronnej relacji.

3. Przewidziana w ustawie Pzp szczególna ochrona podwykonawców sprowadza się do ustawowych gwarancji zapłaty należnych im wynagrodzeń, lecz nie jest szersza.

Z żadnego przepisu ustawy nie wynika przyznanie zamawiającemu kompetencji do zapewniania podwykonawcom instrumentów dalej idącej ochrony prawnej niż ustawowa gwarancja płatności ich wynagrodzeń. Zasada ta i tak stanowi już wyjątek od powszechnych reguł obrotu prawnego, więc jej rozszerzenie stanowić musi niedozwoloną ingerencję w rynek i zasady obrotu profesjonalnego.

Brak szczegółowego określenia zakresu stosowania art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp oznacza, że stosowanie go nie może wykraczać poza regulację umowy o podwykonawstwo dozwoloną w Pzp – zamawiający może zatem uszczegóławiać tylko te instytucje, które są przewidziane w Pzp dla celów ochrony wynagrodzeń podwykonawców (np. procedurę zgłaszania podwykonawców, monitorowania ich roszczeń, zabezpieczania należnych im płatności itp.), lecz nie może to dotyczyć instytucji wykraczających poza gwarancję zapłaty wynagrodzeń podwykonawców. Tylko temu celowi służy art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp. Nowela z dnia 8 listopada 2013 r. zmieniająca ustawę Pzp z dniem 24.12.2013 r. miała na celu zapewnienie zamawiającym instrumentów umożliwiających sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. Nie można tych przepisów interpretować tak, że zamawiający może postawić wykonawcy dowolne warunki do treści umowy z podwykonawcą, warunki te muszą być ograniczone do realizacji ustawowego

celu gwarancji zapłaty wynagrodzeń, ale nie mogą poza ten cel wykraczać z ingerencją w zasadę swobody umów, którą cieszy się wykonawca. Narzucanie wykonawcy terminów na wykonanie umownego prawa odstąpienia od umowy z podwykonawcą ma się przecież nijak do ochrony wynagrodzeń podwykonawców – jest to też doskonały przykład tego, jak daleko wykracza zamawiający poza cele ustawy.

4. Przeciwnie do powyższego, zamawiający stawia się w roli regulatora treści stosunków prawnych nawiązywanych pomiędzy osobami trzecimi w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z ustawowego zakresu ochrony podwykonawców.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 3 czerwca 2014 r. sygn. KIO 1023/14, w którym KIO stwierdziła, że uprawnienie zamawiającego do ograniczenia swobody kontraktowania nie jest bezwzględne, lecz wynika ze „ściśle określonego celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych postanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania”. Także Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 21 sierpnia 2014 r. sygn. akt IV CSK 733/13 stwierdził, że ingerencja, zastrzeżenia inwestora do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą muszą dotyczyć istotnych kwestii umownych. Podobnie Wyrok KIO z 25 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1201/15 „[...] 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 specyfikacji w tym warunków umowy, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione 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, jakich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych”.

Z uzasadnienia wyroku KIO z 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1139/15, wynika, że katalog obowiązkowych postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii.

Jednocześnie należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 139 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej, co oznacza, że przepisy jednoznacznie określone w Pzp stanowią szczególną regulację w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności do ich treści i formy. Wynika z tego, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647(1) Kc z modyfikacjami, które wynikają z przepisów Pzp. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej należy uznać wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą, dokonania przez wykonawcę na rzecz zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 70% wartości umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą.

Cechą wspólną tych orzeczeń jest podkreślenie, że zamawiający może w SIWZ tylko w takim zakresie kształtować wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, w jakim jest to niezbędne dla zachowania obiektywnych potrzeb i roli zamawiającego w procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych oraz ochrony wynagrodzeń podwykonawców. Każde szersze ograniczenie jest niedopuszczalne.

5. Z wyjątkowości regulacji prawnej o ochronie wynagrodzeń podwykonawców wynika, że przepisy ustawowe, których stosowanie mogłoby doprowadzić do naruszenia fundamentalnej dla prawa cywilnego zasady swobody kontraktowania, nie mogą być wykładane rozszerzająco.

Na poparcie tego stanowiska odwołujący przytacza wyrok KIO z 15 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1139/15, w którym Izba podzieliła argumentację odwołującego w tym zakresie. Odwołujący przywołał treść uzasadnienia nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 08.11.2013 r. do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a i art. 143d ust. 1 Pzp, druk 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów. Z ww. uzasadnienia projektu wynika, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a i art. 143d ust. 1 Pzp dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. Żaden przepis w randze ustawy nie przyznał zamawiającemu uprawnienia do ograniczenia zasady swobody umów stron umowy podwykonawczej w większym zakresie niż to wynika z art. 143b ust. 2 czy 143d Pzp. Zgodnie z jedną z zasad prawodawstwa i interpretacji norm prawnych – ustawodawca jest racjonalny, kompletny i zupełny. Jeżeli ustawodawca w jednej normie określił ingerencję w umowę i pominął ewentualne uprawnienie

zamawiającego do innych ingerencji to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.

6. Ustawowa rola gwaranta zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy, wynikającego z zawartej przez niego umowy o podwykonawstwo (art. 143c ust. 1 i 8 Pzp, art. 647¹ § 5 Kc), ani żaden inny przepis prawa, nie uzasadnia ingerencji zamawiającego w takie podstawowe instytucje prawa cywilnego – oparte na swobodzie kontraktowania – jak: kary umowne, ich katalog i wysokość (art. 483 Kc), modyfikacja zasad odpowiedzialności dłużnika (art. 473 Kc), prawo do zapisu na sąd polubowny w kraju lub za granicą (art. 1154 Kpc, art. 1157 Kpc), niedopuszczalność żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 § 1 Kc), prawo do kompensaty wzajemnych rozrachunków (art. 498 § 1 Kc, art. 505 pkt 4 Kc), czy umowne prawo odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 Kc). Żadna kompetencja przyznana publicznemu zamawiającemu nie uprawnia go do ingerencji w te instytucje prawne ze skutkiem dla osób trzecich.
7. Wprowadzone do wzoru umowy wymagania dotyczące treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych są dodatkowymi zmianami na korzyść podwykonawców, których środki ochrony są już przewidziane w Pzp.
8. Koronnym argumentem zamawiającego na temat swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych jest to, że nikt nie zmusza wykonawcy do składania oferty. Po pierwsze jest to błędne stanowisko, ponieważ wykonawca działający na rynku zamówień publicznych działa pod przymusem ekonomicznym, a nie godząc się na jaskrawo niekorzystne dla siebie warunki umowne musiałby żadnych ofert nie składać i zlikwidować działalność.

Po drugie jednak, stosowane przez zamawiającego tłumaczenie, że wykonawca nie musi się zgadzać na postawione mu w SIWZ warunki i nie składać oferty, ma ten mankament, że można (i należy) stosować je analogicznie dla relacji wykonawca – podwykonawca. Podwykonawca również nie ma obowiązku przystawać na warunki handlowe lub prawne stosowane przez wykonawcę. Nie ma więc żadnej różnicy pomiędzy swobodą przystąpienia przez wykonawcę do udziału w przetargu publicznym opartym na wzorze umowy znacząco uprzywilejowującym zamawiającego, a zawarciem przez podwykonawcę umowy o podwykonawstwo na warunkach umownych korzystniejszych dla wykonawcy.

Jeśli zatem zamawiający „*chce chronić*” podwykonawców uzasadniając to twierdzeniem, że ci zawierają z wykonawcą umowę o podwykonawstwo robót

budowlanych pod przymusem ekonomicznym, to argumentacja taka nie może się ostać, ponieważ – analogicznie rzecz ujmując – pod jeszcze większym przymusem umowy o generalne wykonawstwo zawiera wykonawca z zamawiającym, skoro ten jest na krajowym rynku budowy dróg ekspresowych i autostrad 100% monopolistą.

Podwykonawcy robót nie są konsumentami, lecz przedsiębiorcami, co oznacza, że przepisy o klauzulach abuzywnych (art. 385(3) Kc) nie mają tu zastosowania, a każda forma uprzywilejowania podwykonawców względem wykonawcy (także przedsiębiorcy) musi mieć wyraźne ustawowe podstawy. Podstaw takich jednak brak w obowiązującym Pzp, wobec czego zamawiający dopuszcza się naruszenia prawa.

Należy postawić pytanie gdzie zamawiający upatruje prawnego oparcia dla szerszej niż gwarancje płatności ochrony podwykonawców kosztem wykonawcy – jest to przecież domena ustawodawcy, a nie zamawiającego.

9. Zachowanie tzw. interesu publicznego w realizacji zamówienia nie może polegać na narzucaniu wykonawcy warunków umownych, które w jednoznaczny sposób uprzywilejowują pozycję podwykonawcy ponad gwarancje ochronne przewidziane dla podwykonawców w przepisach prawa. Działanie takie godzi w inny interes publiczny, ponieważ ogranicza zagwarantowane ustawowo prawo do swobodnego umawiania się przez uczestników rynku usług budowlanych. Co więcej, działanie takie może być uznane za pomoc publiczna w rozumieniu artykułu 87 ust. 1 [Pomoc publiczna dla przedsiębiorców] Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25.03.1957 r. (Dz. Urz. UE. C 1992 Nr 224. str. IV, z którym zgodnie: *„Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w [...] Traktacie, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji przez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”*. Wskutek zabiegów zamawiającego polski rynek zamówień publicznych staje się bardziej uprzywilejowany dla branży podwykonawczej niż rynki innych państw członkowskich UE, które nie stosują analogicznych rozwiązań.
10. Odwołujący stwierdził, że ukształtowanie treści wymagań do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w sposób dokonany przez zamawiającego w pkt III Subklauzuli 4.4 WSK należy uznać za sprzeczne z art. 5 Kc, ponieważ stanowi nadużycie prawa.

Zarzuty do szczegółowych postanowień będących przedmiotem zaskarżenia:

(c) określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Katalog dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w postanowienia dotyczące kar umownych zawiera art. 143d ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego o roboty budowlane, co oznacza, że zamawiający nie jest w ogóle uprawniony kształtować ani katalogu ani wysokości kar umownych w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych, co bezpodstawnie czyni. Materia kar umownych określonych umową o podwykonawstwo robót budowlanych nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp (ani w żadnej innej ustawie), co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów w relacji prawnej wykonawcy z podwykonawcą. Nie ma więc żadnych podstaw prawnych (w tym w przepisach Pzp), by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich. Wykonawca i podwykonawca są na podstawie art. 353(1) Kc uprawnieni określić zasady wzajemnej odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w taki sposób, w jaki uważają za dla siebie stosowny, w tym przez prawo do nakładania kar umownych w ustalonej przez siebie wysokości. Zamawiający nie ma podstaw prawnych by w tę materię ingerować, zaś czyniąc to, narusza zasadę swobodnego umawiania się przez wykonawcę i podwykonawcę.

(e) przewidujących, że łączna wysokość kar umownych należnych wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przekroczy 20% wartości wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy

Uzasadnienie jak dla lit. c.

(f) przewidujących, że wszelkie spory mogące wyniknąć w związku z realizacją Umowy podwykonawczej będą rozstrzygane przez sąd polubowny

Część A II.1 lit. f wycofany

Zgodnie z art. 1157 Kpc, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty.

W razie braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień

publicznych nie jest dopuszczalne umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, zamawiający nie może tego zakazać.

- (g) *przewidujących, że właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza RP*

Zgodnie z art. 1154 Kpc, przepisy części piątej [przypis: Część Piąta. Sąd Polubowny (Arbitrażowy)] stosuje się, jeżeli miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w wypadkach w części tej określonych – także wtedy, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym znajduje się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest oznaczone.

W braku przepisu szczególnego, który stanowiłby, że w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych w ramach realizacji zamówień publicznych nie jest dopuszczalne umówienie się przez strony takiej umowy o poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, zamawiający nie może tego zakazać.

- (h) *uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami*

Zgodnie z art. 473 § 1 i 2 Kc, 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. Nieważne jest zastrzeżenie, że dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach Pzp, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

- (i) *zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają wykonawcę zgodnie z Kontraktem;*

Tak jak uzasadnienie jak lit. h.

Nie ma w polskim prawie cywilnym konstrukcji prawnej „przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności” wykonawcy przez podwykonawcę. Możliwa jest tylko umowne przejęcie długu (art. 519 § 1 Kc), a na to zawsze wymagana jest zgoda wierzyciela (*ius cogens*).

- (j) *na mocy których, z datą zawarcia Umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy*

Tak jak uzasadnienie jak lit. h.

- (k) *uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji umowy podwykonawczej od przedłużenia przez zamawiającego Czasu na Ukończenie dla danego asortymentu robót*

Zgodnie z art. 476 Kc, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach Pzp, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

- (l) *przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu*

Tak jak uzasadnienie jak lit. k.

- (m) *w przypadku gdy umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego*

Zamawiający zgłosi zastrzeżenia do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w przypadku gdy umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, a jej postanowienia będą wyłączać możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Wymóg taki stanowi wprost naruszenie art. 632 § 1 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp. Bowiem zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym dopuszczalne i zgodne z istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zastrzeżenie, że podwykonawca nie będzie się domagał podwyższenia ryczałtu.

W cytowanym wcześniej wyroku z 21 sierpnia 2014 r. sygn. akt IV CSK 733/13 SN uznał, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przewidziany w art. 632 § 1 Kc, prowadzi do obciążenia wykonawcy ryzykiem nieprzewidzianego wzrostu rozmiaru prac lub

kosztów. zamawiający zaś nie może żądać obniżenia wynagrodzenia, nawet gdyby wykonawca osiągnął korzyści wyższe od zakładanych.

(n) uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności

Trudno dopatrzeć się prawnie chronionych interesów zamawiającego, których realizacji miałyby służyć pozbawienie wykonawcy prawa do stosowania kompensat należności niewymagalnych w granicach umów zawartych z podwykonawcami.

Stosownie do treści art. 505 pkt 4 Kc, nie mogą być umorzone przez potrącenie wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne. Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Odwołujący podniósł, że brak przepisu szczególnego, na którego podstawie zamawiający mógłby zakazać wykonawcy dokonywania rozliczeń należności, także tych niewymagalnych, w relacji umownej, jaką wykonawca nawiązuje z podwykonawcą. Podstawą taką nie jest w szczególności art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, ponieważ – w braku przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 505 pkt 4 Kc znajdującego zastosowanie w zakresie Pzp – nie uprawnia on zamawiającego do postawienia wykonawcy wymagań godzących w zasadę swobody umów (art. 353(1) Kc). Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp nie może prowadzić do wyłączenia lub ograniczenia zasady swobody umów w zakresie, w jakim nie ma wyraźnego przepisu ustawy, który zakazywałby umówienia się przez wykonawcę i podwykonawcę o stosowanie rozliczeń wzajemnych należności (kompensat umownych).

W aspekcie zasadności prawa wykonawcy do umówienia się z podwykonawcą o bezgotówkową formę rozliczeń, odwołujący zwrócił uwagę, że w celu obrony zamawiającego przed niezasadnymi roszczeniami podwykonawcy, można powoływać się na wyroki Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2006 r., III CZP 36/06 i z 05 września 2012 r. IV CSK 91/12. Zgodnie z art. 375 § 1 Kc, dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które przysługują mu osobiście wobec wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Należy do nich zaliczyć m.in. umorzenie zobowiązania na skutek spełnienia świadczenia ze skutkiem zaspokojenia wierzyciela i na skutek potrącenia. Co do tego ostatniego, to istota odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wyklucza nie tylko odwołanie się do dokonania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, ale i zarzutu potrącenia dokonanego w relacji inwestor – wykonawca. Za dopuszczalny uznać należy jednak zarzut umorzenia zobowiązania w następstwie potrącenia w relacji wykonawca – podwykonawca lub inwestor – podwykonawca. Zatem posiadanie przez wykonawcę prawa do potrącenia należności przysługujących mu względem podwykonawcy, jest

korzystne dla samego zamawiającego, który może korzystać z szerszego katalogu zarzutów.

- (p) *rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę*

Tak jak uzasadnienie jak lit. h.

- (q) *rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą*

Tak jak uzasadnienie jak lit. c.

- (r) *ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość odpowiednich kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą*

Tak jak uzasadnienie jak lit. c.

- (s) *wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy*

Zgodnie z art. 395 § 1 Kc, można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

Materia ta nie jest w żaden sposób uregulowana w Pzp, co oznacza, że przez art. 139 ust. 1 Pzp jest poddana swobodzie umów i nie ma żadnych podstaw w przepisach Pzp, by ją ograniczać ze skutkiem dla osób trzecich.

Brak jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach Pzp, by zamawiający przez ukształtowanie treści SIWZ wpływał na ustalane pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą terminy wykonywania umownego prawa odstąpienia, co korzysta z wyrażonej w art. 353(1) Kc gwarancji swobody kontraktowania.

- (t) *przewidujących nieograniczony katalog kar umownych przez ogólne wskazanie, że w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę*

lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości

Tak jak uzasadnienie jak lit. c.

Przewidziany w Subklauzuli 4.4 WSK rygor w postaci żądania usunięcia z terenu budowy podwykonawcy, z którym zamawiający na zawarcie umowy się nie zgodził, do czego doprowadzi niepodporządkowanie się przez wykonawcę niedopuszczalnym i nieważnym w świetle: art. 58 § 3 Kc wymaganom dotyczącym umowy o podwykonawstwo.

Jeśli zatem zamawiający będzie żądał usunięcia takiego podwykonawcy z terenu budowy, to dopuści się braku należytego współdziałania z wykonawcą w realizacji umowy o zamówienie publiczne, przewidziane do realizacji za pomocą podwykonawców (art. 354 Kc, art. 36a ust. 1 Pzp).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzula 4.4 [podwykonawcy] WSK pkt III [wymagania dotyczące Umów o podwykonawstwo] przez wykreślenie lit. c, e, g-n oraz p-t.

A.II.2. Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1. [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit 1 i 2 (zarzut opisany w pkt 5 powyżej)

Zamawiający zmienił oryginalną wersję Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] przez usunięcie treści pierwszego i drugiego akapitu i zastąpienie jej poniższą treścią:

„Strony postanawiają, że wykonawcy nie przysługuje prawo do przedłużenia Czasu na Ukończenie, zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, o których mowa w niniejszych Warunkach Kontraktu, chyba że jest ono wykonawcy należne zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Klauzuli. Warunkiem powstania roszczenia wykonawcy o:

- i) przedłużenie Czasu na Ukończenie lub*
- ii) zmianą wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub*
- iii) dodatkową płatność*

– według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków Kontraktu lub z innego tytułu w związku z Kontraktem jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia. Powiadomienie takie może zostać zgłoszone jedynie w terminie 28 dni od momentu, kiedy wykonawca dowiedział się lub powinien, przy zachowaniu należytej staranności, dowiedzieć się o tym wydarzeniu lub okoliczności.

Jeżeli wykonawca nie zgłosi Inżynierowi powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni to roszczenie nie powstaje, czas na ukończenie nie będzie przedłużony, wymagana minimalna ilość wykonania nie będzie zmieniona, a wykonawca nie będzie uprawniony do jakiegokolwiek dodatkowej płatności”.

Powyższa zmiana, warunkująca moment „powstania roszczenia” od faktu powiadomienia Inżyniera w określonym terminie „o okoliczności lub wydarzeniu powodującym powstanie takiego roszczenia”, jest sprzeczna z powołanymi w petitum odwołania bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa odnoszącymi się do przedmiotu Inwestycji. Skoro bowiem przedmiotem Inwestycji jest zaprojektowanie i wybudowanie drogi w ramach zamówień, to w myśl art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp zastosowanie mają przepisy art. 627 Kc (umowa o dzieło) oraz 647 Kc (umowa o roboty budowlane).

Zarówno umowa o roboty budowlane, jak i umowa o dzieło jest umowa wzajemna w rozumieniu art. 487 § 2 Kc, co oznacza, że świadczenia każdej ze stron są ekwiwalentne, tzn. świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. Zatem spełnienie przez jedną ze stron (wykonawcę) swojego świadczenia, polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi zgodnie z umową stanowi tytuł do roszczenia o zapłatę, stąd ustanawianie jakiegokolwiek warunku powstania roszczenia jest niedopuszczalne.

Roszczenie to stanowi prawo podmiotowe wykonawcy mające swoje źródło w umowie, do której mają zastosowanie bezwzględnie obowiązujące ww. przepisy, tj. art. 627, art. 647 i art. 487 § 2 Kc, przyznające wykonawcy to uprawnienie i jedynym „warunkiem” postawienia tego prawa może być wykonanie świadczenia wzajemnego w sposób zgodny z umową. Zatem ustanawianie warunku – o charakterze proceduralnym – „powstania roszczenia” narusza ww. bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i z tego względu jest nieważne.

Wynika to wprost z powołanych przepisów, ale również znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, w szczególności w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 roku, IV CKN 513/01, z którym zgodnie wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane powstaje w chwili wykonania określonego etapu prac.

Polski system prawa cywilnego wskazuje, że dla powstania zobowiązania, a w konsekwencji, roszczenia związanego z tym zobowiązaniem, istotne są jedynie dwie kwestie: świadczenie musi być możliwe do spełnienia (zgodnie z rzymską zasadą *impossibilia nulla obligatio est*) oraz musi być ono (świadczenie) oznaczone, przede wszystkim przez treść czynności prawnej tworzącej zobowiązanie, a także przez odnoszące się do danego typu zobowiązań przepisy prawa (por. Komentarz do KC, art. 353 SPP T.5 red. Łętowska 2013, wyd. 2).

Zatem skoro zarówno świadczenia wykonawcy (zaprojektowanie i wybudowanie drogi), jak i świadczenia zamawiającego (m.in. zapłata wynagrodzenia) zostały określone (oznaczone) w umowie i są możliwe do spełnienia, to odpowiadające im wzajemne roszczenia drugiej strony powstają w dacie wykonania tych świadczeń, a nie w dacie spełnienia dodatkowych aktów staranności, czego życzyłby sobie zamawiający, przez wprowadzenie komentowanej zmiany w warunkach Kontraktu.

Ponadto należy podkreślić, że zamawiający ustanawiając zaskarżany warunek sam sobie przeczy, bo z jednej strony pisze, że „*warunkiem powstania roszczenia wykonawcy [...] jest zgłoszenie Inżynierowi powiadomienia...*” z drugiej zaś, że warunek ten dotyczy powiadomienia opisującego wydarzenie lub okoliczność powodującą powstanie takiego roszczenia...”. Oznacza to, że zamawiający ma świadomość, że to nie żaden warunek powoduje powstanie roszczenia, lecz że to okoliczność lub wydarzenie stanowi źródło powstania roszczenia.

Rozważania te dotyczyły roszczenia wykonawcy o dodatkową zapłatę, jednak są one aktualne również w odniesieniu do roszczenia o przedłużenie terminu wykonania robót, jak i w zakresie wykonania Kamienia Milowego, albowiem ustanawianie warunku dla powstania tych roszczeń, w tym dwóch wyżej wymienionych, godzi również w naturę stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło oraz umowa o roboty budowlane oraz jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i jako takie stanowi nadużycie prawa.

Dlatego biorąc pod uwagę cel stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło i umowa o roboty budowlane, ustanowienie warunku dla powstania roszczenia stanowi przekroczenie granicy swobody umów, o której mowa w art. 353(1) Kc, skutkujące nieważnością postanowień w tej części.

Każdorazowo trzeba pamiętać, że dochodzenie roszczeń na gruncie polskiego prawa cywilnego jest procesowym aspektem realizacji praw podmiotowych, które przysługują jednostce na podstawie przepisu ustawy lub stosunku prawnego, czy też wynikają z określonych zdarzeń, z którymi przepisy prawa lub postanowienia umowy wiążą skutek powstania prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe przysługuje *ex lege* lub *ex contractu* niezależnie od faktu powiadomienia kogokolwiek o jego istnieniu lub od zgłoszenia komukolwiek w określonym czasie zamiaru jego dochodzenia. Postanowienia zmienionej Subklauzuli 20.1 WSK akapit pierwszy i drugi nie mogą wpływać na terminy dochodzenia roszczeń określone w sposób bezwzględnie wiążący przepisami Kodeksu cywilnego (w tym art. 119 Kc) – nie mogą być zmieniane przez czynność prawną, gdyż zmiana taka jest nieważna. Wykonawca jest uprawniony dochodzić swoich praw podmiotowych przed organem właściwym ustawowo do ich rozpoznawania (sądem powszechnym) w terminach przedawnienia, a nawet po ich upływie, skoro przedawnienie uwzględniane jest na zarzut drugiej strony. Proceduralne ujęcie trybu dochodzenia roszczeń na drodze kontraktowej (w reżimie warunków kontraktu) nie może jednak stanowić o istnieniu lub nieistnieniu praw służących wykonawcy na podstawie stosunku prawnego nawiązanego z zamawiającym, np. prawa do wynagrodzenia z tytułu wykonanych i odebranych robót, odsetek, pokrycia kosztu, odszkodowania za naruszenie umowy przez zamawiającego czy zmiany terminu wykonania zamówienia – istniejących niezależnie od zgłoszenia powiadomienia w terminie 28 dni od powstania okoliczności kreującej te prawa.

Niezaprzeczalnym argumentem w tej sprawie jest Uchwała Sądu Najwyższego podjęta w składzie 7 Sędziów – a zatem mająca moc zasady prawnej – z 11 stycznia 2002 r. sygn. akt III CZP 63/01, zgodnie z którą *„Roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 Kc”*. Podjęta w SIWZ próba obejścia przepisów o przedawnieniu roszczeń przez użycie sformułowania *„roszczenie nie powstaje”* nie może się ostać w świetle art. 58 § 1 i § 3 Kc.

Zwłaszcza w aspekcie brzmienia art. 487 § 2 Kc, zgodnie z którym *„umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej”* – zaś umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną – należałoby zadać następujące pytanie: czy jeśli w sytuacji braku terminowej zapłaty przez zamawiającego kwoty poświadczonej przez Inżyniera w PŚP i ujętej w fakturze, wykonawca nie zgłosi powiadomienia o roszczeniu o zapłatę tej kwoty w terminie określonym w akapicie 1 i 2 Subklauzuli 20.1 WSK, to czy można twierdzić, że roszczenie wykonawcy o to wynagrodzenie nie powstało i wykonawca nie może żądać zapłaty? Do takiego, absurdalnego i nie dającego się pogodzić z powołanymi przepisami stanowiska prowadzi stosowanie się do zaskarżonych postanowień Subklauzuli 20.1 WSK.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w części zawierającej wzór umowy, tj. Tom II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 WSK [Roszczenia wykonawcy] przez zmianę postanowień akapitu 1 i 2 w następujący sposób:

- (1) zastąpienie sformułowania: *„Warunkiem powstania roszczenia wykonawcy”* sformułowaniem: *„W celu dochodzenia roszczeń wykonawcy w trybie postanowień Kontraktu”*;
- (2) skreślenie sformułowania: *„to roszczenie nie powstaje”*.

A.II.3. Zarzut dotyczący zmienionej Subklauzuli 20.1. [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit 6 (zarzut opisany w pkt 6) powyżej)

W Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK zamawiający usunął całą treść szóstego akapitu Subklauzuli 20.1 i zastąpił ją następującą treścią: *„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3.1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie”*.

Zdaniem odwołującego postanowienie to jest niezgodne z art. 455 Kc w zakresie, w jakim nie określa żadnego terminu na spełnienie świadczenia, którego termin nie wynika z

treści stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a jednocześnie nie uprawnia wykonawcy do wniesienia sporu do Komisji Rozjemstwa Sporów.

Zgodnie z WSK, Subklauzula 3.1. [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] akapit trzeci, zdanie drugie: Inżynier jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie zamawiającego przed wydaniem rozstrzygnięcia w zakresie wynikającym z następujących Subklauzul: (g) Subklauzula 20.1 Roszczenia wykonawcy. Rozstrzygnięcie Inżyniera będzie przekazane wykonawcy wraz z pisemnym uzgodnieniem zamawiającego. Wszędzie tam gdzie Warunki Kontraktu uwzględniają zastosowanie Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] Inżynier, przed wydaniem zatwierdzenia lub odrzucenia, o którym mowa w Subklauzuli 20.1 „*[Roszczenia wykonawcy], jest zobowiązany uzyskać pisemne uzgodnienie zamawiającego*”.

Brak wskazania czasu oczekiwania na to uzgodnienie oznacza, że rozpatrywanie roszczeń wykonawcy w trybie kontraktowym nie jest nieograniczone żadnym terminem. Powoduje to, że wykonawca do końca trwania Kontraktu może nie uzyskać rozstrzygnięcia swoich roszczeń, co powoduje stan niepewności do sytuacji prawnej wykonawcy, a także bieżące problemy związane np. z aktualizacją Programu, gdy w rozsądnym terminie nie są rozstrzygane roszczenia wykonawcy o przedłużeniu Czasu na Ukończenie.

Jest poważnym mankamentem, podważającym sens procedury zgłaszania roszczeń wykonawcy, że zamawiający może praktycznie zablokować kontraktową ścieżkę ich dochodzenia. Zarzut ten należy powiązać z naruszeniem art. 5 Kc (nadużycie prawa), ponieważ żadne racjonalne względy nie przemawiają za takim ukształtowaniem zasad rozpoznawania roszczeń wykonawcy.

Brak stanowiska zamawiającego przedstawionego w rozsądnym terminie, stanowiącego warunek dalszego procedowania roszczenia wykonawcy, w zakresie, w jakim nie kreuje stanu wymagalności roszczenia niezwłocznie po wezwaniu do jego spełnienia, jest wprost sprzeczny z (art. 353(1) Kc w związku z art. 455 Kc).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit szósty – przez nadanie mu następującego brzmienia: *„W ciągu 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do jego rozpatrzenia, Inżynier przekaże zamawiającemu propozycję zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem, celem uzyskania pisemnego uzgodnienia zamawiającego, zgodnie z Subklauzulą 3,1 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera]. Inżynier może również zażyczyć sobie od wykonawcy dalszych szczegółowych informacji uzasadniających roszczenie. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko w terminie nie późniejszym niż 84 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie, pod rygorem uznania, że zamawiający akceptuje propozycje Inżyniera*”.

A.II.4. Parametr szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia); (zarzut opisany w pkt 7 powyżej)

1. W Tomie II SIWZ, Rozdział 2 „Gwarancja Jakości” III. Część Szczegółowa, pkt 1. „Nawierzchnie” ppkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” – wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia” (tabela 8), zamawiający wskazał, że w okresie Gwarancji Jakości, jakiej ma udzielić wykonawca w zakresie warstwy ścieralnej nawierzchni na okres 5 lat, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni dla pasów drogi klasy A i S musi wynosić odpowiednio:

- dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego: $> 0,40$;
- dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic: $\geq 0,42$.

Określone przez zamawiającego dopuszczalne wartości wskaźnika podają wartości minimalne, poniżej których wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania programu naprawczego.

2. Odwołujący podnosi, jako podmiot zrzeczający wykonawców robót drogowych w Polsce, którzy posiadają jedne z największych i najdłuższych doświadczeń w zakresie realizacji inwestycji infrastrukturalnych, tak na rynku krajowym, jak i europejskim, a nawet światowym, że powyższy miarodajny współczynnik tarcia określony w wymaganiach SIWZ, jako miarodajny dla okresu gwarancyjnego, jest na gruncie dotychczasowych doświadczeń oraz prowadzonych badań, obiektywnie niemożliwy do osiągnięcia. Powyższe powoduje, że zakres i rodzaj zobowiązania gwarancyjnego wymaganego przez zamawiającego od wykonawców stanowi o niemożliwości świadczenia.

3. Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wymagania odnośnie projektowania konstrukcji nawierzchni – pkt 2.1.2 PFU, jak również technologię układania warstwy ścieralnej, parametry używanych materiałów (np. PSV dla kruszywa), właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej (MMA), itp. – WWIORB, do których wykonawca musi się bezwzględnie zastosować. Powyższe wymagania i technologia zostały określone na poziomie maksimum, dostępnym na rynku budowlanym. Zatem zamawiający precyzyjnie określił, z jakich materiałów ma być wyprodukowana mieszanka mineralno-asfaltowa i jak ma być układana. Mimo tego określenie parametrów gwarancyjnych w zakresie szorstkości przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za przyjęte przez zamawiającego parametry materiałowe oraz technologię wykonania.

Ponadto na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni wpływ mają różne czynniki niezależne od wykonawcy robót,

m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie), itp.

4. Powyższe czynniki wpływają na to, że dwubiegunowo określone przez zamawiającego warunki realizacji przedmiotu umowy, tj. warunków I danych wyjściowych oraz parametrów docelowych, niemających żadnego uzasadnienia merytorycznego powodują, że należy je ocenić, jako sprzeczne. Zamawiający bowiem albo powinien określić, w jaki sposób i z czego wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia albo też określić sam rezultat konieczny do osiągnięcia. Podając oba te elementy, nie może przerzucać jednocześnie odpowiedzialności za rezultat umowy na wykonawcę, skoro sam zamawiający dysponuje wynikami badań, które potwierdzają, że jest to obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.

Zamawiający albo powinien wskazać wymagania wstępne, albo końcowe, a jeśli wskazuje oba – wykazać techniczną możliwość ich osiągnięcia, czego w tym przypadku nie uczynił.

W związku z tym, w ocenie odwołującego zasadne byłoby nieokreślanie w ogóle miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni w okresie Gwarancji Jakości.

Dlatego w pierwszej kolejności odwołujący wnioskuje o usunięcie tego wymagania z dokumentów kontraktowych.

5. W przypadku braku uwzględnienia tego wymagania, odwołujący wskazuje, że aktualnie określony przez zamawiającego współczynnik tarcia jest jednym z najwyższych w Europie. Dla porównania można przywołać analogiczne wymagania dla dróg, jakie stawiane są w Niemczech, które przywołuje się często, jako przykład wzorca jakości wykonywania infrastruktury drogowej. Co ważne, na skutek prowadzonych na szeroką skalę badań, wymagania stosowane w Europie (z wyjątkiem Polski) w zakresie parametrów współczynnika tarcia zostały w ciągu ostatnich lat zmienione zarówno przez obniżenie wartości miarodajnego wskaźnika, jak i ustalenie dopuszczalnych odchyleń parametrów wyników oraz określenie innych metod pomiarowych.

Aktualnie wymagany przez zamawiającego poziom współczynnika tarcia jest nieosiągalny i niemożliwy do uzyskania na całym odcinku drogi a taki warunek został w wymaganiach SIWZ postawiony.

Badania Instytutu Badania Dróg i Mostów (dalej IBDiM) wykazały, że jest to wskaźnik znacząco zawyżony w stosunku do przeliczonego z wymagań stosowanych np. w Niemczech.

Odnosząc się do przywoływanych wymagań niemieckich przeliczonych przez IBDiM na nasz system pomiarowy, parametr graniczny w okresie gwarancji wynosi w Niemczech 0,37.

Dowód: Opracowanie IBDiM z 14.03.2016 r. p.n.: „*Wymagania dotyczące współczynnika tarcia nawierzchni drogowych*”, str. 22.

Jednak według niemieckich wymagań, w przypadku obniżenia tego parametru o 0,03, tj. do 0,34, uznaje się to za mieszczący się w granicach dopuszczalnego odchylenia, które nie jest uważane za przekroczenie parametrów. Oznacza to, że wskaźnik wymagany przez zamawiającego jest dla jezdni głównej o 0,06 większy niż Niemczech, zaś dla łącznic i pasów włączeń i wyłączeń o 0,08. Nie ma również uzasadnienia technicznego różnicowanie parametrów dla jezdni głównej i łącznic, gdyż łącznice i pasy włączeń i wyłączeń wykonywane są z takiej samej mieszanki, jak jezdnia główna.

Istotne jest również to, że w systemie oceny nawierzchni stosowanej przez GDDKiA, tzw. DSN – Diagnostyka Stanu Nawierzchni, określa się klasy parametrów. Najwyższe parametry obejmują klasy A i B, przy czym klasa B jest według systemu oceny DSN stanem zadowalającym, charakteryzującym „*nawierzchnie nowe, odnowione, nawierzchnie nie wymagające zabiegów*” – załącznik do Zarządzenia nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 30.04.2015 r., tabela 6.1, str. 37. Parametr graniczny dla tej klasy wynosi 0,36. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający po okresie 5 letniego użytkowania wymaga, by parametr szorstkości był znacząco wyższy, niż dopuszczalny dla dróg nowych i odnowionych.

Parametr 0,36, zgłaszany przez odwołującego, jako żądanie alternatywne, wynika z obowiązującego ww. dokumentu GDDKiA i jest o 0,02 wyższy, niż dopuszczalny na koniec okresu gwarancji w Niemczech.

Z przeprowadzonych przez Instytut Badania Dróg i Mostów (IBDiM) badań, opracowanych w Sprawozdaniu z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009 r. wynika, że większość dróg już w momencie odbioru nie spełniała parametru 0,4, który w obecnym postępowaniu zamawiający wymaga po okresie 5 lat. Badania dla tej pracy wykonywane były oponą Barum Bravuris, zatem dla porównania do dzisiejszych wymagań, odnoszonych do opony PIARC wyniki przedstawione w załączniku do tej pracy powinny być przemnożone przez współczynnik 0,974, czyli powinny być jeszcze niższe. Współczynnik szorstkości charakteryzuje się tym, że zmniejsza się on w czasie użytkowania, dlatego po okresie 5 lat wyniki przedstawione w załączniku do pracy IBDiM byłyby dodatkowo znacząco niższe.

Dowód: Sprawozdanie z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009 r. wraz z załącznikiem do tego Sprawozdania.

Oznacza to, że wykonanie drogi w sposób odpowiadający w 100% wszystkim wymaganiom Kontraktu, zastosowanie nakazanej technologii i użycie wymaganych materiałów, nie daje żadnej gwarancji na to, że współczynnik szorstkości osiągnie wymagany poziom. Przeciwnie, dotychczasowe badania pokazują, że jeszcze przed upływem pełnego okresu gwarancji poziom danego wskaźnika znacząco się obniża poniżej wartości określonych jako graniczne w dokumentach gwarancyjnych.

Niemożliwość wykonania świadczenia dowodzą również badania naukowców z Politechniki Białostockiej publikowane w roku 2016.

Dowód: Publikacja „*Evaluation of skid resistance using CTM, DFR and SRT-3 devices*”.

Badania obejmowały 11 odcinków testowych, w tym 4 odcinki, gdzie warstwa ścieralna (górną warstwę nawierzchni) wykonana była w technologii SMA. Należy zaznaczyć, że warstwa ścieralna na przedmiotowej drodze musi być zgodnie z umową wykonana w technologii SMA. Badania wykazały, że żadna z dróg wykonanych w technologii SMA przy pomiarach z prędkością 60 km/h (tj. takich jak wymaga dokument gwarancyjny) nie osiąga parametru 0,4 wymaganego w tym postępowaniu w okresie gwarancji (ww. publikacja str. 3055 tabela 4 pozycje od 1 do 4 oraz wykres na str. 3056 Fig.5.b). Należy jednak podkreślić, że badanie te były wykonywane po 4 a nie 5 latach po ułożeniu warstwy, zaś dla drogi S-8 zaledwie po dwóch latach. Oznacza to, że warstwa SMA (taka jak wymagana w rozpoznawanej umowie) już po dwóch latach nie spełniała parametru, którego dla tej inwestycji zamawiający oczekuje po pięciu latach.

Ogólnie na 11 odcinków badawczych tylko 5 odcinków miało parametr szorstkości powyżej 0,4, jednak z tych 5 odcinków – 2 odcinki o najlepszych parametrach wykonane były w roku 2012 (czyli w momencie badań miały tylko 2 lata) i dotyczyły dróg wiejskich (czyli o znikomym natężeniu ruchu). Jeden z badanych odcinków był po naprawie w technologii Slurry Seal, zaś kolejny wykonany w technologii betonu cementowego PCC w 2014 r. Należy zwrócić uwagę, że ten odcinek oznaczony nrem 10 – tj. w technologii PCC, w momencie badania nie miał jeszcze 1 roku, jednak parametr nieznacznie tylko przekraczał 0,4 oczekiwane przez zamawiającego po 5 latach. Oznacza to, że z 11 odcinków badawczych tylko jeden oznaczony nrem 9, wykonany w 2010 r. utrzymywał parametr powyżej 0,4. Jednak była to warstwa wykonana z betonu asfaltowego, nie zaś SMA, jak wymagana w rozpoznawanej umowie i wiek tej nawierzchni wynosił 4 lata, a nie 5 lat.

Dla umożliwienia łatwej analizy danych opracowano je w tabeli dołączonej do odwołania. Uwagi metodologiczne: Badania wykonywane były we wrześniu 2014 r. (ww. publikacja str. 3054 pkt 2.3 ostatni akapit). Był to okres wprowadzania opony PIARC w Polsce. Opona, którą wykorzystano do badań była już oponą PIARC (ww. publikacja str.

3053 ostatni akapit), zatem dane należy przyjąć bez stosowania żadnych współczynników korekcyjnych. Zgodnie z metodologią oceny nawierzchni dla uzyskania wartości miarodajnej należy odjąć od wartości średniej odchylenie standardowe. Wartość miarodajna powinna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku. Wartość miarodajną przedstawia ostatnia kolumna z tabeli.

Dowód: Tabela własna z opracowaniem wyników badań Politechniki Białostockiej.

Przyczyny tego zjawiska (tj. braku możliwości utrzymania parametry szorstkości w dłuższym czasie) wynikają z tego, że na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni, zasadniczy wpływ mają różne czynniki obiektywne, niezależne od wykonawcy robót, w tym m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie).

6. Tak określony poziom współczynnika tarcia na poziomie $> 0,40$ i $\geq 0,42$ nie wynika z żadnej normy prawnej, a stanowi jedynie dowolnie narzucony wykonawcom obowiązek umowny, niepoprzedzony żadnymi badaniami w tym zakresie – przeciwnie, postawiony wbrew wynikom przeprowadzonych badań. Tak określony parametr nie jest poparty żadną realną potrzebą zamawiającego ani też użytkowników dróg, nie wpływa też na prawidłowość wykonania zamówienia, zaś określenie go na nierealnym poziomie, nie przynosi żadnej technicznej ani użytkowej korzyści. Jak wspomniano powyżej parametr graniczny klasy B tj. stanu zadowalającego wynosi 0,36.

7. Tymczasem jedna z naczelnych zasad prawa cywilnego, jaką jest zasada swobody umów wyrażona w art. 353(1) Kc, pozwala stronom stosunku obligacyjnego na ukształtowanie treści umowy w sposób zgodny z ich wolą, jednakże nie bezwzględnie dowolny, bowiem postanowienia umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze danego stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Istota udzielanej gwarancji jakości polega na zapewnieniu przez gwaranta, że wykonany przez niego przedmiot umowy posiada (i będzie posiadał przez okres próby) określone właściwości umożliwiające jego normalne użytkowanie, zgodnie z funkcją i przeznaczeniem.

Jednak również w tym przypadku, zobowiązania gwaranta, pomimo że mają charakter bardzo daleko idący, nie mogą wykraczać poza granice przewidziane w art. 353(1) Kc, bo stanowiłyby przykład zobowiązania niewykonalnego, nierealnego, niemożliwego do wykonania. Gwarant nie może przyjąć na siebie zobowiązań, które nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania. W takim przypadku nastąpiłby skutek

przewidziany w art. 387 § 1 Kc, który powiada, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażone w wyroku z 21 października 2015 roku, I ACa 411/15, w którym wskazuje, że *„Uprawnienia kontraktujących stron nie mają z założenia charakteru bezwzględnego i znajdują swoje granice. Względ na zasadę swobody umów w żadnym razie nie eliminuje również możliwości dokonania przez sąd oceny konkretnej umowy pod kątem tego czy aby umówione przez strony świadczenie pozostawało w momencie jej zawarcia obiektywnie możliwe do spełnienia w danych realiach, o czym stanowi przepis art. 387 § 1 Kc, a przecież nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu”*.

Wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny.

Obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki (tak m.in. wyrok KIO z 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14, z którym zgodnie *„Świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki. Świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę”*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 5 grudnia 2013 roku, I ACa 572/13, gdzie Sąd wskazał, że *„Niemożliwość świadczenia powinna mieć charakter obiektywny. Oznacza to taką sytuację, w której umówionego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko konkretny dłużnik, ale w ogóle jakakolwiek inna osoba. Świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę i które jest rzeczywiście niewykonalne. Subiektywna niemożliwość świadczenia (określaną też niekiedy jako niemożność świadczenia) nie powoduje natomiast nieważności umowy, lecz może być ewentualnie rozważana w ramach odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania”*.

Na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą) wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 7 grudnia 2012 roku, VI ACa 904/12, wskazując, że *„Przepis art. 387 Kc dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu*

wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowania, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność”.

Określone przez zamawiającego parametry wskaźnika miarodajnego współczynnika tarcia, nie są możliwe do osiągnięcia, co potwierdzają przytoczone w pierwszej części wyniki badań prowadzonych nie tylko przez wykonawców, ale także niezależne instytucje (IBDiM), Politechnika Białostocka jak i samego zamawiającego. Skoro zatem już w chwili prowadzenia postępowania, a więc jeszcze na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, wiadomym jest, że wymagane wskaźniki szorstkości nawierzchni nie są i nie będą możliwe do osiągnięcia, czyni to zobowiązanie gwarancyjne obiektywnie, trwale i pierwotnie niemożliwym.

Ponadto, w ocenie odwołującego, reprezentującego i zrzeczającego wykonawców, wprowadzenie współczynnika tarcia na zawyżonym, nieuzasadnionym technicznie i użytkowo poziomie, ma na celu wyłącznie przerzucenie na wykonawcę ryzyka i kosztów związanych z nieosiągnięciem postulowanego poziomu szorstkości, a przez to, stworzenie podstawy dla roszczeń w okresie gwarancyjnym o obniżenie wynagrodzenia z powodu rzekomej niewłaściwej jakości wykonanych prac.

8. Mając na uwadze powyższe odwołujący wniosk:

o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, III. Część Szczegółowa, pkt 1. „Nawierzchnie”, ppkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia”, przez usunięcie pkt 1.1.3.1 oraz pkt 1.2.2.1.

ewentualnie:

o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia”, przez zmianę wartości miarodajnego współczynnika tarcia przy drogach klasy A i S, dla pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego oraz pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic na $> 0,36$.

CZEŚĆ B – dotyczy zarzutów mających swoje źródło w treści Tomu III SIWZ

B.II.1. Audyt BRD

1. Zamawiający w ramach Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), będącego Tomem III SIWZ, kilkakrotnie definiuje obowiązki nałożone na wykonawcę przez odwołanie się do wyników Audytu BRD. Taką konstrukcję zastosował w ramach następujących punktów PFU:

- pkt 1.4.1.1, na stronie 9 PFU (Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania): *„Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami wykonawcy zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i treści decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej”*,
 - pkt 1.4.1.11 PFU, na stronie 38 PFU (Organizacja ruchu): *„Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24l ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, w zakresie oznakowania pionowego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”*.
2. Audyt BRD, zgodnie z przepisami ustawy o ruchu drogowym przeprowadzany jest na etapie projektowania (co zresztą wprost wynika z powyższego postanowienia zastosowanego przez zamawiającego w treści PFU). Zgodnie z art. 24k ust. 2 i 3 ustawy o ruchu drogowym Audyt BRD przeprowadzany jest przez audytora, który nie może być w jakikolwiek sposób powiązany z wykonawcą, audytor może być jednak związany z zarządcą drogi (vide art. 24k ust. 4-8 ww. ustawy). Jednocześnie, zgodnie z art. 24l ustawy o ruchu drogowym, zwińczeniem przeprowadzonego Audytu BRD jest przedstawienie zaleceń dla zarządcy drogi, których w uzasadnionych przypadkach zarządca może jednak nie uwzględnić. W praktyce, w oparciu o cytowane przepisy ustawy o ruchu drogowym, Audyt BRD przeprowadza GDDKiA, czyli zamawiający, i od niego zależy jakie dodatkowe elementy wykonawca miałby ewentualnie wprowadzić do dokumentacji a następnie wybudować. Art. 24l ust. 2 ustawy o drogach publicznych, do którego zamawiający odwołuje się w pkt 1.4.1.11 PFU, dotyczy sytuacji uwzględnienia przez Zarządcę drogi wyników audytu, a więc wskazany pkt PFU, który kwestionowany jest odwołaniem, również w sposób bezpośredni związany jest z wynikami audytu BRD.
3. Postanowienia omówione w pkt 1 i 2 determinuje, że zamawiający przeniósł całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na wykonawcę, pozbawiając go możliwości zgłaszania na tej podstawie roszczeń o zmianę kontraktu. Z uwagi na fakt, że Audyt BRD przeprowadzany jest dopiero na etapie projektowania, a jednocześnie przeprowadzany jest przez GDDKiA, a więc podmiot niezależny od wykonawcy, siłą rzeczy wykonawca nie może znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków wynikających z tego audytu, zakres ten

jest przy tym całkowicie od niego niezależny. Tym samym, wymagania zarządcy drogi (GDDKiA) miałyby być zobowiązaniem wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca na etapie składania ofert nie może przewidzieć nakładu czasu i kosztów, jakich wymagać będzie wynik Audytu BRD.

4. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że analogiczny zarzut był przedmiotem rozstrzygnięcia KIO wyrok KIO 437/16, który nakazał zmianę treści SIWZ zgodnie z żądaniem odwołującego, a rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). KIO i Sąd Okręgowy uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści audytu BRD, postanowienia PFU przerzucające na wykonawcę ryzyko związane z treścią PFU, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie *a priori*, że ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z audytu BRD nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.
5. Zamawiający, pomimo jednoznacznej kwalifikacji stosowanych przez niego praktyk związanych z wprowadzaniem do PFU postanowień o takiej treści, jako nieprawidłowych, konsekwentnie opisuje przedmiot zamówienia i warunki przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób wadliwy. Zamawiający zaniechał bowiem precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń.

Konsekwencje swoich zaniechań, zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót, które mogą wynikać z treści Audytu BRD. Swoim działaniem zamawiający naruszył:

(i) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz §15 Rozporządzenia

(ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc.

6. Odwołujący wniósł o:
 - zmianę pkt 1.4.1.1. PFU w zaskarżanym zakresie przez nadanie mu następującego brzmienia: *„Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami wykonawcy. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i treści decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami wykonawcy. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę,*

to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”;

- zmianę pkt 1.4.1.11 PFU w zaskarżanym zakresie przez nadanie mu następującego brzmienia: *„Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 241 ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, w zakresie oznakowania pionowego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

B.II.2. Eksperymentalne oznakowanie pionowe

Na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.2

1. W pkt 1.4.1.11.1 str. 38 PFU (*„Organizacja ruchu”*) zamawiający zawarł następujące wymaganie: *„zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako eksperymentalnego. Schemat oznakowania eksperymentalnego stanowi załącznik do PFU”.*
2. To postanowienie PFU cechuje się niejednoznacznością i nie daje wykonawcom możliwości jednoznacznego zidentyfikowania potrzeb zamawiającego, mających stanowić podstawę wyceny składanych ofert. Na podstawie takiego ukształtowania zobowiązań nałożonych na wykonawcę, każdy z potencjalnie zainteresowanych składaniem oferty, może przyjąć inną metodologię jej wyceny, zakładając konieczność – bądź nie – zastosowania oznakowania pionowego eksperymentalnego i w różny sposób identyfikować swoje zobowiązania z tym związane. W konsekwencji, prowadzi to do uzyskania przez zamawiającego nieporównywalnych ofert, godząc przy tym w zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych, do przestrzegania której zamawiający jest zobowiązany.
3. W ocenie odwołującego, pomimo faktu, że postępowanie prowadzone jest w trybie formuły „zaprojektuj i wybuduj”, obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z § 15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, eliminujących potrzebę wnioskowania do zapotrzebowania zamawiającego. Potwierdzeniem nałożonych w tym zakresie zobowiązań na zamawiającego jest chociażby literalna treść dalszych postanowień Rozporządzenia, wskazujących w sposób szczegółowy na elementy, które muszą znaleźć się w PFU i posługując się w ich treści sformułowaniami o charakterze imperatywnym, nieprzewidującymi możliwości odstąpienia od któregośkolwiek elementu (por. § 18 ust. 2 Rozporządzenia: *„Opis ogólny przedmiotu zamówienia obejmuje [...]”* § 18 ust. 3 Rozporządzenia: *„Wymagania*

zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia należy określić [...]”. Jak wskazuje się w komentarzach do treści § 18 Rozporządzenia, elementy PFU określone w jego treści „[...] należy traktować jako minimalne z punktu widzenia funkcji, jaką ma spełniać program funkcjonalno-użytkowy, przy czym stopień ich szczegółowości uzależniony jest od specyfiki przedmiotu zamówienia” (tak: M. Jaworska [w:] „Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz”, red. J. Pieróg, M. Jaworska, J. Presz-Król, Warszawa 2015, Legalis).

4. Odwołujący nie neguje, że zamawiający, kierując się elastycznością formuły „zaprojektuj i wybuduj” nie musi kazuistycznie określać szczegółów rozwiązań, które mają być uwzględnione przez wykonawcę w ramach robót budowlanych, nie mniej jednak powinien jednoznacznie wskazać na oczekiwane efekty, w tym na sam fakt czy dany element ma być wykonany czy też nie – w tym przypadku czy przedmiot zamówienia obejmie ostatecznie także eksperymentalne oświetlenie pionowe.
5. Zamawiający nie dając jednoznacznej informacji do tego w jaki sposób i w jakim zakresie wykonawcy mają przewidzieć w swoich ofertach oznakowanie eksperymentalne, pozbawia ich *de facto* możliwości wyceny tych elementów na etapie sporządzania oferty. Jednocześnie, nie przewiduje związanej z tą okolicznością możliwości zmiany kontraktu, czym po raz kolejny nadużywając swojej pozycji gospodarza postępowania, przerzuca większość ryzyk gospodarczych na wykonawców, doprowadzając do niemożliwej do zaakceptowania zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.
6. Obecny kształt pkt 1.4.1.11.1 PFU w kwestionowanym zakresie narusza tym samym art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 15 i n. Rozporządzenia przez brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, w tym brak jednoznacznego określenia wymagań zamawiającego, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji i uzyskanie porównywalnych ofert.

Nie wiadomo czy zamawiający będzie egzekwował obowiązek zastosowania oznakowania pionowego; zamawiający nie określił też w szczegółowy sposób charakterystyki tego elementu. Co więcej, brak przewidzenia możliwości zmian kontraktu z tego wynikającej, świadczy również o naruszeniu art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc.

7. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez zmianę PFU przez:
 - usunięcie kwestionowanego postanowienia z pkt 1.4.1.11. PFU ewentualnie
 - dodanie w ramach SIWZ postanowienia o następującej treści: „*Zmiany wynikające z konieczności zastosowania oznakowania eksperymentalnego będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie*”.

B.II.3. Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna

1. W ramach pkt 1.4.1.1 str. 9 i 10 PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania”), zamawiający wyszczególnił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów wiążących wykonawcę, w tym katalog dokumentów odnoszących się do modelu budowy podłoża w formie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej. W odniesieniu do wskazanych dokumentów, zamawiający zawarł jednocześnie następujące zastrzeżenie: *„Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że rozpoznanie podłoża – na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu – miało charakter punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez wykonawcę, że przekazane wyniki badań wymagają uzupełnienia lub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo-wodne wpływające na posadowienie obiektów inżynierskich i wykonanie robót drogowych oraz za wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu”*.
2. Te postanowienia PFU świadczą o ich niespójności i już z samego tego faktu powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego jako niespełniające wytycznych ustawodawcy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowo opisanych w pkt I odwołania. Z jednej strony zamawiający wskazuje, że udostępniane, załączone do PFU dokumenty w wyszczególnionym zakresie, mają charakter wiążący, z drugiej zaś przerzuca na wykonawcę ryzyko związane z wystąpieniem w ich treści ewentualnych nieprawidłowości.

Dochodzi więc do dualizmu postanowień SIWZ w tym zakresie, ponieważ wykonawcy z jednej strony wyceniając swoją ofertę mają kierować się informacjami geologicznymi i hydrogeologicznymi przekazanymi przez zamawiającego, z drugiej zaś strony mają ponieść całkowite ryzyko błędów tej dokumentacji, których zamawiający nie wyklucza, przerzucając jednak odpowiedzialność z tego tytułu na wykonawców. Innymi słowy, z uwagi na wiążący charakter SIWZ każdy z wykonawców teoretycznie powinien wyceniać ofertę na podstawie przekazanych w jej ramach informacji. Nie mniej jednak, wykonawcy zmuszani zostają do przewidywania czy informacje przekazane przez zamawiającego są prawidłowe, a w razie negatywnej konkluzji w tym zakresie, do oszacowania nieznanego ryzyka z tym związanych w ramach swojej oferty.

3. Taka klauzula przewidziana przez zamawiającego ma zdjąć z zamawiającego wszelką odpowiedzialność za nieprawdziwe lub nieprecyzyjne dane zawarte w przekazanej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej, a następnie obciążyć tą odpowiedzialnością wykonawcę. Postanowienie to, bardzo wygodne dla zamawiającego, z jednej strony utrzymuje obowiązek dogłębnej analizy i interpretacji dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego w ramach PFU, gdyż w inny sposób niemożliwym będzie rzetelna wycena oferty, z drugiej zdejmuje z zamawiającego wszelką odpowiedzialność za wadliwy opis przedmiotu zamówienia (a co rażąco narusza art. 29 ust. 1 Pzp).
4. Nie jest rolą wykonawcy na etapie przygotowywania oferty, weryfikowanie informacji przekazanych przez zamawiającego, które stanowią podstawę do określenia zakresu jego świadczeń i wyceny składanej przez niego oferty. Informacje obejmujące taki zakres danych powinny być jednolite dla wszystkich wykonawców, tak aby zamawiający uzyskał porównywalne i konkurencyjne oferty. Odwołujący nie neguje, że formuła zaprojektuj i wybuduj zakłada pewną elastyczność postanowień opisujących przedmiot zamówienia, który doszczegóławiany jest w ramach projektów budowlanych i wykonawczych przygotowywanych przez wykonawcę uzyskującego dane zamówienie. Nie mniej jednak, jak wynika z § 15 i n. Rozporządzenia, PFU powinien zawierać takie informacje, które umożliwią ustalenie planowanych kosztów i wycenę oferty.
5. Informacje będące podstawą wyceny powinny mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie przewidziano możliwości ich weryfikacji na etapie przed złożeniem ofert. Wykonawcy nie mają na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia możliwości wykonania badań terenowych w celu uzupełnienia wiedzy w zakresie warunków gruntowo-wodnych. Taka możliwość została im zagwarantowana dopiero na późniejszym etapie – co mogą uwzględnić w swojej ofercie. Nie eliminuje to jednak faktu, że na etapie składania oferty wykonawcy oszacować muszą nieznane ryzyka związane z błędami w udostępnionej dokumentacji, przyjmując *a priori* czy uznać dokumentację przedstawioną przez zamawiającego jako prawidłową czy też nie. Takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje przy tym, że każdy z oferentów może poczynić inne założenia w tym zakresie, a co za tym idzie przygotować nieporównywalne względem siebie oferty.
6. W konsekwencji doszło do naruszenia:
 - (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp,
 - (ii) § 15 i n. Rozporządzenia,
 - (iii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc,
 - (iv) art. 7 ust. 1 Pzp.
7. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednocześnie:

- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU zastrzeżenia, że „zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo-wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu”;
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.1 PFU następującego postanowienia: „Jeżeli wystąpią rozbieżności pomiędzy udostępnioną dokumentacją geologiczno-inżynierską oraz hydrogeologiczną a rzeczywistym stanem faktycznym, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

B.II.4. Koordynacja na stykach z innymi odcinkami

1. W ramach pkt 1.4.1.1 PFU, str. 10 i 11 PFU zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Zamawiający udostępni (TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:
 - miejsc styku opracowania z sąsiadującymi opracowaniami oraz założonym przez zamawiającego podziałem na odcinki realizacyjne:
 - a) „Projekt i budowa węzła „Lubelska” na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi”.

Styk przedmiotowych zadań wymienionych w podpunkcie a w zakresie opracowania dokumentacji projektowej, prowadzenia robót budowlanych należy wzajemnie skoordynować przez wykonawców Zadań, uzgodnić z Inżynierem Kontraktu i zamawiającym. Powyższe jest niezbędne w celu uniknięcia Robót traconych”.

2. Powyższe postanowienie wprowadzone przez zamawiającego do PFU narzuca na wykonawców obowiązek uzgodnienia prac z innymi podmiotami, niezależnymi od wykonawcy, przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji do zakresu i terminów, w jakich wykonawcy mogą otrzymać informacje o rozwiązaniach zastosowanych przez wykonawców sąsiednich odcinków, umożliwiające koordynację robót.

Samo tylko zasygnalizowanie przez zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram, minimalizujący ryzyko przestojów i optymalizujący koszty projektu. Zaburzenie realizacji takiego harmonogramu wprost przekłada się na ryzyko gospodarcze, które mógłby ponieść wykonawca. Tymczasem, już samo

opóźnienie w wyłanianiu wykonawców na odcinek wymieniony w lit. a powyżej może spowodować, że skoordynowanie wzajemnych prac może okazać się niemożliwe.

3. W podobnej sprawie o sygn. akt KIO 411/13, gdzie nałożono na wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający. Jak argumentowała KIO w ramach wyroku: *„Skoro zamawiający w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, [zamawiający] powinien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje”*. Per analogiam, jeżeli zamawiający przeprowadza zadanie inwestycyjne, w którego skład będą wchodzić odcinki realizowane przez różne podmioty, powinien przyjąć na siebie przynajmniej część obowiązków skoordynowania ich prac, określając przynajmniej wiążący termin otrzymania przez każdego z nich wzajemnych informacji o szczegółach prac bezpośrednio wpływających na zakres ich zobowiązań.
4. Zaniechanie dalej idącego doprecyzowania związanego z koniecznością koordynacji prac wykonawców na stykach odcinków należy uznać za naruszenie:
 - (i) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp i § 15 i n. Rozporządzenia,
 - (ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc,
 - (iii) a także art. 7 ust. 1 Pzp.
5. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez określenie w ramach PFU terminu w jakim wykonawca otrzyma rozwiązania z sąsiedniego odcinka umożliwiające koordynację prac, o której mowa w pkt 1.4.1.1 PFU.

B.II.5. Zakres zasadniczych prac do wykonania – przebudowa dróg kolidujących, remont istniejących dróg, optymalizacja

1. W pkt 1.4.1.1 PFU (str. 11-13 PFU) zamawiający określił Zakres zasadniczych prac do wykonania, wskazując m.in. na następujące elementy, które ma zrealizować wykonawca w ramach zamówienia: *„Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:*
 - *przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową S17 i DK2, w tym uzgodnienie z ich zarządcami zakresu budowy lub przebudowy i ustalenie ich kategorii w zakresie wywołanym budową obwodnicy;*

- przywrócenie dróg publicznych użytkowanych przez wykonawcę w czasie budowy, do stanu nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy w tym remont istniejących odcinków dróg;
 - optymalizację dokumentacji projektowej przez zaprojektowanie dróg serwisowych wzdłuż łącznic JZR-5 i JZR-6 przyległych do drogi DK2. W ramach optymalizacji należy zlikwidować indywidualne zjazdy i dojazdy na łącznice. Drogi serwisowe należy podłączyć do DK2 na wysokości ulicy Rzemieślniczej i zaprojektować skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną. Kompleksowe rozwiązania należy uzgodnić z gminami Wiązowna i Sulejówek (w szczególności w zakresie rozwiązań drogowych, oświetlenia, chodników, ścieżek rowerowych, odwodnienia). Rozwiązania wykraczają poza istniejącą decyzję środowiskową i konieczne jest uzyskanie decyzji w tym zakresie;
 - optymalizację dokumentacji projektowej przez zaprojektowanie połączeń wzdłuż przyległych do drogi DK2 łącznic JZR-7 (łącznik umożliwiający dojazd do działek przez ulicę Gościniec) i JZR-8 (łącznik umożliwiający dojazd do działki pomiędzy ulicami Wiejską i Łąkową). W ramach optymalizacji należy zlikwidować indywidualne jazdy i dojazdy na łącznice. Rozwiązania należy uzgodnić z m.st. Warszawa (dzielnica Wesola). Rozwiązania wykraczają poza istniejącą decyzję środowiskową i konieczne jest uzyskanie decyzji w tym zakresie”.
2. W każdym z ww. przypadków, zamawiający nie określił, nawet w przybliżony sposób, zakresu prac, które będzie zobowiązany zrealizować wykonawca w ramach nałożonych na wykonawcę obowiązków. Wykonawcy nie otrzymali więc jakichkolwiek danych, które mogłyby być podstawą do wyceny ich ofert w tym zakresie. Tymczasem, w świetle braku jakichkolwiek informacji w tym przedmiocie, włączenie wykonania powyższych elementów do ryzyk kontraktowych, przekracza ich normalny i typowy zakres, możliwy do oszacowania i wymagany od profesjonalnego uczestnika rynku. Alokacja ryzyk kontraktowych w tym zakresie świadczy o nadużyciu pozycji wykonawcy, zwłaszcza w tym kontekście, że w związku ze zmianami wynikającymi z realizacji powyższych, niemożliwych konkretnie do oszacowania prac, zamawiający nie powiązał możliwości zmiany umowy.
 3. W przypadku prac, o których mowa w tiret pierwsze oraz trzecie i czwarte powyżej, ich zakres, co wynika wprost z literalnej treści ww. postanowień, uzależniony jest od przyszłych uzgodnień i ewentualnie także przyszłych dokumentów odnoszących się do sposobu realizacji robót (tj. ewentualnych przyszłych decyzji środowiskowych). Tym samym, zakres tych prac uzależniony jest od czynników niemożliwych do przewidzenia, nawet przy zachowaniu należytej staranności i założeniu profesjonalnego charakteru działań wykonawcy. Zastosowanie w odniesieniu do argumentacji w tym zakresie znajdzie więc, przywoływana już w ramach odwołania linia orzecznicza, jednoznacznie

wskazująca, że nawet w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”, wykonawcy nie mogą być obciążani ryzykiem nieprzewidywalnego zakresu prac, od wykonawcy uniezależnionego.

4. Obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z § 15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców, eliminujących potrzebę wnioskowania do zapotrzebowania zamawiającego. W przedmiotowym przypadku, w świetle braku jakiegokolwiek zakresu prac koniecznych do wykonania w ramach obowiązków przedstawionych w powyższych postanowieniach PFU, o takiej stanowczości i jednoznaczności postanowień przewidzianych przez zamawiającego nie może być mowy. Każdy z potencjalnych wykonawców, wyceniając swoją ofertę w tym zakresie, musiałby przyjąć zupełnie abstrakcyjny i hipotetyczny zakres prac do wykonania w ramach nałożonych na wykonawcę obowiązków, co wprost prowadziłoby do ryzyka złożenia nieporównywalnych i niekonkurencyjnych ofert. Taka sytuacja nie leży w interesie samego zamawiającego, który zobowiązany jest przecież do powierzenia realizacji zamówienia podmiotowi dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
5. Zaniechanie dalej idącego doprecyzowania związanego z zakresem prac nałożonych na wykonawców związanych z przebudową dróg kolidujących, remontem dróg istniejących czy optymalizacją należy uznać za naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp i § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc a także art. 7 ust. 1 Pzp.
6. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ, przez:
 - w odniesieniu do przebudowy dróg kolidujących przez jednocześnie:
 - – określenie minimalnego zakresu budowy i przebudowy istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową S17 i DK 2,
 - – dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza minimalny zakres prac przewidziany przez zamawiającego to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”;*
 - w odniesieniu do remontu dróg istniejących przez:
 - – wyspecyfikowanie odcinków i długości dróg, jakie mają zostać wyremontowane;
 - w odniesieniu do optymalizacji przez jednocześnie:
 - – określenie minimalnego zakresu budowy i przebudowy dróg, wynikającej z obowiązku optymalizacji, określonego w pkt 1.4.1.1. PFU tiret trzydzieste pierwsze i trzydzieste drugie (str. 13 PFU),

-- dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli wymagania – odpowiednio – gmin Wiązowna i Sulejówek lub m.st. Warszawy (dzielnica Wesoła) bądź też wymagania wynikające z treści decyzji środowiskowej będą wykraczały poza minimalny zakres prac przewidziany przez zamawiającego to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”*.

B.II.6. Ciąg pieszo-rowerowy

1. W ramach pkt 1.4.1.3.2 str. 17 PFU (Węzły i łącznice, przejazdy, drogi dojazdowe obsługujące przyległy teren) w części pn. *„Infrastruktura dla pieszych i rowerzystów”* zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe, należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach, które wynikają z dokumentów załączonych do SIWZ i wskazanych jako wiążące. Zamawiający dopuszcza zmianę lokalizacji i parametrów ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych w sytuacji gdy będą wynikały z uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD”*.
2. Zamawiający zawarł w powyższym postanowieniu wzajemnie sprzeczne uregulowania. Z jednej strony wskazał, że budowa chodników i ścieżek ma być wykonywana w oparciu o dokumenty załączone do SIWZ, a z drugiej uzależnił ich przebieg od uzgodnień nieznanymi na etapie przygotowywania oferty i niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę. Zamawiający zastosował więc w tym zakresie konstrukcję analogiczną do postanowień kwestionowanych w ramach pkt II.1 oraz II.2 odwołania, a co za tym idzie poczynione w zakresie powyższych punktów uwagi zachowują aktualność także w odniesieniu do omawianego w tym miejscu zarzutu.
3. Analogiczna konstrukcja, uzależniająca przebieg ciągów pieszo-rowerowych od nieznanymi na etapie ofertowania okoliczności, była stosowana przez zamawiającego w innym, przedmiotowo zbliżonym postępowaniu. Jej prawidłowość zanegowana została jednak w cytowanym już wyroku KIO o sygn. akt KIO 437/16, potwierdzonym następnie w wyroku SO w Warszawie w sprawie o sygn. XXIII Ga 675/16. Kwestionowane w sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia w ww. wyrokach postanowienie nieznacznie odbiegało od treści klauzuli zastosowanej przez zamawiającego (*„Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz miejscach o parametrach, które wynikają z uzgodnień z zarządcą drogi i potrzeb BRD”*).

Niewątpliwie rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zachowuje więc aktualność i może zostać przełożone bezpośrednio na okoliczności rozpoznawanej sprawy, z tego względu, że zamawiający nadal odwołuje się do nieznanych na etapie przygotowywania oferty okoliczności, rozszerzając wręcz katalog uzgodnień, które trzeba będzie wziąć pod uwagę przy ostatecznym ustalaniu lokalizacji i parametrów ciągów komunikacyjnych – zamawiający wskazał bowiem na konieczność respektowania uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD. Ponadto zamawiający konstruując kwestionowane postanowienie, użył co prawda sformułowania „*dopuszcza nową lokalizację lub zmianę lokalizacji*”, co nie zmienia faktu, że wykonawcy muszą wziąć pod uwagę ryzyko takiej zmiany, które, jak zostało powyżej wskazane, nie jest możliwe do oszacowania, gdyż zależne jest w każdym z przypadków od okoliczności przyszłych, niezależnych w żaden sposób od wykonawcy.

4. Zamawiający, wprowadzając do PFU powyższe postanowienie, nie powiązał z nim przy tym możliwości wprowadzenia do kontraktu modyfikacji, wynikających z ewentualnych zmian lokalizacji i parametrów ciągów komunikacyjnych względem wytycznych przekazanych w ramach PFU. Ryzyko zmian w tym zakresie zostało więc w całości przerzucone na wykonawcę, który szacując swoją ofertę nie jest siłą rzeczy w posiadaniu danych, które ostatecznie mogą okazać się dla wykonawcy wiążące, z uwagi na poczynione, przyszłe uzgodnienia.
5. Swoim działaniem zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc. Jednocześnie, takie działanie zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
6. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez zmianę pkt 1.4.1.3.2 PFU przez dodanie następującego postanowienia: *„Jeżeli na skutek zmian wynikających z uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD zmieni się zakres prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem ciągów pieszo-rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończeniu”*.

B.II.7. Uzgodnienia – przepusty i zbiorniki

1. Niezależnie od powoływanych już w treści odwołania postanowień, definiujących zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę przez odniesienie do treści przyszłych decyzji i uzgodnień, nieznanych na moment składania ofert, w ramach PFU zidentyfikowane

- zostały analogiczne postanowienia, uzależniające zakres prac od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków:
- pkt 1.4.1.5 PFU („Przepusty dla celów ekologicznych i odwodnienia dróg”), str. 21 PFU, zwarte zostało postanowienie o następującej treści: *„Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”*,
 - pkt 1.4.1.6 PFU („Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne”), str. 22 PFU, zwarte zostało postanowienie o następującej treści: *„Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno- prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko”*.
2. Nieprawidłowym i naruszającym przepisy Pzp jest odwoływanie się w opisie przedmiotu zamówienia do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Świadczy to o nadużywaniu praw podmiotowych przez zamawiającego i skrajnej nierównowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawcy powinni mieć precyzyjne dane wyjściowe do przygotowania swojej oferty, przedstawione w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania. Nieprawidłowość konstruowania przez zamawiających postanowień o takiej treści wielokrotnie była zresztą potwierdzana przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sądy Powszechne, w tym w ramach spraw, których stroną był zamawiający.
 3. O ile za nieprawidłowe uznaje się definiowanie zobowiązań nałożonych na wykonawcę za pomocą odwołania się do treści przyszłych decyzji, o tyle nieprawidłowość w takiej praktyce wzmożona jest w sytuacji konieczności czynienia bliżej nieokreślonych uzgodnień z właścicielami czy zarządcami cieków. Trzeba zwrócić uwagę, że w takim przypadku, w odróżnieniu od decyzji, których zakres przedmiotowy definiowany jest ustawowo, zakres uzgodnień nie może być w jakikolwiek sposób przewidziany przez

żadnego z wykonawców profesjonalnie działających na rynku. Takie uzgodnienia dotyczyć mogą w praktyce każdego z elementów i wiązać się tak z kosztami, jak i z czasem realizacji inwestycji. Wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie ma możliwości przewidzieć wymagań zarządców lub gestorów i w związku z tym nie ma możliwości rzetelnego oszacowania składanej przez siebie oferty. Pomimo to, zamawiający wykluczył możliwość modyfikacji kontraktu wywołanej zmianą zakresu prac wynikającą z narzuconych na wykonawców uzgodnień, nakładając *de facto* na wykonawców konieczność oszacowania nieznanego im ryzyka. Podkreślić raz jeszcze należy, że takie ryzyko może być zupełnie inaczej uwzględnione przez każdy z podmiotów, a co za tym idzie zamawiający naraża się na uzyskanie nieporównywalnych ofert, dając tym samym wyraz lekceważeniu konieczności racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

4. Swoim działaniem, zamawiający naruszył tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia jak i przepisy art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc. Jednocześnie, takie działanie zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
5. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez zmianę PFU przez jednoczesne:
 - usunięcie z pkt 1.4.1.5 i 1.4.1.6 PFU zastrzeżenia, że zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków;
 - usunięcie z pkt 1.4.1.5 PFU zastrzeżenia o treści: *„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”*;
 - dodanie w ramach pkt 1.4.1.5 oraz 1.4.1.6 PFU postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli na skutek uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”*.

B.II.8. Uzgodnienia – umowy

1. W pkt 1.4.1.7 (Instalacje i infrastruktura) str. 24 PFU, zawarte zostało postanowienie o następującej treści: *„W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane.*

Przedmiotowe umowy powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia przedmiotowych umów z gestorem sieci (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z tych umów. Zobowiązania umowne zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie”.

2. Na wykonawców nałożona została konieczność skalkulowania ryzyka związanego z zawieraniem umowami z gestorami sieci, podczas gdy zakres zmiennych, od których uzależniona jest skala zobowiązań związanych z zawieraniem w tym trybie umowami jest niemożliwy do przewidzenia. Opłaty wynikające z konieczności zawieranych umów mogą wynikać z wewnętrznych zarządzeń, o których wykonawca nie ma, i nawet przy dochowaniu należytej staranności, nie mógłby mieć wiedzy. Tym samym, żaden z profesjonalnie działających na rynku podmiotów nie jest dysponentem takich danych, które umożliwiałyby mu rzetelne skalkulowanie oferty w zakresie ryzyka związanego z tym zobowiązaniem.
3. To zamawiający, nawet w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”, obowiązany jest do udostępnienia wykonawcom danych pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty, co potwierdza § 15 Rozporządzenia. Nie jest rolą wykonawców, poszukiwanie na rynku informacji, które mogłyby być podstawą dokonania hipotetycznych szacunków związanych z koniecznością zawierania umów z gestorami sieci. Takie indywidualne pozyskiwanie jakichkolwiek danych przez wykonawców, prowadziłoby zresztą do tego, że każdy z wykonawców miałby inne materiały źródłowe, stanowiące podstawę sporządzenia oferty. Sporządzone w taki sposób oferty byłyby nieporównywalne, co nie jest także w interesie zamawiającego, zobowiązanego przecież do dokonywania racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
4. Nałożenie na wykonawców zobowiązania tego rodzaju, przy jednoczesnej stanowczej deklaracji, że ma ono mieścić się w Kwocie Kontraktowej oraz Czasie na Ukończenie, stanowi wyraz przerwania całego ryzyka kontraktowego z tym związanego na wykonawców. Nie można jednak przecież *a priori* przyjąć, że zawieranie umów w tym trybie nie spowoduje znacznego zwiększenia obowiązków nałożonych na wykonawców, które nieodzownie będą łączyły się z koniecznością poniesienia z tego tytułu znacznych kosztów, które nie mogły zostać oszacowane na etapie sporządzenia oferty. Takie działanie zamawiającego stanowi wyraz nadużywania jego uprzywilejowanej pozycji gospodarza postępowania i świadczy o niezgodnym z prawem wykorzystywaniu własnego prawa podmiotowego kosztem wykonawców, na których przerwane są

obciążenia znacznie wykraczające poza możliwy do przyjęcia podział ryzyk w ramach stosunku umownego.

5. Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc. Jednocześnie, takie działanie zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
6. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednoczesne:
 - usunięcie z pkt 1,4.1.7 PFU zastrzeżenia nakładającego na wykonawcę konieczność wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalnoprawnych wynikających z umów zawieranych z gestorami sieci,
 - oraz
 - dodanie postanowienia o następującej treści: *„Dodatkowe koszty wynikające z uzgodnień i umów zawartych z gestorem sieci będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”*.

B.II.9. Krajowy System Poboru Opłat

Na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.9

1. W pkt 1.4.1.11.1 (Projekt stałej organizacji ruchu) str. 39 PFU zamawiający wprowadził postanowienie o następującej treści: *„W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji zamawiający powiadomi wykonawcę o takiej decyzji wykonawcę”*.
2. Tym samym, zamawiający wspomina o możliwości wprowadzenia KSPO, nie precyzuje jednak czy okoliczność tę wykonawcy mają uwzględnić w swojej ofercie, a jeśli tak to w jakim zakresie, zwłaszcza w jakim zakresie może mieć to wpływ na zobowiązania nałożone na wykonawcę, Wyżej wymienionemu postanowieniu zaproponowanemu przez zamawiającego brak jest przymiotu stanowczości i jednoznaczności, które powinny być zachowane w ramach opisywania przedmiotu zamówienia zgodnego z wytycznymi ustawodawcy.

Na bazie zasygnalizowania tylko przez zamawiającego możliwości objęcia odcinka drogi Krajowym Systemem Poboru Opłat, żaden z wykonawców nie jest w stanie zidentyfikować zakresu swoich dodatkowych obowiązków z tym związanych. Tym samym, żaden z wykonawców nie dysponuje podstawą do dokonywania już na tym etapie kalkulacji jakichkolwiek ryzyk związanych z wprowadzeniem tego systemu.

3. Z uwagi na fakt, że zamawiający nie precyzuje czy czynności, które, obowiązany będzie realizować wykonawca w związku z wprowadzeniem Krajowego Systemu Poboru Opłat – jeśli taka konieczność ujawni się na etapie realizacji zamówienia – będzie podstawą

do zmiany kontraktu, wykonawcy musieliby już na etapie przygotowywania oferty kalkulować obowiązki z tym związane. Innymi słowy, wykonawcy *a priori* musieliby zakładać czy zamawiający zdecyduje się na wprowadzenie tego systemu i jakie koszty z tym związane mogą w konsekwencji obciążyć zamawiającego. Prowadzi to wprost do ryzyka składania przez wykonawców nieporównywalnych i niekonkurencyjnych ofert, co z kolei przekłada się na ryzyko nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych.

4. Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc. Jednocześnie, takie działanie zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
5. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez:
 - usunięcie kwestionowanego postanowienia pkt 1.4.1.11.1 PFU, tj. postanowienia o treści: *„W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji zamawiający powiadomi wykonawcę o takiej decyzji wykonawcę”*ewentualnie:
 - dodanie w ramach pkt 1.4.1.11.1 PFU postanowienia o następującej treści: *„Zmiany wynikające z wprowadzenia Krajowego Systemu Poboru Opłat będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.*

B.II.10. Obiekty inżynierskie – przejścia dla zwierząt

1. W odniesieniu do obowiązków nałożonych na wykonawcę związanych z budową obiektów inżynierskich w zakresie przejść dla zwierząt, zamawiający wprowadził do PFU m.in. następujące postanowienia:
 - pkt 1.4.1.5 str. 21 PFU: *„W przypadku przepustów ekologicznych, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej. W uzasadnionych przypadkach należy uwzględnić konieczność budowy również dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o parametrach określonych w decyzji dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy (np. pod łącznicami). Za uzasadniony przypadek uważa się sytuację, w której zwierzęta bezpośrednio z przejścia dla zwierząt zlokalizowanego w ciągu szlaku migracji wyprowadzane są na przeszkody uniemożliwiające dalsze kontynuowanie migracji (np. inna droga komunikacyjna o zaporowym, dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, natężeniu ruchu, wysoki, stromy nasyp, itp.)”;*

- pkt 2.1.11.4 str. 113 PFU: *„W celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją inwestycji należy wziąć pod uwagę konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz w uzasadnionych przypadkach dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o min. parametrach określonych w decyzji dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy. Za uzasadniony przypadek uważa się sytuację, w której zwierzęta bezpośrednio z przejścia dla zwierząt zlokalizowanego w ciągu szlaku migracji wyprowadzane są na przeszkody uniemożliwiające dalsze kontynuowanie migracji (np. inna droga komunikacyjna o zaporowym, dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, natężeniu ruchu, wysoki, stromy nasyp, itp.)”.*
- 2. Postanowienia PFU wskazują na ewentualną konieczność budowy dodatkowych obiektów inżynierskich, nie wiążąc jednak z nimi możliwości zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Innymi słowy, wykonawcy obarczeni są ryzykiem tego czy zaistnieje konieczność wybudowania dodatkowych obiektów inżynierskich, a z jego podjęciem nie wiąże się możliwość żadnej rekompensaty w postaci zmiany warunków kontraktowych, będących konsekwencją dodatkowych prac. Zamawiający stawia znak równości pomiędzy zwiększeniem zakresu zobowiązań kontraktowych a brakiem wynikającego z nich zwiększenia czasu realizacji i zaangażowania finansowego.
- 3. Wykonawcy przygotowując swoją ofertę kierują się informacjami przekazanymi im w ramach PFU i to te informacje stanowią podstawę do dokonania stosownej wyceny. Co równie oczywiste, na etapie sporządzenia oferty nie mogą oni przyjąć *a priori* założenia czy konieczna będzie budowa dodatkowych elementów infrastruktury związanych z przejściami dla zwierząt, a nade wszystko jaka będzie skala związanych z tym kosztów. W związku z tym, sama sygnalizacja takiej konieczności dokonana przez zamawiającego jest niewystarczająca, w świetle faktu, że ze zmianą wynikającą z liczby budowanych obiektów inżynierskich nie został powiązany żaden mechanizm zabezpieczający wykonawców. Nie można oczekiwać skalkulowania przez wykonawcę wszystkich ryzyk, bez precyzyjnego opisanie okoliczności mających stanowić podstawę takiej wyceny. Takie stanowisko zajęła m.in. KIO w wyroku sygn. akt KIO 897/15, gdzie podkreślone zostało, że zamawiający nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzeniem, że wykonawca powinien uwzględnić w wycenie wszystkie ryzyka.
- 5. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez dodanie dodatkowego postanowienia o następującej treści: *„Jeśli ze zmianą liczby obiektów koniecznych do wykonania będą się wiązały zwiększone nakłady po stronie wykonawcy to będzie to stanowiło podstawę do*

zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie”.

B.II.11. System zarządzania ruchem

Na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.11

1. W ramach pkt 1.4.1.11.4 str. 42 PFU, zawarte zostało postanowienie o następującej treści: *„Projektując System Zarządzania Ruchem natęży przeanalizować i skoordynować rozwiązania koncepcji SZR z wykonawcą sąsiedniego odcinka tj. koncepcją SZR S17 w. Lubelska, tak aby powstał spójny projekt. Należy wybudować system zarządzania ruchem na podstawie Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem w porozumieniu i ścisłej współpracy z zamawiającym i przy uwzględnieniu jego wymagań oraz postanowień Warunków Kontraktu. System Zarządzania Ruchem będzie integralną częścią Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem”*.
2. Postanowienie wprowadzone przez zamawiającego do PFU narzuca na wykonawców obowiązek uzgodnienia prac z innymi podmiotami, niezależnymi od wykonawcy, podczas gdy wykonawca nie ma żadnego wpływu na rozwiązania innych wykonawców działających na innych odcinkach. Samo tylko zasygnalizowanie przez zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bo brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Kierując się wskazanym postanowieniem, na etapie sporządzenia oferty wykonawcy nie mają pewności do tego czy przyjęte przez nich założenia dotyczące Systemu Zarządzania Ruchem, będą mogły zostać wdrożone, gdyż w świetle kwestionowanego postanowienia, ich zastosowanie zależne będzie od (nieznanych) rozwiązań dokonanych przez podmioty trzecie. Tym samym wykonawcy byłiby obciążani negatywnymi konsekwencjami braku możliwości wdrożenia założeń poczynionych przez siebie na etapie kalkulacji oferty, na skutek niezależnych od siebie okoliczności, bez jakiegokolwiek możliwości rekompensaty z tego tytułu.
3. Odwołujący przywołał wyrok KIO 411/13, odnoszący się do stanu faktycznego, w którym nałożono na wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany. Izba w wyroku uznała, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp. *Per analogiam*, jeżeli zamawiający przewiduje konieczność zaprojektowania i zastosowania rozwiązania, którego kształt uzależniony jest od wielu niezależnych od siebie podmiotów, to zamawiający powinien przyjąć na siebie obowiązek skoordynowania tych prac. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców obowiązku przewidzenia konsekwencji nieznanych mu rozwiązań zastosowanych przez podmioty od nich niezależne, których sam zamawiający nie był w stanie na etapie PFU w sposób wyczerpujący zdefiniować.

4. Działanie zamawiającego wyrażone przez kwestionowane postanowienie PFU, należy uznać za naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc oraz art. 7 ust. 1 Pzp.
5. Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez zmianę pkt 1.4.1.11.4 PFU polegającą na wskazaniu, że obowiązek skoordynowania rozwiązania koncepcji SZR z wykonawcą sąsiadującego odcinka będzie obciążał zamawiającego.

B.II.12. Współpraca z zarządcami innych dróg

1. W pkt 1.5.2.1 str. 54 PFU zamawiający wskazał *„W celu opracowania rozwiązań projektowych dla dróg innych kategorii niż drogi krajowe, przewidzianych przez zamawiającego do przebudowy w ramach niniejszego zadania, należy podjąć współpracę z zarządcami tych dróg. Należy dokonać obliczeń zaproponowanych konstrukcji jezdni w pkt 2.1.2 PFU”*.
2. Postanowienie to definiuje zakres świadczeń wykonawców przez odniesienie się do nieznanych na etapie sporządzania oferty okoliczności, stąd też aktualne są zarzuty wcześniejsze. Żaden z wykonawców na etapie składania ofert nie jest w stanie przewidzieć i wycenić postulatów zgłaszanych *ad hoc* przez zarządców drogi na etapie realizacji zamówienia. Żaden z wykonawców nie posiada *de facto* podstaw do wyceny swojej oferty, a ryzyko związane z jej ewentualnym niedoszacowaniem w tym zakresie jest całkowicie przerzucone na wykonawcę.
3. Zamawiający wprowadzając konieczność dokonania uzgodnień z podmiotami trzecimi, w żaden sposób nie określił zakresu koniecznej między nimi współpracy. Tym samym zamawiający nie tylko nie określił zakresu nałożonych na wykonawcę zobowiązań w sposób bezpośredni w PFU, ale zaniechał nawet przedstawienia jakichkolwiek informacji umożliwiających w sposób pośredni dokonanie ustaleń w tym przedmiocie.
4. Pozostawienie postanowienia o takiej treści w ramach PFU świadczy o naruszeniu:
 - (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 i n. Rozporządzenia,
 - (ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc,
 - (iii) art. 7 ust. 1 Pzp.
5. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednoczesne:
 - jednoznaczne określenie w ramach pkt 1.5.2.1 PFU minimalnego zakresu przebudowy dróg, o których mowa w pkt 1.5.2.1 PFU,
 - dodanie postanowienia o następującej treści: *„Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza określony przez zamawiającego minimalny zakres przebudowy dróg, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”*.

B.II.13. Odstępstwa

1. W ramach pkt 1.5.2.1 str. 54 PFU zawarte zostało postanowienie o następującej treści:
„W przypadku potrzeby procedowania zgodnie z art. 9 Prawa budowlanego wykonawca jest zobowiązany uzyskać odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie”.
2. Nieprawidłowości ww. postanowienia PFU upatrywać można na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, nakładając jednocześnie na wykonawców wymóg uzyskania w razie potrzeby odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie. W ramach postanowień SIWZ, zamawiający nie reguluje natomiast kwestii braku uzyskania stosownego odstępstwa, bez winy wykonawcy, tj. sytuacji, w której – pomimo złożenia kompletnego wniosku o odstępstwo – organ nie udzieli stosownej zgody. Innymi słowy, zamawiający w sposób niekompletny przedstawia opis przedmiotu zamówienia i zobowiązania nałożone na wykonawcę, przerzucając jednocześnie na wykonawcę ryzyko wynikające z działań niezależnych od wykonawcy podmiotów.
3. Wprowadzenie tego postanowienia do PFU świadczy, w ocenie odwołującego, o tym, że zamawiający dysponuje wiedzą o konieczności uzyskania odstępstw. W dalszej części PFU nie znajdują się jednak jakiegokolwiek informacje dotyczące możliwych zmian z tym związanych, co stanowi kolejny element braku kompletności przedstawionego opisu przedmiotu zamówienia. W tym kontekście, podkreślenia wymaga, że zamawiający powinien przekazać wszystkim zainteresowanym, na etapie prowadzenia postępowania, wyczerpujące informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i jej wycenę. Zaniechanie takiego działania świadczy o naruszeniu przepisów Pzp i jest niekorzystne również z perspektywy samego zamawiającego oraz zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ponieważ generuje zwiększone ryzyko uzyskania nieporównywalnych względem siebie ofert. Każdy z wykonawców w inny sposób może szacować ryzyko konieczności uzyskania odstępstw w nieznanym im zakresie, zwłaszcza, że ryzyko to musi być już na etapie sporządzenia oferty przewidziane w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz Czasie na Ukończenie.
4. Tym samym, kwestionowana treść postanowienia PFU świadczy o naruszeniu:
 - (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia,
 - (ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc,
 - (iii) art. 7 ust. 1 Pzp.
5. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez:
 - wyspecyfikowanie wszystkich przypadków, które zgodnie z najlepszą wiedzą zamawiającego będą wymagały uzyskania odstępstw od przepisów technicznych,

- zmianę treści pkt 1.5.2.1 PFU w zaskarżonym zakresie przez nadanie jej następującego brzmienia: *„W przypadku potrzeby procedowania zgodnie z art. 9 Prawa budowlanego wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i złożenia kompletnego wniosku o odstąpienie. W przypadku braku zgody organu na odstąpienie, zamawiający zrezygnuje z rozwiązania wymagającego takiego odstąpienia lub wyrazi zgodę na zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie, w przypadku gdy rozwiązanie zgodne z przepisami prawa będzie związane ze zwiększeniem zakresu robót. W przypadku gdy z treści decyzji o udzieleniu odstąpienia wynikać będzie zwiększony zakres robót, będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie”.*

B.II.14. Obiekty inżynierskie – wiążący parametr pokonania przeszkody

1. W pkt 1.4.1.4 PFU (Parametry obiektów inżynierskich) zamawiający w ramach Tabeli nr 1.1 str. 18-20 PFU – określił parametry obiektów inżynierskich, wskazując które z nich mają dla wykonawcy charakter wiążący, które zaś niewiążący. Jako parametr o charakterze wiążącym wskazana została m.in. pozycja pn. „określenie czy górą czy dołem”. Wskazany parametr determinuje możliwy do zaprojektowania przez wykonawców sposób pokonania przeszkody.
2. Wiążący charakter danych dotyczących sposobu pokonania przeszkody w znacznym stopniu ogranicza możliwość optymalizacji rozwiązań wysokościowych przewidywanych w koncepcji zamawiającego. Innymi słowy, respektowanie wiążącego charakteru wytycznych w tym zakresie prowadzi *de facto* do narzucenia w przypadku rozwiązań wysokościowych ściśle określonych metod, znacznie „usztynwiających” stosunek zobowiązaniowy łączący strony w tym zakresie.
3. Przepisy Pzp determinują, że PFU stanowi integralną część dokumentacji przetargowej, zawierającą wytyczne zamawiającego do planowanej inwestycji, które wiążą wykonawców przygotowujących na jego bazie projekty budowlane i wykonawcze oraz realizujących następnie roboty budowlane w nich określone. Nie mniej jednak, określając rolę PFU w ramach zamówienia publicznego realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, należy wziąć też pod uwagę specyfikę tego typu realizacji, która zakłada, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. System ten, w swojej idei zakładając minimalizację ryzyka związanego z projektowaniem i roszczeniami z tytułu wadliwej, niekompletnej lub zawierającej nieoptymalne rozwiązania dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, siłą rzeczy powinien zakładać pewną elastyczność pozostawioną

wykonawcy odpowiedzialnemu za cały proces inwestycyjny. Na taką rolę PFU wskazuje się również w orzecznictwie KIO np. wyrok z 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1071/11) podniesiono, że *„program funkcjonalno-użytkowy z definicji ustawy, zawiera ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągnięcie zamawiający zamierza. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, przy tej formie zamówienia – „zaprojektuj i zbuduj” co do zasady powinny pozostawać w gestii wykonawcy”*.

4. Postanowienia PFU, co wynika z § 15 Rozporządzenia powinny być na tyle precyzyjne, aby umożliwić wycenę oferty (stąd zasadne jest wskazanie jako wiążącej liczby obiektów inżynierskich), na tyle jednak elastyczne, aby w ramach zapotrzebowania zamawiającego i celu jaki chce on osiągnąć w ramach danej inwestycji, wykonawcy mieli możliwość zaproponowania swoich rozwiązań techniczno-materiałowych. Inne ukształtowanie wymogów PFU, naruszając charakterystykę tej formuły, stanowi też o naruszeniu przepisów Pzp.
5. W związku z tym, w ocenie odwołującego doszło w przedmiotowym przypadku do naruszenia:
 - (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 Rozporządzenia,
 - (ii) art. 7 ust. 1 Pzp.
6. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez zmianę treści Tabeli 1.1 w ramach pkt 1.4.1.1 PFU przez przeniesienie parametru pn. *„określenie czy górą/dołem”* do parametrów niewiążących.

B.II.15. Parametry pasów wyłączania i włączania na węzłach

Na posiedzeniu odwołujący wycofał zarzut obejmujący część B pkt II.15

1. W pkt 1.4.1.3.2 str. 15 PFU zamawiający określił wymagania dotyczące węzłów i łącznic, przejazdów, skrzyżowań skanalizowanych i dróg obsługujących przyległy teren. W ramach wskazanego punktu znalazły się m.in. następujące postanowienia:
 - *„Pochylenie podłużne i poprzeczne pasa wyłączania / pasa włączania oraz jego ukształtowanie w planie sytuacyjnym powinny być dostosowane do pasa ruchu, przy którym się on znajduje, tj. do nosa wyspy stałej. Pochylenie podłużne i poprzeczne pasa wyłączania oraz jego ukształtowanie w planie sytuacyjnym, powinny być dostosowane do jezdni łącznicy lub jezdni zbierającej rozprowadzającej, tj. do nosa wyspy stałej”*,
 - *„Ewentualna zmiana długości pasów włączania i wyłączania oraz łącznic ustalone w wyniku opracowania Projektu Budowlanego, na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz analizy warunków bezpieczeństwa ruchu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”*,
 - *„Jezdnie zbierające – rozprowadzające/łącznice (JZR-1^8):*

- przekrój JZR jak dla łącznicy typu P2,
 - prędkość projektowa – 60 km/h,
 - dopuszczalny nacisk – 115 kN/oś,
 - całkowita szerokość JZR – 8,0 m,
 - szerokość pasa ruchu JZR – 3,5 m,
 - szerokość opaski wewnętrznej – 0,5 m,
 - szerokość opaski zewnętrznej – 0,5 m,
 - spadek poprzeczny – 2,0%,
 - minimalna skrajnia pionowa – 5,0 m”.
2. Postanowienia te determinują, że spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego dotyczących pasa wyłączenia z jezdni JZR-3 (wartość pochylenia poprzecznego wynosi 2%) na łącznicę JZR-3 będzie wymagało przyjęcia łuku łącznicy JZR-3 dostosowanego do przechyłki na jezdni JZR-3, czyli 250 m. W dołączonym do V tomu SIWZ wielobranżowym projekcie budowlanym wartość promienia łuku wynosi 90 m. Spowoduje to bardzo znaczne zwiększenie obszaru zajęcia oraz dodatkowe wyburzenia m.in. na działkach o nrach ewidencyjnych: 8, 12/2, 13, 14, 15, 16, 17, 245, 246, 247, 248, 249, 250 w obrębie 0712, jednostka ewidencyjna Dzielnica Wesoła. Dodatkowo zmiany wymagać będzie sposób obsługi stacji benzynowej w Orlen przy skrzyżowaniu z ul. Sulejowską. Powyższe, może nawet doprowadzić do konieczności stałego zamknięcia południowego wlotu ul. Sulejowskiej.
 3. Zakres zmian wynikający ze spełnienia postanowień jest tak duży, że skutkować będzie przyjęciem zróżnicowanych rozwiązań przez różnych wykonawców, co może doprowadzić do sytuacji, w której porównanie ofert będzie niemożliwe. Może także skutkować trudną do oszacowania zmianą długości pasów włączania i wyłączania oraz łącznic (szczególnie łącznicy JZR-3 w kierunku Lublina oraz jezdni JZR-3 w kierunku Warszawy) na etapie opracowania projektu budowlanego.
 4. Opis przedmiotu zamówienia o obecnej treści jest o tyle wadliwy, że postanowienia PFU mogą zostać różnie zinterpretowane przez każdego z wykonawców, co wprost doprowadzić może do uzyskania nieporównywalnych ofert i zaburzenia konkurencyjności w ramach postępowania. Zamawiający, nie przewidując odstępstw od postanowień, a także jasno deklarując, że zmiany długości pasów oraz łącznic nie będą stanowiły podstawy do zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie, przerzuca przy tym ryzyka konieczności podjęcia konkretnych zmian w stosunku do danych prognozowanych na etapie sporządzenia oferty (które nie mogą być przez żadnego z profesjonalnie działających wykonawców jednoznacznie ustalone na etapie sporządzenia oferty) wyłącznie na wykonawców.

5. Działanie zamawiającego wyrażone przez kwestionowane postanowienie PFU, należy uznać za naruszenie:
- (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 i n. Rozporządzenia,
 - (ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc,
 - (iii) art. 7 ust. 1 Pzp.
6. Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ przez jednoczesne:
- usunięcie z treści PFU postanowień dotyczących pochylenia podłużnego i poprzecznych pasów wyłączania i włączania i oraz ich ukształtowania w planie lub zmianę prędkości projektowej dla „*Jezdnie zbierająco-rozprowadzające/łącznice (JZR-1⁸)*” na 30 km/h,
 - usunięcie z treści PFU postanowienia o braku możliwości zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie ze względu na ewentualną zmianę długości pasów włączania i wyłączania oraz łącznic i zastąpienie go postanowieniem o następującej treści: „*Ewentualna zmiana długości pasów włączania i wyłączania oraz łącznic ustalone w wyniku opracowania Projektu Budowlanego, na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz analizy warunków bezpieczeństwa ruchu, będzie podstawą do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie*”.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.10.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 18.10.2016 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

19.10.2016 r. wykonawca W. S.A. z siedzibą w Warszawie, ul.(...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

19.10.2016 r. wykonawca B. S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

21.10.2016 r. wykonawca P.P.I. S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu

przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 2.11.2016 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający poinformował o zmianach w SIWZ i zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne w zakresie skonkretyzowanych zarzutów obejmujących:

- 1) część A pkt II.1 lit. c, e, g-m i p-t dotyczących ustanowionych przez zamawiającego postanowień w subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej WSK) pkt III;
- 2) część A pkt II.2 dotyczącego zmiany subklauzuli 20.1 WSK;
- 3) część B pkt II.1 dotyczącego audytu BRD w pkt 1.4.1.1 i 1.4.1.11 PFU;
- 4) część B pkt II.13 dotyczącego zmiany pkt 1.5.2.1 PFU.

W pozostałym zakresie Izba oddała odwołanie.

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

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16 i KIO 1885/16 a także KIO 1915/16 i KIO 1916/16.

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

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługuje skonkretyzowany zarzut pierwszy [A.II.1] dotyczący niedozwolonej treści Subklauzuli 4.4 pkt III lit. c, e, g-m oraz p-t (zarzut opisany w pkt 4), którym to postanowieniom odwołujący zarzucił niezgodność z art. 353(1) w związku z

art. 354 § 1 i 2, art. 395 § 1, art. 473, art. 483, art. 498 § 1, art. 505 pkt 4, art. 632 i art. 5 Kc, art. 1154 i art. 1157 Kpc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, zwłaszcza że wymagania te nie dotyczą istotnych postanowień umowy o roboty budowlane ani kwestii związanych z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego określoną w art. 647(1) § 5 Kc. Odwołujący wycofał na posiedzeniu zarzut dotyczący lit. f. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ – Tom II Subklauzula 4.4 pkt III przez wykreślenie lit. c, e, g-m oraz p-t.

Izba stwierdza, że przy zawieraniu umów wykonawcę i podwykonawców oraz dalszych podwykonawców obejmują przepisy kodeksu cywilnego, a w tym art. 353(1) Kc, który to przepis brzmi »Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego«.

Zamawiający może do zawieranych przez siebie umów wprowadzać postanowienia odpowiadające zamawiającemu w pełni korzystając z uprawnień zawartych w przytoczonym art. 353(1) Kc. Jednak zamawiający nie ma ustawowych uprawnień, aby w SIWZ ograniczać wykonawcę w kontraktach ze swoimi podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w korzystaniu z zasady swobody umów [art. 353(1) Kc]. Wyjątek od takiego generalnego braku uprawnień do ingerowania w stosunki między wykonawcami a podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami wynika np. z unormowania art. 647(1) § 5 Kc, który to przepis brzmi »Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę«. Jednak Izba stwierdza, że zakwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ nie były związane z kwestiami wyjątków od reguły swobody umów i także zamawiający nie wykazał, że jego zamiary ingerencji w treść umów między wykonawcami i podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami miały jakiegokolwiek umocowanie w przepisach prawa. Izba też podkreśla, że ingerencje w ustawową regułę swobody umów mogą być wprowadzane przez zamawiającego na zasadzie wyjątku, a więc jako uregulowanie dotyczące wyjątku nie może być interpretowane rozszerzająco zgodnie z łacińską paremią *Exceptiones non sunt extentendae* – wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco.

Ogólnie należy stwierdzić, że zamawiający opracowując treść postanowień specyfikacji powinien powodować się przede wszystkim swoimi potrzebami i uwarunkowaniami. Zamawiający podkreślił, że jest cyt. z protokołu (str. 13) »Zamawiający jest specyficznym zamawiającym, gdyż reprezentuje interes Skarbu Państwa, a w tym interesie nie jest brane pod uwagę doprowadzenie do problemów wykonawców czy podwykonawców«. W związku z tym jego działania powinny mieć oparcie w przepisach prawa, a tym bardziej działania

zamawiającego nie powinny być kierowane na zabranianie działań wykonywanych zgodnie z przepisami prawa. Izba nie może także uznać za mające moc przepisu prawa postanowienia zawarte np. „Zbiorze dobrych praktyk oraz wzorcowych klauzul w umowach podwykonawczych o roboty budowlane dotyczących obiektu liniowego”, na co powoływał się zamawiający, szczególnie że ustalenia tam zawarte nie są obligatoryjne dla wszystkich wykonawców. Także – zdaniem Izby – nie może być argumentem przemawiającym za możliwością wprowadzenia określonych postanowień fakt, że w innych postępowaniach analogiczne lub nawet takie same postanowienia nie spotkały się z zastrzeżeniami czy odwołaniami i funkcjonują na etapie wykonania umowy.

W związku z tym Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny w zakresie nakazania wykreślenia z umowy o podwykonawstwo postanowień, że »Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane nie może zawierać postanowień«:

- 1) lit. c – *»określających karę umowną za nieterminowe wykonanie zobowiązania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jako karę za opóźnienia; kary takie można określać jedynie jako kary za zwłokę«,*
lit. e – *»przewidujących, że łączna wysokość kar umownych należnych wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przekroczy 20% wartości wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy«,*
lit. q – *»rozszerzających katalog kar umownych, które mogą być nałożone na podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stosunku do zakresu ustalonego w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą«,*
lit. r – *»ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokości wyższej niż wysokość odpowiednich kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą«* oraz
lit. t – *»przewidujących nieograniczony katalog kar umownych przez ogólne wskazanie, że w związku z naruszeniem jakiegokolwiek postanowienia umownego przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę – przewiduje się kary umowne w określonej procentowo oznaczonej wysokości«*
– gdyż przepisy art. 143d ust. 1 pkt 7 Pzp ani art. 483 i 484 Kc nie zawierają takich ograniczeń, a na podstawie art. 353(1) Kc kontrahenci uprawnieni są dowolnie określić zasady wzajemnej odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w taki sposób, w jaki uważają;
- 2) lit. g – *»przewidujących, że właściwy do rozstrzygania sporów wynikających z Umowy podwykonawczej będzie sąd z siedzibą poza RP«,* gdyż przepisy art. 1154 Kpc dotyczące zapisów na sąd polubowny nie zawierają takich ograniczeń, a na podstawie art. 353(1) Kc kontrahenci uprawnieni są dowolnie określić te siedziby;

- 3) lit. h – *»uzależniającego uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę uprawnienia do dochodzenia roszczeń od analogicznego uprawnienia przysługującego wykonawcy w Warunkach Kontraktu w związku z tymi samymi okolicznościami«*,
- lit. i – *»zobowiązujących podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności, jakie obciążają wykonawcę zgodnie z Kontraktem«*,
- lit. j – *»na mocy których, z datą zawarcia Umowy podwykonawczej, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zrzeka się względem wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń dotyczących Placu Budowy«* oraz
- lit. p – *»rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na zasadzie ryzyka za szkody powstałe na budowie, za działania lub zaniechania wykonawcy lub innych podmiotów, w szczególności rozszerzających odpowiedzialność podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za szkody na obiektach budowlanych powstałe po zakończeniu robót przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę«*
- gdyż przepisy art. 473 § 1 i 2 Kc nie zawierają takich ograniczeń, ponadto w stosunku do lit. i słusznie zauważył odwołujący, że cyt. *»nie ma w polskim prawie cywilnym konstrukcji prawnej „przejęcia ogółu ryzyk i odpowiedzialności” wykonawcy przez podwykonawcę. Możliwa jest tylko umowne przejęcie długu (art. 519 § 1 Kc), a na to zawsze wymagana jest zgoda wierzyciela (ius cogens)«*, a w stosunku do wszystkich kwestionowanych postanowień niniejszego punktu Izba stwierdza, że na podstawie art. 353(1) Kc kontrahenci uprawnieni są dowolnie określić zakres tej odpowiedzialności;
- 4) lit. k – *»uzależniającego uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę przedłużenia terminu realizacji umowy podwykonawczej od przedłużenia przez zamawiającego czasu na ukończenie dla danego asortymentu robót«*, gdyż terminy realizacji umowy podwykonawczej i terminy spełnienia świadczenia wykonawcy w stosunku do zamawiającego nie są aż tak ze sobą ściśle związane, ponadto zagadnienia to nie jest uregulowane w przepisach Kodeksu cywilnego ani Prawa zamówień publicznych, z czego wynika, że na podstawie art. 353(1) Kc kontrahenci uprawnieni są dowolnie ustalić przedłużenie terminu realizacji umowy podwykonawczej;
- 5) lit. l – *»przewidujących termin krótszy niż 7 dni na złożenie przez podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy powiadomienia o roszczeniu«*, gdyż często od szybkiej reakcji podmiotów będących bezpośrednio na placu budowy, a przynajmniej podmiotów, które powinny być na placu budowy, może zależeć zapobieżenie zagrożeniom lub ograniczenie skutków zaistniałych awaryjnych sytuacji, ponadto ze

względu na brak unormowań odmiennych na podstawie art. 353(1) Kc kontrahenci uprawnieni są dowolnie określać termin na powiadomienia o powstaniu roszczeń;

- 6) lit. m – »w przypadku, gdy umowa podwykonawcza będzie rozliczana ryczałtowo, wyłączających możliwość dochodzenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego«, gdyż właśnie istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest brak możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, a wynika to bezpośrednio z art. 632 § 1 Kc, nie wyłącza to możliwości zastosowania art. 632 § 2 Kc dopuszczającego do sądowego podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy, jeżeli zaistnieją przesłanki określone w tym przepisie;
- 7) lit. s – »*wprowadzających okres dłuższy niż 60 dni na złożenie przez wykonawcę lub podwykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, licząc od dnia zaistnienia przesłanki do odstąpienia od umowy*«, gdyż stanowienie terminów na odstąpienie od umowy, że względu na brak unormowań tego zagadnienia w przepisach Kodeksu cywilnego czy Prawa zamówień publicznych, podlega dowolnemu regulowaniu w umowie, zgodnie z art. 353(1) Kc.

W ocenie Izby jest zasadny skonkretyzowany zarzut drugi (zarzut opisany w pkt 5) naruszenia art. 353(1) w związku z art. 353, art. 627, art. 647, art. 487 § 2 i art. 5 Kc, art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 Kc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, art. 139 ust. 1 Pzp i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc, przez ukształtowanie treści SIWZ – Tom II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany tej części SIWZ, aby ogólnie postanowienia o powstaniu roszczeń wykonawcy nie odnosiły się do złożenia dokumentów Inżynierowi Kontraktu, ale od momentu zaistnienia rzeczywistego zdarzenia.

Zamawiający ustanowił w Tomie II – wzór umowy – Subklauzula 20.1 [Roszczenia wykonawcy], że roszczenie wykonawcy nie powstaje, jeżeli *wykonawca nie zgłosi Inżynierowi Kontraktu powiadomienia o roszczeniu w ciągu 28 dni od zaistnienia okoliczności, które są przesłanką do powstania roszczenia*.

Izba stwierdziła, że uregulowanie zamawiającego, które warunkuje moment „powstania roszczenia” od faktu powiadomienia Inżyniera Kontraktu w określonym terminie „o okoliczności lub wydarzeniu powodującym powstanie takiego roszczenia”, jest sprzeczne z art. 117 § 2, art. 118, art. 119, art. 120 § 1 Kc, w związku z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp.

W związku z tym Izba stwierdza, że ustanowienie w SIWZ, iż roszczenie nie zgłoszone do jakiegoś podmiotu w określonym terminie nie powstaje – nie może być utrzymane, gdyż

narusza wymienione wyżej bezwzględnie obowiązujące przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące przedawnienia roszczeń.

W ocenie Izby, skonkretyzowany zarzut piąty naruszenia przepisów Pzp – przez treść wymagań pkt 1.4.1.1 i 1.4.1.11 PFU dotyczącą audytu BRD w Tomie III SIWZ – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ramach pkt 1.4.1.1 i 1.4.1.11 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Tom III SIWZ) definiuje obowiązki nałożone na wykonawcę przez odwołanie się do wyników Audytu BRD. Jednak godne jest podkreślenia, że ten audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego (BRD) będzie wykonywany dopiero na etapie projektowania i finalnie wykonawca będzie musiał uwzględnić wyniki audytu podczas przygotowania budowy i budowy drogi. Wynika to z art. 24l ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych.

Zarządca drogi uwzględnia wynik audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na dalszych etapach przygotowania, budowy i użytkowania drogi.

Zarządca drogi uwzględnia wynik audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego podczas przygotowania budowy i budowy drogi. Wynika to z art. 24l ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, który to przepis brzmi: »Zarządca drogi uwzględnia wynik audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na dalszych etapach przygotowania, budowy i użytkowania drogi«. W związku z tym, że w trakcie wykonania zamówienia mogą zaistnieć nowe okoliczności zmuszające wykonawcę do nowych nakładów wynikających z zaleceń sformułowanych po audycie zamawiający powinien tego typu nakłady przewidzieć do oddzielnego finansowania. Również takie nowe zalecenia mogą mieć wpływ na termin ukończenia umówionych robót.

Brak przewidzenia przez wykonawcę w wycenie oferty takiego ewentualnego rozszerzenia zakresu przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Takie kalkulowanie może wynikać z większego ryzykanctwa czy nawet wprost z hazardowego podejścia do wyceny oferty u niektórych wykonawców.

Jednak w bardziej niekorzystnych sytuacjach może to się odbić na takim ryzykującym wykonawcy, ale z dużym prawdopodobieństwem będzie to mieć również wpływ na wykonanie całego przedsięwzięcia, co z kolei odbije się na zamawiającym, a nawet na użytkownikach danej drogi. Dlatego zamawiający, szczególnie podmiot podkreślający, że jest emanacją ogólniejszych interesów – Skarbu Państwa, powinien sprzyjać w swoich działaniach eliminowaniu zbędnych ryzyk, a nie premiować ryzykanctwa czy hazardowych postępowań wykonawców.

W tym miejscu – zdaniem Izby – podkreślenia wymaga, że analogiczny zarzut był przedmiotem rozstrzygnięcia KIO wyrok KIO 437/16, który nakazał zmianę treści SIWZ

zgodnie z żądaniem odwołującego, a rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). KIO i Sąd Okręgowy uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści audytu BRD, postanowienia PFU przerzucające na wykonawcę ryzyko związane z treścią PFU, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie *a priori*, że ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z audytu BRD nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.

Izba stwierdza, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający nie może ograniczyć się do wyspecyfikowania wymagań technicznych czy lokalizacji danego przedsięwzięcia, ale musi uwzględnić też cyt. »wszystkie [...] okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty«, co wynika z art. 29 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »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«. Jednymi z tych okoliczności w rozpoznawanym postępowaniu jest przede wszystkim zakres przedmiotu zamówienia, ale także i okres, na który umowa zostanie zawarta. Ze względu na brak określenia niezbędnych okoliczności w opisie przedmiotu zamówienia (wnioski z przyszłego audytu BRD) kalkulacja ceny ofertowej i deklaracja terminu wykonania umowy byłyby oparte na ryzykanctwie czy nawet hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk zaistnienia niezależnych od wykonawcy zjawisk. Im więcej takich niezależnych od stron zjawisk zostanie przewidziane i odpowiednio uregulowane w SIWZ (umowie), tym mniej ryzyk będzie musiał wziąć pod uwagę wykonawca i tym pewniejsze wykonanie umowy i koszty wykonania umowy.

Jednym z takich ryzyk są wnioski z audytu BRD, które zaistnieją po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas wykonania umowy.

W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy wnioski z audytu nie wywołają daleko idących zmian w przedmiocie zamówienia. Natomiast zbyt optymistyczne, a nawet ryzykanckie określenie niskiej ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, jeżeli w reakcji na wnioski z audytu BRD będzie należało w znaczącym zakresie zmodyfikować zakres przedmiotu zamówienia. Nawet nie biorąc pod uwagę, że zgodnie z przepisami to zamawiający może być audytorem, Izba musi podnieść, że zbędne ryzyko zastosowania się do nieznanych na etapie składania ofert wniosków z audytu BRD może nawet powstrzymać bardziej zachowawczego, rozważnego wykonawcę przed złożeniem oferty, a w każdym razie może spowodować, że uwzględniając ryzyko wystąpienia większego zakresu zmian w przedmiocie zamówienia taki wykonawca skalkuluje cenę wyżej

i zaoferuje dłuższy czas wykonania zamówienia, co znacznie zredukuje szanse wyboru oferty tego wykonawcy.

A więc zamiar takiego przerwania ryzyka – zwiększenia zakresu zamówienia po złożeniu oferty bez przewidzenia możliwości zwiększenia wynagrodzenia czy przedłużenia terminu wykonania – na wykonawcę może wpłynąć na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych unormowanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

W związku z tym Izba musi uwzględnić zarzut piąty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez treść wymagań pkt 1.4.1.1 i 1.4.1.11 PFU dotyczącą audytu BRD w Tomie III SIWZ.

W ocenie Izby, skonkretyzowany zarzut siedemnasty (B.II.13) naruszenia przepisu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia, (ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc i (iii) art. 7 ust. 1 Pzp – przez treść postanowienia pkt 1.5.2.1 PFU, w którym zamawiający nie wskazał konsekwencji braku uzyskania zgody na odstąpienie lub nieterminowego wydania zgody na odstąpienie z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane w szczególnie uzasadnionych przypadkach dopuszcza odstąpienie od wskazanych przepisów techniczno-budowlanych. Zamawiający przewidział możliwość zaistnienia konieczności wnioskowania o takie odstąpienie do właściwych organów administracji, jednak zamawiający nie przewidział możliwości terminu, dłuższego niż normatywnego, odmowy wydania decyzji lub wydawania decyzji przez odpowiednie organy administracji bez zawinienia ze strony wykonawcy. Jest to – podobnie jak w zarzucie piątym – niczym nie uzasadnione przerwanie ryzyka przekroczenia terminu wydawania decyzji przez organy administracji. Znowu może zostać tu naruszona zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określona w art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec tego Izba nakazuje zamawiającemu uregulowania w SIWZ konsekwencji dłuższego terminu niż normatywnego odmowy wydania decyzji lub wydawania decyzji przez odpowiednie organy administracji bez przerzucania ryzyka dłuższego niż normatywny terminu wydania odpowiedniej decyzji przez organy administracji.

Izba nie wzięła pod uwagę zarzutów pierwszego w zakresie lit. f, szóstego, trzynastego, piętnastego i dziewiętnastego, od których popierania odwołujący odstąpił ustnie do protokołu

na posiedzeniu. Nastąpiło to po zapoznaniu się odwołującego z treścią odpowiedzi na odwołanie zamawiającego.

Jednocześnie Izba stwierdza, że nie może przychylić się do pozostałych zarzutów odwołującego.

Odnosnie zarzutu pierwszego w zakresie lit. n, który to zarzut dotyczy zakazu zawierania w umowach z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami postanowień uprawniających wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę do dokonania potrącenia swoich niewymagalnych wierzytelności: Izba stwierdza, że przepis art. 505 Kc stanowi które wierzytelności nie mogą być umarzone przez potrącenie. Jednak należy podkreślić, że norma wyrażona w tym przepisie jest normą bezwzględnie obowiązującą (*ius cogens*), ale brak jest zakazu ustanawiania umownego innych przesłanek potrąceń. W związku z solidarną odpowiedzialnością zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy za roboty budowlane [art. 647(1) § 5 Kc], zamawiający może starać się kontrolować zobowiązania pieniężne między podmiotami wykonującymi roboty budowlane. Przepis art. 647(1) § 5 Kc brzmi »Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę«. Dlatego zamawiający może ustanowić zakaz potrącania niewymagalnych wierzytelności.

Z tego względu Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego w zakresie lit. n.

W ocenie Izby, zarzut trzeci (A.II.3) naruszenia art. 353(1) w związku z art. 455 i art. 5 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 Pzp, ze skutkami określonymi w art. 58 § 3 Kc – przez ukształtowanie w treści SIWZ, Tom II wzór umowy, Subklauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] WSK, akapit szósty – przez wyznaczenie terminu na przekazanie zamawiającemu propozycji zatwierdzenia roszczenia – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wyznaczył w akapicie szóstym subklauzuli 20.1 Tom II SIWZ termin na przekazanie zamawiającemu propozycji zatwierdzenia lub odrzucenia roszczenia wraz ze szczegółowym uzasadnieniem. Terminem tym jest 42 dni od doręczenia Inżynierowi przez wykonawcę wszystkich wymaganych przez Inżyniera dokumentów uzasadniających roszczenie i niezbędnych do rozpatrzenia roszczenia.

Odwołujący jednak miał zastrzeżenia do braku ustanowienia terminu do przedstawienia stanowiska zamawiającego i konsekwencji braku zajęcia stanowiska przez zamawiającego.

Zamawiający poinformował o zmianie SIWZ w kwestionowanym zakresie, której dokonał 3.11.2016 r. Zmiana ta stanowiąca uzupełnienie subklauzuli 20.1 konkretyzuje termin na załatwienie sprawy w 90 dni, chyba że zamawiający zażąda dalszych niezbędnych informacji, co przerwie bieg 90-dniowego terminu na rozpatrzenie sprawy.

Wobec wprowadzenia przez zamawiającego do SIWZ postanowień, które regulują w sposób wystarczający kwestie terminów reakcji inżyniera kontraktu i zamawiającego na roszczenia wykonawcy – Izba stwierdza, że w nie można znaleźć w kwestionowanym zakresie naruszenia przepisów, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a więc na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp Izba nie może uwzględnić rozpoznawanego zarzutu. Art. 192 ust. 2 Pzp brzmi »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

Zarzut czwarty (A.II.4) dotyczący parametru szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia) (zarzut opisany w pkt 7), którym to postanowieniem odwołujący zarzucił naruszenie art. 14 Pzp w związku z art. 387 Kc w zw. z art. 577 § 1 Kc w związku z art. 353(1) Kc przez żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości, że w okresie Gwarancji Jakości dla drogi klasy A i S, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił $\geq 0,40$, zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic $\geq 0,42$, co w konsekwencji spowoduje zwarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy.

Zamawiający w SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz w pkt 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia” postawił wymóg, aby dla drogi klasy A i S miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego wynosił $\geq 0,40$, a dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic $\geq 0,42$. W odwołaniu odwołujący zarzucił, że tak wysokich parametrów nie sposób utrzymać przez okres gwarancji, co w konsekwencji spowoduje, że zostanie zwarta umowa o świadczenie niemożliwe, a więc zgodnie z art. 387 § 1 Kc będzie to nieważna umowa. Art. 387 § 1 Kc brzmi »Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna«. Ponadto odwołujący na rozprawie stwierdził, że cyt. »Zamawiający wydaje się chcieć przerzucić ryzyko poniesienia wszelkich kosztów na wykonawcę, gdyż zgodnie z wiedzą odwołującego należałoby wykonać w ciągu 10 lat trzykrotnie działania zmierzające do zwiększenia szorstkości«.

Natomiast zamawiający wskazał, że w Polsce są już budowane takie drogi, np. koło Piotrkowa Trybunalskiego, gdzie po ponad 10 latach eksploatacji szorstkość jest zachowana na poziomie 0,47.

Izba stwierdza, że odwołujący przede wszystkim nie wykazał, że świadczenie jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia, a jedynie przytoczył art. 387 § 1 Kc. Natomiast w trakcie rozprawy odwołujący przyznał, że świadczenie tak wysokiej jakości utrzymywanej przez odpowiedni okres gwarancji jest możliwe, tylko wymaga większych nakładów (»należałoby wykonać w ciągu 10 lat trzykrotnie działania zmierzające do zwiększenia szorstkości«).

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu czwartego (B.II.4) dotyczącego zachowania odpowiednio wysokiego parametru szorstkości nawierzchni przez okres gwarancyjny.

W ocenie Izby, zarzut siódmy (B.II.3) (zarzut opisany w pkt 1) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kc oraz art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji przez postąpienie zamawiającego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający zwłaszcza w subklauzuli 1.9 rozdz. 5 Tom II SIWZ jednoznacznie wskazał, że materiały dołączone do Tomu V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia i są tylko materiałami informacyjnymi, przekazywanymi jedynie w celach poglądowych, które wykonawca może wykorzystać na własne ryzyko. Jedynie dane wskazane w PFU są wiążące.

W związku z tak ugrupowanymi informacjami wykonawcy mogą sobie wyrobić jasny pogląd które wiadomości przekazane przez zamawiającego są obligatoryjne w postępowaniu, a które informacje są przekazywane na ryzyko wykonawców, jeżeli wykonawcy skorzystają z nich bez weryfikacji. Takimi informacjami są w rozpoznawanym postępowaniu informacje dotyczące dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej.

Z tego względu – zdaniem Izby – nałożenie na wykonawcę w systemie »projektuj i buduj« obowiązku sporządzenia dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej, bądź weryfikacji otrzymanej dokumentacji na ryzyko wykonawcy nie może być uznane jako niedopełnienie obowiązku zamawiającego w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia (OPZ).

Zamawiający sporządził i przekazał OPZ, zgodnie z unormowaniem art. 29 ust. 1 Pzp, który brzmi »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».

W tym przypadku stanowisko Izby jest takie samo, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

W ocenie Izby, zarzut ósmy (B.II.4) naruszenia (i) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp i § 15 i n. Rozporządzenia, (ii) art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc, (iii) a także art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie dalej idącego doprecyzowania związanego z koniecznością koordynacji prac wykonawców na stykach odcinków – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający przewidział w pkt 1.4.1.1, str. 11 PFU uregulowanie działań wszystkich zainteresowanych podmiotów w miejscach styku, aby uniknąć robót traconych. W ramach tego uregulowania zamawiający starał się, aby wszyscy uczestnicy, a w tym i wykonawcy, byli zainteresowani w optymalnym rozwiązaniu problemów mogących wyniknąć na nieznacznych odległościach odcinków dwóch kilkudziesięciometrowych styków z innymi wykonawcami. To zagadnienie może wystąpić już na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, a więc właściwa współpraca z innym wykonawcą (przy współdziałaniu inżyniera kontraktu i zamawiającego) spowoduje, że nie wystąpią znaczące kwestie w miejscach styku różnych odcinków robót. W stosunku do wielkości całego zamówienia (około 2 500 m) kwestionowane kilkadziesiąt metrów zamyka się w granicach około 1%, a więc dla profesjonalnych wykonawców nie powinno nastroczać trudności z wyceną ofertową.

W związku powyższym Izba musi stwierdzić, że zarzut ósmy nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut dziewiąty (B.II.5) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp i § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc a także art. 7 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie określenia prac do wykonania w zakresie przebudowy istniejących dróg kolidujących, przywrócenia stanu dróg publicznych – remontu istniejących dróg, optymalizację dokumentacji projektowej – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamówienie dotyczy inwestycji, która ma być zrealizowana w systemie »zaprojektuj i wybuduj«. Z tego wynika, że zamawiający nie powinien narzucać swoich rozwiązań, a wykonawca ma możliwość zaprojektowania i wykonania robót według własnych koncepcji. Dlatego zamawiający załączył do SIWZ w Tomie V materiały nazwane jako informacyjne, których wykorzystanie przez wykonawców może być dobrowolne. Rozwiązania zamieszczone w materiałach informacyjnych zostały docelowo zaopiniowane

przez gminy Sulejówek i Wiązowna. Dlatego wykonawcy posiadają podstawy do dokonania wyceny ofert, jeżeli wykonawcy oprą się na dostarczonych przez zamawiającego materiałach. Ale jeżeli wykonawca zdecyduje się na własne, indywidualne rozwiązania wtedy przejmie na siebie wszystkie ryzyka związane z nową koncepcją zaprojektowania i wykonania zamawianych robót.

Jednak w sprawie również nie można pominąć, że zamawiający w pkt 1.4.1.1 PFU wskazał dokument, na którego podstawie wykonawca powinien przyjąć założenia do projektowania – projekt budowlany.

Nie bez znaczenia jest cały kontekst kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ, którego to kontekstu odwołujący nie brał pod uwagę. Izba stwierdza, że wszystkie postanowienia SIWZ trzeba rozpatrywać w znaczeniu, jakie nadaje poszczególnym postanowieniom cała treść SIWZ, a nie tylko wybrane urywki. Podobnie zostało to opisane w wyroku SO w Katowicach z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt: XIX Ga 110/10, »Dokonując [...] oceny tego, czy został on [przedmiot zamówienia] opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący należy brać pod uwagę całokształt postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jedynie ich fragmenty. Nie ma bowiem wątpliwości, że kontekst, w jakim dane wrażenia zostały użyte determinuje ich znaczenie i w jego ramach oceniać należy stopień jednoznaczności«.

W związku z powyższym zarzut dziewiąty (B.II.5) nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W tym przypadku stanowisko Izby jest takie samo, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

W ocenie Izby, zarzut dziesiąty (B.II.6) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc – przez wskazanie, że budowa chodników i ścieżek rowerowych ma być wykonywana w oparciu o dokumenty załączone do SIWZ i jednocześnie uzależnienie przebiegu chodników i ścieżek rowerowych od uzgodnień nieznanymi na etapie przygotowywania oferty i niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w pkt 1.4.1.3.2 PFU wskazał na projekt budowlany, na którego podstawie wykonawca powinien przyjąć założenia do projektowania. Dodatkowo zamawiający wskazał na obowiązek uzgodnienia projektu budowlanego z jednostkami samorządu terytorialnego, co wynika z przepisów prawa. Tym samym zamawiający wskazał wykonawcom jak obliczyć kwotę ofertową (w tym zakresie). Jest to zgodne z wyrokiem SO w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 675/16.

W związku z brakiem wykazania naruszenia wskazanych przepisów przez odwołującego Izba nie może przychylić się do zarzutu dziesiątego.

W tym przypadku stanowisko Izby jest takie samo, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

W ocenie Izby, zarzut jedenasty (B.II.7) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i n. Rozporządzenia jak i przepisy art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc – przez sformułowania pkt 1.4.1.5 PFU dotyczące uzgodnień w spawach przepustów i zbiorników – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zgodnie z założeniem zamawiającego zamówienie będzie realizowane w systemie »projektuj i buduj«. Na tej podstawie to sam wykonawca określa koszty, a zdaniem Izby w takim postępowaniu, nie jest możliwe wycenienie przez zamawiającego wszystkich elementów zamówienia, aby wykonawca bez żadnego ryzyka wycenił i podsumował tylko poszczególne części składowe.

Dlatego Izba nie może przychylić się do stanowiska odwołującego i musi oddalić zarzut jedenasty.

W tym przypadku stanowisko Izby jest takie samo, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

W ocenie Izby, zarzut dwunasty (B.II.8 Instalacje i infrastruktura) dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i nast. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc – przez sformułowania pkt 1.4.1.7 PFU (str. 24 PFU) dotyczące instalacji i infrastruktury – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że wykonując przedmiot zamówienia wykonawca musi cyt. »opracować materiały do wniosków o wydanie warunków technicznych usunięcia kolizji (przebudowy) z istniejącą infrastrukturą techniczną uzbrojenia terenu oraz przyłączenia do sieci istniejącej infrastruktury technicznej uzbrojenia terenu projektowanych, oświetlenia drogowego, urządzeń zarządzania drogą i potrzeb BRD oraz innych urządzeń infrastruktury drogowej związanych z drogą w tym urządzeń systemu łączności drogowej, urządzeń określonych w koncepcji systemu zarządzania ruchem i urządzeń sieciowych (teletransmisyjnych) w zakresie niezbędnym do realizacji i właściwego funkcjonowania i eksploatacji drogi ekspresowej S17 i DK2. Na podstawie ww. wniosków należy uzyskać od właścicieli lub zarządców infrastruktury, warunki techniczne na zaprojektowanie i wykonanie ww. infrastruktury« (pkt 1.4.1.7 PFU). Dalej odwołujący zarzucił cyt.: »To zamawiający, nawet w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”, obowiązany jest do udostępnienia wykonawcom danych pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty, co potwierdza § 15 Rozporządzenia. Przepis ten brzmi »Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych«. Izba

stwierdza, że mimo stanowiska odwołującego cyt. »Nie jest rolą wykonawców, poszukiwanie na rynku informacji, które mogłyby być podstawą dokonania hipotetycznych szacunków związanych z koniecznością zawierania umów z gestorami sieci«, żaden z przytoczonych przepisów nie nakłada takiego obowiązku na zamawiającego. W związku z tym Izba nie może stwierdzić naruszenia wskazanych przepisów i z tego względu w ocenie Izby, zarzut dwunasty nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W tym przypadku stanowisko Izby jest takie samo, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

W ocenie Izby, zarzut czternasty (B.II.10) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 i nast. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc – przez sformułowania pkt 1.4.1.5 pkt 2.1.11.4 PFU dotyczące przejść dla zwierząt – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że przytoczone elementy PFU cyt. »wskazują na ewentualną konieczność budowy dodatkowych obiektów inżynierskich [...]«. Jednak ze względu na oświadczenie zamawiającego na rozprawie cyt. »Przejścia dla zwierząt dużych nie są przewidywane, dlatego postanowienie jest martwe«.

W związku z takim stanowiskiem stron – wskazaniem przez odwołującego tylko na ewentualną możliwość i zapewnieniem zamawiającego o braku przewidywania takich przejść w niezalesionym obszarze na tym terenie inwestycji [odcinek węzeł „Zakręt” (z węzłem) – węzeł „Lubelska” (bez węzła) o długości około 2,5 km] – Izba musi stwierdzić, że ta niezręczność zawarta w SIWZ nie daje asumptu do uwzględnienia odwołania, gdyż Izba nie może stwierdzić, że te postanowienia SIWZ miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest niezbędnym warunkiem opisanym w art. 192 ust. 2 Pzp.

W tym przypadku stanowisko Izby jest podobne, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

W ocenie Izby, zarzut szesnasty (B.II.12) naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 i n. Rozporządzenia, art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc oraz art. 7 ust. 1 Pzp – przez sformułowania SIWZ dotyczące współpracy z zarządcami innych dróg – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający zasadnie twierdzi, że kwestionowane postanowienia są obecnie standardem w zamówieniach realizowanych w systemie »projektuj i buduj«. Wykonawca w trakcie przygotowania projektu drogi ekspresowej projektuje również przebudowę dróg innych kategorii krzyżujących się z drogą ekspresową, będącą przedmiotem zamówienia. W celu właściwego zaprojektowania przebudów dróg niższych

kategorii wykonawca musi nawiązać współpracę z zarządcami tych dróg i ostatecznie uzgodnić warunki przebudowy. Koszty za przewidywane rozwiązania muszą obciążyć wykonawcę (co finalnie i tak sfinansuje zamawiający, o ile wykonawca uwzględni te koszty w kwocie ofertowej) i dlatego zamawiający w celu minimalizacji tych kosztów pozostawia tę kwestię do rozwiązania wykonawcy bez deklarowania zmiany wynagrodzenia czy przesuwania terminu wykonania zamówienia.

W związku z taką argumentacją zamawiającego, Izba musi stwierdzić, że odwołujący nie wykazał podstawności zarzutu i dlatego Izba nie może przychylić się do tego zarzutu.

W ocenie Izby, zarzut osiemnasty (B.II.14) naruszenia (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15 Rozporządzenia, (ii) art. 7 ust. 1 Pzp – przez sformułowania PFU na str. 18-20, które to postanowienia dotyczą obiektów inżynierskich – wiążących parametrów pokonania przeszkody – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający w tabeli nr 1 pkt 1.4.1.1 PFU wskazał w obiektach inżynierskich w parametrach wiążących m.in. »Określenie górą czy dołem«. Tym samym zamawiający postanowił, że wykonawcy mają wykonać przedmiot zamówienia według przedstawionych tam założeń bez możliwości odstępstw. Jednak odwołujący wniósł o przeniesienie tego parametru do grupy »parametrów niewiązących«, gdyż zdaniem odwołującego cyt. »Wiążący charakter danych dotyczących sposobu pokonania przeszkody w znacznym stopniu ogranicza możliwość optymalizacji rozwiązań wysokościowych przewidywanych w koncepcji zamawiającego«.

Izba musi stanąć na stanowisku, że to zamawiający jest niekwestionowanym gospodarzem postępowania i w związku z tym to zamawiający może stawiać wymogi, które jego zdaniem są istotne, obiektywne i uzasadnione. W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że zamieszczenie bezwzględnie wymaganych czynników w kolumnie »wiązące« narusza jakiegokolwiek przepisy czy jest nieuzasadnione z jakichkolwiek powodów bądź nie wynika z obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jednocześnie zamawiający określił swoje wymaganie w sposób jednoznaczny nie naruszając żadnego z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Dlatego Izba musi oddalić także zarzut osiemnasty.

W tym przypadku stanowisko Izby jest takie samo, jak stanowisko zaprezentowane w wyroku o sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

.....