

Sygn. akt KIO 298/11

WYROK
z dnia 1 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego – **Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Pocztę Polską S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** na rzecz **LEASINGTEAM Sp. z o.o., ul. Puławska 352A, 02-819 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu wybranych zadań eksploatacyjnych i czynności pocztowych w placówkach pocztowych, podległych Centrum Poczty OPJ: Warszawa Centrum, Warszawa Południe, Warszawa Wschód i Warszawa Zachód”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2011 r., pod nr 2011/S 22-035766.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, czynności ustalenia daty składania i otwarcia ofert oraz treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 43 ust 2 pkt 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7, a także art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze treść umowy, wraz z innymi zasadami wykonywania umowy wg SIWZ, Odwołujący stoi na stanowisku, iż poszczególne jej zapisy są abuzywne, przez co umowa jest zarazem niezgodna z ogólnymi zasadami i przepisami prawa cywilnego oraz naturą stosunku zobowiązaniowego. Z tych powodów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, poprzez: 1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ, w szczególności wskazanych w niniejszym odwołaniu zmian treści przyszłej umowy i jej załączników, 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, z uwagi na zaistnienie w postępowaniu przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, 3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący podnosi, iż ustawa Pzp w art. 14 stwierdza, że *„do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”*. W sposób szczególny potwierdza to również art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”*. W związku z tym treść każdego projektu umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy oceniać pod kątem jej zgodności z przepisami k.c., a jakiegokolwiek naruszenie przepisów tegoż kodeksu, w tym w sposób szczególny przepisów ogólnych k.c., poprzez powyższe odesłania ustawowe, skutkuje naruszeniem zasad udzielania zamówień w reżimie ustawy Pzp. Załączając umowę

do SIWZ, Zamawiający „zmusza” niejako oferentów do podpisania umowy, której treść może wyrządzić szkodę oferentowi, którego oferta zostanie wybrana. Tymczasem analiza przepisów k.c. w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, że podstawową wadą umowy przedłożonej przez Zamawiającego jest: 1) niezachowanie w niej równości stron, 2) naruszenie przepisów k.c., 3) dokonanie przez Zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c., tj. zasady swobody umów określonej w art. 353¹, 4) wprowadzenie zapisów, które mogą wyrządzić w przyszłości szkodę wykonawcy, 5) wprowadzenie nieprecyzyjnych zapisów, które mogą powodować spory interpretacyjne umowy.

Zmiany w 1990 r. Kodeksu cywilnego wprowadziły tak bardzo potrzebną w obrotach handlowych zasadę swobody zawierania umów, wyrażoną m. in. w wym. już art. 353¹ k.c. Zasada ta nie polega jednak na tym, że silniejsza strona narzuca wolę drugiej stronie, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę skutki tych warunków. Podkreślić przy tym należy, że strony układając stosunek prawny według własnego uznania muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, a także zasadom współżycia społecznego. Nie ulega wątpliwości, że już tylko te zgłoszone warunki umowy naruszają zasady współżycia społecznego. A przecież w świetle art. 5 k.c. „*nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego*”. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Niewątpliwie potwierdza tę zasadę art. 58 § 2 k.c., który stanowi również wprost, że „*nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego*”. W polskim prawie cywilnym ograniczenia zasady swobody umów wynikają przede wszystkim z art. 353¹ k.c., który to przepis odwołuje się m. in. do takich klauzul generalnych, jak „*właściwość (natura) stosunku prawnego*”, czy wspomniane już „*zasady współżycia społecznego*”.

Utrwalony już obecnie pogląd doktryny i orzecznictwa na podstawie ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na możliwość nadużycia przez Zamawiającego swego prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie zauważono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 97/08): „*Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone.*”

Treść SIWZ zawiera szereg zapisów tworzących wyraźną dysproporcję w pozycji stron zawieranej umowy. Odwołujący wnosi o zmianę umowy:

a) w § 3 ust. 8 i 9 wzoru umowy - poprzez jego wykreślenie: „8. Zamawiający może żądać natychmiastowego odsunięcia od realizacji usługi osoby, której działanie narusza

postanowienia umowy lub może narazić Zamawiającego na szkodę w szczególności: zawłaszczenia, uszkodzenia, zniszczenia, mylne doręczenie przesyłki w trakcie wykonywanej usługi, zniszczenia mienia Zamawiającego lub realizacji zakładanych wskaźników jakościowych i wydajnościowych na poziomie niższym niż określony w załączniku nr 1. 9. Wykonawca dokona stosownego zastąpienia pracowników w przypadkach, o których mowa w ust. 8 niezwłocznie, nie później niż w ciągu 24 godzin od daty zgłoszenia Zamawiającego, przesłanego na adres e-mail lub nr faksu określone w § 1 ust. 3." bądź poprzez określenie dwustronnej formuły obiektywnej oceny kiedy dana osoba „narusza postanowienia umowy lub może narazić Zamawiającego na szkodę”;

b) w § 4 ust. 4 wzoru umowy - poprzez jego wykreślenie: *„W przypadku, kiedy w trakcie szkolenia okaże się, że osoba mająca realizować przedmiot umowy nie wykazuje cech i umiejętności dających pewność prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający kończy szkolenie i nie pozwala tej osobie na rozpoczęcie realizacji umowy. Zamawiający zawiadamia Wykonawcę o tym fakcie na adres e-mail lub nr faksu jak w § 1 ust. 3. Wykonawca nie będzie kierował tej osoby do żadnej placówki pocztowej Zamawiającego.”;* bądź poprzez określenie dwustronnej formuły obiektywnej oceny kiedy dana osoba *„nie wykazuje cech i umiejętności dających pewność prawidłowej realizacji przedmiotu umowy”;*

c) w § 4 ust. 5 wzoru umowy - poprzez jego wykreślenie: *„Za pracę niewykonaną z powodu nie dopuszczenia osoby, o której mowa w ust. 4, Zamawiający może naliczyć kary”;*

d) w § 5 ust. 2 wzoru umowy - poprzez jego wykreślenie: *„Zamawiający zastrzega sobie prawo ograniczenia zakresu przedmiotu umowy lub wartości umowy ze względu na aktualne potrzeby lub posiadane środki finansowe bez konsekwencji prawnych i finansowych”;* bądź poprzez określenie obiektywnych, weryfikowalnych przyczyn ewentualnego ograniczenia wykonywania umowy, wraz z koniecznym możliwym zakresem ograniczenia wykonywania umowy do 10% jej wartości;

e) w § 6 ust. 2 wzoru umowy - poprzez określenie, że zmiany *„zapotrzebowania w trakcie okresu miesięcznego”* będą zgłaszane z wyprzedzeniem co najmniej 7 dni: *„Zamawiający, w tym przedstawiciel placówki pocztowej, może dokonać zmiany w dokonanym zapotrzebowaniu w trakcie okresu miesięcznego, przesyłając zmienione zapotrzebowanie przynajmniej na 24 godziny przed planowanymi zmianami.”;*

f) w § 6 ust. 5 zdanie drugie wzoru umowy - poprzez jego doprecyzowanie i określenie dwustronnej formuły obiektywnej oceny rozliczania zadań i uznawania za należyte wykonywane w sytuacji, kiedy dana osoba otrzymała od Zamawiającego zlecenie wykonywania *„innych czynności, niż wyszczególnione w zapotrzebowaniu, z zastrzeżeniem § 1 ust. 2”:* *„W wyjątkowych sytuacjach możliwe są zmiany godzin rozpoczęcia i zakończenia wykonywania usługi, a także ilości przesyłek, które należy doręczyć. Za wyjątkową sytuację*

należy uznać sytuację, której wcześniej Zamawiający nie mógł przewidzieć, a nastąpiło zwiększenie lub spadek wolumenu przesyłek do opracowania w określonej porze dnia. Z tego samego powodu Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia Wykonawcy innych czynności, niż wyszczególnione w zapotrzebowaniu, z zastrzeżeniem § 1 ust. 2."; w szczególności określenia, iż taka sytuacja będzie oznaczała, iż Zamawiający nie będzie takiej osobie wyliczał wydajności za wykonywanie w danym dniu „*innych czynności, niż wyszczególnione w zapotrzebowaniu*”,

g) w § 8 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy - poprzez wykreślenie kwoty 5.000,00 zł podanej cyfrą i słownie i zastąpienie jej kwotą 1.000,00 zł;

h) w § 8 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy - poprzez dopisanie „*20% stawki netto*” po wyrazie „*wysokości*”, tak aby ostateczna ustalona treść § 8 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy brzmiała: „*nie rozpoczęcia roboczogodziny pracy z ilości roboczogodzin zamówionych w wysokości 20% stawki netto, określonej w § 5 ust. 4 pkt. 1 za każdą nie rozpoczętą roboczogodzinę*”;

i) w § 8 ust. 1 pkt 7) wzoru umowy - poprzez wykreślenie „*35%*” i zastąpienie jej stawką „*10%*” oraz skreślenie części zdania po wyrazie „*niewykonaną*” o treści: „*ponadto za każdą roboczogodzinę niewykonaną Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia*”;

j) w § 8 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy - poprzez wykreślenie części zdania o treści: „*ponadto za każdą nieprawidłowo opracowaną lub doręczoną przesyłkę Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia*”. Ponadto Odwołująca wnosi o zmianę Załącznika nr 1 do wzoru umowy pt. „*Wybrane zadania eksploatacyjne i czynności pocztowe zlecane do wykonania Wykonawcy*”:

k) w pkt I. ust. 3 - poprzez określenie dopuszczalnych odsetek błędów na poziomie „*5%*”;

l) w pkt I. ust. 8 - poprzez wykreślenie części zdania po zwrocie „*w ciągu*” i dopisanie: „*każdej z roboczogodzin odrębnie przez każdego pracownika Wykonawcy do iloczynu zrealizowanych roboczogodzin przez pojedynczego pracownika Wykonawcy i normy określonej w pkt 7 dla odpowiedniej jednej czynności w ciągu każdej roboczogodziny, wyrażonej w procentach*”; tak aby ostateczna ustalona treść pkt I. ust. 8 brzmiała: „*W celu ustalenia procentowego wykonania normy wydajnościowej dla godzin zrealizowanych przez Wykonawcę ustala się stosunek ilości wpisanych przesyłek w ciągu każdej z roboczogodzin odrębnie przez każdego z pracowników Wykonawcy do iloczynu zrealizowanych roboczogodzin przez każdego z pracowników Wykonawcy i normy określonej w pkt 7 dla odpowiedniej jednej czynności w ciągu każdej roboczogodziny - wyrażony w procentach. Ustalenie procentowego wykonania normy wydajnościowej dla godzin zrealizowanych przez Wykonawcę będzie następowało w każdej godzinie zegarowej wykonywania Umowy, odrębnie dla każdego z pracowników Wykonawcy*”,

m) w pkt I. ust. 9 - poprzez określenie dopuszczalnych odsetek błędów na poziomie „5%”;

n) w pkt I. poprzez dodanie ust. 10 w brzmieniu: *„Za roboczogodzinę wykonaną należy uważać wszystkie zrealizowane roboczogodziny w trakcie których pracownik Wykonawcy wykonywał inne czynności niż jedną z czynności dla których w pkt 8 określono procentowe wykonanie normy, wynikającej z dokumentacji”;*

o) w pkt I. poprzez dodanie ust. 11 w brzmieniu: *„Fakt wykonywania wyłącznie jednej z czynności, dla których w pkt. 8 określono procentowe wykonanie normy, każdorazowo jest potwierdzany na piśmie odrębnie przez każdego z pracowników Wykonawcy, po każdej godzinie zegarowej wykonywania Umowy przez danego pracownika Wykonawcy.”* Uprawnienie wykonawcy do określenia, w trakcie szacowania wartości oferty, spodziewanych kosztów oraz spodziewanego zysku zostało także naruszone przez Zamawiającego w §2 ust. 2 pkt b) i c) wzoru umowy określającego przesłanki odstąpienia (rozwiązania) umowy. Odwołujący przywołuje opinię, zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 843/09) w sprawie możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy: *„Pomijając fakt, czy sama instytucja wypowiedzenia umowy o zamówienie publiczne jest zgodna z prawem, bowiem istnieją opinie, zgodnie z którymi uznawana jest ona za wątpliwą, jeśli nie wręcz klóścącą się z samą istotą tej umowy, a więc niedozwoloną, Izba uznała iż wskazane, konkretne postanowienie umowy nie jest dopuszczalne.”* Zamawiający przewidział w umowie szereg okoliczności, których zaistnienie pozwoli na wcześniejsze rozwiązanie umowy (Zamawiający w § 2 zamiennie używa pojęć „rozwiązanie” i „odstąpienie”). Są to w szczególności okoliczności, gdy: *„b) w przypadku rozwiązania albo wszczęcia likwidacji przedsiębiorstwa Wykonawcy lub wydania nakazu zajęcia majątku Wykonawcy”;* oraz *„c) jeżeli Wykonawca nie rozpoczął realizacji umowy lub przerwał jej wykonanie, a powstała w ten sposób zwłoka jest dłuższa niż jeden dzień roboczy”;*

p) dlatego Odwołująca wnosi o wykreślenie w § 2 ust. 2 pkt b) i c) wzoru umowy. Są to jedynie wybrane przesłanki rozwiązania przez Zamawiającego umowy. Zamawiający w sposób rażący narusza powyższymi postanowieniami § 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W przytoczonym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 r. Izba ustosunkowując się do kwestii dopuszczalności zawarcia możliwości rozwiązania umowy wskutek okoliczności niesprecyzowanej i leżącej wyłącznie po stronie jednej ze stron umowy stwierdziła: *„Tak więc Zamawiający sam przyznaje, iż okres świadczenia usługi ma duże znaczenie dla ceny oferty, a więc niewątpliwie jest okolicznością mającą wpływ na jej sporządzenie. Niepewność, co do okresu świadczenia powoduje, bowiem niepewność co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny.”* Biorąc pod uwagę wielkość zamówienia oraz spodziewany poziom zaangażowania wykonawców (poprzez ilości osób niezbędnych do

zatrudnienia, czasu koniecznego na ich wyszukanie (rekrutację) i zatrudnienie itp.) powyższe postanowienia należy uznać za niedopuszczalne. Niedookreślenie przesłanek dokonania rozwiązania umowy wraz z zastrzeżeniem zapłaty wynagrodzenia jedynie za wykonane usługi, przy jednoczesnym prawie Zamawiającego do dyskrejonalnego ograniczenia zakresu umowy, skutkuje istotnym ryzykiem dla wykonawców. Zamawiający nie określa tym samym w sposób pewny okresu trwania umowy. Należy zauważyć, iż przedmiotowa umowa jest umową na czas określony zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 142 ustawy Pzp. Trwałość stosunku prawnego, powstałego wskutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyznaczonych ramach czasowych jest wartością samoistną, rzutującą między innymi na proponowaną przez wykonawców cenę. Wiedza na temat długości trwania umowy pozwala na dokonanie kalkulacji uwzględniającej zwrot poniesionych przez wykonawcę kosztów (kosztów, które wykonawcy poniosą w dużym stopniu przed rozpoczęciem świadczenia usług). Odwołujący przytacza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 13 września 2005 r. (sygn. V Ca 1110/04): „*wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie*”. Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1372/08) Izba wyraźnie wskazała na problematykę pewności zakresu zamówienia nakazując zmianę Specyfikacji: „*W tych okolicznościach, zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy nie mają możliwości skalkulowania ceny oferty w sposób, który zapewniłby im określenie rentowności przedsięwzięcia*.” Powyższe zapisy zawarte w Specyfikacji oraz projekcie umowy naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, czyniąc przedmiot zamówienia nieokreślonym i niepewnym, wbrew jasnej i zasadniczej dyspozycji w/w przepisu. Odwołująca wnosi o nakazanie zmiany Specyfikacji poprzez wykreślenie postanowień o możliwości rozwiązania umowy w sposób opisany powyżej.

Kolejne postanowienia naruszające zasadę równoważności stron są postanowienia § 5 ust. 2: „*Zamawiający zastrzega sobie prawo ograniczenia zakresu przedmiotu umowy lub wartości umowy ze względu na aktualne potrzeby lub posiadane środki finansowe bez konsekwencji prawnych i finansowych*”. Dlatego Odwołująca powyżej wnosi o wykreślenie w §5 ust. 2 wzoru umowy. Jak powyżej wskazano, pewność i znajomość zasad co do trwania stosunku zobowiązaniowego, jest podstawą rzetelnej umowy cywilnoprawnej, dla której w zakresie umów o zamówienie publiczne, nie powinno być wyjątku. Ponadto Zamawiający w §

6 ust. 7 określił, że: „Zamawiający w przypadku nieprzewidzianych okoliczności, powodujących niemożność wykonywania przedmiotu umowy, np. brak dostawy prądu, wypłaca 50% stawki netto powiększoną o stawkę VAT, za każdą roboczogodzinę, podczas której niemożliwe było wykonywanie przedmiotu umowy.” W tym przypadku Zamawiający wprowadza do umowy postanowienia, przerzucające ryzyko dotyczące działalności statutowej Zamawiającego, na rzecz swojego kontrahenta. Zapłata zaledwie 50% następować bowiem będzie w okolicznościach całkowicie niezależnych (i niezawinionych) przez Odwołującą, przy pełnej gotowości Odwołującej do należytego świadczenia usług.

q) dlatego Odwołująca wnosi o wykreślenie w § 6 ust. 7 wzoru umowy. W § 8 wzoru umowy oraz w zawarto postanowienia dotyczące kar umownych. Zamawiający po raz kolejny w praktyce dopuścił do rażącej dysproporcji pozycji stron w tym zakresie. Zamawiający dopuszcza karę za jakiegokolwiek niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez wykonawcę któregośkolwiek z obowiązków wynikających z Umowy. Zgodnie z § 8 tylko wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty szeregu dotkliwych i niezwykle wysokich kar umownych. Co więcej Zamawiający nie przewiduje kar umownych za własne zawinione działania w jakimkolwiek obszarze. Specyfikacja tym samym odmiennie traktuje te same okoliczności z wyraźnym preferowaniem interesów Zamawiającego. Należy zauważyć, iż kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) prowadziła do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (wyrok SN z 17 marca 1988 r., sygn. akt IV CR 58/88, LEX 8867). Warto dodać, iż zgodnie z ustawą Kodeks cywilny kara umowna ma charakter odszkodowawczy, a nie prewencyjny. Ustalając wysokość kar umownych strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter. Tezę taką wyrażono przykładowo w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07): „W zakresie zarzutu dotyczącego wysokości kar umownych Zespół Arbitrów zauważa, iż zgodnie z kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter odszkodowawczy, kompensacyjny a nie prewencyjny jako silny środek oddziaływania na niesolidnych wykonawców, zapewniający należyte wykonanie umowy.” Obecne zapisy specyfikacji nie oddają charakteru odszkodowawczego tej instytucji prawa cywilnego. W sytuacji, gdy kara umowna równa się, bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 1 k.c. (vide: wyrok SN z 20 maja 1980 r., sygn. akt I CR 229180, OSNC 1980/12/243). Należy pamiętać, iż zastrzeżenie kary umownej podlega kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych (art. 58 k.c.), jak i zakresu swobody stron w zakresie kształtowania stosunku prawnego (art. 353¹ k.c.). W konkretnych okolicznościach żądanie kary umownej może zostać uznane za sprzeczne z tymi zasadami. Żądanie kar umownych jedynie od wykonawcy nie znajduje żadnego uzasadnienia w charakterze stosunku prawnego łączącego strony w tej umowie. Takie działanie

zamawiającego jest niedopuszczalne. Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji w ramach postępowania, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony prawa. Odwołująca podnosi, iż nie istnieją żadne ważne powody tak istotnego preferowania w projekcie umowy interesów Zamawiającego. Powyżej przytoczone zarzuty Odwołującej opierają się na założeniu, iż skoro ustawodawca wyłączył zasadę swobody umów w odniesieniu do umów w sprawie zamówień publicznych, tym samym uzasadnione jest korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w przypadku nadużywania swoich uprawnień przez Zamawiającego. Przypomnienia wymaga, iż: *„Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone .”*

Co do żądania unieważnienia postępowania Odwołujący wyjaśnia, iż zgodnie z informacją Zamawiającego zawartą w ogłoszeniu z dnia 2 lutego 2011 r., Zamawiający wysłał ogłoszenie o zamówieniu dnia 28 stycznia 2011 r. Zgodnie z kolejną informacją Zamawiającego zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu: *„Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 9.3.2011 -11:30”*. Pomiędzy dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich a terminem składania ofert zachodzi termin jedynie 39 dni, co jawnie narusza nakaz płynący z art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a dotyczący wspomnianego terminu, który nie może być krótszy niż 40 dni. Zamawiający zmuszony jest w tej sytuacji unieważnić postępowanie, gdyż naruszeniem art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, doprowadził do zmniejszenia liczby uczestników mogących wziąć udział w postępowaniu. Przez naruszenie Zamawiającego to postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obecnie w postępowaniu wyznaczonym w ogłoszeniu i SIWZ termin składania ofert, już nigdy nie będzie pierwotnie zgodny z art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zbyt krótki termin na wniesienie ofert spowodował wpływ na obniżenie konkurencyjności postępowania, prowadzonego przez Zamawiającego w trybie, który winien być trybem konkurencyjnym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ k.c. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż sformułowanie tej zasady oznacza, że: istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, istnieje możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w sposób dowolny, forma umowy w zasadzie zależy od woli stron.

Zakres kompetencji stron do kształtowania treści stosunków zobowiązaniowych ustawodawca wyznaczył na dwa sposoby. Po pierwsze, w sposób pozytywny stanowiąc, że

strony mogą "ułożyć stosunek prawny". Po drugie, komentowany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wskazując granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykroczyć. Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego.

Redakcja powołanego przepisu wyraźnie wskazuje, iż nie jest możliwe ukształtowanie treści umowy w sposób, który prowadziłby do naruszenia przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości, że chodzi jedynie o przepisy o charakterze *iuris cogentis* i to zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw. Oznacza to, że zasada swobody doznaje ograniczeń w takim zakresie, jaki wynika z innych przepisów rzędu ustawowego. Przejawem ograniczenia tej zasady są regulacje wynikające z ustawy Pzp. Wystarczy chociażby wskazać na brak możliwości swobodnego wyboru kontrahenta (art. 91 ustawy Pzp), istnienie, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty (art. 144 ustawy Pzp), wprowadzenie ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy (art. 142 ustawy Pzp), brak możliwości wyboru formy zawieranej umowy (art. 139 ust. 2 ustawy Pzp).

Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.

Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi także badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie, czy równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (to jest dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego).

Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi

osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi.

W doktrynie wskazuje się, iż kryterium „*natury stosunku*” nie ma samodzielnej, własnej treści, ale w całości pokrywa się z kryterium ustawy. Powoływanie się na właściwość stosunku w procesie stosowania prawa stanowi jednak w wielu wypadkach alternatywny i niekiedy prostszy od pozostałych sposobów (odwołujących się do ustawy czy zasad współżycia społecznego), bardziej intuicyjny wariant uzasadnienia decyzji uznającej określone postanowienie umowy za bezskuteczne.

Przenosząc poczynione rozważania na grunt niniejszej sprawy, uwzględniając jednocześnie fakt, iż z mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, stwierdzić należy, że:

ad a). Zgodnie z § 3 ust. 8 projektu umowy, *„Zamawiający może żądać natychmiastowego odsunięcia od realizacji usługi osoby, której działanie narusza postanowienia umowy lub może narazić Zamawiającego na szkodę w szczególności: zawłaszczenia, uszkodzenia, zniszczenia, mylne doręczenie przesyłki w trakcie wykonywanej usługi, zniszczenia mienia Zamawiającego lub realizacji zakładanych wskaźników jakościowych i wydajnościowych na poziomie niższym niż określony w załączniki nr 1”*. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż posłużenie się formułą, że *„działanie narusza postanowienia umowy lub może narazić Zamawiającego na szkodę”* jest o tyle wadliwe, że w warunkach niniejszego zamówienia jest zbyt ogólne. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż dla przykładu, w świetle § 3 ust. 2 pkt 4 projektu umowy, niezastosowanie się do wszelkich poleceń upoważnionych pracowników Zamawiającego stanowi naruszenie postanowień umowy, a co za tym idzie, aktualizuje po stronie Zamawiającego uprawnienie do żądania natychmiastowego odsunięcia danej osoby. Przytoczony przykład wskazuje, iż częstokroć nie mające istotnego znaczenia polecenia przełożonych mogą powodować dla wykonawcy dotkliwą sankcję, w postaci odsunięcia pracownika i konieczności zastąpienia go w ciągu 24 godzin innym. Stąd też, w ocenie Izby odpowiedniość uprawnień wymaga, aby sytuacje, które prowadzić będą do odsunięcia pracownika były skonkretyzowane i dotyczyły obowiązków, które mają szczególne znaczenie dla Zamawiającego. Chodzi bowiem o to, aby wykonawca wiedział, jakie okoliczności powodować będą aktualizację wskazanych uprawnień Zamawiającego, a ponadto, żeby były odpowiednie do wagi naruszonych obowiązków. Nie można bowiem uznać, iż możliwość narażenia Zamawiającego na szkodę, nie mówiąc już o tym, że nie wiadomo, w jaki sposób hipotetyczność tej sytuacji miałyby być sprawdzana, nie może wiązać się ze wskazaną przez Zamawiającego sankcją. Przesłanką do wymiany pracownika może być co najwyżej *„spowodowanie szkody.”* Argumentacja Zamawiającego, iż wskazywana sankcja dotyczy koniunkcji okoliczności zawartych w analizowanym postanowieniu nie znajduje uzasadnienia w treści tejże regulacji.

Zamawiający pomija również, iż sankcją nie jest objęte zdarzenie wywołujące szkodę, ale sama możliwość powstania takiej okoliczności. Zaproponowane przez Zamawiającego rozwiązanie wprowadzenia testu, o którym mowa w § 4 ust. 6 projektu umowy mógłby stanowić podstawę do stwierdzenia jedynie niektórych okoliczności wywołujących szkodę (przekroczenie norm wydajnościowych i jakościowych). Przy czym wydaje się słuszne, w odniesieniu do analizowanej sankcji, iż zakreślenie przez Zamawiającego niewielkiej granicy błędu (np. na poziomie 2%) nie będzie kwalifikowane jako zdarzenie wywołujące szkodę wskutek niedotrzymania norm wydajnościowych jakościowych, czy też wydajnościowych, tym bardziej, że test może powodować jakieś niepożądane i niekontrolowane reakcje ze strony osób wykonujących czynności, podlegające sprawdzeniu. Z tych względów Zamawiający zobowiązany jest dokonać modyfikacji wskazanych postanowień SIWZ, uwzględniając okoliczności wskazane wyżej.

Izba nie dostrzega natomiast potrzeby modyfikacji § 3 ust. 9 projektu umowy uznając, iż prawidłowe określenie okoliczności (w sposób podany wyżej), uzasadnia konieczność zastąpienia dotychczasowego personelu wykonawcy w ciągu 24 godzin.

ad b) i c). Zarzuty zawarte we wskazanych punktach nie podlegały rozpoznaniu, wobec cofnięcia ich na rozprawie.

ad d). Zgodnie z § 5 ust. 2 projektu umowy *„Zamawiający zastrzega sobie prawo ograniczenia zakresu przedmiotu umowy lub wartości umowy ze względu na aktualne potrzeby lub posiadane środki finansowe bez konsekwencji prawnych i finansowych.”* Jak słusznie wskazuje Odwołujący, taki sposób określenia przedmiotu umowy nie pozwala w sposób właściwy na skalkulowanie ceny oferty. W istocie bowiem nie wiadomo, w jaki sposób określić wielkość czynników cenotwórczych. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż ilość osób związanych z obsługą kontraktu jest różna, w zależności od rozmiarów kontraktu, a w konsekwencji odmiennie kształtuje się ilość czasu pracy, niezbędnego do realizacji zamówienia i wartość wynagrodzenia. Izba stoi na stanowisku, iż zaproponowane przez Zamawiającego ograniczenie zakresu lub wartości umowy na poziomie 50% jest na tyle duże, iż dalej nie umożliwi wykonawcy prawidłowego skalkulowania ceny oferty. W ocenie Izby, Zamawiający dysponuje danymi historycznymi i wiedzą, co do możliwości wprowadzenia nowych technologii, które dają podstawy do określenia zakresu zamówienia według rzeczywistych potrzeb. Stąd też, ustalenie spornego ograniczenia na poziomie 20% jest jak najbardziej możliwe i pożądane. Nadto, należy zwrócić uwagę Zamawiającego, iż ma on również możliwość skorzystania z instytucji *„zamówień uzupełniających”*, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bez obawy, iż wskazany poziom 20% nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Powyższe uzasadnia dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ, przy wykorzystaniu jednego z podanych, alternatywnych rozwiązań.

ad e). Zarzut zawarty we wskazanym punkcie nie podlegał rozpoznaniu, wobec cofnięcia go na rozprawie.

ad f). Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Sam Zamawiający podzielił w tym względzie stanowisko Odwołującego, uzewnętrzniając powyższe w „*Odpowiedzi na wniesione odwołanie wraz zez zmianą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*”. Zamawiający po ust. 5 § 6, który brzmi: „*W wyjątkowych sytuacjach możliwe są zmiany godzin rozpoczęcia i zakończenia wykonywania usługi, a także ilości przesyłek, które należy doręczyć. Za wyjątkową sytuację należy uznać sytuację, której wcześniej Zamawiający nie mógł przewidzieć, a nastąpiło zwiększenie lub spadek wolumenu przesyłek do opracowania w określonej porze dnia. Z tego samego powodu Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia Wykonawcy innych czynności, niż wyszczególnione w zapotrzebowaniu, z zastrzeżeniem § 1 ust. 2*”, dodał ust. 6, zgodnie z którym „*Przy wykonywaniu innych czynności, niż wyszczególnione w zapotrzebowaniu, nie stosuje się zapisów Umowy, mówiących o założonych normach wydajnościowych.*” Zaproponowane przez Zamawiającego rozwiązanie czyni zadość wymaganiom Odwołującego, dając jednocześnie Zamawiającemu możliwość racjonalnego wykorzystania pracowników. Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego, iż zachodzi jakaś szczególna potrzeba zlecenia tychże czynności na odrębnym druku i zapewnienie jakiegoś szczególnego sposobu potwierdzania zlecenia dodatkowych czynności przez pracownika wykonawcy. Jak trafnie wskazuje Zamawiający, z ust. 6 § 6 jasno wynika, iż dokumentowaniu tego rodzaju zdarzeń służy załącznik nr 3.1 do projektu umowy. W załączniku tym pracownik Zamawiającego odnotowuje fakt wykonywania dodatkowych czynności, który zostaje potwierdzony własnoręcznym podpisem pracownika Zamawiającego i wykonawcy. Bez znaczenia dla oceny niniejszego stanu faktycznego są argumenty Odwołującego, iż formuła ta nie sprawdziła się i była sprowadzana jedynie dla potwierdzenia obecności. Rolą wykonawcy jest przygotowanie pracowników do właściwego wypełniania obowiązków, w tym również do prawidłowego potwierdzania czynności przez nich wykonywanych.

ad g) Zarzut zawarty we wskazanym punkcie nie podlegał rozpoznaniu, wobec cofnięcia go na rozprawie.

ad h) Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 6 projektu umowy, „*Zamawiający może naliczyć kary umowne w przypadku nie rozpoczęcia roboczogodziny pracy z ilości roboczogodzin zamówionych w wysokości stawki netto, określonej w § 5 ust. 4 pkt. 1 za każdą nie rozpoczętą roboczogodzinę.*” Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 483 § 2 k.c., Izba stoi na stanowisku, iż zastrzeżenie kary umownej w wysokości 100% stawki netto za roboczogodzinę w przypadku jej nierozpoczęcia stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „*pozostawienie stronom swobody określania wysokości odsetek, gdy ich źródłem jest ustawa, jak i wówczas gdy dopuszczalność ich*

wynika z umowy, nie uchyla kontroli tych stosunków prawnych formowanych w warunkach działalności gospodarczej pod kątem ogólnych klauzul, zabezpieczających obrót gospodarczy przed zjawiskami patologicznymi, które – mimo pozornej zgodności z innymi przepisami – nie mogą doznawać ochrony ze strony państwa „(wyrok SN, sygn. akt II CKN 1097/00). „Ustawodawca, mając na względzie bogactwo życia gospodarczego, konieczne ograniczenia sformułował w postaci klauzul generalnych, pozostawiając sądom wypełnianie ich treścią na podstawie znajomości zjawisk ekonomicznych i społecznych. Do nich należą zasady współżycia społecznego, a wśród nich zakaz lichwy, tj. zastrzeżenie rażąco wygórowanych odsetek przysparzających nadmiernych w danych stosunkach i nieusprawiedliwionych zysków dla jednej ze stron” (wyrok SN z dnia 27.07.200 r., sygn. akt IV CKN 85/00). Stąd też, należy uznać, iż kara umowna na poziomie wartości świadczenia jest rażąco wygórowana i w tym zakresie przedmiotową regulację należy uznać za nieważną, na podstawie art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 2 i 3 k.c. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę specyfikę niniejszego zamówienia, określenie kary w wysokości 40% wartości roboczogodziny spowoduje, iż cel tej instytucji zostanie spełniony.

ad i) Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 7 projektu umowy, Zamawiający w przypadku niewykonania roboczogodziny naliczy karę umowną w wysokości 10% stawki za roboczogodzinę, „ponadto za każdą roboczogodzinę niewykonaną Zamawiający ma prawo nie wypłacić wynagrodzenia.” W istocie analizowana regulacja prowadzi do zastrzeżenia kary umownej w wysokości 110 % za każdą niewykonaną roboczogodzinę. Karę tę należy uznać za rażąco wygórowaną, z powodów, o których była mowa wyżej. Zamawiający mógłby co najwyżej, jak wskazuje Odwołujący i co przyznał na rozprawie Zamawiający, określić na jakim poziomie np. niewykonanie normy wydajnościowej, powoduje, że świadczenie utraciło dla Zamawiającego znaczenie. Oczywistym jest bowiem, jak podkreśla Zamawiający, że wykonanie tej normy na poziomie 10% nie może być potraktowane jako wykonanie roboczogodziny, ale już wykonanie jej na poziomie 90% z pewnością tak. W tych okolicznościach niezbędne jest dokonanie modyfikacji SIWZ, z uwzględnieniem wskazanych okoliczności.

ad j) Izba zajęła stanowisko analogiczne jak w pkt i).

ad k), l), m) Zarzuty Izba uznaje za uzasadnione i nakazuje Zamawiającemu modyfikację SIWZ w sposób zgodny z oświadczeniem, złożonym na rozprawie.

ad n) i o) Żądanie modyfikacji SIWZ należy uznać za nieuzasadnione wobec zaproponowanych przez Zamawiającego na rozprawie modyfikacji Załącznika nr 1 do projektu umowy.

ad p) Izba uznaje podniesiony zarzut za słuszny i nakazuje wykreślenie z § 2 ust. 2 lit. b projektu umowy w brzmieniu: „Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku rozwiązania albo wszczęcia likwidacji przedsiębiorstwa Wykonawcy lub

wydania nakazu zajęcia majątku Wykonawcy', przesłanek dotyczących likwidacji i wydania nakazu zajęcia majątku, zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego na rozprawie. Wskazane okoliczności nie uniemożliwiają wykonywania umowy. Zaś, regulację zawartą w lit. c, zgodnie z którą „Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku, jeżeli Wykonawca nie rozpoczął realizacji umowy lub przerwał jej wykonanie, a powstała w ten sposób zwłoka jest dłuższa niż jeden dzień roboczy” Izba nakazuje doprecyzować w sposób zgodny z oświadczeniem Zamawiającego, złożonym na rozprawie.

ad q) Zarzut Izba uznaje za chybiony. Zgodnie z § 6 ust. 7 projektu umowy, „Zamawiający w przypadku nieprzewidzianych okoliczności, powodujących niemożność wykonywania przedmiotu umowy, np. brak dostawy prądu, wypłaca 50% stawki netto powiększoną o stawkę VAT, za każdą roboczogodzinę, podczas której niemożliwe było wykonywanie przedmiotu umowy.” W świetle art. 473 § 1 k.c. powyższą regulację należy uznać za dopuszczalną i dającą podstawy uznania ekwiwalentności świadczeń stron. Co więcej, wykonawca mając świadomość tak ukształtowanej odpowiedzialności ma możliwość ułożenia stosunku prawnego, łączącego go z osobami, które będą wykonywać zamówienie w taki sposób, który powyższą okoliczność pozwoli uwzględnić.

Nadto, dodać należy, iż brak regulacji w umowie odpowiedzialności odszkodowawczej wierzyciela w razie zwłoki, nie pozbawia dłużnika możliwości skorzystania z regulacji zawartej w art. 486 k.c. Brak podstaw do uwzględnienia jakichkolwiek zarzutów Odwołującego w tym zakresie, wobec zaniechania wskazania jakichkolwiek podstaw do ukształtowania odpowiedzialności wierzyciela.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu pierwotny termin składania ofert (na moment wniesienia odwołania) wynosił 39 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, a nie 40 dni, jak wymaga tego przepis art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający wysłał bowiem ogłoszenie w dniu 28 stycznia 2011 r., zaś termin składania ofert wyznaczył na dzień 9 marca 2011 r. Zastosowanie przepisu art. 111 k.c. prowadzi do wniosku, iż niezachowano terminu, o którym mowa wyżej. Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, iż przedmiotowe naruszenie stanowi podstawę do unieważnienia postępowania, w świetle art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Po pierwsze, nie jest to bowiem wada niemożliwa do usunięcia, po drugie, przedmiotowa wada pozostaje bez wpływu na ważność zawieranej umowy (art. 146 ustawy Pzp). Konsekwencją stwierdzonych naruszeń, jest uznanie, iż doszło do przekroczenia normy, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zaś, zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należał uznać za przedczesny, biorąc pod uwagę etap postępowania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania wpis od odwołania w wysokości 15 000,00 zł oraz uzasadnione koszty Odwołującego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....