

Sygn. akt: KIO 1206/12

WYROK
z dnia 25 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Piotr Kozłowski

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **8 czerwca 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonać zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) w:**
 - 1) części I ust. 5.1 specyfikacji – przez uchylenie tego postanowienia:**
 - 2) § 19 ust. 16 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez nadanie dotychczasowej treści „Inżynier podejmie decyzję odnośnie wydania**

Świadectwa Wykonania” nowego brzmienia „Inżynier wyda Świadectwo Wykonania”;

- 3) § 23 ust. 4 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez uchylenie tego postanowienia;
- 4) § 24 ust. 1 pkt 8 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez uchylenie tego postanowienia;
- 5) § 27 ust. 4 pkt 5 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez dodanie wyrazów wskazujących na wyznaczenie odpowiedniego terminu na usunięcie usterek lub niekompletności dokumentów oraz uzależnić zastosowanie kary umownej od niedochowania wyznaczonego, odpowiedniego terminu na usunięcie usterek lub niekompletności dokumentów

– oraz dostosować do tych zmian treść ogłoszenia o zamówieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** na rzecz wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »**Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z dostawą urządzeń i ich uruchomieniem na Kontrakt nr 1 „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego Obszaru Metropolitalnego**«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **30.05.2012 r.** pod nrem **2012/S 101-167632**.

Wykonawca Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł **08.06.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie przez treść obu dokumentów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 1 Pzp przez niejasne i nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia lub braku jego opisu w ogóle tj. przez:
 - a. Ustalenie zakresu obowiązków wykonawcy w drodze sformułowań wzajemnie wykluczających się – Cz. II ust. 3 pkt 3 specyfikacji.
 - b. Ustalenie zakresu obowiązków wykonawcy w drodze sugestii tj. w sposób umożliwiający różnorodną interpretację specyfikacji i tym samym dopuszczający złożenie ofert opiewających na różnorodnie pojmowaną specyfikację, co w konsekwencji oznacza naruszenie zasad uczciwej konkurencji – Cz. IV ust. 2 pkt 3 lit. a i b specyfikacji.
 - c. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego, w szczególności w drodze zaniechania określenia ilości wizyt w zadanym przedziale czasu, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulację treścią oferty w tej części – Załącznik nr 2 do § 3 ust. 5 specyfikacji.

- d. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu oraz ponoszenia kosztów tego serwisu, w szczególności przez brak wyszczególnienia rodzajów części, jakie będą podlegały wymianie i serwisowaniu, określeniu zakresu tego serwisu, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulacje treścią oferty w tej części – Załącznik nr 2 do § 17 ust. 10 specyfikacji.
- e. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej opłat za zajęcie pasa drogowego, w szczególności przez wskazanie stałej kwoty rozliczanej następnie na podstawie faktur, analogicznie do opłat za przyłączenie do sieci energetycznej i ciepłowniczej – sekcja II.1.5. ust. 3 pkt 6 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Cz. II ust. 3 pkt 6 specyfikacji oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 3 ust. 2 pkt 4.
2. Art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387§ 1 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 41 pkt 6 Pzp przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia – sekcja II.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Cz. I ust. 6 specyfikacji oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 4 ust. 1.
 3. Art. 36 ust. 2 Pzp przez brak zamieszczenia w specyfikacji opisu sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalnych warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe – Cz. I ust. 5.1 specyfikacji.
 4. Art. 43 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 oraz w z w. z art. 41 pkt 10 Pzp przez wyznaczenie nadmiernie krótkiego terminu składania ofert – sekcja IV.3.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Cz. VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji.
 5. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez dokonanie w treści specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia sekcja III.2.3. ust. 1.2 pkt 14 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Cz. III ust. 1 pkt 3 specyfikacji Ekspert nr 14.
 6. Art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp przez żądanie od wykonawców oświadczeń zbędnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia a dotyczących stosunków łączących wykonawcę z podmiotem udostępniającym mu zasoby – Cz. III ust. 3.4 pkt 2 i 3 specyfikacji.
 7. Art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 5 Pzp przez pozbawienie wykonawców prawa do powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom w toku realizacji kontraktu, bez wskazania, która cecha przedmiotu zamówienia wymaga podobnej ingerencji w wolność wykonawcy do sięgania po podwykonawców – Cz. III ust. 4 pkt 2 specyfikacji oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust. 1 i 2 i 6.

8. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp przez nieprecyzyjne i wzajemnie wykluczające się określenie warunków wniesienia wadium i wskazanie, że w przypadku wnoszenia wadium w formie innej niż w pieniądzu należy przygotować dwa oryginały tego dokumentu – Cz. IV ust. 3 pkt 3 i 4 specyfikacji.
9. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 § ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez:
 - a. nieprecyzyjne określenie kryteriów ocen w części dotyczącej kryterium III – Parametry Gwarantowane, które w szczególności sprowadza się do zwykłego porównania oświadczeń wykonawców (Załącznik nr 8 do Formularza oferty) z jednoczesnym brakiem w treści specyfikacji postawionego przez zamawiającego wymogu złożenia dokumentów potwierdzających zdolność do oferowania Parametrów Gwarantowanych przez konkretnego wykonawcę – Cz. VIII ust. 1 pkt 1.5 (str. 23) specyfikacji.
 - b. nieprecyzyjne określenie sposobu badania kryterium oceny ofert w części dotyczącej kryterium II – Koszty Eksploatacji, które w szczególności sprowadzają się do porównania oświadczeń wykonawców z jednoczesnym brakiem w treści specyfikacji postawionego przez zamawiającego wymogu złożenia dokumentów potwierdzających zdolność do oferowania opisanych Kosztów eksploatacji. – Cz. VIII ust. 1 pkt 1.5 (str. 23) specyfikacji.
10. Art. 353¹ Kc w zw. art. 647 Kc w zw. z art. 139 § 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez nałożenie na wykonawcę ewentualnego obowiązku pozyskiwania nieruchomości w przypadku wystąpienia takiej konieczności – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 3 ust. 7.
11. Art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 ust 1 i art. 139 § 1 Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji, przez ustalenie warunków realizacji przedsięwzięcia w sposób naruszający naturę umowy o roboty budowlane, dzieło, zlecenie, dostawy oraz zasady współzycia społecznego w części, w jakiej warunki Załącznika nr 2 do specyfikacji:
 - a. Uprawniają Inżyniera, a więc zamawiającego do wstrzymania CAŁEJ budowy z uwagi na brak przedstawienia przez wykonawcę dokumentów dopuszczających do obrotu nieokreślonej ilości materiału budowlanego (a więc i 1 sztuki) – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 3 ust. 10.
 - b. Wskazują, że odbiór częściowy będzie wymagał procedury jak dla odbioru końcowego – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 5 ust. 2 oraz § 27 ust. 1 pkt 3
 - c. Zobowiązują Inżyniera do przebywania na terenie budowy minimum raz na trzy dni – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 7 ust. 2 pkt 2

- d. Uprawniają Inżyniera do samodzielnego wydawania wiążących poleceń dotyczących zmiany podstawowych parametrów umowy (technologia i technika), co dodatkowo rażąco narusza art. 144 oraz art. ust. 2 w zw. z art. 77 § 1 Kc Pzp – sekcja III. 1.2 pkt 16 Ogłoszenia o zamówieniu, Załącznik nr 2 do specyfikacji § 7 ust. 2 pkt 4
- e. Nie przewidują, aby opóźnienia terminów wywołane przez Inżyniera podlegały karom umownym bądź zwalniały wykonawcę od obowiązku ich płacenia – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 7.
- f. Uprawniają zamawiającego lub Inżyniera do usunięcia dowolnej osoby z personelu wykonawcy od wykonywania obowiązków związanych z realizacją umowy przez wykonawcę, którego skutkiem może być nałożenie ogromnej kary umownej na wykonawcę, niepotrafiącego w ciągu 7 dni znaleźć stosownego zastępstwa – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 9 ust 9.
- g. Uprawniają zamawiającego do zgłaszania zastrzeżeń wobec podwykonawcy robót budowlanych, co pozostaje dodatkowo niezgodne z art. 647¹ § 2 Kc, który uprawnia wyłącznie do komentowania postanowień umowy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust 4.
- h. Nakazują wykonawcy pod rygorem odmowy zapłaty jego należności przez zamawiającego zapłatę przez wykonawcę należności na rzecz podwykonawców niewykonujących robót budowlanych tj. dostawców, zleceniobiorców czy wykonawców dzieł bez względu na to czy należności te są tym podmiotom należne czy nie i w oderwaniu od umów zawartych pomiędzy wykonawcą a tymi podmiotami, podczas gdy zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za tego rodzaju zobowiązania wykonawcy i nie ma żadnego uzasadnienia dla takiej ingerencji w relacje umowne wykonawcy, a tego rodzaju ingerencja może naruszać tajemnicę handlową wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust. 7 i 8 i 9.
- i. Uprawniają zamawiającego lub Inżyniera do usunięcia dowolnego podwykonawcy lub osoby z personelu podwykonawcy od wykonywania obowiązków związanych z realizacją umowy przez wykonawcę, którego skutkiem może być nałożenie ogromnej kary umownej na wykonawcę, niepotrafiącego w ciągu 7 dni znaleźć stosownego zastępstwa – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust 13.
- j. Zobowiązują wykonawcę do objęcia ochroną i zapewnienia bezpieczeństwa na terenach sąsiadujących z terenem budowy, co dodatkowo narusza regulę art. 652 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 13 ust. 7.
- k. Uprawniają zamawiającego i Inżyniera do wstrzymania realizacji CAŁOŚCI robót z uwagi na dowolne, bo niesprecyzowane i nieokreślone okoliczności określone,

jako: jeżeli sytuacja będzie tego wymagać”, co dodatkowo narusza art. 636 § 1 Kc, który wyklucza przyznanie tego rodzaju uprawnienia po stronie zamawiającego – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 14 ust. 4.

- l. Uprawnia zamawiającego do jednostronnego ustalenia terminu usunięcia wad w okresie gwarancji bez wskazania minimalnej długości tego terminu – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 17 ust. 9 pkt 5
- m. Uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru przedmiotu umowy, w przypadku braku spełnienia Parametrów Gwarantowanych i jednostronnego wyznaczenia terminu do usunięcia tego braku, podczas gdy przedmiot umowy spełniający Parametry Bezwzględne jest zdolny do funkcjonowania i powinien zostać odebrany – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 18 ust. 1.
- n. Uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji zaistnienia wad nieusuwalnych, ale nieistotnych lub przekroczenia przez wykonawcę terminu usunięcia wad – co dodatkowo narusza regułę art. 637 § 2 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 18 ust 2.
- o. Uprawnia zamawiającego do żądania ponownego wykonania przedmiotu umowy w sytuacji zaistnienia wad istotnych i nieusuwalnych, co dodatkowo narusza regułę art. 637 § 1 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 18 ust 5.
- p. Przewiduje dowolność po stronie Inżyniera w wydaniu Świadectwa Wykonania, co dodatkowo narusza regułę art. 462 § 1 i 2 Kc – sekcja III. 1.2 pkt 16 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 19 ust. 16;
- q. Nie precyzuje zasad wypłacania zaliczki – sekcja III. 1.2 pkt 21 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 19 ust. 21;
- r. Uprawnia zamawiającego do jednostronnego zmniejszenia zakresu zamówienia o 20% oraz zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy o 20%, co dodatkowo narusza art. 144 oraz art. 145 Pzp oraz art. 639 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 23 ust. 1-5;
- s. Uzależnia obowiązek zapłaty kar umownych od opóźnienia wykonawcy, co oznacza, że obowiązek ich zapłaty powstanie również wówczas, gdy ominięcie terminu nastąpi z przyczyn dotyczących zamawiającego – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 24 ust. 1;
- t. Wprowadza rażąco wygórowane kary umowne w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego w okresie gwarancji i rękojmi – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 24 ust. 1 pkt 8;
- u. Nie wprowadza limitu odpowiedzialności wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji;

- v. Nie nakłada na zamawiającego obowiązku przekazania wykonawcy oświadczeń o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomościami dla uzyskania pozwolenia na budowę innymi niż przewidziane umową, co dodatkowo narusza art. 647 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 25 ust. 6;
- w. Nie przewidują ochrony tajemnicy handlowej wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 26 pkt 6;
- x. Uprawnia zamawiającego do zastosowania kary umownej przewidzianej § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy PRZED upływem wyznaczonego terminu do usunięcia usterek – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 27 ust. 4 pkt 5;
- y. Nakładają na wykonawcę bezwzględny obowiązek przyjęcia warunków płatności zmodyfikowanych przez zamawiającego i jego instytucję kredytującą choćby warunki te pogarszały sytuację wykonawcy – sekcja VI.3 pkt 3 lit. c-g Ogłoszenia o zamówieniu oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 29 pkt 3 lit. c;
- z. Ustalają, że naruszeniem umowy przez wykonawcę będzie zaistnienie nakazu zajęcia wydanego wobec nieokreślonego składnika majątku wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 30 ust 2 pkt 5.
- za. Ustala prawo zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy o 31 dni w stosunku do Programu Robót tj. o mniej niż 2,8% zakładanego przez zamawiającego czasu na wykonanie prac – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 30 ust. 4.
- zb. Ustala prawo zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku rozwiązania, wygaśnięcia lub odstąpienia przez zamawiającego lub NFOSiGW lub WFOŚiGW w Toruniu od umowy pożyczki – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 30 ust. 7 pkt 6.
- zc. Ustala po stronie zamawiającego brak obowiązku odkupienia od wykonawcy części i urządzeń nabytych przez wykonawcę do czasu odstąpienia, co dodatkowo narusza art. 145 ust. 2 Pzp – Załącznik nr do specyfikacji § 30 ust. 8.
- zd. Ustala po stronie zamawiającego obowiązek rozliczenia kosztów wykonania robót rozbiórkowych nie po ich wykonaniu, a po przedstawieniu informacji dot. materiałów pochodzących z rozbiórki, co dodatkowo narusza art. 647 Kc Załącznik nr 2 do specyfikacji § 32 ust. 3.
- ze. Uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku nie zawarcia przez wykonawcę umowy ubezpieczenia – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 34 ust. 4.
- zf. Ustala obowiązek ubezpieczenia przez wykonawcę jego samego oraz zamawiającego i wszelkich innych podmiotów uczestniczących w realizacji

kontraktu na łączną sumę gwarancyjną równą wartości umowy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 35 ust. 2 pkt 1-3

12. Art. 151 Pzp przez ustalenie, że Zabezpieczenie należytego wykonania zostanie wystawione na okres dłuższy odpowiednio o 30 dni w przypadku zabezpieczenia wykonania umowy 15 dni w przypadku upływu terminu gwarancji i rękojmi, podczas gdy ustawa nie przewiduje podobnego wymogu, a dodatkowo zabezpieczenie należytego wykonania obejmuje wyłącznie okres rękojmi, a nie obejmuje okresu gwarancji – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 14 ust. 5.
13. Art. 353¹ Kc w zw. z art. 139 § 1 Pzp przez wymaganie od wykonawcy uzyskania zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcami prac architektonicznych, dostaw, umów o dzieło, co narusza naturę umowy o dzieło, zlecenia, dostawy, a dodatkowo ingerują bezpośrednio w funkcjonowanie wykonawcy i mogą uniemożliwić prawidłową realizację zamówienia – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust. 2 i 6.

Odwołujący wnosi o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności publikacji Ogłoszenia oraz specyfikacji i będące tego konsekwencją nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności dokonania Ogłoszenia oraz publikacji specyfikacji, a to ze względu na powagę naruszeń zarzuconych niniejszym odwołaniem;
- 2) Zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów wywołanych odwołaniem.

Względnie, alternatywnie wobec wniosku (żądania) ujętego w pkt 1 z najdalej idącej ostrożności wnosi o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości i przedłużenie terminu składania ofert do 30 września 2012 r. do 12:00;
2. Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania Ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji przez wprowadzenie następujących zmian:
 - 1) Ogłoszenie o zamówieniu:
 - a. sekcja II.3 – przez zastąpienie liczby „1100” liczbą „1440”
 - b. sekcja III. 1.2
 - i pkt 8 przez dodanie po słowach „może wynieść” słowa „netto”,
 - ii pkt 16 przez zastąpienie słów „Inżynier podejmie decyzję odnośnie wydania Świadectwa Wykonania” słowami „Inżynier wyda Świadectwo Wykonania”
 - iii pkt 6 przez skreślenie ostatniego zdania.
 - iv pkt 21 przez dostosowanie jego treści do umowy o dofinansowanie projektu zawartej przez zamawiającego,

c. sekcja III.2.3

i pkt 14 przez skreślenie słów „oraz udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji o wartości minimum 100 000 000 PLN netto objętej decyzją środowiskową”

d. sekcja IV.3.4 przez nadanie mu brzmienia „30.09.2012 – 12.00”

e. sekcja VI.3

i pkt 3 lit. c przez dodanie słów ”Zmiana nie może pogorszyć warunków płatności ustalonych w pierwotnym tekście umowy”

ii pkt 3 lit. d-f przez dodanie słów „Z wyłączeniem sytuacji, kiedy okoliczności te zaistniały z przyczyn dotyczących zamawiającego”

iii pkt 3 lit. g przez zastąpienie słów „o kwoty odpowiadające cenie robót, z których zamawiający rezygnuje” słowami „o kwoty zaoszczędzone przez wykonawcę w związku z rezygnacją przez zamawiającego”

2) Część II specyfikacji:

a. ust. 3 pkt 3 przez skreślenie słów „(wykonawca zobowiązany jest uwzględnić koszty tych działań w swojej ofercie)”

3) Część III specyfikacji:

a. ust. 1 pkt 3 – Ekspert nr 14 – przez skreślenie słów „oraz udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji o wartości minimum 100 000 000 zł netto objętej decyzją środowiskową”

b. ust. pkt 3.4

i Ppkt 2 przez skreślenie słów „wraz z informacją, co do charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”

ii Ppkt 3 przez skreślenie słów „wraz z informacją, co do charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”

c. Ust. 4 pkt 2 – przez jego skreślenie.

4) Część IV specyfikacji:

a. Ust. 2

i Pkt 3 lit. b przez skreślenie słów „Przyjmuje się, że wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszego Kontraktu i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje”

ii Pkt 5 przez nadanie mu następującego brzmienia „Cena waloryzowana będzie w stosunku rocznym w dniu 01 stycznia każdego roku o wartość średniorocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszonego przez Główny Urząd Statystyczny.

5) Część V specyfikacji:

a. Ust. 3 pkt przez jego skreślenie.

6) Część VII specyfikacji:

- a. Ust. 1 pkt 1 przez nadanie mu brzmienia „Oferty należy złożyć w biurze zamawiającego w Bydgoszczy przy ul. Kościuszki 53 lok nr 115 do dnia 30 września 2012 r. do godz. 12.00”

7) Część VIII specyfikacji przez stosowne uzupełnienie kryterium oceny ofert: Parametry Gwarantowane oraz Koszty Eksploatacyjne.

8) Część IX specyfikacji:

a. ust. 2 pkt 3

- i lit. c przez skreślenie ostatniego zdania albo dodanie po kropce treści „Zmiana nie może pogorszyć warunków płatności ustalonych w pierwotnym tekście umowy”
- ii lit. d-f przez dodanie po kropce treści: „Z wyłączeniem sytuacji, kiedy okoliczności te zaistniały z przyczyn dotyczących zamawiającego”
- iii lit. g przez zastąpienie słów „o kwoty odpowiadające cenie robót, z których zamawiający rezygnuje” słowami „o kwoty zaoszczędzone przez wykonawcę w związku z rezygnacją przez zamawiającego”

9) Załącznik nr 2 do specyfikacji:

- a. § 2 ust. 1 pkt 7 przez nadanie mu następującego brzmienia „Parametry Bezwzględne – wszystkie wartości określające poszczególne funkcje przedmiotu umowy, których osiągnięcie jest wymagane zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa dla zapewnienia legalnego funkcjonowania przedmiotu umowy”
- b. § 2 ust. 1 pkt 21 przez dodanie po kropce treści „Obowiązek, zakupu, dostawy, wymiany części i materiałów eksploatacyjnych dotyczy wyłącznie części szybko zużywających się wskazanych przez zamawiającego w Załączniku do umowy”
- c. § 3 ust. 7 przez dodanie po kropce treści „Obowiązek opisany w niniejszym ustępie nie dotyczy uzyskania prawa do terenu dla celów budowlanych. Ilekroć pojawi się konieczność pozyskania nieruchomości dla celów budowlanych obowiązek pozyskania tych gruntów i złożenia stosownego oświadczenia dla celów budowlanych będzie obciążał w całości i wyłącznie zamawiającego”
- d. § 3 ust. 10 przez dodanie po słowach „może skutkować wstrzymaniem robót” słów „w których wykorzystane mają być te wyroby, o ile wykonawca nie przedstawi wyrobów zastępczych należycie udokumentowanych,”
- e. § 4 ust. 1 przez zmianę w słów „w okresie 1100 dni” na słowa „w okresie 1440 dni”
- f. § 5 ust. 2 przez skreślenie słów „a odbiory te będą wymagać zachowania zasad i formalności jak dla odbioru końcowego (oświadczenie kierownika, komplet dokumentów dotyczących materiałów i wyrobów, wyniki badań i sprawdzeń, inwentaryzacje powykonawcze itp.)”
- g. § 7 w

- i ust. 2 pkt 2 przez zastąpienie słów „minimum raz na trzy dni” słowami „codziennie”,
- ii § 7 ust. 2 pkt 4 przez zamianę słów „wiążących poleceń” na słowa „sugestii”
- iii przez dodanie ust. 5 o treści „Niezgodne z umową lub przepisami prawa, zwyczajami, zasadami wiedzy technicznej zaniechanie lub działanie Inżyniera skutkujące przekroczeniem przez wykonawcę terminów realizacji umowy zwalnia wykonawcę od zapłaty kar umownych za to przekroczenie. Niezgodne z umową lub przepisami prawa, zwyczajami, zasadami wiedzy technicznej działanie lub zaniechanie Inżyniera wywołujące niemożność wykonywania części lub całości umowy uprawnia wykonawcę do odpowiedniego przedłużenia terminu realizacji umowy”

h. § 9 w:

- i Ust. 4 pkt 13 przez zastąpienie obecnego określenia następującym „Kierownik robót telekomunikacyjnych”
- ii Ust. 9 przez zastąpienie terminu 7 dni terminem 30 dni oraz dodaniem po kropce: „Prawo zamawiającego opisane w niniejszym ustępie nie dotyczy osób zarządzających wykonawcy, oraz osób, o których mowa w § 9 ust. 4 umowy. Opóźnienie w realizacji umowy wynikłe z wykonania polecenia zamawiającego przez wykonawcę i niemożliwością znalezienia zastępstwa wolne jest od kar umownych opisanych umową. Zastrzeżenia nie mogą dotyczyć personelu zarządzającego wykonawcą (np. zarząd, rada nadzorcza, dyrektorzy oddziałów itp.)”

i. § 12 w:

- i Ust. 1 przez jego skreślenie,
- ii Ust. 2 przez zastąpienie słów „musi uprzednio uzyskać zgodę zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia Podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie:” na słowa „złoży zamawiającemu:”
- iii Ust. 4 przez skreślenie słów „lub zastrzeżeń wobec zatrudnienia Podwykonawcy”
- iv Ust. 6 przez jego skreślenie.
- v Ust. 13 przez zastąpienie terminu 7 dni terminem 30 dni oraz dodaniem po kropce: „Opóźnienie w realizacji umowy wynikłe z wykonania polecenia zamawiającego przez wykonawcę i niemożliwością znalezienia zastępstwa wolne jest od kar umownych opisanych umową. Zastrzeżenia nie mogą dotyczyć personelu zarządzającego podwykonawcą (np. zarząd, rada nadzorcza, wspólnicy itp.)”
- vi Ust. 14 przez nadanie mu brzmienia „Postanowienia niniejszego paragrafu dotyczą wyłącznie podwykonawców umów o roboty budowlane”

j. § 13 ust. 7 przez skreślenie słów „i w jego bezpośrednim otoczeniu”

- k. § 14 ust. 4 przez skreślenie słów „lub jeśli sytuacja tego będzie wymagać, wstrzymać realizację robót odpowiednim wpisem w dzienniku budowy”
- l. § 15 w
- i ust. 5 przez jego skreślenie,
 - ii ust. 8 przez skreślenie słów „oraz Serwisowania”
 - iii ust. 9 pkt 2 przez skreślenie słów „oraz Serwisowania”
- m. § 17 w i ust. 9 pkt 5 przez dodanie przed kropką słów „termin ten jednak nigdy nie będzie krótszy niż 14 dni, a przy wadach krytycznych zatrzymujących działanie przedmiotu umowy w całości nie krótszy niż 3 dni”
- n. § 18 w
- i Ust. 1 przez:
 - dodanie przed słowami „wad odbieranego przedmiotu Umowy” słowa „krytycznych”
 - skreślenie słów „w tym Parametrów Gwarantowanych”
 - dodanie po słowach „odpowiedni termin” słów „, nie krótszy jednak niż 30 dni”
 - ii Ust. 2 przez:
 - Dodanie po słowach „Gdy wady” słów „są istotne i”
 - Skreślenie słów „To samo dotyczy przypadku gdy wykonawca nie usunie wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego”
 - iii Ust. 4 przez wstawienie po słowach „zamawiający może” słów „jedynie i wyłącznie”
 - iv Ust. 5 przez jego skreślenie,
- o. § 19 w:
- i ust. 8 przez dodanie po słowach „może wynieść 6 mln zł” słowa „netto”,
 - ii ust. 6 przez skreślenie słów „Drugie wystąpienie będzie możliwe po uzyskaniu ostatecznych pozwoleń na budowę i zaakceptowaniu kompletnego Projektu wykonawczego dla ZTPOK”
 - iii ust. 16 przez zastąpienie słów „Inżynier podejmie decyzję odnośnie wydania Świadectwa Wykonania” słowami „Inżynier wyda Świadectwo Wykonania”
 - iv ust. 21 przez jego dostosowanie do postanowień umowy o dofinansowanie regulującej kwestie wypłaty zaliczek,
- p. § 23 w:
- i Ust. 3 przez zastąpienie słów „o wartość zaniechanych prac” słowami „o równowartość kwoty, jaką wykonawca oszczędził w związku z rezygnacją z prac przez zamawiającego”,
 - ii Ust. 4 przez jego skreślenie,
 - iii Ust. 5 przez jego skreślenie.

q. § 24 w:

- i ust. 1 przez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”,
- ii ust. 1 pkt 8 przez jego skreślenie ewentualnie przez zamianę liczby „10%” liczbą „3%”,
- iii ust. 2 przez zamianę słowa „wykonawcy” na „zamawiającego” oraz słowa „zamawiający” słowem „wykonawca” oraz skreślenie słów „z winy wykonawcy”,
- iv Ust. 6 przez dodanie po słowach „kar umownych” słów „i odszkodowań”,
- v ust. 7 przez jego skreślenie względnie przez dodanie pkt 3 o treści: „3. Okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a w szczególności działaniem lub zaniechaniem zamawiającego, osób od niego zależnych, pełnomocników, przedstawicieli, pracowników, podwykonawców, wykonawców innych kontraktów, dostawców”,

r. § 25 ust. 6 przez dodanie po kropce treści o brzmieniu: „O ile w trakcie realizacji umowy zajdzie konieczność pozyskania dodatkowych nieruchomości poza wskazanymi powyżej będzie to obowiązkiem zamawiającego, który pozyska te grunty oraz złoży wymagane prawem budowlanym oświadczenia. O ile proces pozyskiwania gruntów będzie wpływał na możliwość realizacji umowy strony przedłużą odpowiednio termin jej realizacji”,

s. § 26 w:

- i pkt 2 przez skreślenie słów „przysługują mu na zasadzie wyłączności”,
- ii pkt 6 przez dodanie po słowach „i wiedzy technologicznej” słów „w tym w szczególności rysunków, szkiców, projektów, specyfikacji, instrukcji oraz innych dokumentów lub danych zawierających informacje zastrzeżone przez wykonawcę”,

t. § 27 ust. 4 pkt 5 przez:

- i dodanie po słowach „odbioru technicznego zadania” słów „istotnych”,
- ii dodać po słowach „dokonania odbioru, wyznaczyć” słowo „odpowiedni”, a następnie po słowie „termin” słowa „nie krótszy jednak niż 14 dni”,
- iii dodać po słowach „wyznaczyć termin ich usunięcia” słowa „a w przypadku jego niedochowania”,

u. § 28 ust. 6 skreślić słowa „w tym Parametrów Gwarantowanych”,

v. § 29 w:

i pkt 3 lit. c przez:

- skreślenie ostatniego zdania albo
- dopisanie po kropce słów „Zmiana umowy w tym trybie nie może jednak pogorszyć warunków płatności wykonawcy względem warunków obowiązujących na chwilę wprowadzania zmiany”,

- ii pkt 3 lit. d przez dodanie słów „Z wyłączeniem sytuacji, kiedy okoliczności te zaistniały z przyczyn dotyczących zamawiającego”,
- iii pkt 3 lit. e przez dodanie słów „Z wyłączeniem sytuacji, kiedy okoliczności te zaistniały z przyczyn dotyczących zamawiającego”,
- iv pkt 3 lit. f przez dodanie słów „Z wyłączeniem sytuacji, kiedy okoliczności te zaistniały z przyczyn dotyczących zamawiającego”,

w. § 30 w:

- i ust. pkt 5 przez jego skreślenie względnie przez dodanie treści: „który uniemożliwia wykonawcy realizację umowy”,
- ii ust. 4 przez zamianę liczby „30” na liczbę „90”,
- iii ust. 6 przez dodanie po słowach „wynagrodzenia za wykonane zgodnie z Umową prace” przecinka i po przecinku słów „dostawy oraz urządzenia i materiały zamówione i opłacone przez wykonawcę do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu”,

x. § 30 w:

- i ust. 7 pkt 5 przez jego skreślenie,
- ii ust. 7 pkt 6 przez jego skreślenie,
- iii ust. 8 przez zastąpienie słów „może odkupić” słowami „odkupi” oraz skreślenie treści od słów „w przypadku nie skorzystania”,

y. § 32 ust. 3 przez nadanie mu następującego brzmienia „Zapłata wynagrodzenia za roboty rozbiórkowe lub demontażowe nastąpi po ich zakończeniu i sporządzeniu przez strony protokołu dokumentującego te okoliczność”,

z. § 34 ust. 4 przez jego skreślenie,

za. § 35 ust. 2 pkt 3 przez jego zmianę i zastąpienie liczby 100% liczbą 15%.

3. Wnoszę o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów wywołanych odwołaniem.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 08.06.2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **11.06.2012 r.** (art. 185 ust. 1 Pzp).

Wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania **14.06.2012 r.** (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wykonawca Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania **14.06.2012** r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie

Z uwagi na zainteresowanie we wzięciu udziału w postępowaniu przez skierowanie pytań do zamawiającego oraz uczestnictwo w pierwszym postępowaniu przetargowym (*vide* wyrok z 31 sierpnia 2011 r. KIO 1750/11) oraz posiadane zasoby i doświadczenie w realizacji dużych projektów infrastrukturalnych wykazane w toku pierwszego postępowania, które umożliwiają wzięcie udziału w rozpoznawanym postępowaniu i uzasadniają interes w uzyskaniu zamówienia, a także po analizie specyfikacji oraz ogłoszenia opublikowanego przez zamawiającego należało w trybie art. 180 Pzp zgłosić powyższe zarzuty z poniższym uzasadnieniem dla ich sformułowania.

Dowód: – pismo TF/88/12 z 1 czerwca 2012 r. – wyrok z 31 sierpnia 2011 r. KIO 1750/11.

I. Zarzut niejasnego i nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia lub braku jego opisu w ogóle

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający utrudnienie uczciwej konkurencji.

Tymczasem warunki specyfikacji wskazują wyraźnie na zaniechanie wykonania powyższego obowiązku przez zamawiającego. W szczególności w:

1. Cz. II specyfikacji ust. 3 pkt 3 zamawiający buduje treść postanowienia w sposób sugerujący, że przeprowadzenie prób jakości gruntów i wód podziemnych nie będzie odbywało się na koszt wykonawcy, co wywołuje niepewność dotyczącą zakresu świadczenia i umożliwia manipulowanie treścią składanej oferty (sekcja I.5 ust. 3 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu).
2. Cz. IV ust. 2 pkt 3 lit. a i b specyfikacji – zamawiający nakazuje uwzględnienie sugerowanych wymagań, a więc elementów o charakterze niejasnym, nieprecyzyjnym dopuszczającym istnienie pewnego rodzaju różnic pomiędzy ofertami, które będą wynikały wyłącznie z własnej interpretacji dokumentów przetargowych przez wykonawców i ustalonego w ten sposób zakresu zamówienia, a nie ich literalnej i wyraźnej treści.

3. Cz. II specyfikacji ust. 3 pkt 16 oraz w załączniku nr 2 do specyfikacji § 3 ust. 5 zamawiający obciąża wykonawcę obowiązkiem i kosztem sprawowania nadzoru autorskiego, przy czym najmniejsze postanowienie specyfikacji i ogłoszenia nie wskazuje, jaki ma być zakres tej usługi. W szczególności zamawiający nie definiuje liczby wizyt w okresie miesiąca, czasu trwania wizyty, liczby osób dedykowanych usłudze, co oznacza brak opisu przedmiotu zamówienia w ogóle.

Postępowanie to wyklucza możliwość prawidłowej wyceny tego rodzaju usługi i skutkować może przez swoją nieokreśloność manipulowaniem treścią oferty. Pogląd ten zostaje potwierdzony przez stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o treści: „Powyższe stanowisko znajduje normatywne uzasadnienie w treści art. 29 ust. 1 Pzp oraz w konieczności zachowania zasad z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 Pzp oraz przejrzystości na etapie zlecania zamówienia na prace projektowe. Wiedza wykonawcy na temat sprawowania nadzoru autorskiego może mieć istotny wpływ na treść jego oferty złożonej w postępowaniu na wykonanie dokumentacji projektowej, a tym samym wynik tego postępowania (konkursu)”.

4. Cz. II ust. 3 pkt 15 specyfikacji oraz w załączniku nr 2 do specyfikacji § 17 ust. 10 zamawiający wymaga od wykonawcy 6-miesięcznego okresu nieodpłatnego serwisowania obiektów. Specyfikacja nie określa przy tym, jakiego rodzaju części i jakiego rodzaju materiały eksploatacyjne zapewnić ma wykonawca w ramach tej usługi i nie określa podstawowych elementów tej usługi, liczby wizyt, terminów serwisowania, co oznacza brak opisu przedmiotu zamówienia w ogóle (Załącznik nr 2 do specyfikacji § 2 ust. 1 pkt 21).

Zakwestionować należy przy tym prawo zamawiającego do domagania się od wykonawcy wszelkich materiałów eksploatacyjnych albowiem przedmiotem umowy nie jest dostawa energii do napędzania obiektu, a jego wybudowanie. Zamawiający treścią podobnego postanowienia w sposób lakoniczny oderwany od opisu przedmiotu zamówienia obciąża wykonawcę kosztem funkcjonowania całości ZPOTK przez okres 6 miesięcy.

5. W sekcji II.1.5. ust. 3 pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, cz. II ust. 3 pkt 6 specyfikacji oraz załącznik nr 2 do specyfikacji § 3 ust. 2 pkt 4 zamawiający wymaga opłacenia przez wykonawcę kosztów zajęcia pasa drogowego choć wartość ta w chwili obecnej nie może być znana.

Zajęcie pasa drogowego może przy tym przybrać dwojaką formę tj. zajęcie dla i na czas wykonywania robót oraz zajęcie celem umieszczenia w pasie drogowym

urządzeń niezwiązanych z obsługą drogi. Opłaty za oba rodzaje korzystania z pasa pozostają różne i zależą od wielkości zajmowanej powierzchni. Pomimo braku wiadomości dotyczących wielkości zajęcia zamawiający domaga się złożenia oferty uwzględniającej te płatności. Zwrócić przy tym należy uwagę, że w analogicznej sytuacji dotyczącej równie trudnych do przewidzenia opłat za przyłączenie do sieci energetycznej i ciepłej zamawiający przewidział mechanizm ich uwzględniania według stałej stawki, a następnie ich rozliczania według faktycznych kosztów. Metoda ta powinna zostać zastosowana również w stosunku do opłat za zajecie pasa drogowego. Podsumowując powyższe w chwili obecnej specyfikacji nie pokazuje w pełni, jaki zakres kosztów wykonawcy mają uwzględnić w ramach składanych ofert, co wyklucza możliwość złożenia pełnej i porównywalnej oferty.

Każdy z nich będzie ofertował, zatem jedynie to, co sam wyinterpretuje z tekstu specyfikacji, a nie to, co jest w sposób wyraźny objęte zamówieniem. Utrwalonym poglądem KIO jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (tak w wyroku z 5 marca 2012 r. KIO 356/12 oraz wyrok KIO z 28 lutego 2012 r. 229/12; 238/12; 239/12; 242/12; 245/12; 247/12), co w rozpoznawanym postępowaniu nie ma miejsca.

II. Ustalenie niemożliwego do spełnienia terminu realizacji przedsięwzięcia

Treścią cz. I ust. 6 specyfikacji oraz załącznika nr 2 do specyfikacji § 4 ust. 1 zamawiający ustalił czas realizacji zamówienia na okres 1100 dni (sekcja II.3 Ogłoszenia o zamówieniu).

Tymczasem pamiętać należy, że dla przeprowadzenia procesu realizacji niezbędne jest zgodnie z decyzją środowiskową dla spalarni (zał. nr 10 do specyfikacji) pkt 2.19 wykonanie przed rozpoczęciem procesu budowy szczegółowej charakterystyki przyrodniczej, którą wykonać należy w okresie kwiecień-wrzesień.

Dodatkowo zgodnie z pkt 2.10 tej decyzji wycinkę drzew prowadzić należy wyłącznie w okresie od 16 października do końca lutego. Uwzględniając powyższe i szacowane ustalenie rozstrzygnięcia w postępowaniu we wrześniu 2012 r. (90 dni związania ofertą) stwierdzić należy, że rozpoczęcie prac możliwe będzie dopiero na wiosnę przyszłego roku (wycinka być może jeszcze w 2012 lub na początku 2013 r., ale charakterystyka przyrodnicza już w roku 2013 r.), co oznacza, że rozpoczęcie prac może nastąpić najwcześniej w 2014 r. Finalnie, zatem realizacja będzie musiała się zamknąć w okresie 18 miesięcy tj. okresu o 12 miesięcy krótszego niż przeciętny na realizację w Europie (tak też KIO w wyroku z dnia 31 sierpnia 2011 r. KIO 1750/2011). Całość uzasadnia wnioski o przedłużenie terminu realizacji do 1440 dni. Niezależnie od powyższego zakwestionować należy wymóg zamawiającego (Załącznik nr do specyfikacji § 4 ust. 2 pkt 1), aby dokumentację budowlaną wraz z

pozwoleniem na budowę oraz projekt wykonawczy całości przedsięwzięcia wykonawca przygotował w 270 dni.

Przy tym pamiętać należy, że dokumentacja wykonawcza stanowi uszczegółowienie dokumentacji budowlanej stąd nie może być ona wykonywana równolegle.

Dopiero po wykonaniu projektu budowlanego i uzyskaniu jego zatwierdzenia w treści decyzji o pozwoleniu na budowę pojawia się możliwość rozpoczęcia prac nad projektem wykonawczym. Uwzględniając dodatkowo fakt, że wydawanie pozwolenia na budowę zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy Prawo budowlane może potrwać nawet do 65 dni stwierdzić wypada, że zamawiający na zaprojektowanie gigantycznego kompleksu spalarni wraz z obiektami towarzyszącymi pozostawia 215 dni. W tym czasie wykonawca musi sporządzić trzy projekty, które muszą być realizowane po sobie i nie ma możliwości ich równoległego tworzenia tj. koncepcję całości, projekt budowlany, projekt wykonawczy, co oznacza, że na każdy z nich pozostaje mu ok. 70 dni, przy czym w tym okresie mieści się również uzgadnianie rozwiązań projektowych ze stosownymi organami.

Ustalenie, że okres projektowania musi zamknąć się w czasie 270 dni oznacza – przy terminie realizacji całości zamówienia na poziomie 1100 dni – że na realizację, próby końcowe, rozruch itp. pozostaje 830 dni czyli 27,6 miesięcy. Tymczasem uwzględniając fakt, że uzyskanie tylko pozwolenia na użytkowanie zajmuje około 3 miesięcy na faktyczne roboty pozostaje okres 24 miesięcy, podczas gdy przeciętny okres budowy spalarni to 30 miesięcy. W konsekwencji powyższe działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 41 pkt 6 Pzp przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia.

Podnieść należy również, że w pierwszym postępowaniu rozpisany przez zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z 31 sierpnia 2011 r. KIO 1750/11) uznała identycznej treści zastrzeżenia za w pełni zasadne.

III. Brak opisu sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalnych warunków, jakim muszą one odpowiadać

Zgodnie z treścią art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp specyfikacji zawierać ma m.in. opis sposobu przedstawienia ofert wariantowych oraz minimalnych warunków, jakim muszą one odpowiadać. Tymczasem w Cz. I ust. 5.1 specyfikacji nie przewiduje żadnych z tych elementów poza określeniem dopuszczalności składania ofert wariantowych.

Stanowi to oczywisty brak w specyfikacji i skutkować powinno jej uzupełnieniem oraz ponowieniem czynności ogłoszenia specyfikacji.

Odnotać należy wprawdzie wpisanie dwóch różnych wariantów:

1. Wybór technologii oczyszczania: mokra albo mokra poprzedzona pół suchą.

2. Sposób utylizacji odpadów poprodukcyjnych (popiołów): Stabilizacja i składowanie albo składowanie bez stabilizacji.

To jednak żaden z nich nie jest opisany w specyfikacji oraz w umowie, a jedynie w dokumentacji technicznej można znaleźć postanowienia z tym związane.

Pomimo to zamawiający (*vide* odpowiedzi na zapytania nr 1 z 01.06.2012 r.) wskazał, że życzy sobie stabilizacji, co jest sprzeczne z postanowieniami specyfikacji w innych miejscach.

W dokumentacji jest kilka elementów, które można wykonać wariantowo, a przykładowo wskazać należy następujące:

1. Załącznik nr 4 do specyfikacji PFU ZTPOK pkt 4 lit. b – str. 23 – w którym zamawiający dopuszcza alternatywne rozwiązania stosowania technologii mokrego lub mokrego poprzedzonego pół suchym systemu oczyszczania spalin.
2. Załącznik nr 4 do specyfikacji PFU ZTPOK pkt 4 lit. b – str. 23 – w którym zamawiający dopuszcza alternatywne rozwiązania wspólnych lub osobnych zbiorników na reagenty.
3. Załącznik nr 4 do specyfikacji PFU ZTPOK pkt 4.1 lit. c – str. 24 – wykorzystanie ciepła kondensacji lub nie.
4. Załącznik nr 4 do specyfikacji PFU ZTPOK pkt 4.1 lit. e – str. 24 – zagadnienie stabilizacji odpadów lub przygotowania ich do wywiezienia – co zostało skorygowane przez zamawiającego w toku zadawanych pytań przez zażądanie realizacji obu instalacji. Konstruowany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia pozostaje daleki od ustawowego wymogu jednoznaczności i precyzji wymaganej treścią art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zwrócić należy uwagę na znaczenie spójnika „lub”, który wykładany może być, jako alternatywa logiczna, której spełnieniem jest zarówno zaistnienie tylko jednego z dwóch rozwiązań, ale też i wystąpienie obu naraz, co wywołuje alternatywność przedmiotu umowy (zamawiam x lub y), a więc przeczy treści art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zwrócić należy uwagę, że powyższe postanowienia specyfikacji i decyzje zamawiającego (choćby o konieczności ofertowania na obie instalacje) wpływają na sposób budowania oferty ma, bowiem kolosalne znaczenie dla wykonawcy czy będzie musiał wykonać jedną czy dwie instalacje.

W konsekwencji uznać należy, że alternatywnie budowany opis przedmiotu zamówienia („wykonasz tu x lub y”) pozostawiający wolność wyboru wykonawcom nie spełnia wymogów stawianych przez przywołane powyżej przepisy Prawa zamówień publicznych.

IV. Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert

W treści specyfikacji zamawiający ustalił nadzwyczaj krótki okres składania ofert sekcja IV.3.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Cz. VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji. Tymczasem niezależnie od faktu publikacji ogłoszenia wstępne pamiętać należy w przypadku rozpoznawanego postępowania o następujących cechach przedmiotu zamówienia:

1. Wielkość oraz rodzaj przedsięwzięcia wymaga budowania konsorcjum o charakterze międzynarodowym, a to wymusza tłumaczenie całości dokumentacji na język zrozumiały dla wszystkich partnerów. Dokumentacja postępowania przekracza 1000 stron i wymaga specjalistycznego, bo technicznego tłumaczenia o nadzwyczajnej precyzji niezbędnej dla prawidłowego zrozumienia dokumentacji i zbudowania wspólnej oferty.
2. Tłumaczenie, jako czynność techniczna pochłania znaczny okres czasu i może zająć do 3 tygodni. Nie można przy tym tłumaczenia przyspieszyć (przygotować się doń wcześniej zlecając prace) skoro dokumentacja dla postępowania pojawia się wraz z rozpoczęciem biegu terminu do składania ofert. Finalnie, zatem czynność czysto techniczna zupełnie niezwiązana z postępowaniem w sposób znaczny skraca okres analizowania dokumentów przetargowych.
3. Zamawiający obarcza wykonawców odpowiedzialnością za wszelkie roboty dodatkowe, jakie mogą okazać się niezbędne w toku postępowania (tak Załącznik nr 2 do specyfikacji § 22), co powinno znaleźć odzwierciedlenie w udzieleniu tym wykonawcom dostatecznego czasu na zapoznanie się z materiałami postępowania i prawidłowe przygotowanie oferty.
4. Zamawiający zmienił materiały w stosunku do pierwszego postępowania (*vide* odpowiedzi na zapytania nr 1 z 01.06.2012 r. pyt. 7) co wyklucza posługiwanie się wiedzą z pierwszego postępowania i wymusza ponowne tłumaczenie i analizę całości materiału.

Pamiętać należy wreszcie, że ustalając drastycznie krótki termin złożenia oferty zamawiający w jakimś stopniu uprzywilejowuje przedsiębiorców biorących udział w pierwszym przetargu. Posiadają oni, bowiem choćby częściowe przygotowanie formalne (pewnego rodzaju dokumenty – pełnomocnictw, uprawnień ekspertów itp.) w odróżnieniu od podmiotów, które chciałyby po raz pierwszy przystąpić do postępowania.

Finalnie wskazać należy, że zamawiający ustala krótki termin na składanie ofert i przewiduje równocześnie aż 90 dniowy termin związania ofertą, co oznacza, że dostrzega ogrom pracy związanej z oceną ofert, a zupełnie pomija aspekt ich przygotowania. Zamawiający potrzebuje 90 dni na ocenę ofert, które każde przygotować w terminie 40 dni.

Powyższe uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez jej ograniczenie w niniejszym postępowaniu tj. obrazę art. 29 ust. 2 i art. 43 ust. 1 -3 w zw. z

art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 oraz w zw. z art. 41 pkt 10 Pzp przez wyznaczenie nazbyt krótkiego terminu składania ofert.

Pamiętać należy przy tym, że dla stwierdzenia nieprawidłowości wystarczy ustalenie samej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (Zespół Arbitrów z dnia 13 lipca 2005r. sygn. akt. UZP/ZO/O-1688/05) oraz z powołaniem na ten sam wyrok Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

V. Ustalenie zbyt wysokich i nieproporcjonalnych warunków dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia

Uwzględniając charakter przedmiotu zamówienia oraz jego skalę, a przede wszystkim to, że stanowi on jedną z pierwszych instalacji tego rodzaju w Polsce wskazać należy, że brakuje przesłanek uprawniających zamawiającego do ustalania tak wysokich progów wymagań wobec osób mających funkcjonować w trakcie realizacji zamówienia (sekcja III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu oraz Cz. III ust. 1 pkt 3 specyfikacji).

W szczególności zakwestionować należy wymóg postawiony wobec Eksperta nr 14 Specjalisty ds. ochrony środowiska. Zwrócić należy bowiem uwagę, że wymaganie od tej osoby udziału w realizacji inwestycji o wartości minimum 100 mln złotych nie znajduje żadnego uzasadnienia. Oczywistym jest, że wymogi ochrony środowiska nie są różne w zależności od wartości inwestycji, ale w zależności od jej wpływu na środowisko. Identycznie sam proces budowlany nie różni się od siebie według wartości, ale według rozmiarów budowanego obiektu. W tym znaczeniu budowa obiektu o koszcie 50 mln ma dokładnie te same wymagania środowiskowe, co budowa o koszcie 100 mln, a ewentualne różnice nie będą wynikały z różnic w tych wysokościach, ale charakterystyki obiektu.

Wystarczającym wymogiem jest wobec tego obowiązek uczestnictwa w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej oceny oddziaływania na środowisko i brak jest uzasadnienia dla wymogu udziału w realizacji dowolnej inwestycji o wartości, co najmniej 100 mln netto, która objęta byłaby decyzją środowiskową.

VI. Żądanie oświadczeń o stosunkach łączących wykonawcę z udostępniającym zasoby

Zamawiający wymaga przedstawienia przez wykonawców – Cz. III ust. 3.4 pkt 2 i 3 specyfikacji – informacji o stosunkach łączących ich z podmiotami udostępniającymi zasoby. Wymóg ten stanowi bezpośrednio naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, które uprawniają do żądania jedynie tych dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Relacje pomiędzy wykonawcą i udostępniającym zasoby zgodnie z literalnym wskazaniem art. 26 ust. 2b Pzp w ogóle nie podlegają ocenie zamawiającego.

VII. Ograniczenie prawa do posługiwania się podwykonawcami oraz jego wyłączenie

Zamawiający w treści Cz. III ust. 4 pkt 2 specyfikacji oraz Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust. 1, 2 i 6 ograniczył lub wyłączył prawo wykonawcy do posługiwania się podwykonawcami.

Tymczasem art. 36 ust. 5 Pzp wykonawca uprawniony jest do posługiwania się podwykonawcami według własnych ustaleń chyba, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże inaczej.

Konsekwencją postanowień specyfikacji jest wykluczenie podwykonawców, jeżeli wykonawca nie wskaże zakresów zamówienia, które chciałby im powierzyć w treści własnej oferty.

Jak wskazuje M. Stachowiak „Od woli i potrzeb wykonawcy, który odpowiada za działania swoich podwykonawców, powinno zależeć, które prace zostaną wykonane przez nich” a „Zastrzeżenie osobistego spełnienia świadczenia dotyczy więc sytuacji wyjątkowych, specjalnych, związanych z charakterystyką przedmiotu zamówienia i wynikającymi z niej wymogami co do dłużnika (wykonawcy)”.

VIII. Nieprecyzyjne wskazanie zasad wnoszenia wadium

Zgodnie z treścią Cz. IV ust. 3 pkt 3 specyfikacji zamawiający obliguje wykonawcę do złożenia oryginału wadium wnoszonego w inny sposób niż pieniężny w ściśle określonym miejscu, co sugerowałoby konieczność jego złożenia poza ofertą, podczas gdy w pkt 4 wskazuje na konieczność dołączenia oryginału wadium do oferty.

Podobne postanowienia naruszają art. 7 ust. 1 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp przez dopuszczenie nieprecyzyjne i wzajemnie wykluczające się określenie warunków wniesienia wadium.

IX. Nieprecyzyjne określenie kryterium oceny ofert w części dotyczącej kryterium III – Parametry Gwarantowane i opisu spełniania kryterium II Koszty eksploatacyjne

1. Analiza specyfikacji prowadzi do wniosku wskazującego na nieprecyzyjne określenie kryterium ocen w części dotyczącej kryterium III. Obecna treść specyfikacji w tej części sprowadza się do zwykłego oświadczenia wykonawcy (Załącznik nr 8 do Formularza oferty). Przy tym zamawiający nie ustalił w treści specyfikacji wymogu złożenia dokumentów potwierdzających zdolność do oferowania Parametrów Gwarantowanych przez konkretnego wykonawcę – Cz. VIII ust. 1 pkt 1.5 specyfikacji (str. 23).

Dodatkowo zastrzeżenia budzi treść § 2 ust. 1 pkt 7 i 8 które w zasadzie definiują to samo tj. parametry przedstawione przez wykonawcę. Zasadnym będzie natomiast podzielenie ich na dwie różne kategorie i rozróżnienie Parametrów Bezwzględnych – jako wymaganych przepisami prawa minimalnych przy których instalacja może legalnie działać oraz Parametrów Gwarantowanych jako tych deklarowanych przez wykonawcę. Tym bardziej, że wydaje się to odzwierciedlać wymóg specyfikacji i wprowadzać zgodność pomiędzy specyfikacji a umową, której obecnie brakuje.

Brak podobnego rozróżnienia może prowadzić do manipulowania ofertą i składania niepotwierdzonych lub nawet niemożliwych do realizacji ofert.

2. W dalszej kolejności odwołujący zwraca uwagę na nieprecyzyjne określenie sposobu badania kryterium oceny ofert w części dotyczącej kryterium II – Koszty eksploatacji, które w szczególności sprowadzą się do porównania oświadczeń wykonawców z jednoczesnym brakiem w treści specyfikacji postawionego przez zamawiającego wymogu złożenia dokumentów potwierdzających zdolność do oferowania opisanych Kosztów eksploatacji. – Cz. VIII ust. 1 pkt 1.5 specyfikacji (str. 23).

Odnosić należy również brak nałożenia przez zamawiającego sankcji na wykonawcę, którego obiekt nie będzie spełniał oferowanego poziomu kosztów eksploatacji.

Konsekwencją musi być ustalenie, że kryterium oferty w części Koszty eksploatacji pozostaje niemierzalne i szacunkowe, co wyklucza porównywalność ofert i tym samym prowadzić musi do powtórzenia całego postępowania.

Obecna dokumentacja pozwala na wstawianie kompletnie dowolnych wartości w treść stosownego załącznika, co pozostaje bez wpływu na późniejsze zobowiązania stron. Uprawia, zatem do manipulowania treścią oferty, a w dalszym toku umożliwia sterowanie wynikiem całego procesu wyboru ofert.

Umowa nie przewiduje przy tym żadnych rygorów za nie osiągnięcie pułapu kosztów, co czyni to kryterium elementem złudnym i wirtualnym. Zamawiający nie roztacza, bowiem żadnej kontroli nad realizacją złożonej oferty w tej części.

X. Naruszające naturę umowy o roboty budowlane, dzieło, zlecenie, dostawę oraz zasady współzycia społecznego ustalenie warunków umownych realizacji kontraktu

Treść Załącznika nr 2 do specyfikacji przez ustalenie skrajnie niekorzystnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia stanowi w tych częściach naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 139 § 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp a badając tego rodzaju zachowanie zamawiającego przez pryzmat art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznać należy, że narzucanie uciążliwych warunków umownych stanowi naruszenie prawa i oceniane jest przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji. Pamiętać należy przy

tym, że związanie zamawiającego przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów potwierdził Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 13 lipca 2005 r. sygn. akt. UZP/ZO/O-1688/05.

Niezależnie od powyższego wskazać należy również, że wprowadzone przez zamawiającego ustalenia powinny być badane także przez pryzmat art. 304 Kk, który penalizuje wyzyskiwanie położenia innej osoby przez nałożenie na nią świadczenia niewspółmiernego.

Bezdyskusyjnym jest natomiast, że umowa o realizację zamówienia publicznego realizowana jest w trybie adhezyjnym stąd wykonawcy nie mają pełnej możliwości korygowania ustalonych przez zamawiającego reguł. W tym znaczeniu zamawiający konstruując warunki umowne powinien unikać sformułowań niepotrzebnych dla zabezpieczenia jego interesu, a będących obciążeniem wykonawców. Uznać należy, że penalizowanie przez polskiego ustawodawcę zachowań wykorzystujących nierówne relacje stron stanowić powinno dla zamawiającego dyrektywę interpretacyjną przy konstruowaniu reguł umownych.

W konsekwencji powyższego uzasadnione jest stwierdzenie, że zamawiający nie ma prawnej możliwości dowolnego ustalenia treści relacji umownej z wykorzystaniem ewidentnie silniejszej pozycji w ramach systemu zamówień publicznych. W dalszym toku wypadałoby stwierdzić, że budowanie zbyt rygorystycznych warunków umów nie będzie znajdowało ochrony w konieczności dbania o finanse publiczne, ale będzie zasługiwało na potępienie również ze względu na dyspozycje interpretacyjne płynące z norm prawa karnego.

W oparciu o powyższe zakwestionować należy, zatem te postanowienia Załącznika nr 2 do specyfikacji, które:

1. Uprawniają Inżyniera, a więc zamawiającego do wstrzymania CAŁEJ budowy z uwagi na brak przedstawienia przez wykonawcę dokumentów dopuszczających do obrotu nieokreślonej ilości materiału budowlanego (a więc i jednej sztuki) – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 3 ust. 10.

Tymczasem jest to uprawnienie nieadekwatne do sytuacji, a umowa w tej części pozostaje skrajnie nieprecyzyjna. W kontrakcie wartym ponad 500 mln złotych nadaje uprawnienie do wstrzymania CAŁOŚCI prac ze względu na wadliwość choćby jednej cegły. Podczas gdy wystarczające byłoby zastrzeżenie uprawnienia do wstrzymania robót w toku, których dany materiał jest wykorzystywany.

2. Wskazują, że odbiór częściowy wymagał będzie procedury jak dla odbioru końcowego Załącznik nr 2 do specyfikacji § 5 ust. 2 oraz § 27 ust. 1 pkt 3.

Podczas gdy instytucja odbiorów częściowych ma na celu uruchomienie bieżących płatności i nie zwalnia od odpowiedzialności, za jakość i poprawność wykonanych prac. Wymaganie od wykonawcy przejścia procedury odbioru końcowego przy odbiorze częściowym oznacza m.in. konieczność przeprowadzenia całości Prób

Końcowych co dramatycznie wydłuży całą procedurę odbiorów częściowych i sprawi, że zamiast narzędzia do bieżącego rozliczania kontraktu staną się one utrudnieniem funkcjonowania wykonawcy. Co najważniejsze zaś – zmusza wykonawcę do samodzielnego finansowania realizacji przedmiotu zamówienia bez najmniejszego zaangażowania ze strony zamawiającego.

Dodatkowo postanowienia umieszczone w § 5 ust. 2 pozostają sprzeczne z postanowieniami § 27 ust. 3, które wskazują na uproszczoną formę odbioru częściowego i są nie do pogodzenia z wymogami odbiorów końcowych.

Pamiętać należy wreszcie, że interesem zamawiającego jest posiadać prawidłowo wybudowany obiekt, który przejdzie sprawdzenie i próby na końcu jego realizacji, a poprawność budowy jest sprawdzana w jej toku przez dwojakiego rodzaju służby (wykonawcy i zamawiającego). W konsekwencji wymóg testowania każdego zdawanego w drodze odbiorów częściowych elementu robót nie jest uzasadniony ochroną interesu zamawiającego.

3. Zobowiązują Inżyniera do przebywania na terenie budowy minimum raz na trzy dni – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 7 ust. 2 pkt 2 specyfikacji.

Odnotować należy, że obecna treść Załącznika nr 2 do specyfikacji uprawnia Inżyniera, który ma zapewniać inspektorów nadzoru inwestorskiego, do obecności raz na trzy dni na budowie. W ocenie Odwołującego się budowa tak ogromnego przedsięwzięcia, skala trudności i problemów, jakie w toku tej operacji należałoby na bieżąco rozstrzygać wymaga codziennej pracy na budowie. Uzasadnia tym samym stałą asystę nadzoru inwestorskiego na budowie.

Tym bardziej, że wykonawca obwarowany jest wysokimi karami za przekroczenia terminów, podczas gdy obecna treść umowy dopuszcza trzydniowe oczekiwanie na informację lub decyzję Inżyniera niemalże w każdej – nawet najbardziej kryzysowej – sytuacji.

4. Uprawniają Inżyniera do wydawania wiążących poleceń dotyczących zmiany podstawowych parametrów umowy (technologia i technika), co dodatkowo rażąco narusza art. 144 oraz art. 139 ust. 2 w zw. z art. 77 § 1 Kc Pzp – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 7 ust. 2 pkt 4.

Tymczasem jest to postanowienie, które uprawnia do kompletnej zmiany przedmiotu zamówienia wbrew art. 144 Pzp oraz bez konieczności zachowania formy pisemnej i bez najmniejszego wpływu wykonawcy, który postawiony zostanie wobec faktu dokonanego wydanego „wiążącego polecenia”. Umowa pozostaje przy tym skrajnie nieprecyzyjna, co do zakresu tych poleceń i umożliwia zarówno drobne korekty jak i zmiany totalne dotyczące podstawowych elementów budowy –

rozwiązań technicznych technologicznych – a więc również zmianę technologii wykonania prac.

5. Nie przewidują, aby opóźnienia terminów wywołane przez Inżyniera podlegały karom umownym – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 7.

Tymczasem Inżynier pełni istotną rolę w trakcie realizacji kontraktu i przez własną zwłokę, brak kompetencji, zaniechanie może negatywnie wpływać na sytuację kontraktową wykonawcy.

Nie znajduje uzasadnienia w ochronie interesu zamawiającego ustalenie takich reguł umownych, według których zaniechania służb zamawiającego skutkowały będą naliczeniem kar umownych wykonawcy. Podkreślić należy, że wykonawca nie ma wpływu na Inżyniera, a w szczególności nie zawierał z nim żadnej umowy. Inżynier pozostaje „podwładnym” zamawiającego stąd na zasadzie art. 474 Kc względnie art. 430 Kc ponosi on za funkcjonowanie Inżyniera pełną odpowiedzialność.

W konsekwencji opóźnienie wywołane działaniem lub zaniechaniem Inżyniera musi obciążać wyłącznie zamawiającego.

6. Uprawniają zamawiającego lub Inżyniera do usunięcia dowolnej osoby z personelu wykonawcy od wykonywania obowiązków związanych z realizacją umowy przez wykonawcę, którego skutkiem może być nałożenie ogromnej kary umownej na wykonawcę, niepotrafiącego w ciągu 7 dni znaleźć stosownego zastępstwa – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 9 ust 9.

Podczas gdy znalezienie zastępstwa dla personelu kluczowego przy nadzwyczajnie wygórowanych wymaganiach zamawiającego potrwa dłużej niż 7 dni, a w konsekwencji może wywołać opóźnienie, za które wykonawca zostanie obciążony karą umowną.

Tymczasem brakuje jakichkolwiek podstaw do manipulowania przez zamawiającego składem osobowym i kierowniczym po stronie wykonawcy. A Załącznik do specyfikacji pozostaje nadzwyczaj lakoniczny umożliwiając w skrajnych przypadkach wykluczenie całego zarządu wykonawcy lub wykonawców.

Odnosić należy również, że to postanowienie może być wykorzystane przez zamawiającego do wpływania na personel wykonawcy i wymuszania pod groźbą zgłoszenia zastrzeżeń wobec danej osoby jej uległości względem zamawiającego.

7. Uprawniają zamawiającego do zgłaszania zastrzeżeń wobec podwykonawcy robót budowlanych, co pozostaje dodatkowo niezgodne z art. 647(1) § 2 Kc który uprawnia wyłącznie do komentowania postanowień umowy – Załącznik nr do specyfikacji § 12 ust 4.

Szersze uzasadnienie pkt VII uzasadnienia.

8. Uprawniają zamawiającego lub Inżyniera do usunięcia dowolnego podwykonawcy lub osoby z personelu podwykonawcy od wykonywania obowiązków związanych z realizacją umowy przez wykonawcę, którego skutkiem może być nałożenie ogromnej kary umownej na wykonawcę, niepotrafiącego w ciągu 7 dni znaleźć stosownego zastępstwa – Załącznik nr do specyfikacji § 12 ust 13.

Podczas gdy wykonawca związany jest z podwykonawcą umową cywilnoprawną, której rozwiązanie wymaga właściwych procedur i odstąpienie, od której może skutkować żądaniem odszkodowania ze strony podwykonawców.

Podczas gdy znalezienie zastępstwa dla podwykonawcy nie będzie możliwe w ciągu 7 dni, a w konsekwencji wywoła opóźnienie, za które wykonawca zostanie następnie przez zamawiającego ukarany w drodze naliczenia kar umownych.

Tymczasem brakuje jakichkolwiek podstaw do manipulowania przez zamawiającego składem podwykonawców wykonawcy, za których ponosi on pełną i wyłączną odpowiedzialność. A sam Załącznik do specyfikacji pozostaje nadzwyczaj lakoniczny umożliwiając w skrajnych przypadkach wykluczenie wszystkich podwykonawców.

Odnotować należy również, że to postanowienie może być wykorzystany przez zamawiającego do wpływania na podwykonawców i wymuszania pod groźbą zgłoszenia zastrzeżeń wobec nich ich jej uległości względem zamawiającego.

9. Nakazują wykonawcy pod rygorem odmowy zapłaty jego należności przez zamawiającego zapłatę przez wykonawcę należności na rzecz podwykonawców niewykonujących robót budowlanych tj. dostawców, zleceniobiorców czy wykonawców dzieł bez względu na to czy należności te są tym podmiotom należne czy nie i w oderwaniu od umów zawartych pomiędzy wykonawcą, a tymi podmiotami, podczas gdy zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za tego rodzaju zobowiązania wykonawcy i nie ma żadnego uzasadnienia dla takiej ingerencji w relacje umowne wykonawcy, a tego rodzaju ingerencja może naruszać tajemnicę handlową wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 12 ust. 7 i 8 i 9.

Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności solidarnej za należności dostawców, zleceniobiorców oraz wykonujących dzieła dla wykonawcy, stąd niezrozumiały i sprzeczny z naturą tych stosunków prawnych oraz umowy o roboty budowlane jest wymóg przedkładania przez wykonawcę dowodów zapłaty za zrealizowane na jego rzecz przez podwykonawców umowy.

Podobnego uprawnienia nie można wywieść z żadnego przepisu kodeksu cywilnego regulującego elementy istotne powyższych rodzajów umów, a rozsądnym byłoby ewentualnie wymaganie informacji o przebiegu dostawy, zlecenia czy dzieła, nie zaś o rozliczeniach finansowych w ramach tej umowy.

W konsekwencji wymóg zamawiającego zasadny będzie wyłącznie wobec podwykonawców umowy o roboty budowlane, wobec których w określonych przez art. 647(1) Kc ramach zamawiający ponosi odpowiedzialność solidarną.

Jeżeli jednak zamawiający będzie bezwzględnie wymagał informacji o płatnościach na rzecz podwykonawców w ocenie Odwołującej się zupełnie wystarczającym z punktu widzenia interesów zamawiającego będzie przedkładanie przez wykonawcę oświadczeń od podwykonawców wskazujących na uzyskanie zapłaty, nie zaś faktyczna zapłata.

10. Zobowiązują wykonawcę do objęcia ochroną i zapewnienia bezpieczeństwa na terenach sąsiadujących z terenem budowy, co dodatkowo narusza regułę art. 652 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 13 ust. 7.

Podczas gdy podobna modyfikacja stanowi rażące i bezpośrednie naruszenie art. 652 Kc, który nakłada na wykonawcę robót budowlanych odpowiedzialność wyłącznie za teren budowy. Nakładanie na wykonawcę odpowiedzialności za teren, który pozostaje poza jakąkolwiek dyspozycją wykonawcy, którego w szczególności nie można ogrodzić lub w inny sposób zabezpieczyć pozostaje sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane, która ograniczona jest do zamkniętej przestrzeni terenu budowy.

11. Uprawniają zamawiającego/Inżyniera do wstrzymania realizacji CAŁOŚCI robót z uwagi na dowolne, bo niesprecyzowane i nieokreślone okoliczności określone, jako: jeżeli sytuacja będzie tego wymagać”, co dodatkowo narusza art. 636 § 1 Kc który wyklucza przyznanie tego rodzaju uprawnienia po stronie zamawiającego – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 14 ust. 4.

Powyższe postanowienie stanowi zaprzeczenie istocie umowy o roboty budowlane, która nie przewiduje prawa zamawiającego do wstrzymywania prowadzonych robót. Wskazać należy również, że uprawnienie przewidziane treścią Załącznika nr 2 do specyfikacji § 14 ust. 4 przyznane zostało w przypadku, gdy „sytuacja będzie tego wymagać”, co oznacza kompletną dowolność interpretacyjną i stwarza ryzyko nadużywania tego rodzaju uprawnienia. Termin „sytuacja” pozostaje skrajnie niedookreślony i może obejmować również przyczyny dotyczące zamawiającego.

Pamiętać należy przy tym, że uprawnienie to dotyczy prawa wstrzymania CAŁOŚCI robót na kontrakcie, a nie jedynie tej części, która w ocenie zamawiającego realizowana jest wadliwie.

W dalszej kolejności odnotować należy, że zestawienie powyższej treści z ustaleniem kar umownych za opóźnienie w realizacji kontraktu wskazuje na przyjęcie przez zamawiającego zasady karania wykonawcy przez naliczanie kar również w

sytuacji wstrzymania robót z przyczyn dotyczących zamawiającego. Tym bardziej, że wstrzymanie robót w tym trybie – bez względu na to, dlaczego sytuacja będzie tego wymagać – nie uprawnia wykonawcy do przedłużenia terminu realizacji zamówienia.

12. Uprawnia zamawiającego do jednostronnego ustalenia terminu usunięcia wad w okresie gwarancji bez wskazania choćby minimalnego okresu – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 17 ust. 9 pkt 5.

Podczas gdy powyższe postanowienie stwarza zagrożenie ustalenia terminu w sposób arbitralny i nieuwzględniający warunków technicznych związanych z wykonaniem prac i oznacza w istocie uzyskanie przez zamawiającego kompletnej władzy nad wykonawcą, w tym ustalenie nawet jednodniowego terminu. Postanowienie specyfikacji nie przewiduje, bowiem choćby tego, aby termin wskazany przez zamawiającego był terminem odpowiednim do charakteru wady.

13. Uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru przedmiotu umowy, w przypadku braku spełnienia Parametrów Gwarantowanych i jednostronnego wyznaczenia terminu do usunięcia tego braku, podczas gdy jak należy przypuszczać – specyfikacji nie precyzuje tego pojęcia – przedmiot umowy spełniający Parametry Bezwzględne jest zdolny do legalnego funkcjonowania i powinien zostać odebrany, co dodatkowo narusza art. 647 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 18 ust. 1.

Dostrzec należy, że niespełnienie Parametrów Gwarantowanych w sytuacji spełnienia Parametrów Bezwzględnych skutkuje powstaniem sytuacji, w której przedmiot umowy można legalnie uruchomić i korzystać. W konsekwencji usterka w postaci braku wypełnienia norm wynikających z Parametrów Gwarantowanych może być traktowana wyłącznie, jako wada uprawniająca do dokonania odbioru warunkowego.

Argumentacja ta znajduje uzasadnienie w treści § 18 ust. 1, który wprowadza zbędną dowolność i nie podaje żadnych kryteriów podejmowania decyzji przez zamawiającego. Uznać należy, że obecny kształt postanowienia pozwala na kompletnie dowolne odmówienie odebrania obiektu, lub też równie nieuzasadnione jego odebranie z warunkami.

Tymczasem stosownie do treści art. 647 Kc odebranie obiektu stanowi obowiązek zamawiającego. Odmowa odebrania obiektu sprawnego i mogącego legalnie funkcjonować powinna być odczytywana, jako postanowienie sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, której zasadą jest odbieranie obiektów przez zamawiającego.

14. Uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji zaistnienia wad nieusuwalnych, ale nieistotnych lub przekroczenia przez wykonawcę terminu

usunięcia Wad – co dodatkowo narusza regułę art. 637 § 2 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 18 ust 2 i 4.

Podczas gdy przepisy kodeksu cywilnego wykluczają możliwość odstąpienia od umowy w sytuacji zaistnienia wad nieistotnych – art. 637 § 2 Kc W konsekwencji postanowienie umowy uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy z uwagi na zaistnienie wad nieistotnych kwalifikuje się, jako naruszenie natury umowy o roboty budowlane.

Nie jest intencją ustawodawcy udzielanie zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy tj. totalnego modyfikowania stosunków prawnych obowiązujących pomiędzy stronami w przypadku wystąpienia wady drobnej i nieistotnej. Nieprecyzyjność specyfikacji w tej części uprawnia natomiast zamawiającego do negacji CAŁEGO kontraktu choćby ze względu na nieprawidłowy kolor drzwi lub jednodniowe przekroczenie terminu usunięcia wad.

15. Nie precyzuje zasad wypłacania zaliczki – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 19 ust. 21 oraz sekcja III. 1.2 pkt 21 Ogłoszenia o zamówieniu.

Odnosić należy przy tym, że zamawiający podpisał umowę o dofinansowanie stąd możliwym jest uwzględnienie w treści specyfikacji zasad wypłaty zaliczki odpowiadających umowie o dofinansowanie.

Obecny stan treści Załącznika nr 2 do specyfikacji pozostaje w sposób daleki niesprecyzowany i wprowadza zupełną dowolność po stronie zamawiającego, który odmową wypłaty zaliczki przerzucić może na wykonawcę cały ciężar finansowania kontraktu.

W zestawieniu ze skrajnie rygorystycznym określeniem odbiorów częściowych uprawniających do płatności tylko w wyjątkowych sytuacjach po przejściu „małego” odbioru końcowego postanowienia te stanowią przeszkodę dla prawidłowej realizacji kontraktu.

Tymczasem według specyfikacji wykonawca ma dysponować zasobem w wysokości 100 mln złotych, a nie równym wartości całego zamówienia.

16. Uprawnia zamawiającego do żądania ponownego wykonania przedmiotu umowy w sytuacji zaistnienia wad nieusuwalnych, co dodatkowo narusza regułę art. 637 § 1 oraz art. 395 § 2 Kc względnie art. 491 § 1 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 18 ust 5.

Podczas gdy kwestie wzajemnych rozliczeń reguluje w sposób zamknięty art. 637 § 1 oraz art. 395 § 2 Kc względnie art. 491 § 1 Kc które nie przewidują możliwości żądania ponownego wykonania przedmiotu umowy na koszt i ryzyko wykonawcy.

17. Przewiduje wypłatę drugiej płatności dopiero po ponad 270 dniach od rozpoczęcia kontraktu – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 19 ust. 6 oraz sekcja III.1.2 pkt 6 Ogłoszenia o zamówieniu.

Podczas gdy projekt wykonawczy powstaje po projekcie budowlanym, jako jego uszczegółowienie i może podlegać wielokrotnym zmianom również na życzenie zamawiającego, co skutkowało będzie oddaleniem w czasie prawa wykonawcy do uzyskania kolejnej płatności.

Tymczasem pamiętać należy, że realizacja umowy to nie tylko prace budowlane i projektowe, ale również dostawy urządzeń stąd uzasadnionym jest umożliwić wykonawcy występowanie o płatności w toku realizacji umowy również w związku z zamówionymi urządzeniami i to niezależnie od stopnia zaawansowania prac projektowych.

Według informacji potwierdzonej przez KIO w uzasadnieniu do wyroku KIO 1570/11 z dnia 31 sierpnia 2011 r. produkcja jednego tylko urządzenia potrwać może nawet do 24 miesięcy, co oznacza, że zamówienie złożyć trzeba z odpowiednim wyprzedzeniem. Pozostaje oczywistym wymóg opłacenia choćby w części zamówienia, które dotyczy produkcji urządzeń dedykowanych konkretnemu obiektowi. Odmowa przyznania wykonawcy prawa do objęcia tego rodzaju wydatków finansowaniem częściowym zamawiającego będzie oznaczała pełne kredytowanie budowy.

18. Przewiduje dowolność po stronie Inżyniera w wydaniu Świadectwa Wykonania – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 19 ust. 16 oraz sekcja III.1.2. Ogłoszenia o zamówieniu.

Podczas gdy brakuje argumentów przemawiających za takim układem treści kontraktu. Podstawowym obowiązkiem Inwestora w ramach umowy o roboty budowlane jest odebranie przekazywanego mu przez wykonawcę obiektu. Zgodnie natomiast z treścią art. 462 § 1 Kc w zw. z art. 139 § 1 Pzp wykonawca spełniając świadczenie może domagać się pokwitowania. Świadectwo Wykonania jest pokwitowaniem wykonania robót budowlanych, którego zamawiający nie może odmówić, stąd jego wydanie powinno być obowiązkiem Inżyniera.

19. Uprawnia zamawiającego do jednostronnego zmniejszenia zakresu zamówienia o 20% oraz zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy o 20%, co dodatkowo narusza art. 140 i 144 oraz art. 145 Pzp oraz art. 639 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 23 ust. 1- 5.

Podczas gdy to postanowienie uprawniające do jednostronnego zmniejszenia zakresu zamówienia nie znajduje oparcia w naturze umowy o roboty budowlane, której przepisy uniemożliwiają tworzenie norm pozwalających zamawiającemu na

dowolne i samodzielne modyfikowanie przedmiotu umowy, tym bardziej w tak drastycznym rozmiarze.

Odnosić należy, że określenie przedmiotu zamówienia pozostaje elementem podstawowym dla zamówienia i składanej oferty. Wysokość poszczególnych stawek ujętych w ofercie oraz cena końcowa budowana jest przy założeniu realizacji całości kontraktu. Sprzeczne z regułami art. 144 i Pzp pozostaje, zatem uprawnienie zamawiającego do modyfikacji przez rezygnację z części zamówienia.

Utrata 1/5 kontraktu nie jest wydarzeniem nieznacznym i wywołuje konieczność totalnego przemodelowania struktury zorganizowanych zasobów, a nade wszystko wpływa drastycznie na finansową stronę realizacji kontraktu.

Odnosić należy przy tym, że specyfikacji pozwala jednocześnie na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy o wartość prac zaniechanych, co oznacza, że zamawiający uprawniony jest jednym pismem zmniejszyć roboty i wynagrodzenie wykonawcy o -100 mln złotych. Może to oznaczać 100 mln złotych strat dla wykonawcy, który materiały urządzenia do danego zakresu prac nabywa z wyprzedzeniem z własnych środków.

Tymczasem zgodnie z tą częścią specyfikacji zamawiający po prostu obcina 100 mln i nie zwraca wykonawcy choćby równowartości zaangażowania wykonawcy, jakie w dane roboty zostało wykonane do chwili ich anulowania.

Zamawiający w sposób urągający zasadom współżycia społecznego tj. równego traktowania podmiotów oraz poszanowania wcześniej dokonanych ustaleń zastrzega dla siebie prawo do samodzielnej decyzji o losach robót o wartości 1/5 kontraktu.

Odnosić należy również, że niejednoznaczność postanowień Załącznika nr 2 do specyfikacji § 23 ust. 4 może prowadzić do takiej interpretacji umowy, która ustali, że próg 20% dotyczy jednorazowego zaniechania, a nie sumarycznej wartości zaniechanych prac. To zaś stanowiłoby działanie mające na celu kompletne obejście art. 144 oraz art. 145 ust. 2 Pzp, który daje prawo do wynagrodzenia za wykonane części umowy.

20. Uzależnia obowiązek zapłaty kar umownych od opóźnienia wykonawcy, co oznacza, że obowiązek ich zapłaty powstanie również wówczas, gdy ominięcie terminu nastąpi z przyczyn dotyczących zamawiającego – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 24.

W niniejszym postępowaniu zamawiający ustalił kary umowne za opóźnienie w realizacji kontraktu. W przypadku realizacji tak skomplikowanego obiektu składającego się z szeregu elementów w budowie, którego wykorzystane zostaną wysoce specjalistyczne technologie i którego powstanie trwać ma ponad 3 lata w związku z czym proces budowlany podlega wpływowi ogromnej liczby czynników niezależnych od wykonawcy podobne ustalenie umowne oznacza, że wykonawca

odpowiedzialny będzie za przekroczenie terminu również z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 476 Kc).

Badając umowę uprawnione jest stwierdzenie, że wykonawca będzie odpowiadał również wówczas, gdy to zamawiający uniemożliwi realizację umowy (§ 24 ust. 7 projektu umowy).

Niezależnie stwierdzić należy, że ustalenie kary umownej płatnej z tytułu okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada stanowi naruszenie istoty kary umownej opisanej w art. 483 § 1 Kc. Zgodnie z tym przepisem kara umowna służyć może jedynie w przypadku zawinonego przez dłużnika niewykonania zobowiązania (tak. K. Zagrobelny [w:] Kodeks Cywilny. Komentarz. Pod red. E. Gniewka, wyd. C.H.Beck, Warszawa 2006, nb. 9 i 10).

Nie ma żadnego powodu dla tak rygorystycznie określonych kar umownych, a bieżąca kontrola realizacji umowy pozwala na natychmiastową reakcję w przypadku błędów w toku budowy. Zamawiający posiada, zatem szereg narzędzi służących bieżącej kontroli i nie ma powodów do ustalania tak drastycznego unormowania kar umownych.

Tymczasem zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt 6) narzucanie uciążliwych warunków umownych przynoszących nieuzasadnione korzyści definiowane jest, jako nadużywanie pozycji dominującej i czynność naruszająca konkurencję, co oznacza, że zamawiający formułuje treść specyfikacji wbrew zasadzie ochrony konkurencji. specyfikacji nie wyjaśnia przy tym przyczyn tak rygorystycznego ustalenia kar umownych oraz ich ogromnej wysokości.

21. Wprowadza rażąco wygórowane kary umowne w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego w okresie gwarancji i rękojmi Załącznik nr 2 do specyfikacji § 24 ust. 1 pkt 8.

Odnotać należy, że treścią specyfikacji zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zapłaty kary umownej równej 10% Ceny brutto, która może przekraczać znacznie kwotę 50 mln złotych w sytuacji, kiedy zamawiający dysponował będzie gotowym i sprawnym obiektem.

Niejednoznaczność komentowanego postanowienia i dowolność przesłanek do odstąpienia uprawnia do postawienia zarzutu naruszenia przepisów kodeksu cywilnego dot. wysokości kary umownej. Nie da się, bowiem wykluczyć, że wada z usunięciem, której wykonawca się opóźnił będzie nieistotna lub przekroczenie terminu jej usunięcia będzie niewielkie. Tymczasem zamawiający tak samo traktuje niezrealizowanie umowy jak i brak właściwego koloru drzwi gotowego obiektu.

Nie znajduje oparcia w regułach umowy o roboty budowlane oraz w naturze tego stosunku, a także zasadach słuszności będących przecież elementem zasad

współzycia społecznego, nakładanie na wykonawcę ogromnej kary za niewielkie przewinienie, które dodatkowo nie wiązało się z powstaniem szkody po stronie zamawiającego.

Interesem zamawiającego jest uzyskanie sprawnego obiektu w określonym czasie i nie służy jego ochronie nakładanie drakońskich kar umownych, których efekt doprowadzić może wyłącznie do upadłości wykonawcy (rozgrywający się obecnie casus spółki Hydrobudowa).

22. Nie nakłada na zamawiającego obowiązku przekazania wykonawcy oświadczeń o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomościami dla uzyskania pozwolenia na budowę innymi niż przewidziane umową, co dodatkowo narusza art. 647 Kc – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 25 ust. 6 oraz § 3 ust. 7.

Podczas gdy uzyskanie prawa do terenu złożenie stosownych oświadczeń należy bezwzględnie do obowiązku zamawiającego, a tymczasem komentowane postanowienie specyfikacji przewiduje obowiązek jego zdobycia – jeżeli w ogóle się pojawi – po stronie wykonawcy.

23. Nie przewidują ochrony tajemnicy handlowej wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 26 pkt 6 i 2.

Podczas gdy tajemnica handlowa może obejmować również rysunki i elementy dokumentacji zawierające szczegóły technologiczne zastosowanych rozwiązań objętych ochroną przepisów prawa własności przemysłowej.

Sprzeciwić się należy również wymogowi dysponowania przez wykonawcę prawami do dokumentacji na zasadzie wyłączności. Odnotować należy, że zamawiający sam dopuszcza posługiwanie się licencjami w odniesieniu do cudzych rozwiązań chronionych prawnie. W takim przypadku również dokumentacja tych rozwiązań będzie oparta na licencji i wykonawca nie będzie posiadał do niej wyłącznych praw, bo żaden właściciel danego rozwiązania technologicznego takich praw nie udzieli.

24. Uprawnia zamawiającego do zastosowania kary umownej przewidzianej § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy PRZED upływem wyznaczonego terminu do usunięcia usterek – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 27 ust. 4 pkt 5.

Podczas gdy karanie za uchybienie terminowi do usunięcia usterki lub wady powinno nastąpić po upływie terminu wyznaczonego na jej wykonanie, a nie po tym jak termin ten zostanie wyznaczony.

25. Nakładają na wykonawcę bezwzględny obowiązek przyjęcia warunków płatności zmodyfikowanych przez zamawiającego i jego instytucję kredytującą choćby warunki te pogarszały sytuację wykonawcy – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 29 pkt 3 lit. c specyfikacji.

Tymczasem wykonawca nie jest stroną umów z instytucjami kredytującymi zamawiającego i nie ma wpływu na działalność zamawiającego, która może być przyczyną pogorszenia warunków płatności. Zamawiający może przejawiać działania niepokojące te instytucje, które wówczas zareagują obostrzeniem wymogów, na co wykonawca pozbawiony jest wpływu.

26. Ustalają, że naruszeniem umowy przez wykonawcę będzie zaistnienie nakazu zajęcia wydanego wobec choćby pojedynczego składnika majątku wykonawcy – Załącznik nr do specyfikacji § 30 ust 2 pkt 5.

Podczas gdy postanowienie specyfikacji pozostaje nieostre, niejednoznaczny i upoważnia zamawiającego do odstąpienia od CAŁEJ umowy w przypadku zajęcia pojedynczych składników majątku wykonawcy, w tym niezwiązanego z realizacją umowy.

Wskazać należy, że wykonawca zdolny do realizacji zamówienia musi prowadzić przedsiębiorstwo wielkich rozmiarów i osiągać przychody rzędu 500.000.000 zł w tym 150.000.000 zł za ostatni rok. To zaś prowadzi do naturalnego stanu wchodzenia w spory z podwykonawcami, dostawcami lub Inwestorami czy zamawiającymi, które mogą skutkować zajęciem pojedynczych składników majątkowych. Wykonawca nie ma wpływu na podobne wydarzenia, które mogą zostać wywołane choćby dzięki instytucji zabezpieczenia roszczeń.

W konsekwencji samo zajęcie niezwiązanych z realizacją elementów majątku zamawiającego pozostaje kompletnie oderwane od realizacji przedmiotu umowy i bezpieczeństwa kontraktu.

Oczywistym jest możliwość realizowania kontraktu w Warszawie mając zajętą nieruchomość w Szczecinie.

27. Ustala prawo zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy o 31 dni w stosunku do Programu Robót tj. o mniej niż 2,8% zakładanego przez zamawiającego czasu na wykonanie prac – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 30 ust. 4.

Podczas gdy przedmiotem zamówienia jest ogromna instalacja, która składa się z budowanych równolegle kilku elementów, o łącznej wartości ponad 500.000.000 zł. Sam proces projektowania trwać ma blisko rok, a łączny czas realizacji ponad 3 lata.

Tak skomplikowana i nadzwyczaj trudna technologicznie i organizacyjnie inwestycja tylko zdaniem zamawiającego ma przebiegać przez okres 1100 dni i poddana zostanie ogromnej ilości wydarzeń o charakterze planowym i losowym. Wymaganie punktowej realizacji i ustalenie prawa do odstąpienia po przekroczeniu terminu o 2,8% zakładanego czasu stanowi warunek nieproporcjonalny wobec całości zadania.

Pamiętać należy, że postanowienie dotyczy przekroczenia terminu stąd nie ma znaczenia stan zaawansowania obiektu. W konsekwencji zamawiający władny będzie doprowadzić do odstąpienia od umowy, a więc uchylenia całości umowy, przy skończonym obiekcie i przekroczeniu terminu jego oddania o 31 dni.

28. Ustala prawo zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku rozwiązania, wygaśnięcia lub odstąpienia przez zamawiającego lub NFOŚiGW lub WFOŚiGW w Toruniu od umowy pożyczki – sekcja VI.3. pkt 3 lit. c-g Ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacji CZ. IX ust. 2 pkt 3 lit. c-g, Załącznik nr 2 do specyfikacji § 30 ust. 7 pkt 6.

Podczas gdy to postanowienie pozostaje wyraźną i jednoznaczną metodą na ominięcie art. 145 ust. 2 Pzp mocą którego zamawiający jest wprawdzie uprawniony do odstąpienia od umowy ale jednocześnie zobowiązany do zapłaty określonego wynagrodzenia za zrealizowane części Umowy wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach.

Wykonawca nie jest stroną umów finansowych z zamawiającym, stąd nie ma możliwości kontrolowania ich stanu, a przede wszystkim nie ma wpływu na zachowanie zamawiającego, które może przecież stanowić wyłączną przyczynę odstąpienia od umów finansujących.

W konsekwencji w obecnym stanie specyfikacji nieprawidłowe działanie zamawiającego skutkujące odebraniem mu dofinansowania będzie on mógł bezpośrednio bezpiecznie przełożyć na wykonawcę przez odstąpienie od umowy i odmowę wypłaty pełnego odszkodowania.

29. Ustala po stronie zamawiającego brak obowiązku odkupienia od wykonawcy części i urządzeń nabytych przez wykonawcę do czasu odstąpienia, co dodatkowo narusza art. 145 ust. 2 Pzp – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 30 ust. 8.

Podczas gdy art. 145 ust. 2 Pzp zawiera generalną regułę nakazującą wypłatę wynagrodzenia za już wykonane części umowy, nie może być przy tym sporu, że zamówienie części lub materiałów powinno być traktowane, jako wykonanie części umowy.

30. Ustala po stronie zamawiającego obowiązek rozliczenia kosztów wykonania robót rozbiórkowych nie po ich wykonaniu, a po przedstawieniu informacji dot. materiałów pochodzących z rozbiórki, co dodatkowo narusza art. 647 Kc Załącznik nr 2 do specyfikacji § 32 ust. 3.

31. Uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku nie zawarcia przez wykonawcę umowy ubezpieczenia – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 34 ust. 4.

Tymczasem zgodnie z postanowieniem Załącznika nr 2 do specyfikacji § 34 ust. 7 brak zawarcia umowy ubezpieczenia przez wykonawcę uprawnia zamawiającego do samodzielnego zawarcia stosownej umowy, co jest rozwiązaniem wystarczającym.

Brakuje podstaw do udzielania zamawiającemu prawa do odstąpienia od kontraktu, jeżeli posiada narzędzia do tego, aby przy utrzymaniu kontraktu kontynuować jego realizację.

Ochrona interesu zamawiającego nie tylko nie wymaga, ale wręcz wyklucza terminowanie kontraktu będącego w toku realizacji wyłącznie, dlatego, że wykonawca spóźnił się z ubezpieczeniem.

32. Ustala obowiązek ubezpieczenia przez wykonawcę jego samego oraz zamawiającego i wszelkich innych podmiotów uczestniczących w realizacji kontraktu na łączną sumę gwarancyjną równą wartości umowy, a nie zostało ujęte w zakresie zamówienia, co dodatkowo narusza art. 29 ust. 1 Pzp – Załącznik nr 2 do specyfikacji § 35 ust. 2 pkt 1-3.

Podczas gdy wymaganie ubezpieczenia nie zostało wskazane w treści Ogłoszeniu o udzielenie zamówienia ani specyfikacji cz. II Przedmiot zamówienia stąd wykonawca nie ma możliwości jego wyceny i umieszczenia w ramach oferty, jako jej elementu.

Odnosić należy przy tym, że koszt zawarcia umowy ubezpieczenia dedykowanego całemu przedsięwzięciu z sumą gwarancyjną 500.000.000 zł i opiewającego na wszelkie ryzyka będzie wartością ogromną, której pominięcie w ofercie może prowadzić do manipulacji treścią ofert.

Warte zauważenia jest również to, że dla potrzeb postępowania zamawiający uznaje za wystarczające ubezpieczenie wykonawcy do kwoty 50.000.000 zł.

XI. Nieprawidłowe ustalenie okresu zabezpieczenia należytego wykonania

Zamawiający treścią Załącznika nr do specyfikacji § 14 ust. 5 dopuścił się naruszenia art. 151 Pzp przez ustalenie, że Zabezpieczenie należytego wykonania zostanie wystawione na okres dłuższy odpowiednio o 30 dni w przypadku zabezpieczenia wykonania umowy 15 dni w przypadku upływu terminu gwarancji i rękojmi, podczas gdy ustawa nie przewiduje podobnego wymogu, a dodatkowo zabezpieczenie należytego wykonania obejmuje wyłącznie okres rękojmi, a nie obejmuje okresu gwarancji.

XII. Wymóg zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcami

Zamawiający treścią Załącznik z nr 2 do specyfikacji § 12 ust. 2 i 6 dopuścił się naruszenia art. 3531 Kc w zw. z art. 139 § 1 i art. 36 ust. 5 Pzp przez wymaganie od wykonawcy uzyskania zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcami prac architektonicznych, dostaw, umów o dzieło, co narusza naturę umowy o dzieło, zlecenia, dostawy, a dodatkowo ingeruje bezpośrednio w funkcjonowanie wykonawcy i może uniemożliwić prawidłową realizację zamówienia.

Tymczasem treść art. 36 ust. 5 Pzp uprawnia zamawiającego wyłącznie do ograniczania możliwości powierzania prac wykonawcom, a nie do kwestionowania tych wykonawców, a dodatkowo wyłącznie wówczas, gdy potrzeba ograniczenia wynika ze specyfiki przedsięwzięcia.

XIII. Uzasadnienie żądania unieważnienia czynności Ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia specyfikacji oraz nakazania zamawiającemu ponowienia tych czynności

Uzasadniając żądanie niniejszego odwołania wskazać należy przede wszystkim na wagę postawionych zarzutów, które nie ograniczają się jedynie do kwestionowania zgodności z prawem warunków umownych zaproponowanych przez zamawiającego.

Odnotować należy, że najpoważniejsze zarzuty dotyczą braku opisu przedmiotu zamówienia w dwóch częściach tj. wymaganej przez zamawiającego usługi serwisowania oraz pełnienia nadzoru autorskiego. W odniesieniu do obu tych elementów specyfikacji pozostaje niemy i nie wskazuje żadnych precyzyjnych i istotnych dla wyceny obu elementów przedmiotu zamówienia informacji.

Także zarzut niekonkurencyjnego określenia terminu składania ofert zasługuje na zwrócenie szczególnej uwagi i zbadania przez przyzmat toczącej się poprzednio procedury.

Niezbędne jest precyzyjne i dalsze rozszerzenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, na co KIO zwracało uwagę przy okazji poprzedniego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Wydaje się przy tym, że zamawiający nie zrealizował poleceń i rozstrzygnięć KIO przedstawionych w wyroku z 31 sierpnia 2011 r. (KIO 1750/11).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1 i 2) (dowód nr A i B) ogłoszenie dodatkowych informacji w podobnym przetargu w Krakowie z zaznaczeniem sekcji 6.3.4 oraz ogłoszenie w podobnym przetargu w Szczecinie – w postępowaniach tych są znacznie dłuższe terminy na składanie ofert oraz dłuższe terminy na wykonanie zamówienia;**
- 3) (dowód nr C) ogłoszenie na podobną instalację w Krakowie, gdzie termin wykonania zamówienia został wyznaczony na blisko 4 lata [1480 dni];**
- 4) (dowód nr D) zestawienie podobnych realizacji w Europie, z czego wynika, że powszechny jest dłuższy termin realizacji podobnych inwestycji;**

oraz dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 5) (dowód nr E) w podobnym postępowaniu został wyznaczony podobny termin wykonania zamówienia (1100 dni) w formule „Zaprojektuj i Wybuduj” i już jest 4**

wykonawców deklarujących wykonanie podobnego zamówienia; zamawiający wywodzi, że termin 1100 dni jest realny i możliwy do zrealizowania
– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone przez strony.

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.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut [trzeci] naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp – przez brak zamieszczenia w specyfikacji opisu sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalnych warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, mimo dopuszczenia możliwości złożenia oferty wariantowej w części I ust. 5.1 specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dopuszczając do złożenia ofert wariantowych na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp jest zobowiązany do zamieszczenia w specyfikacji opisu sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz opisu minimalnych warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe.

Oświadczenie zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, wskazujące że zamawiający dopuścił możliwość składania ofert wariantowych gdyż cena nie jest jedynym kryterium wyboru, zgodnie z art. 83 ust. 1 Pzp nie może być uznane przez Izbę jako wypełnienie warunków przez zamawiającego do ustanowienia możliwości składania ofert wariantowych. Powoływany przez zamawiającego przepis art. 83 ust. 1 Pzp wskazuje tylko na dodatkowe uwarunkowanie możliwości dopuszczenia do składania ofert wariantowych, czyli określenia większej liczby kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, niż tylko kryterium cena. rzeczywiście ta przesłanka została spełniona przez zamawiającego.

Jednak podstawowym czynnikiem umożliwiającym zamawiającemu dopuszczenie do składania ofert wariantowych jest zamieszczenie w specyfikacji opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz określenie minimalnych warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe. Jest to unormowane w podstawowym przepisie dotyczącym specyfikacji – w art. 36 Pzp, a konkretnie w art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie może tego zasadniczego obowiązku wypełnić przez zamieszczenie informacji o tych uwarunkowaniach wyjaśnieniach treści specyfikacji udzielanych na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp, gdyż w tym dokumencie można zamieszczać tylko wyjaśnienia treści specyfikacji czy wskazywać gdzie w specyfikacji jest uregulowana dana kwestia. W wyjaśnieniach nie można rozszerzać zakresu samej specyfikacji, co wynika z treści art. 38 ust. 1 Pzp.

Wobec zasadności zarzutu braku zamieszczenia w specyfikacji opisu sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalnych warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, mimo dopuszczenia możliwości złożenia oferty wariantowej w części I ust. 5.1 specyfikacji – skład orzekający Izby nakazuje uchylić postanowienie cz. I ust. 5.1 specyfikacji, aby nie wprowadzać w błąd wykonawców.

Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający może wprowadzić do specyfikacji odpowiedni opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp i wtedy zamawiający będzie mógł utrzymać kwestionowane postanowienie w cz. I ust. 5.1 specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut [jedenasty lit. p] naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez brak nakazania Inżynierowi wydania Świadectwa Wykonania w § 19 ust. 16 załącznika nr 2 do specyfikacji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w § 19 ust. 16 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji, że cyt. „W terminie 28 dni od daty złożenia stosownego wniosku Inżynier podejmie decyzję odnośnie wydania Świadectwa Wykonania”.

Zgodnie z tym postanowieniem Inżynier może podjąć pozytywną albo negatywną decyzję odnośnie wydania Świadectwa Wykonania, mimo złożenia przez wykonawcę cyt. „stosownego wniosku”, czyli wniosku odpowiedniego, wniosku właściwego, a więc wniosku spełniającego wszystkie wymagania formalne i merytoryczne. Jednak zamawiający daje w kwestionowanym postanowieniu uprawnienie Inżynierowi do podjęcia decyzji do wydania Świadectwa Wykonania.

Takie sformułowanie postanowienia § 19 ust. 16 wzoru umowy narusza art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym przypadku okolicznością tą jest wydanie Świadectwa Wykonania, a nie dopiero

podjęcie decyzji odnośnie wydania Świadcstwa i to decyzji o niewiadomym charakterze: pozytywnym albo negatywnym.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia ma obowiązek m.in. uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienie § 19 ust. 16 wzoru umowy w proponowanym przez zamawiającego brzmieniu nie daje wykonawcy możliwości do określenia (i oszacowania w cenie oferty) ryzyka związanego z wydaniem Świadcstwa Wykonania przez Inżyniera. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że – w związku z tak sformułowanym postanowieniem § 19 ust. 16 wzoru umowy – opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony przez zamawiającego w sposób spełniający wymaganie za 29 ust. 1 Pzp. Z tego względu zamawiający skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i nakazuje zamawiającemu zastosowanie zamiast dotychczasowego wyrażenia cyt. „Inżynier podejmie decyzję odnośnie wydania Świadcstwa Wykonania” § 19 ust. 16 wzoru umowy nowego brzmienia: „Inżynier wyda Świadcstwa Wykonania”.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut [jedenasty lit. r] naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp – przez postanowienie **§ 23 ust. 4 wzoru umowy** ze względu na przyznanie zamawiającemu prawa do jednostronnego wyłączenia z zakresu robót o wartości do 20% ceny umownej brutto i arbitralnej wyceny tego zakresu robót – zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp zamawiający ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia. Również ustawodawca przewidział w art. 145 Pzp możliwość odstąpienia od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności. Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że przedmiot zamówienia może być ograniczony, zgodnie z przepisami ustawowymi, ale w związku z tym nie powinien móc być ograniczany umownie. Wykonawca powinien mieć do sporządzenia oferty możliwie wiele i to niewzruszalnych informacji, aby możliwie najpełniej mógł oznaczyć i wycenić ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Wobec tego postanowienie umowne o możliwości zredukowania przedmiotu umowy o 20% przez jednostronne oświadczenie zamawiającego, wykonawca jest pozbawiony w trakcie opracowywania swojej oferty, a następnie wykonywania umowy – pewności co do podstawowego elementu specyfikacji, jakim jest opis przedmiotu zamówienia.

W związku z tym naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp odnośnie wzoru umowy został naruszony art. 31 ust. 2 i 3 Pzp odnośnie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w efekcie tak sformułowanego postanowienia umowy, dopuszczającego odstąpienie od wykonania 20% przedmiotu zamówienia przez zamawiającego nastąpiło istotne zaburzenie opisu przedmiotu

zamówienia. Tak modyfikowalny opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada przywołanym przepisom art. 31 ust. 2 i 3 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 – przez postanowienie **§ 23 ust. 4 wzoru umowy** ze względu na przyznanie zamawiającemu prawa do jednostronnego wyłączenia z zakresu robót o wartości do 20% ceny umownej brutto i arbitralnej wyceny tego zakresu robót – zasługuje na uwzględnienie i Izba nakazuje uchylenie tych postanowień.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut [jedenasty lit. t] naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 24 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy** ze względu na ustanowienie kar umownych w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego oraz nienależytego wywiązywania się z umowy – zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca mógł określić wszystkie ryzyka, należycie je oszacować i zawrzeć to oszacowanie w cenie ofertowej.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający szczegółowo określił kary umowne za opóźnienie w terminowym usunięciu wad i usterek w § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy oraz określił kary umowne za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w § 24 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy. W związku z tym ustanowienie różnych kar umownych za to samo może wpłynąć na to, że zamawiający będzie mógł stosować arbitralnie różne kary umowne za zaistnienie tej samej podstawy. Nie daje to wykonawcy możliwości do jednoznacznego określenia ryzyk i ich wyszacowania, aby zawrzeć ten szacunek w cenie ofertowej.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 24 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy** – zasługuje na uwzględnienie i nakazuje zamawiającemu uchylenie tego postanowienia.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut [jedenasty lit. x] naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 27 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy** ze względu na ustanowienie uprawnienia zamawiającego do zastosowania kary umownej za opóźnienie w terminowym usunięciu wad i usterek (przewidzianej w § 24 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy) przed upływem wyznaczonego terminu do usunięcia wad i usterek – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w **§ 27 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy** postanowił, że cyt. „w przypadku stwierdzenia w czasie komisyjnego odbioru technicznego zadania, usterek lub niekompletności dokumentów, które uniemożliwiają prawidłową eksploatację przedmiotu

umowy, Inżynier i zamawiający ma prawo odmówić dokonania odbioru, wyznaczyć termin ich usunięcia oraz zastosować karę umowną wynikającą z postanowień § 24 ust. 1 pkt 3 umowy liczoną od dnia dokonania przez kierownika budowy wpisu do dziennika budowy o zakończeniu robót do dnia usunięcia wad, usterek lub skompletowania dokumentów”. Skład orzekający Izby stwierdza, że postanowienie to dawałoby zamawiającemu uprawnienie do jednoczesnego wyznaczenia terminu usunięcia wad (usterek lub skompletowania dokumentów) i nałożenia kar umownych. Zgodnie z treścią odpowiedzi z 20 czerwca 2012 r. sformułowanej przez zamawiającego nie było jego intencją takie nadużywanie postanowień umowy, dlatego postanowienia umowne cyt. „nie mogą być więc nadużywane, wbrew twierdzeniom odwołującego, przez zamawiającego”.

Jednak poza deklaracją złożoną w tej odpowiedzi zamawiający nie wprowadził żadnej zmiany w specyfikacji, a więc dalej na podstawie literalnego brzmienia postanowienia **§ 27 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy** zamawiający będzie mógł arbitralnie stosować kary umowne bez oczekania na upływ terminu do usunięcia wad, usterek lub skompletowania dokumentów.

W związku z tym skład orzekający Izby uważa zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 27 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy** – za zasługujący na uwzględnienie. Jednocześnie skład orzekający Izby uważa za zasadne nakazać zamawiającemu dodać do **§ 27 ust. 4 pkt 5 wzoru umowy** wyrazy wskazujące na wyznaczenie odpowiedniego terminu na usunięcie wad, usterek lub niekompletności dokumentów oraz uzależnić możliwość zastosowania kary umownej od niedochowania przez wykonawcę terminu na usunięcie wad, usterek lub niekompletności dokumentów. Zamawiający powinien ujednoznaczyć określenie terminu odpowiedniego na usunięcie wad przez wprowadzenie minimalnego terminu, np. 14 dni – jak o to wnosi odwołujący, jednak to stwierdzenie nie może być bezwzględnym nakazem Izby, gdyż takie doprecyzowanie nie wynika z żadnego przepisu prawa.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut [pierwszy] naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – naruszenia uczciwej konkurencji – nie może zasługiwać na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał naruszenia zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie zasługuje na uwzględnienie, jako zbyt ogólny i nie dowiedziony przez odwołującego.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: »Dostawcom lub wykonawcom,

których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale». Pod rządami tej ustawy odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący wystarczająco wykazał naruszenie przez zamawiającego szczegółowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, aby odwołanie mogło być rozpoznane, mimo nie wykazania naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Także zarzut [drugi] naruszenia art. 14 i art. 139 Pzp – przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia nie został dowiedziony przez odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący w zakresie zarzutu [czwartego] ustanowienia terminu składania ofert nie wykazał naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający ustanowił termin składania ofert na 46 dni, a więc dłużej niż minimum wymagane w art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp – 40 dni. Wobec braku wykazania przez odwołującego naruszenia jakiegokolwiek przepisu przez zamawiającego skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [piątego] naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp przez dokonanie w treści specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [szóstego] naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp przez żądanie od wykonawców oświadczeń zbędnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [siódmego] naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 5 Pzp przez pozbawienie wykonawców prawa do powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom w toku realizacji kontraktu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [ósmego] naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 45 ust. 3 Pzp przez określenie warunków wnieśienia wadium i wskazanie, że w przypadku wnoszenia wadium w formie innej niż w pieniądzu należy przygotować dwa oryginały tego dokumentu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [dziewiątego] naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 § ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez nieprecyzyjne określenie kryteriów ocen i nieprecyzyjne określenie sposobu badania kryterium oceny ofert.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [dziesiątego] naruszenia art. 353¹ Kc w zw. art. 647 Kc w zw. z art. 139 § 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku pozyskiwania nieruchomości.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący – poza wskazanymi wyżej elementami odwołania – nie dowiódł zarzutu [jedenastego] naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 ust 1 i art. 139 § 1 Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę, jako czyn nieuczciwej konkurencji, przez ustalenie warunków realizacji przedsięwzięcia w sposób naruszający naturę umowy o roboty budowlane, dzieło, zlecenie, dostawy oraz zasady współżycia społecznego.

Skład orzekający Izby przyjmuje za własne stwierdzenie Sądu Okręgowego w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, który w wyroku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11) wskazał, cyt.: „Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona sformułowana korzystniej dla wykonawcy. [...] [...] niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy, to on dokonuje jego [ryzyka] wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową”.

Tak właśnie jest w rozpoznawanym postępowaniu, gdzie wykonawcy mogą ocenić pozostałe podnoszone przez odwołującego ryzyka i odpowiednio je skalkulować oraz zawrzeć w cenie oferty.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [dwunastego] naruszenia art. 151 Pzp przez ustalenie, że Zabezpieczenie należytego wykonania zostanie wystawione na okres dłuższy niż przewiduje ten przepis.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł zarzutu [trzynastego] naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 139 § 1 Pzp przez wymaganie od wykonawcy uzyskania zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcami.

Zamawiający naruszył art. 36 ust. 2 pkt 4, art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp.

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.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....