

Sygn. akt: KIO 1202/12

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 **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**, 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:

- A) wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B) wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w:**

- 1) § 6 ust. 3 pkt 8 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) „Wzór umowy” – przez uchylene tego postanowienia;
- 2) § 9 ust. 8 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez określenie terminu na wyrażenie lub odmowę wyrażenia zgody przez Inżyniera i zamawiającego na zmianę osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne;
- 3) § 23 ust. 4 i 5 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez uchylene tych postanowień;
- 4) § 27 ust. 4 i 5 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez ustalenie terminów zakończenia odbiorów przez zamawiającego;
- 5) § 34 ust. 1 załącznika nr 2 do specyfikacji „Wzór umowy” – przez uchylene treści tego postanowienia w zakresie wyrazów „oraz dokonać cesji praw wynikających z Ubezpieczenia Kontraktowego na zamawiającego”
– oraz dostosować do tych zmian treść ogłoszenia o zamówieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Międzygminny Komplex 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 **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego **Międzygminny Komplex Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** na rzecz wykonawcy **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** 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:

.....

.....

U z a s a d n i e

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 Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł **08.06.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynność zamawiającego polegającą na nieprawidłowym ukształtowaniu postanowień ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) w tym wzoru umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą wybranym do realizacji zamówienia:
 - a) w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 Pzp),
 - b) w sposób nie dający wykonawcy pewności co do treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego z zamawiającym,
 - c) z przekroczeniem przez zamawiającego granic swobody umów, w tym w sposób rażąco godzący w zasadę równości stron oraz ekwiwalentności świadczeń (art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc);
- 2) opis przedmiotu zamówienia dokonany w sposób odbiegający od zasad określonych w art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp, a w szczególności za pomocą niedokładnych oraz niezrozumiałych definicji i wyrażeń;

- 3) ustalenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, co stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp** przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji, tj. z uwagi na możliwą wieloznaczną interpretację postanowień specyfikacji wyłącza możliwość złożenia porównywalnych ofert przez wykonawców;
- 2) **art. 14 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz zw. z art. 31 ust. 2 i 3 oraz w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc** przez ukształtowanie postanowień specyfikacji w sposób nie dający wykonawcom pewności co do treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego z zamawiającym z uwagi na niejednoznaczne sformułowanie postanowień wzoru umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą wybranym do realizacji rozpoznawanego zamówienia publicznego oraz z przekroczeniem granic swobody umów przez naruszenie zasady równości kontraktowej i ekwiwalentności świadczeń (w dalszej części odwołania w uzasadnieniu zarzutów doprecyzowano dodatkowo przepisy, które zostały naruszone wskutek nieprawidłowego ukształtowania poszczególnych postanowień i przepisy te, zgodnie z oświadczeniem odwołujący podczas rozprawy, odwołujący będzie wskazywać w stanowisku ustnym);
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp przez ustalenie zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Naruszenia te spowodowały nieprawidłowe ukształtowanie następujących postanowień ogłoszenia i specyfikacji (w tym umowy):

- 1) **sekcja IV.3.4 ogłoszenia oraz część VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji** – przez ustalenie zbyt krótkiego terminu na składanie ofert tj. na 9 lipca 2012 r.;
- 2) **część III ust. 4 pkt 1 zdanie pierwsze i ust. 2 specyfikacji oraz § 12 ust. 1 wzoru umowy** – przez ograniczenie zakresu zamówienia, które wykonawca może powierzyć do realizacji podwykonawcom;
- 3) **§ 2 ust. 21, § 3 ust. 2 pkt 12 oraz ust. 4 pkt 4 oraz § 6 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy; sekcja II.1.5 ust. 3.15 ogłoszenia oraz część II ust. 3 pkt 5 specyfikacji** – przez włączenie do zakresu przedmiotu zamówienia usług serwisowych w sytuacji, gdy na tym etapie postępowania nie jest możliwe ustalenie wartości usług serwisowych, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny oferty;

- 4) **§ 6 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy** – przez nadanie opłatom za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej charakteru zmiennego składnika Ceny Umownej w sytuacji, gdy Cena Umowna jest kwotą ryczałtową;
- 5) **§ 7 ust. 1 i 2 oraz § 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy** – przez ustalenie zasad sprawowania nadzoru inwestorskiego w imieniu zamawiającego w sposób niejednoznaczny i odbiegający od określonych w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane;
- 6) **§ 9 ust. 6 zdanie drugie wzoru umowy** – przez zobowiązanie wykonawcy do udzielania pełnomocnictw kierownikowi budowy oraz niewskazanie ich zakresu;
- 7) **§ 9 ust. 8 wzoru umowy** – przez nieustalenie terminu na zajęcie stanowiska przez Inżyniera i zamawiającego na zmianę osób wykonujących samodzielne funkcje techniczne;
- 8) **§ 12 ust. 7 wzoru umowy oraz część III ust. 4 pkt 4 specyfikacji** – przez nałożenie na wykonawcę obowiązku składania w terminie 5 dni przed terminem płatności przez zamawiającego faktury, pisemnego potwierdzenia podwykonawcy, którego wiarygodność jest częścią składową wystawionej faktury, o dokonaniu zapłaty na rzecz tego podwykonawcy, wraz z kopią faktury podwykonawcy oraz dowodem dokonania przelewu;
- 9) **§ 12 ust. 8 zdanie drugie wzoru umowy** – przez wyłączenie możliwości naliczania odsetek z tytułu odroczenia terminu płatności;
- 10) **§ 13 ust. 7 wzoru umowy** – przez zaliczenie podmiotu świadczącego usługi ochrony placu budowy do kręgu podwykonawców w rozumieniu art. 647¹ Kc;
- 11) **§ 15 [autokorekta] ust. 4 zdanie drugie wzoru umowy** – przez wyłączenie możliwości zawarcia w gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej oraz poręczeniu bankowym, wniesionych jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy, zastrzeżenia, zgodnie z którym zamawiający byłby zobowiązany do wniesienia żądania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego jego rachunek;
- 12) **§ 16 wzoru umowy** – przez umożliwienie zamawiającemu skorzystania z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku nienależytego wykonania lub niewykonania wszelkich obowiązków wynikających z umowy, a więc również własnych zaniechań i zaniedbań;
- 13) **§ 17 ust. 3 i 6 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 22 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 16 ogłoszenia** – przez nieoznaczenie daty, od której rozpoczyna bieg okres rękojmi za wady i gwarancji;
- 14) **§ 19 ust. 2, 7, 8, 12 i 13 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 3, 7 i 8 ogłoszenia** – przez ustalenie zasad płatności z naruszeniem zasady równowagi kontraktowej, tj. obciążenie wykonawcy kosztami prowadzenia inwestycji;

- 15) **§ 19 ust. 21 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 21 ogłoszenia** – przez zaniechanie określenia wysokości zaliczki oraz warunków jej udzielenia;
- 16) **§ 23 ust. 3 i 4 wzoru umowy oraz sekcja IV.3 ust. 2 pkt 1 lit. g ogłoszenia** – przez przyznanie zamawiającemu prawa do jednostronnego wyłączenia z zakresu robót – prac o wartości do 20% ceny umownej brutto (prace zaniechane) i ich arbitralnej wyceny;
- 17) **§ 24 ust. 7 wzoru umowy** – przez pominięcie w katalogu okoliczności wyłączających naliczenie kar umownych opóźnienia spowodowanego okolicznościami wskazanymi w § 21 wzoru umowy;
- 18) **§ 27 ust. 4 i 7 wzoru umowy** – przez zaniechanie określenia terminów zakończenia odbiorów przez zamawiającego;
- 19) **§ 30 ust. 7 pkt 2-6 wzoru umowy** – przez przyznanie zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku utraty dofinansowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
- 20) **§ 30 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy** – przez przyznanie zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku ogłoszenia upadłości wykonawcy;
- 21) **§ 30 ust. 4 wzoru umowy** – przez przyznanie zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w każdym przypadku, gdy opóźnienie w realizacji Programu Robót spowodowane będzie przyczynami niezależnymi od zamawiającego, a więc również przyczynami niezależnymi od wykonawcy;
- 22) **§ 32 ust. 2 wzoru umowy** – przez niejednoznaczne określenie zasad rozliczania i transportu materiałów pochodzących z rozbiórki lub demontażu;
- 23) **§ 33 wzoru umowy** – przez przyznanie stronom umowy prawa do dowolnego oznaczania zakresu informacji objętych tajemnicą i nałożenie na te strony obowiązku zachowania poufności, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i art. 139 ust. 3 Pzp;
- 24) **§ 34 ust. 1 wzoru umowy** – przez zobowiązanie wykonawcy do cesji praw z wszystkich umów ubezpieczenia na zamawiającego, co w przypadku polisy OC jest niemożliwe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących zmian w ogłoszeniu i specyfikacji:

- 1) **sekcja IV.3.4 ogłoszenia oraz część VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji** – przez wydłużenie terminu składania ofert do 16 lipca 2012 r.;
- 2) **część III ust. 4 pkt 1 zdanie pierwsze i ust. 2 specyfikacji oraz § 12 ust. 1 wzoru umowy** – przez skreślenie postanowień;
- 3) **§ 2 ust. 21, § 3 ust. 2 pkt 12 oraz ust. 4 pkt 4 oraz § 6 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy; sekcja II.1.5 ust. 3.15 ogłoszenia oraz część II ust. 3 pkt 5 specyfikacji** – przez

- skreślenie postanowień, co spowoduje wyłączenie usług serwisowych z zakresu przedmiotu zamówienia;
- 4) **§ 6 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy** – przez skreślenie tego postanowienia;
 - 5) **§ 7 ust. 1 i 2 oraz § 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy** – przez ustalenie zasad sprawowania nadzoru inwestorskiego w imieniu zamawiającego zgodnie z przepisami Prawa budowlanego;
 - 6) **§ 9 ust. 6 zdanie drugie wzoru umowy** – przez skreślenie postanowienia;
 - 7) **§ 9 ust. 8 wzoru umowy** – przez określenie terminu na wyrażenie lub odmowę wyrażenia zgody przez Inżyniera i zamawiającego na zmianę osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne, np. 3 dni od otrzymania wniosku;
 - 8) **§ 12 ust. 7 wzoru umowy oraz część III ust. 4 pkt 4 specyfikacji** – przez modyfikację postanowienia i zobowiązanie wykonawcy do składania zamawiającemu pisemnych potwierdzeń podwykonawców za poprzedni okres płatności;
 - 9) **§ 12 ust. 8 zdanie drugie wzoru umowy** – przez skreślenie tego postanowienia;
 - 10) **§ 13 ust. 7 wzoru umowy** – przez modyfikację postanowienia w sposób wyłączający możliwość zaliczenia podmiotu świadczącego usługi ochrony jako podwykonawcy w rozumieniu art. 647¹ Kc;
 - 11) **§ 15 [autokorekta] ust. 4 zdanie drugie wzoru umowy** – przez skreślenie tego postanowienia;
 - 12) **§ 16 wzoru umowy** – przez doprecyzowanie postanowienia przez wskazanie, że zamawiający może skorzystać z zabezpieczenia należytego wykonania umowy jedynie w sytuacji nienależytego wykonania lub niewykonania obowiązków wynikających z umowy przez wykonawcę;
 - 13) **§ 17 ust. 3 i 6 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 22 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 16 ogłoszenia** – przez wskazanie daty wystawienia Świadcstwa Wykonania oraz daty, od której rozpocznie bieg okres rękojmi za wady i gwarancji, tj. daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego;
 - 14) **§ 19 ust. 2, 7, 8, 12 i 13 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 3, 7 i 8 ogłoszenia** – przez modyfikację postanowień dotyczących zasad płatności w sposób, który przywróci równowagę kontraktową, tj. (a) wprowadzenie płatności miesięcznych, (b) obniżenie kwoty minimalnej Świadcstwa Płatności, (c) ustalenie zasad wypłaty i wysokości zaliczki, (d) usunięcie ograniczenia łącznej wysokości Przejściowych Świadcstw Płatności do kwoty 90% Ceny Umownej;
 - 15) **§ 19 ust. 21 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 21 ogłoszenia** – przez modyfikację postanowienia przez określenie wysokości zaliczki oraz warunków jej udzielenia i sposobu rozliczenia;

- 16) **§ 23 ust. 3 i 4 wzoru umowy oraz sekcja IV.3 ust. 2 pkt 1 lit. g ogłoszenia** – przez skreślenie postanowień;
- 17) **§ 24 ust. 7 wzoru umowy** – przez uzupełnienie katalogu okoliczności wyłączających naliczenie kar umownych o przypadki wskazane w § 21 wzoru umowy;
- 18) **§ 27 ust. 4 i 7 wzoru umowy** – przez ustalenie terminów zakończenia odbiorów przez zamawiającego;
- 19) **§ 30 ust. 7 pkt 2-6 wzoru umowy** – przez skreślenie postanowień;
- 20) **§ 30 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy** – przez skreślenie postanowień;
- 21) **§ 30 ust. 4 wzoru umowy** – przez przyznanie zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy jedynie, gdy opóźnienie w realizacji Programu Robót spowodowane jest przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy;
- 22) **§ 32 ust. 2 wzoru umowy** – przez jednoznaczne określenie zasad rozliczania i transportu materiałów pochodzących z rozbiórki lub demontażu;
- 23) **§ 33 wzoru umowy** – przez skreślenie postanowienia;
- 24) **§ 34 ust. 1 wzoru umowy** – przez skreślenie postanowienia.

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 Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania **13.06.2012** r. (art. 185 ust. 2 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).

Argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu

Treść warunków wzoru umowy została ukształtowana nieprecyzyjnie i w sposób naruszający równowagę stron stosunku cywilnoprawnego. Utrzymanie kwestionowanych przez odwołującego postanowień może narazić go na szkodę zarówno, gdy złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a także gdy zrezygnuje z udziału w postępowaniu ze względu na kwestionowane postanowienia. W szczególności postanowienia specyfikacji przenoszą na wykonawcę ryzyko związane z realizacją przedmiotowego zamówienia wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy. Jednocześnie zachowanie postanowień specyfikacji w niezmienionym kształcie spowoduje znaczny wzrost cen ofertowych, ponieważ utrudniają one m.in. prawidłową ocenę ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

Natomiast rezygnacja ze złożenia oferty spowodowana niekorzystnymi i niejednoznacznymi postanowieniami wzoru umowy, lub warunkami niemożliwymi do spełnienia, pozbawi odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym narazi go na szkodę.

Szczegółowe uzasadnienie zarzutów:

Sekcja IV.3.4 ogłoszenia oraz część VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 maja 2012 r. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 9 lipca 2012 r. Złożenie ofert mają poprzedzić oględziny wyznaczone na 6 czerwca 2012 r.

Wyznaczony termin składania ofert jest zbyt krótki na przygotowanie oraz złożenie kompleksowej, rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty z uwagi na stopień skomplikowania inwestycji. Wartość przedmiotu zamówienia oszacowano na kwotę: 548.125.009,49 złotych netto (w tym 5% zamówień uzupełniających). Jest to zatem zamówienie o dużej wartości, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie skomplikowanego pod względem technicznym zakładu termicznego przekształcania odpadów komunalnych, którego poszczególne części będą realizowane w różnych lokalizacjach (Bydgoszcz, Toruń).

Termin składania ofert powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na czasochłonność przygotowania prawidłowej oferty, a także wszystkie niezbędne wymogi, którym wykonawcy muszą sprostać. Zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie prawa zamówień publicznych termin do składania ofert powinien uwzględniać: „(...) takie kryteria jak: 1) czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, 2) złożoność przedmiotu zamówienia, 3) wartość przedmiotu zamówienia”. Oznacza to, że jeżeli przedmiot zamówienia jest skomplikowany, nietypowy, to i czas niezbędny na jej przygotowanie nie może się zawierać w czasie minimalnym wskazanym w art. 43 ust. 1-3 Pzp. Należy mieć na względzie, że wskazane w komentowanym przepisie terminy minimalne są to terminy

średnie, niezbędne do przygotowania oferty na zamówienie typowe. Poza tym należy mieć na uwadze to, że wyznaczenie kryteriów opartych na wartości przedmiotu zamówienia zasada się na domniemaniu, iż wyższa wartość przedmiotu zamówienia to bardziej skomplikowany przedmiot zamówienia i bardziej czasochłonna oferta” (tak: S.Babiarz w: P.Janda, P.Pełczyński, S.Babiarz, Z.Czarnik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa, 2010).

Zgodnie z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp, jeżeli wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną. W niniejszym postępowaniu ogłoszenie zostało przekazane do publikacji dnia 24 maja 2012 r., a opublikowane dnia 30 maja 2012 r. Natomiast termin składania ofert Zamawiający ustalił na dzień 9 lipca 2012 r. Oznacza to, że czas wyznaczony na przygotowanie oferty nieznacznie tylko przekracza minimalny termin wskazany w art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zamawiający ustalając termin składania ofert nie uwzględnił zatem złożoności przedmiotu zamówienia oraz faktu, że w postępowaniu z uwagi na tę okoliczność uczestniczyć będą przede wszystkim grupy wykonawców (np. konsorcja z udziałem podmiotów zagranicznych), z czym wiąże się m.in. konieczność sporządzenia dodatkowych dokumentów oraz przetłumaczenia dokumentacji dotyczącej zamówienia na język obcy, a następnie przetłumaczenie dokumentów i dokumentacji technicznej dostarczonej przez kontrahenta zagranicznego na język polski, co trwa kilka tygodni.

Ponadto ustalając tak krótki termin składania ofert zamawiający eliminuje z postępowania podmioty, które nie uczestniczyły w unieważnionym 16 maja 2012 r. postępowaniu na realizację tej inwestycji. W wyznaczonym terminie ofertę na realizację skomplikowanej technologicznie inwestycji będą bowiem w stanie złożyć jedynie podmioty uczestniczące w poprzednim przetargu bazując na ofertach złożonych w tamtym postępowaniu. Zamawiający wprost potwierdził tę okoliczność w odpowiedzi na pytanie 7 w piśmie z 1 czerwca 2012 r. (L.dz.T/364/12) stwierdzając, że *„wyznaczony na dzień 9 lipca b.r. termin składania ofert jest zgodny z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp i zdaniem zamawiającego jest on wystarczający dla opracowania i złożenia oferty. Zamawiający wyjaśnia, że przedmiot zamówienia nie uległ w sposób istotny zmianie w stosunku do unieważnionego 16 maja 2012 r. postępowania o numerze referencyjnym MKUO ProNatura/ZP/NO/04/11)”*.

Zamawiający wyznaczając termin składania ofert na 9 lipca 2012 r. naruszył art. 43 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp, przez nieuwzględnienie złożoności przedmiotu zamówienia i sytuacji faktycznej potencjalnych wykonawców, a także pozbawiając części potencjalnych wykonawców możliwości udziału w postępowaniu.

część III ust. 4 pkt 1 zdanie pierwsze i pkt 2 specyfikacji oraz § 12 ust. 1 wzoru umowy:

Zgodnie z postanowieniem „wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. [...] brak informacji, o której mowa w zdaniu poprzednim będzie uznany za stwierdzenie samodzielnego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę” (część III ust. 4 pkt 2 specyfikacji). Zamawiający ograniczył w ten sposób możliwość powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcom, nie wskazując jednocześnie przyczyn wprowadzenia tego zakazu.

Natomiast w myśl art. 36 ust. 5 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Przepis jednoznacznie ustala, że wykonawca uczestniczący w postępowaniu może powierzyć podwykonawcom wykonanie nie tylko części, ale również całości zamówienia. Wykonawcy pozostawia się „swobodę co do decyzji o powierzeniu wykonania zamówienia lub jego części podwykonawcom. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach związanych ze specyfiką przedmiotu zamówienia zamawiający będzie uprawniony do zastrzeżenia wykonania części lub całości wykonania przedmiotu zamówienia osobiście przez wykonawcę” (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwers, 2010). Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 18 grudnia 2007 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1423/07) wskazując, że „ustawa nie określa, jaką maksymalną część wykonywania zamówienia można powierzyć podwykonawcy”. Natomiast zgodnie z art. 356 § 1 Kc, wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, ustawy albo z właściwości świadczenia.

Zamawiający nie określił w specyfikacji części zamówienia, które ze względu na jego specyfikę nie mogą zostać powierzone podwykonawcom, a zatem postanowienie części III ust. 4 pkt 1 zdanie pierwsze specyfikacji jest niezgodne z art. 36 ust. 5 Pzp.

Chociaż art. 36 ust. 4 Pzp wymaga wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom, nie przewiduje sankcji za naruszenie tego obowiązku w trakcie realizacji zamówienia. W wyroku z dnia 10 września 2009 r. KIO (KIO/UZP 1117/90) stwierdziła, że „samo niewypełnienie, nawet zgodnych z art. 36 ust. 4 Pzp, żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89 Pzp. Podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Jakkolwiek zmiana zakresu podwykonawstwa czy nawet

dopuszczona przez zamawiającego wymiana samych podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia, nie będzie zmianą zakresu umownego świadczenia w stosunku do zakresu zobowiązania zawartego w ofercie". Z uwagi na powyższe zaskarżony pkt 2 powinien zostać skreślony jako niezgodny z art. 36 ust. 5 Pzp.

Jednocześnie należy zauważyć, że zamawiający nie wyjaśnił tej kwestii w trybie odpowiedzi na pytania wykonawców. W odpowiedzi na pytanie 14 w piśmie z 1 czerwca 2012 r. nie odniósł się merytorycznie do tej kwestii.

§ 2 pkt 21, § 3 ust. 2 pkt 12 i ust. 4 pkt 4 oraz § 6 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy; sekcja II.1.5 ust. 3.15 ogłoszenia oraz część II ust. 3 pkt 5 specyfikacji:

Zgodnie z § 3 ust. 2 pkt 12 wzoru umowy, w ramach przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany jest do serwisowania maszyn, urządzeń i instalacji. Natomiast w myśl § 2 ust. 1 pkt 22 wzoru umowy, serwisowanie obejmuje wszystkie czynności w zakresie okresowych przeglądów i napraw wynikających z Dokumentacji Techniczno-Ruchowej, innych dokumentów wystawionych przez producenta lub dostawcę oraz instrukcji eksploatacyjnej. W zakres serwisowania wchodzi również zakup, dostawa i wymiana materiałów oraz części eksploatacyjnych.

Rozpoznawane zamówienie publiczne jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W dacie sporządzania oferty i zawierania umowy na jego realizację nie jest zatem znany ostateczny kształt przedmiotu zamówienia (m.in. przewidziano możliwość robót dodatkowych i wyłączeniowych; zastosowania urządzeń, materiałów i technologii nowszej generacji w stosunku do pierwotnych założeń), co powoduje, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo skalkulować kosztów usług serwisowych. Ponadto usługi serwisowe wykraczają poza etap realizacji zamówienia.

Natomiast w celu włączenia usług serwisowych do przedmiotu zamówienia zamawiający powinien precyzyjnie określić zakres tych usług oraz terminy ich realizacji. W rozpoznawanym przypadku nie jest to możliwe.

W związku z tym postanowienia dotyczące serwisowania powinny zostać skreślone, ponieważ ich włączenie do przedmiotu zamówienia uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny i złożenie porównywalnych ofert, a więc stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp.

§ 6 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy:

Cena umowna jest kwotą ryczałtową (§ 6 ust. 1 wzoru umowy). Natomiast w § 6 ust. 1 wzoru umowy, opłaty za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej zostały określone jako „składnik zmienny Ceny Umownej”, która będzie podlegała rozliczaniu w oparciu o rzeczywiste koszty opłat przyłączeniowych ustalone przez gestorów sieci

elektrycznej i ciepłej. Ponadto „do faktury rozliczającej koszty opłat przyłączeniowych należy załączyć sposób obliczenia ww. opłaty, wystawiony przez odpowiedniego gestora sieci”.

Postanowienie to jest niejednoznaczne i niezrozumiałe. Zamawiający na jego podstawie prawdopodobnie zamierza korygować Cenę Umowną. Jednak z postanowienia nie wynika kwota, o jaką zostanie skorygowana Cena Umowna, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie jest możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia, nawet gdy nie sprawdzą się założenia przyjęte do jego ustalenia, z wyjątkiem sytuacji wskazanych w art. 632 § 2 Kc (zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć). Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego jest bowiem dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez zasadę swobody umów (art. 353¹ Kc). Jednak przyjęcie tego sposobu wynagrodzenia powoduje, że „zamawiającemu nie służy prawo do obniżenia wynagrodzenia w wypadku, gdy kontrahent osiągnął wyższe niż oczekiwane korzyści, np. wskutek poniesienia niższych kosztów rzeczywistych od tych, które były zakładane” (Kodeks cywilny. Komentarz pod red. E.Gniewka, Wydawnictwo C.H. Beck, 2011, s. 1120). Z uwagi na powyższe zaskarżone postanowienie narusza art. 632 § 2 Kc w zw. z art. 353¹ Kc.

W wyroku z 20 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 256/12) KIO wskazała, że „żaden przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie zabrania zamawiającemu wybrać jako formę rozliczania wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto ryzyko związane z tą formą rozliczeń obciąża zarówno zamawiającego jak i wykonawcę [...]. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez prowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania. Cechą charakterystyczną tego rodzaju wynagrodzenia jest to, iż jest ono niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac”.

§ 7 ust. 1 i 2 oraz § 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy:

Przedstawicielem inwestora (zamawiającego) na budowie jest inspektor nadzoru inwestorskiego, którego zakres obowiązków i uprawnień określają art. 25 i art. 26 Prawa budowlanego. Zgodnie z art. 26 Prawa budowlanego, inspektor nadzoru może żądać od kierownika budowy dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót oraz wydawać mu polecenia, potwierdzone wpisem do dziennika budowy, dotyczące: usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń, wykonania prób lub badań.

Natomiast w przytoczonym § 7 ust. 1 wzoru umowy wskazano, że „nadzór inwestorski nad realizacją przedmiotu umowy w imieniu zamawiającego pełnić będzie Inżynier”, a jednocześnie w myśl § 7 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy, Inżynier jest uprawniony do wyznaczenia osób do pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego i koordynacji prac zespołu inspektorów w rozumieniu i zgodnie z postanowieniami Prawa budowlanego, a ponadto

może „wydawać wykonawcy wiążące polecenia dotyczące w szczególności rozwiązań technicznych i technologicznych Dokumentacji Projektowej, realizacji robót budowlanych, wykonywania Prób Końcowych – w celu realizacji zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy” (§ 7 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy).

Na podstawie tych postanowień nie można zatem ustalić, kto będzie sprawował funkcję inspektora (inspektorów) nadzoru inwestorskiego w imieniu zamawiającego, tj. Inżynier czy wyznaczeni przez niego inspektorzy. Taka redakcja postanowienia stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, a ponadto może uniemożliwić sprawną realizację inwestycji.

Ponadto należy podkreślić, że przepisy Prawa budowlanego określające zakres praw i obowiązków uczestników procesu inwestycyjnego mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Strony w drodze umowy nie mogą go ograniczyć ani przypisać tych uprawnień innym podmiotom (np. inżynierowi kontraktu). Zamawiający nie może zatem przyznać prawa do wydawania wiążących poleceń osobie nie posiadającej uprawnień do sprawowania funkcji inspektora nadzoru lub której nie powierzył sprawowania tej funkcji. Stanowi to bowiem ograniczenie uprawnień inspektora (inspektorów) nadzoru i kierownika budowy wynikających z przepisów. Zaskarżone postanowienie narusza art. 25 i art. 26 Prawa budowlanego.

Inżynier mógłby posiadać zakres uprawnień przyznanych mu w zaskarżonym postanowieniu jedynie w sytuacji jednoczesnego pełnienia funkcji inspektora nadzoru. Natomiast w myśl zaskarżonych postanowień jest uprawniony do wyznaczania inspektorów nadzoru (przy czym powinien to być jego obowiązek, a nie uprawnienie), a jednocześnie przyznano mu prawo do wydawania wiążących poleceń.

Z uwagi na powyższe konieczna jest zmiana ww. postanowień, tj. ustalenie zasad nadzoru inwestorskiego w sposób jednoznaczny i zgodny z przepisami Prawa budowlanego.

§ 9 ust. 6 zdanie drugie wzoru umowy:

Zgodnie z § 9 ust. 6 zdanie drugie wzoru umowy, przedstawiciel wykonawcy zobowiązany jest udzielić kierownikowi budowy niezbędnych pełnomocnictw.

Zakres praw i obowiązków kierownika budowy określają art. 22 i 23 Prawa budowlanego. Kierownik do ich wykonywania nie potrzebuje dodatkowych pełnomocnictw. W związku z tym zamawiający, na podstawie tego postanowienia, próbuje narzucić wykonawcy sposób prowadzenia inwestycji przez przyznanie dodatkowych uprawnień kierownikowi budowy. Nie określa przy tym zakresu nowych kompetencji kierownika budowy. Żądanie takie nie ma uzasadnienia gospodarczego oraz w brzmieniu obowiązujących przepisów. Stanowi zatem naruszenie zasady swobody umów (art. 353¹ Kc). Z uwagi na powyższe postanowienie powinno zostać skreślone.

§ 9 ust. 8 wzoru umowy:

Zgodnie z postanowieniem zmiana jakiegokolwiek osoby wykonującej samodzielłą funkcję techniczną, wskazanej w § 9 ust. 4, wymaga opinii Inżyniera i akceptacji zamawiającego. Nie określono jednak procedury dokonywania zmiany.

W związku z tym Inżynier i zamawiający przez opóźnianie zajęcia stanowiska w tej kwestii mogą utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonywanie robót przez dłuższy czas i terminowe ich zakończenie, a w konsekwencji spowodować powstanie po stronie wykonawcy dodatkowych kosztów (np. kary umownej). Taki sposób określania obowiązków jednej ze stron umowy jest sprzeczny art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyka związanego z realizacją inwestycji. Konieczne jest zatem określenie terminu na wyrażenie/odmowę zgody przez Inżyniera i zamawiającego, np. 3 dni od otrzymania wniosku.

§ 12 ust. 7 wzoru umowy oraz część III ust. 4 pkt 4 specyfikacji:

Zgodnie z postanowieniem wykonawca jest zobowiązany do złożenia w terminie 5 dni przed terminem płatności faktury przez Zamawiającego, pisemnego potwierdzenia Podwykonawcy, którego wierzytelność jest częścią składową wystawionej faktury, o dokonaniu zapłaty na rzecz tego Podwykonawcy, wraz z kopią faktury Podwykonawcy oraz dowodem dokonania przelewu.

Postanowienie w istotny sposób narusza równowagę kontraktową (art. 353¹ Kc). W ten sposób zamawiający nakłada bowiem na wykonawcę obowiązek kredytowania inwestycji. W przypadku robót budowlanych powszechną praktyką jest natomiast składanie przez wykonawcę dowodów zapłaty należności za poprzedni okres płatności, tj. wynikających z poprzedniej faktury.

Postanowienie to w zestawieniu z innymi postanowieniami wzoru umowy regulującymi sposób zapłaty za roboty przez zamawiającego (płatności kwartalne, bardzo wysoka minimalna wartość Świadczeń Płatności, brak jednoznacznych postanowień dotyczących zaliczki, ostatnia płatność w wysokości 10% umowy regulowana po wystawieniu Świadczenia Wykonania) przerzuca na wykonawcę ciężar realizacji inwestycji, tym samym zmuszając go do finansowania inwestycji ze środków własnych lub zaciągnięcia kredytu bankowego.

Ustalając niekorzystne dla wykonawców zasady finansowania inwestycji zamawiający eliminuje z postępowania podmioty mniejsze, które w przypadku zastosowania zrównoważonych zasad płatności, byłyby w stanie zrealizować ją prawidłowo za rozsądną cenę (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp). Ponadto zamawiający narusza zasadę równości kontraktowej (art. 353¹ Kc). Fakt, że jest on gospodarzem postępowania i ustala warunki realizacji kontraktu (w tym treść umowy zawieranej z przyszłym wykonawcą) nie

oznacza, że może ukształtować postanowienia umowy w sposób korzystny tylko dla jednej ze stron.

§ 12 ust. 8 zdanie drugie wzoru umowy:

Fakt zatrzymania płatności części należności przysługującej wykonawcy nie powoduje naliczenia odsetek z tytułu odroczenia terminu płatności do momentu dostarczenia potwierdzenia dokonania uprzedniej zapłaty na rzecz podwykonawcy.

Wprowadzając takie postanowienie zamawiający eliminuje z kontraktu jedyny przysługujący wykonawcy środek nacisku, tj. możliwość naliczenia odsetek ustawowych w przypadku opóźnienia w płatności należnych mu kwot wynagrodzenia. Zamawiający pod pozorem zabezpieczenia interesów podwykonawców będzie bowiem mógł wstrzymać wypłatę należnych kwot nie ponosząc żadnych konsekwencji w przypadku naruszenia przysługującego mu uprawnienia. Postanowienie narusza zasadę równości kontraktowej (art. 353¹ Kc).

§ 13 ust. 7 wzoru umowy:

Postanowienie nakłada na wykonawcę obowiązek zapewnienia ochrony terenu budowy siłami własnymi lub przez wyspecjalizowanego podwykonawcę. Postanowienie jest nieprawidłowe w zakresie, w jakim kwalifikuje firmę zewnętrzną świadczącą usługi ochrony jako podwykonawcę w rozumieniu w art. 647¹ Kc.

Umowa z podwykonawcą, o której mowa w art. 647¹ Kc dotyczy tylko robót polegających na budowie, przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Błędne jest zatem kwalifikowanie umów o sprzątanie czy ochronę placu budowy jako umów podwykonawczych w rozumieniu ww. przepisu i traktowanie podmiotów świadczących takie usługi jako podwykonawców. Takie umowy nie mają bowiem związku z inwestycją. W wyroku z 17 października 2008 r. (I CSK 106/08) SN wskazał, że „inwestor odpowiada solidarnie wraz z wykonawcą wobec podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 Kc tylko wtedy; gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane”. Oznacza to, że podwykonawcą jest jedynie podmiot, którego roboty pozostają na placu budowy po zakończeniu inwestycji. Kryterium tego nie spełniają umowy o świadczenie usług pomocniczych, np. ochrona inwestycji, dostarczenie rusztowań. Nie są zatem umowami o podwykonawstwo w rozumieniu ww. przepisu.

Konieczne jest zatem dokonanie modyfikacji zaskarżonego postanowienia w sposób, który wyłączy możliwość kwalifikowania umowy o świadczenie usług ochroniarskich jako umowy podwykonawczej. Pozostawienie postanowienia w obecnym brzmieniu stwarza niebezpieczeństwo, że zamawiający będzie wymagał wskazania usług ochroniarskich w

ofercie jako części zamówienia powierzanego podwykonawcom (§ 12 ust. 1 wzoru umowy), a następnie będzie żądał składania tych umów do akceptacji w trybie ww. przepisu i uzależniał zapłatę należności wykonawcy od przedstawienia potwierdzenia otrzymania wynagrodzenia przez firmę ochroniarską (§ 12 ust. 8 wzoru umowy).

§ 13 ust. 4 zdanie drugie wzoru umowy:

Zgodnie z § 13 ust. 4 zdanie drugie wzoru umowy, „w przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancji bankowej lub poręczenia bankowego z jej treści nie może wynikać konieczność przekazywania żądania zapłaty za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego”.

Ograniczenie nie ma żadnego uzasadnienia gospodarczego, a jedynie może utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy uzyskanie tej formy zabezpieczenia z uwagi na standaryzację dokumentów bankowych. W wyroku z 14 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO/183/11, KIO/191/11 KIO wskazała, że »warunek przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, nie stanowi utrudnienia w skorzystaniu przez zamawiającego z uprawnień przysługujących z tytułu gwarancji wadialnej. Zawarcie w treści dokumentu gwarancji bankowej postanowienia, że zapłata nastąpi w przypadku przekazania żądania zapłaty przez bank prowadzący rachunek beneficjenta – stanowi jedynie wymóg formalny, który jest dość powszechnie stosowany w praktyce. Powyższe zastrzeżenie nie zmienia charakteru gwarancji (...) jako „gwarancji bezwarunkowej” wymaganej przez zamawiającego«.

Wprowadzając takie postanowienie zamawiający narusza zatem art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ w ten sposób eliminuje z postępowania podmioty, które nie będą w stanie złożyć polisy bez takiego zastrzeżenia, z uwagi na nadmierne koszty lub odmowę banków współpracujących z wykonawcą wystawienia takiego dokumentu. Z uwagi na powyższe zaskarżone postanowienie powinno zostać skreślone. Warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o zamówienie powinny być bowiem adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz uwzględniać warunki prowadzenia działalności gospodarczej na danym rynku.

§ 16 wzoru umowy:

Zamawiający „ma prawo wykorzystać zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania wszelkich obowiązków wynikających z Umowy”. W obecnym brzmieniu postanowienie umożliwia zatem zamawiającemu skorzystanie z tej formy zabezpieczenia w celu niwelacji własnych zaniechań i zaniedbań. Taki opis przedmiotu zamówienia jest sprzeczny art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ przerzuca na wykonawcę również koszty zaniechań i zaniedbań

zamawiającego oraz uniemożliwia mu oszacowanie ryzyka związanego z realizacją inwestycji.

W związku z tym konieczne jest doprecyzowanie postanowienia przez wskazanie, że zabezpieczenie może zostać uruchomione jedynie w przypadku nieprawidłowego postępowania wykonawcy.

§ 17 ust. 3 i 6 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 22 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 16 ogłoszenia:

Zgodnie z § 17 ust. 2 wzoru umowy, „bieg terminu uprawnień z rękojmi za wady, o której mowa w ust. 2 liczony jest od dnia wystawienia Świadectwa Wykonania”. Analogicznie rozpoczyna bieg okres gwarancji (§ 17 ust. 6 wzoru umowy). Natomiast Świadectwo Wykonania wystawiane jest po dokonaniu odbioru końcowego (§ 2 ust. 1 pkt 22 wzoru umowy). Ponadto w myśl sekcji III.1.2 pkt 16 ogłoszenia „w terminie 28 dni od daty złożenia stosowanego wniosku Inżynier podejmie decyzję odnośnie wydania Świadectwa Wykonania”.

Zgodnie z postanowieniami umowy po zakończeniu robót i ich odbiorze przez zamawiającego zostaną sporządzone zatem dwa dokumenty: Protokół Odbioru Końcowego (§ 2 ust. 1 pkt 14 wzoru umowy) oraz Świadectwo Wykonania (§ 2 ust. 1 pkt 22 wzoru umowy). W postanowieniach wzoru umowy nie ustalono terminów, w których zostaną sporządzone ww. dokumenty. Nie wskazano bowiem terminu zakończenia odbioru końcowego (§ 27 ust. 5 wzoru umowy), a decyzja co do wystawienia Świadectwa Wykonania należy do Inżyniera (sekcja III.1.2 pkt 16 ogłoszenia).

W związku z tym w umowie brak daty, od której rozpocznie bieg okres rękojmi i gwarancji. Zaskarżone postanowienia są nieprawidłowe, ponieważ nie dają pewności wykonawcy, co treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego oraz wyłączają możliwość prawidłowego skalkulowania ryzyka. Zamawiający może dowolnie ukształtować termin, od którego rozpocznie bieg okres gwarancji i rękojmi.

Uzasadnione jest ustalenie terminu rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji w sposób jednoznaczny, tj. bieg tych okresów powinien się rozpoczynać się od terminu wydania rzeczy zamawiającemu, a więc podpisania Protokół Odbioru Końcowego (por. art. 568 § 1 i art. 577 § 2 Kc).

§ 19 ust. 2, 7, 8, 12 i 13 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 3, 7 i 8 ogłoszenia:

Zgodnie z zaskarżonymi postanowieniami, zamawiający będzie dokonywał płatności za roboty budowlane kwartalnie, przy czym minimalna kwota Świadectwa Płatności nie może być mniejsza niż 6 mln złotych netto, a wypłata zaliczki zależy od arbitralnej decyzji zamawiającego. Ponadto nałożono na wykonawcę obowiązek dokonywania uprzednich

wypłat na rzecz podwykonawców (§ 12 ust. 8 wzoru umowy). Postanowienia te zobowiązują zatem wykonawcę do kredytowania zamawiającego i ponoszenia kosztów prowadzenia inwestycji, co stanowi naruszenie zasady równości kontraktowej.

Na podstawie ww. postanowień zamawiający dokona bowiem pierwszej płatności na rzecz wykonawcy za roboty budowlane po upływie 11 miesięcy od podpisania umowy. Oznacza to, że w pierwszych fazach realizacji umowy wykonawca będzie zmuszony wyłożyć własne środki lub pozyskać je z kredytu bankowego, co w istotny sposób zwiększy koszty realizacji inwestycji, a w konsekwencji cenę oferty. Ponadto wykonawca będzie zmuszony do stałego kredytowania inwestycji również z powodu kwartalnych okresów rozliczeń z zamawiającym, podczas gdy płatności dla podwykonawców będzie dokonywał na bieżąco i przed otrzymaniem płatności od zamawiającego, w tym ostatniej płatności w wysokości 10% Ceny Umownej, którą otrzyma dopiero po wystawieniu Świadectwa Wykonania.

W związku z tym należy wskazać, że „zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje” (wyrok KIO z 27 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2649/11). Postanowienia zaproponowane przez zamawiającego przyznają mu nieuzasadnione względami gospodarczymi przywileje w zakresie finansowania inwestycji, a jednocześnie ograniczają dostęp części wykonawcom do zamówienia. Są zatem sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych (równości i uczciwej konkurencji; art. 7 ust. 1 Pzp) i mogą doprowadzić do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych. Naruszają również zasadę równości kontraktowej (art. 353¹ Kc). W wyroku z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08) KIO wskazała, że „jakkolwiek pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”.

Z uwagi na powyższe konieczna jest modyfikacja ww. postanowień przez:

- wprowadzenie miesięcznych (zamiast kwartalnych) płatności na rzecz wykonawcy i obniżenie minimalnej kwoty Świadectwa Płatności,
- precyzyjne określenie wysokości i zasad wypłaty zaliczki,
- usunięcie ograniczenia łącznej wysokości Świadectw Płatności do 90% Ceny Umownej.

Proponowane zmiany zasad finansowania inwestycji przez zamawiającego przywrócą równowagę kontraktową. Natomiast utrzymanie drastycznie niekorzystnych dla wykonawców zasad płatności spowoduje rezygnację wielu z nich z udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp).

§ 19 ust. 21 wzoru umowy oraz sekcja III.1.2 pkt 21 ogłoszenia:

W § 19 ust. 21 wzoru umowy zamawiający dopuścił możliwość wypłaty zaliczek na poczet wynagrodzenia wykonawcy. Jednak „decyzja w tym przedmiocie będzie zależała od treści i realizacji umowy o dofinansowaniu projektu, możliwości finansowych zamawiającego oraz oceny zasadności wniosku o zaliczkę dokonanej przez Inżyniera i zamawiającego”. Ponadto „podejmując decyzję o wypłacie zaliczki, zamawiający określi zasady jej rozliczenia”. Tym samym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, ponieważ opisał przedmiot zamówienia w sposób odbiegający od zasad określonych w tych przepisach, tj. za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń. Stanowi to również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ zachowanie warunków konkurencyjności wymaga precyzyjnego określenia zasad finansowania zamówienia za pomocą zaliczek, ponieważ ma istotne znaczenie przy określaniu ceny oferty. Każdy z wykonawców na etapie przygotowywania oferty powinien dysponować istotnymi dla jej sporządzenia informacjami, w tym dotyczącymi wysokości zaliczki i warunków jej otrzymania oraz rozliczenia.

Zgodnie z art. 151a ust. 1 Pzp, zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji.

Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przewyższa 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy (art. 151a ust. 6 Pzp). W wyroku z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt: KIO 2765/11) KIO podkreśliła, że „powołane przepisy interpretowane w świetle dyrektyw wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp nie pozostawiają wątpliwości, że w specyfikacji lub ogłoszeniu należy wskazać nie tylko wartość zaliczki, ale także warunki jej otrzymania i rozliczenia. [...] zamawiający w specyfikacji lub ogłoszeniu powinien podać wszystkie warunki akcesoryjnej umowy zaliczki, w tym w szczególności wysokość zaliczki (procentowo lub kwotowo). Niewątpliwie możliwość finansowania zamówienia zaliczkami udzielanymi wykonawcy przez zamawiającego ma doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też szukać finansowania zewnętrznego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty. Ustawa wprost nie rozstrzyga, jak szczegółowa powinna być informacja w tej sprawie. Wobec znaczenia zaliczek dla obliczenia ceny oferty, uwzględniając zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp przyjąć należy, że w specyfikacji lub ogłoszeniu należy co najmniej podać informacje dotyczące dopuszczalnej wysokości zaliczki/zaliczek, terminu rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich spłaty”.

Precyzyjne określenie wysokości i zasad wypłaty zaliczki w rozpoznawanym postępowaniu ma istotne znaczenie ze względu na duże koszty prowadzenia inwestycji, a

także ustalone w umowie pozostałe zasady jej finansowania (tj. kwartalne płatności na rzecz wykonawcy – § 19 ust. 7 wzoru umowy; obowiązek dokonywania uprzednich wypłat na rzecz podwykonawców – § 12 ust. 8 wzoru umowy; bardzo wysoką kwotę minimalną Świadczenia Płatności, tj. 6 mln złotych netto – § 19 ust. 8 wzoru umowy; ograniczenie wysokości Przejściowych Świadczeń Płatności do 90% Ceny Umownej – § 19 ust. 13 wzoru umowy). W przypadku tak niekorzystnych zasad finansowania inwestycji przez zamawiającego uzależnienie wypłaty zaliczek od jego arbitralnej decyzji stanowi drastyczne naruszenie zasad równowagi kontraktowej (art. 151a ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc). Wykonawca zostaje bowiem zmuszony do prowadzenia inwestycji z własnych środków finansowych.

Z uwagi na powyższe w celu przywrócenia równowagi kontraktowej, tj. sytuacji, w której finansowanie inwestycji leży po stronie inwestora (zamawiającego), konieczne jest kompleksowe określenie warunków udzielenia i wysokości zaliczki. Wprowadzenia proponowanej regulacji nie wyłączają zasady dofinansowania rozpoznawanej inwestycji z Funduszu Spójności. Zamawiający uzyska 10% zaliczkę z tego funduszu, ponadto zaliczkowe wypłaty przewiduje umowa z NFOŚiGW (por. Studium wykonalności oraz odpowiedzi zamawiającego udzielone wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia na obsługę bankową inwestycji).

Natomiast zamawiający w odpowiedzi na pytanie 10 w piśmie z dnia 1 czerwca 2012 r. (L.dz. T/364/12) odmówił doprecyzowania zasad ustalania wysokości zaliczki.

§ 23 ust. 4 i 5 wzoru umowy oraz sekcja IV.3 ust. 2 pkt 1 lit. g ogłoszenia:

Zgodnie z § 23 ust. 4 wzoru umowy, „o ile prace zaniechane nie będą przekraczały wartości 20% Ceny Umownej brutto, zamawiający ma prawo jednostronnego sporządzenia Protokołu konieczności prac zaniechanych. W takim przypadku zamawiający złoży Wykonawcy oświadczenie woli w formie pisemnej pod rygorem nieważności, o wyłączeniu z zakresu przedmiotu Umowy prac zaniechanych oraz obniżeniu Ceny umownej o wartość brutto zaniechanych prac”.

Postanowienie w istotny sposób narusza zasadę swobody umów i równowagi kontraktowej (art. 353¹ Kc), ponieważ przyznaje zamawiającemu prawo do jednostronnego ograniczenia zakresu robót. Nie precyzuje przy tym, czy ustalony 20% limit dotyczy jednorazowego ograniczenia przez zamawiającego zakresu robót czy też jest to maksymalnych limit wszystkich wyłączeń, które zamawiający może dokonać samodzielnie. Ponadto nie wskazano na jakiej podstawie zamawiający będzie ustalał wartość prac zaniechanych.

Wskazane postanowienia przyznają zamawiającemu uprawnienie do rezygnacji z części robót w sytuacji, gdy wykonawca prawidłowo wykonuje inwestycję (nie określając przesłanek tej decyzji) oraz strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. W związku z tym należy

podkreślić, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu kształtuje wysokość wynagrodzenia (cenę) stosownie do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, tj. kalkuluje ceną w sposób uwzględniający kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają z umowy. Przyznanie zamawiającemu prawa do jednostronnego i dowolnego ograniczenia zakresu robót i obniżenia wynagrodzenia wykonawcy narusza wskazane zasady i może spowodować stratę wykonawcy.

Skonstruowane zatem ww. sposób postanowienia z uwagi na zbyt duży stopień uznaniowości zamawiającego, tj. przyznanie mu prawa do arbitralnej zmiany przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy, naruszają zasadę równości kontraktowej (art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc).

Ponadto przyznanie zamawiającemu prawa do dokonania tak dużej zmiany przedmiotu zamówienia w trakcie realizacji umowy stanowi również naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp. W doktrynie prawa zamówień publicznych wskazuje się bowiem, że „przewidziane w ogłoszeniu lub w specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny to być przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli. Należy raczej przyjąć, że katalog dopuszczalnych do przewidzenia zmian powinien ograniczać się tylko do takich, które mogą okazać się niezbędne na skutek okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia. [...] Natomiast możliwość zmiany umowy nie powinna być utożsamiana z możliwością wszelkiej ingerencji, np. w przedmiot zamówienia czy wysokość wynagrodzenia” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H.Beck, 2010, s. 441). Zamawiający zobowiązany jest bowiem do wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji. Opis ten powinien uwzględniać wszelkie okoliczności i wymagania, które mogą wpłynąć na sporządzenie oferty. Natomiast oferta powinna zapewnić realizację zamówienia w kształcie wymaganym przez zamawiającego. W konsekwencji przedmiot zamówienia nie może odbiegać w sposób istotny od opisu zawartego w specyfikacji i ofercie w dacie podpisywania umowy, a także w trakcie jej realizacji przez wprowadzenie zmian na podstawie art. 144 ust. 1 Pzp.

Ponadto z uwagi na brak jednoznaczności co do zakresu przyszłych robót oraz kryteriów ograniczania ich zakresu, a więc niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp (por. wyrok KIO z 27 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2649/11).

§ 24 ust. 7 wzoru umowy:

W § 24 ust. 7 wzoru umowy, zamawiający zamieścił katalog przypadków, których zaistnienie wyłącza możliwość naliczenia kary umownej. Pomiął w nim jednak okoliczności wskazane w § 21 wzoru umowy, tj. powodujące konieczność wstrzymania robót z przyczyn

niezależnych od żadnej ze stron (np. zabytki, niewypały). Pominięcie to stanowi istotne naruszenie równowagi kontraktowej, ponieważ umożliwia naliczenie kary umownej z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy (art. 353¹ Kc w zw. z art. 484 § 1 Kc).

W związku z tym należy wskazać, że w wyroku z 20 marca 1968 r. (II CR 419/67) SN podkreślił, że „kara umowna przewidziana w art. 483 Kc stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania *sensu stricto* kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 Kc), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych. Zobowiązany do zapłaty kary umownej może więc bronić się zarzutem – podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 Kc)”. Z uwagi na powyższe nieprawidłowe jest formułowanie postanowień umowy w sposób przyznający zamawiającemu możliwość naliczenia kary umownej za przypadki nieterminowego wykonania przedmiotu zamówienia z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę.

Ponadto nadmierne rozbudowanie katalogu kar umownych należy zakwalifikować jako naruszenie przez zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. racjonalnego wydatkowania publicznych pieniędzy. Powoduje bowiem istotny wzrost cen proponowanych przez wykonawców, z uwagi na konieczność skalkulowania tych ryzyk w cenie oferty.

Z tego względu konieczne jest uzupełnienie katalogu zawartego w ww. postanowieniu o okoliczności wskazane w § 21 wzoru umowy.

§ 27 ust. 4 i ust. 7 wzoru umowy:

Zaskarżone postanowienia ustalają jedynie terminy, w których Inżynier i zamawiający powinni przystąpić do odbiorów: (i) technicznego zadania (ust. 4) i (ii) odbioru końcowego (ust. 5). Jednak żaden z nich nie określa terminów zakończenia tych czynności, co umożliwia zamawiającemu dowolne wydłużenie procedury odbiorowej, w konsekwencji niekorzystne ukształtowanie sytuacji wykonawcy (możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego, naliczenie kar umownych, wstrzymanie biegu rękojmi i gwarancji).

Terminy końcowe odbiorów powinny być precyzyjnie ustalone w umowie w celu wyeliminowania uznaniowości zamawiającego w tym względzie i nieuzasadnionego przedłużania czynności odbiorowych. Brak regulacji w tym zakresie stanowi naruszenie zasady równości kontraktowej (art. 353¹ Kc). Z tego względu uzasadniona jest modyfikacja postanowienia przez oznaczenie terminów końcowych odbiorów, np. 21 dni od daty zgłoszenia do obioru zadania/inwestycji.

§ 30 ust. 7 pkt 2-6 wzoru umowy:

Zaskarżone postanowienia przyznają zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w przypadku:

- zmiany sposobu rozliczania umowy lub dokonywania płatności na rzecz wykonawcy na skutek zmian zawartej przez zamawiającego umowy na dofinansowanie projektu lub wytycznych dotyczących realizacji projektu lub zmiany umowy pożyczki z NFOŚiGW lub WFOŚiGW w Toruniu,
- rozwiązania, wygaśnięcia lub odstąpienia zamawiającego lub NFOŚiGW od umowy o dofinansowanie projektu,
- istotnych zmian w umowie o dofinansowanie projektu lub wytycznych dotyczących realizacji projektu lub zmian umowy pożyczki z NFOŚiGW lub WFOŚiGW w Toruniu,
- niezawarcia z jakiegokolwiek powodu umowy pożyczki z NFOŚiGW lub WFOŚiGW w Toruniu,
- rozwiązania, wygaśnięcia lub odstąpienia przez zamawiającego, NFOŚiGW lub WFOŚiGW w Toruniu od umowy pożyczki.

W związku z tym należy wskazać, że przesłanki odstąpienia od umowy na realizację zamówienia publicznego z uwagi na interes publiczny określa art. 145 Pzp. Powołany przepis zabezpiecza zatem interesy zamawiającego w sytuacji, gdy rozwiązanie umowy o dofinansowanie czy umowy pożyczki zostanie spowodowane okolicznościami nie leżącymi po jego stronie.

Natomiast przytoczone postanowienie umożliwia zamawiającemu odstąpienie od umowy w każdym przypadku zmiany lub rozwiązania umowy o dofinansowanie albo umowy pożyczki, więc również gdy utrata finansowania będzie spowodowana uchybieniami zamawiającego. Zamawiający na podstawie tego postanowienia w nadmierny sposób rozszerza zatem zakres swoich uprawnień naruszając tym samym zasadę równości kontraktowej (art. 353¹ Kc). Kształtując w ten sposób postanowienia umowy zdejmując z siebie wszelką odpowiedzialność za realizację inwestycji. Ponadto zamawiający uzależnia prowadzenie inwestycji od faktu jej finansowania z określonych źródeł.

W związku z tym należy wskazać, że możliwość odstąpienia od umowy nie powinna zależeć od charakteru inwestycji, a więc nie ma uzasadnienia do umownego rozszerzania zakresu uprawnienia zamawiającego do odstąpienia od umowy o sytuacji wstrzymania finansowania czy rozwiązania umowy pożyczki z powodu jego błędów lub nieprawidłowego postępowania, co uzasadnia wykreślenie zaskarżonych postanowień.

§ 30 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy:

Postanowienie § 30 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy umożliwia zamawiającemu odstąpienie od umowy w przypadku ogłoszenia upadłości wykonawcy. Postanowienie to jest niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm.).

W myśl art. 83 Prawa upadłościowego i naprawczego, nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły. W takim przypadku zgodnie z art. 98 Prawa upadłościowego i naprawczego:

- jeżeli w dniu ogłoszenia upadłości zobowiązania z umowy wzajemnej nie zostały wykonane w całości lub w części, syndyk może wykonać zobowiązanie upadłego i zażądać od drugiej strony spełnienia świadczenia wzajemnego lub od umowy odstąpić,
- na żądanie drugiej strony złożone w formie pisemnej z datą pewną, syndyk w terminie trzech miesięcy oświadczy na piśmie, czy od umowy odstępuje, czy też żąda jej wykonania; niezłożenie w tym terminie oświadczenia przez syndyka uważa się za odstąpienie od umowy,
- druga strona, która ma obowiązek spełnić świadczenie wcześniej, może wstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, do czasu spełnienia lub zabezpieczenia świadczenia wzajemnego; prawo to drugiej stronie nie przysługuje, jeżeli w czasie zawarcia umowy wiedziała lub wiedzieć powinna o istnieniu podstaw do ogłoszenia upadłości.

W myśl ww. przepisów zamawiający nie może zatem automatycznie odstąpić od umowy z powodu ogłoszenia upadłości wykonawcy czy jego niewypłacalności. W związku z tym strony nie mogą w umowie dokonać modyfikacji ww. przepisów (art. 83 oraz art. 98 Prawa upadłościowego i naprawczego w zw. z art. 58 § 1 Kc).

§ 30 ust. 4 wzoru umowy:

Na podstawie zaskarżonego postanowienia zamawiający może odstąpić od umowy, gdy Wykonawca opóźnia się ponad 30 dni z realizacją Programu Robót w stosunku do terminów określonych w § 4 ust. 1 i wzoru umowy, z przyczyn niezależnych od zamawiającego.

Postanowienie umożliwia zatem zamawiającemu odstąpienie od umowy, gdy przyczyną opóźnienia nie jest nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Ponadto w postanowieniu brak odwołania do § 21 wzoru umowy, który przewiduje przypadki wstrzymania robót z przyczyn niezależnych od stron oraz § 24 ust. 7 wyłączonego z definicji „opóźnienia” niektóre sytuacje powodujące niedotrzymanie., terminu realizacji inwestycji. W związku z tym wykonawca nie jest w stanie ustalić, czy niedotrzymane terminów określonych w Programie robót z przyczyn wskazanych w § 21 i § 24 ust. 7 wzoru umowy, umożliwia zamawiającemu odstąpienie od umowy, a tym samym prawidłowo oszacować ryzyka realizacji inwestycji.

Zamawiający naruszył art. 31 ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp przez sporządzenie niejasnego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków umowy istotnych dla wykonawcy, co powoduje konieczność modyfikacji postanowienia.

§ 32 ust. 2 wzoru umowy:

Zgodnie ww. postanowieniem, „materiały pochodzące z rozbiórki lub demontażu wykonawca komisyjnie rozliczy z zamawiającym oraz dostarczy do wskazanego przez niego miejsca, odległego o nie więcej niż 10 km od terenu budowy, na własny koszt, o ile w przedmiarze nie określono inaczej”.

Postanowienie jest niezrozumiałe, ponieważ odwołuje się do przedmiaru robót, który nie jest znany wykonawcy w dacie sporządzania oferty. W związku z tym w trakcie realizacji inwestycji zamawiający może żądać transportu materiałów pochodzących z rozbiórki lub demontażu na znaczne odległości na koszt wykonawcy. Postanowienie w obecnym brzmieniu uniemożliwia zatem wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Z uwagi na powyższe zamawiający naruszył art. 31 ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp przez niejasny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, w tym warunków umowy istotnych dla wykonawcy, co powoduje konieczność modyfikacji zaskarżonego postanowienia.

§ 33 wzoru umowy:

Zaskarżone postanowienie zobowiązuje strony umowy do taktowania jako poufne i zachowania w tajemnicy, wszelkich informacji zastrzeżonych przez strony, a uzyskanych w trakcie realizacji umowy.

W związku z tym należy wskazać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a także umowa podpisana w wyniku jego rozstrzygnięcia jest jawna (art. 8 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 3 Pzp). Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 3 Pzp, umowy są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Dlatego zobowiązanie stron do zachowania poufności i przyznanie im prawa do dowolnego oznaczania zakresu informacji objętych tajemnicą stanowi naruszenie tego przepisu. Z uwagi na powyższe konieczne jest usunięcie zaskarżonego postanowienia.

§ 34 ust. 1 wzoru umowy:

Zaskarżone postanowienie zobowiązuje wykonawcę do cesji uprawnień z umów ubezpieczenia na zamawiającego. Istota cesji polega na przelewie wierzytelności przez uprawnionego, którym w przypadku umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest

poszkodowana osoba trzecia, a nie wykonawca mający wykupioną polisę OC (art. 509 § 1 Kc w zw. z art. 822 § 1 Kc). W związku z tym wykonawca nie jest w stanie wykonać zobowiązania przewidzianego w tym postanowieniu. Zamawiający naruszył zatem art. 509 § 1 Kc w zw. z art. 822 § 1 Kc i w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp. Z uwagi na powyższe konieczne jest usunięcie przytoczonego postanowienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1) pismo z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska (instytucja wdrażająca dofinansowanie dla zamawiającego) z 15 czerwca 2012 r. zawierające negatywną rekomendację odnośnie przedłużenia terminu składania ofert oraz terminu realizacji**

– 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.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz – złożone przez zamawiającego pismo z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska z 15 czerwca 2012 r.

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 naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 6 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy** ze względu na nadanie opłatom za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej charakteru zmiennego składnika Ceny Umownej w sytuacji, gdy Cena Umowna jest kwotą ryczałtową – zasługuje na uwzględnienie.

Cena umowna jest kwotą ryczałtową, co wynika z § 6 ust. 1 wzoru umowy. Tym precyzyjniej musi być określony przedmiot zamówienia i tym wyraźniej należy określić elementy przedmiotu zamówienia. Jednak elementy zależne od wykonawcy bądź określone

dokładnie przez zamawiającego, co wynika z art. 29 ust. 1 Pzp. Natomiast w § 6 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy opłaty za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej zostały określone jako cyt. „składnik zmienny Ceny Umownej, która będzie podlegała rozliczaniu w oparciu o rzeczywiste koszty opłat przyłączeniowych ustalone przez gestorów sieci elektrycznej i ciepłej. Do faktury rozliczającej koszty opłat przyłączeniowych należy załączyć sposób obliczenia ww. opłaty, wystawiony przez odpowiedniego gestora sieci”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie jest możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia, nawet gdy nie sprawdzą się założenia przyjęte do jego ustalenia, z wyjątkiem sytuacji wskazanych w art. 632 § 2 Kc (zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć). Ogólnie zamawiający ma prawo w cenie ryczałtowej zawrzeć wszystkie składniki wpływające na wysokość ceny. Jednak także zamawiający może wydzielić niektóre elementy do innego wyliczenia, szczególnie, jak w rozpoznawanym postępowaniu, gdy czynnik ten (opłaty za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej) jest tak ściśle zdefiniowany i jednocześnie zależny od podmiotu trzeciego. Dlatego zamiar zamawiającego włączenia do ceny ryczałtowej tak łatwego do wydzielenia elementu ceny, którym są opłaty za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej nie może zasługiwać na zaakceptowanie, jako prawidłowe korzystanie z uprawnienia do sformułowania wzoru umowy, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, który jednak nie może wpływać na rozmycie określenia przedmiotu zamówienia, gdyż przedmiot ten musi być sformułowany m.in. zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający musi wykorzystać wszystkie sposobności do sporządzenia m.in. wzoru umowy, aby było w nim możliwie jak najmniej czynników zmiennych, niezależnych od wykonawcy. Spowoduje to, że w cenie wykonawcy nie będą uwzględniali ryzyk, które i tak spoczywają na zamawiającym, jak w rozpoznawanym postępowaniu – opłaty za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 6 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy** ze względu na nadanie opłatom za przyłączenie do sieci przesyłu energii elektrycznej i ciepłej charakteru zmiennego składnika Ceny Umownej w sytuacji, gdy Cena Umowna jest kwotą ryczałtową – za zasadny i nakazuje uchylenie tego postanowienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 9 ust. 8 wzoru umowy** ze względu na zaniechanie określenia terminu na wyrażenie lub odmowę wyrażenia zgody przez zamawiającego (i Inżyniera) na zmianę osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w § 9 ust. 8 wzoru umowy zawarł swoje uprawnienie do wyrażenia zgody na zmianę przez wykonawcę osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne. Akceptacja ta może nastąpić dopiero po wyrażeniu opinii przez Inżyniera. Jednak zamawiający nie określił terminów na wyrażenie opinii przez Inżyniera i akceptacji przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 354 Kc obliguje strony do współdziałania przy wykonaniu zamówienia oraz art. 476 Kc obliguje do niezwłocznego wykonania swojego świadczenia po wezwaniu drugiej strony. Dodatkowo pojęcie niezwłoczności nie jest ściśle określone. W związku z długotrwałością procedury dookreślenia terminu „niezwłoczności” oraz wobec konsekwencji kar umownych, wykonawca – w okolicznościach rozpoznawanej sprawy – może żądać sprecyzowania terminu na wykonanie swoich czynności przez zamawiającego (i – jak w rozpoznawanym przypadku – Inżyniera). Przyniesie to możliwość doprecyzowania ryzyk wykonawcy i właściwszego określenia ceny ofertowej.

Jednak całkowity brak określenia terminu na wykonanie swoich czynności przez zamawiającego (i Inżyniera) jest naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż wykonawca nie uzyskuje pewności co do terminów, w których zamawiający (i Inżynier) musi wykonać swoje czynności. Takie zaniechanie zamawiającego nie daje podstaw do właściwego sporządzenia oferty przez wykonawców.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie § 9 ust. 8 wzoru umowy ze względu na zaniechanie określenia terminu na wyrażenie lub odmowę wyrażenia zgody przez Inżyniera i zamawiającego na zmianę osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne – za zasadny i Izba nakazuje określenie tego terminu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 23 ust. 4 i 5 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. 29 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 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, pozbawia wykonawcę – 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. 29 ust. 1 Pzp odnośnie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w efekcie tak sformułowanego postanowienia umowy, dopuszczającego odstępianie od wykonania 20% przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, nastąpiło istotne zaburzenie opisu przedmiotu zamówienia. Tak modyfikowalny opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada przywołanemu przepisowi art. 29 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 23 ust. 4 i 5 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 naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie **§ 27 ust. 4 i 5 wzoru umowy** ze względu na zaniechanie **ustalenia terminów zakończenia odbiorów przez zamawiającego** – zasługuje na uwzględnienie.

Postanowienia określają terminy, w których zamawiający i Inżynier powinni przystąpić do odbiorów: (i) technicznego zadania (ust. 4) i (ii) odbioru końcowego (ust. 5). Jednak żadna z tych postanowień nie określa terminów zakończenia opisywanych czynności odbioru, co uniemożliwia wykonawcy określenie terminu wykonania zamówienia, gdyż zamawiający może na podstawie tak sformułowanych postanowień umownych dokonywać swoich czynności odbiorowych w niczym nieograniczonych terminach.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym przypadku terminy końcowe odbiorów powinny być precyzyjnie ustalone w umowie w celu wyeliminowania uznaniowości zamawiającego i nieuzasadnionego niedokonywania czynności odbiorowych. Nieuzasadniony brak dokonania czynności odbiorowych może w efekcie wpłynąć na możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego, naliczenie kar umownych, wstrzymanie biegu rękojmi i gwarancji. Wobec tego skład orzekający Izby stwierdza, że nie został wystarczająco dokładnie dokonany opis przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca nie ma wiedzy, w jakich terminach zostaną dokonane przez zamawiającego czynności

odbiorowe. W związku z tym wykonawca nie ma pełnej, a możliwej do uzyskania, wiedzy odnośnie przedmiotu zamówienia, co narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – przez postanowienie przez postanowienie **§ 27 ust. 4 i 5 wzoru umowy** ze względu na zaniechanie ustalenia terminów zakończenia odbiorów przez zamawiającego – za zasadny i nakazuje określenie tego terminu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w związku z art. 509 § 1 i art. 822 § 1 Kc – przez nałożenie na wykonawcę w **§ 34 ust. 1 wzoru umowy** obowiązku dokonania cesji praw wynikających z cyt. „odrębnej umowy ubezpieczenia dotyczącej realizacji Umowy” na zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

Istota cesji polega na przelewie wierzytelności przez uprawnionego, a w przypadku umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest osoba trzecia, poszkodowany, a nie wykonawca (art. 509 § 1 w zw. z art. 822 § 1 Kc). W związku z tym wykonawca nie jest w stanie wykonać zobowiązania. Zamawiający naruszył art. 509 § 1 w zw. z art. 822 § 1 Kc w związku z art. 14 Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznaje zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 509 § 1 i art. 822 § 1 Kc – przez postanowienie **§ 34 ust. 1 wzoru umowy** ze względu na nałożenie na wykonawcę obowiązku dokonania cesji praw wynikających z cyt. „odrębnej umowy ubezpieczenia dotyczącej realizacji Umowy” na zamawiającego – za zasadny i nakazuje uchylenie tego postanowienia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący w zakresie 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.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut 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.

Również zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 Pzp w związku z art. 353¹ Kc nie został dowiedziony przez odwołującego, gdyż odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył zasadę cyt. „równości kontraktowej i ekwiwalentności świadczeń”.

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.

Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 14 Pzp w zw z art. art. 509 § 1 i art. 822 § 1 Kc wadliwe sporządzenie specyfikacji, a konkretnie wzoru umowy.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodów złożonych przez zamawiającego, gdyż nie dotyczyły one rozpoznawanych kwestii naruszeń przepisów przez zamawiającego.

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:

.....

.....