

WYROK
z dnia 30 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Marek Koleśnikow Beata Konik
Protokolant:	Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Elseco sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Geosit Usługi Geodezyjne K.T. w Słupsku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), polegającą na usunięciu postanowienia § 4 ust. 15 wzoru umowy („WU”) i wprowadzeniu do WU postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet jego kosztów kwotę w łącznej wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 19.575,78 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt pięć złotych 78/100) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zadanie 55191 – Przebudowa i rozbudowa infrastruktury energetycznej Garnizonu Powidz 33 BLTr. w kompleksach wojskowych: 6015, 4577, 0925, 4204 – Opracowanie Programu Inwestycji, wykonanie Dokumentacji Projektowo-Kosztorysowej, nadzór autorski oraz udzielenie odpowiedzi na pytania podczas procedury przetargowej na roboty budowlane w zakresie dokumentacji projektowej”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu („Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 sierpnia 2018 r. pod 2018/S 166-379529.

8 i 9 listopada 2018 r. Zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia – Elseco sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, K.T. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Geosit Usługi Geodezyjne K.T. w Słupsku (dalej „Odwołujący”) zaproszenie do złożenia oferty i specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), którzy w dniu 19 listopada 2018 r. wnieśli odwołanie od postanowień SIWZ, tj. od:

1. opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zaniechania przekazania wykonawcom dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia i przekazania części dokumentów nieczytelnych;
2. opisu przedmiotu zamówienia w zakresie braku określenia optymalnego terminu jaki w ocenie Zamawiającego jest konieczny do uzyskania niezbędnych opinii/uzgodnień;
3. postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert dotyczących kwalifikacji zawodowych;
4. postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert dotyczących terminu wykonania całości zamówienia;
5. postanowień SIWZ dotyczących wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umów o pracę osób wykonujących określone przez Zamawiającego czynności;

6. postanowień umowy dotyczących kar umownych, terminu gwarancji, wymogów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, zobowiązań Zamawiającego, zmian do umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia i braku postanowień o waloryzacji wynagrodzenia;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nie zapewniający zgodności z zasadami proporcjonalności i przejrzystości wyrażające się w zaniechaniu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję co wyraża się w:
 - 1.1. nie przekazaniu Odwołującemu kompletu dokumentów składających się na pełny opis przedmiotu zamówienia, tj.
 - a) zaleceń do uzgodnień dokumentacji projektowej (wymienionych w cz. III spisu treści SIWZ);
 - b) zaleceń do wykonania prac geodezyjnych na terenach zamkniętych (wymienionych w cz. III spisu treści SIWZ);
 - c) warunków technicznych i umowy na przeniesienia linii 15kV GPZ Słupca i Witkowo do PZ i 5kV;
 - d) warunków technicznych i umowy na zasilanie podstawowe i rezerwowe z GPZ Powidz;
 - e) opinii Wojskowej Inspekcji Gospodarki Energetycznej (dalej „WIGE”) w stosunku do udostępnionych Minimalnych Wojskowych Wymagań Organizacyjno-Użytkowych („MWWOU”);
 - f) całej ekspertyzy infrastruktury elektroenergetycznej na terenie 33. BLTr. W Powidzu opracowanej w 2017 r. (Nr sprawy 97/WZI/17/WE Inwestora).
 - 1.2. przekazaniu Odwołującemu map oraz rysunków w nieodpowiedniej rozdzielczości, co uniemożliwia prawidłową wycenę prac i przygotowanie ofert;
 - 1.3. wymaganiu opracowania scenariusza pożarowego (określonego w załączniku nr 11 do SIWZ) dla wymaganych niniejszym zamówieniem budynków;
 - 1.4. zażądaniu uzyskania przez wykonawcę pozytywnej opinii WIGE dla Dokumentacji Projektowej ETAP II, pomimo że z § 48 Zarządzenia Nr 3/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2011 r. w sprawie gospodarki

energetycznej w resorcie obrony narodowej opiniowanie na tym etapie nie jest przewidziane;

- 1.5. braku określenia terminu w jakim instytucje i podmioty wymienione we wzorze umowy winne wydać niezbędne opinie/uzgodnienia; powyższe jest istotne z uwagi na konieczność określenia przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, tj. „Termin wykonania całości zamówienia” w sposób jednoznaczny, zrozumiały, proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia;
2. art. 29 ust. 3a Pzp przez błędne określenie w opisie przedmiotu zamówienia na usługi w rozdziale XVI SIWZ wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę „osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – min. 1 etat”;
3. art. 29 ust. 3a Pzp przez wadliwe opisanie w Rozdziale XVI SIWZ oraz w § 2 ust. 8 Wzoru umowy („WU”) wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umów o pracę osób mających realizować zamówienie w zakresie czynności określonych w opisie przedmiotu zamówienia;
4. art. 7 w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp przez określenie jednego z kryterium oceny ofert „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie” w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia wyrażające się w przyjęciu, że „Ocenie podlegać będzie doświadczenie projektantów skierowanych do realizacji dokumentacji projektowej w zakresie wykonał co najmniej 2 dokumentacji projektowych budowy, przebudowy lub rozbudowy sieci elektroenergetycznej o wartości robót budowlanych minimum 25 000 000,00 zł brutto każda”;
5. art. 142 ust. 5 Pzp przez brak postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;
6. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 j.t. ze zm.), dalej „Kc”, w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp przez zawarcie w WU postanowień, których treść lub cel sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom i zasadom współżycia społecznego, a co za tym idzie przez sformułowanie wzoru umowy z następującymi wadami:

- 6.1. wprowadzenie kary umownej za opóźnienie zamiast kary umownej za zwłokę, co nakłada na wykonawcę ryzyko odpowiedzialności za działania i zaniechania osób trzecich (w tym również Zamawiającego), które powodują przesunięcie się terminu ukończenia prac;
- 6.2. wprowadzenie w § 9 ust. 1 pkt 3) i 4) WU kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie całości lub części umowy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto bez określenia jednoznacznych okoliczności kiedy kara będzie mogła być naliczona;
- 6.3. braku zobowiązania Zamawiającego do nieprzerwanego udostępnienia wykonawcy terenu inwestycji celem wykonania inwentaryzacji;
- 6.4. określenie w § 6 ust. 2 WU, że „Okres gwarancji jakości kończy się w dniu bezusterkowego gwarancyjnego odbioru końcowego jakości robót budowlanych zrealizowanych na podstawie przedmiotowej dokumentacji”;
7. art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp przez przewidzenie zmian w postaci niejednoznacznych postanowień umownych, określających ich zakres, w szczególności charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. przekazania wykonawcom zaproszonym do złożenia oferty kompletu dokumentów składających się na pełny opis przedmiotu zamówienia, tj.:
 - 1.1. zaleceń do uzgodnień dokumentacji projektowej (wymienionych w cz. III spisu treści SIWZ);
 - 1.2. zaleceń do wykonania prac geodezyjnych na terenach zamkniętych (wymienionych w cz. III spisu treści SIWZ);
 - 1.3. warunków technicznych i umowy na przeniesienia linii 15kV GPZ Słupca i Witkowo do PZ 15kV;
 - 1.4. warunków technicznych i umowy na zasilanie podstawowe i rezerwowe z GPZ Powidz;
 - 1.5. opinii WIGE w stosunku do udostępnionych MWWOU;
 - 1.6. całej ekspertyzy infrastruktury elektroenergetycznej na terenie 33. BLTr. W Powidzu opracowanej w 2017 r. (Nr sprawy 97/WZI/17/WE Inwestora);
2. przekazania wykonawcom zaproszonym do złożenia oferty map oraz rysunków w nieodpowiedniej rozdzielczości;
3. określenia terminu w jakim instytucje i podmioty wymienione we wzorze umowy winny wydać niezbędne opinie/uzgodnień po upływie którego wykonawca nie będzie odpowiedzialny za zwłokę w realizacji umowy, tak aby możliwym było wskazanie prawidłowego terminu realizacji zamówienia w zakresie etapu I i II;

4. wykreślenia z SIWZ wymagania opracowania scenariusza pożarowego (określonego w załączniku nr 11 do SIWZ) dla wymaganych w tym zamówieniu budynków, nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ wymogu uzyskania przez wykonawcę pozytywnej opinii WIGE dla Dokumentacji Projektowej ETAP II;
5. wykreślenia w Rozdziale XVI SIWZ wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę „osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej – min. 1 etat”;
6. prawidłowego określenia w Rozdziale XVI SIWZ oraz w § 2 ust. 8 WU wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r., poz. 917 j.t. ze zm.);
7. modyfikacji kryterium oceny ofert „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie” przez przyjęcie, że „Ocenie podlegać będzie doświadczenie projektantów skierowanych do realizacji dokumentacji projektowej w zakresie wykonał co najmniej 2 dokumentacji projektowych budowy, przebudowy lub rozbudowy sieci elektroenergetycznej o wartości robót budowlanych minimum 10 000 000,00 zł brutto każda”;
8. wprowadzenia w SIWZ i w WU postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r., poz. 2177 j.t.), zwanej dalej „Ustawą” oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w SIWZ i w WU następujących modyfikacji:
 - 8.1. wprowadzenie w § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 WU kary umownej za „zwłokę” zamiast za „opóźnienie”;
 - 8.2. skreślenia w § 9 ust. 1 pkt 3 WU kary umownej za niewykonania lub nienależyte wykonanie całości umowy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto;
 - 8.3. skreślenia w § 9 ust. 1 pkt 4 WU kary umownej za niewykonania lub nienależyte wykonanie części umowy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia

umownego brutto przysługującego wykonawcy za dany Etap (wg podziału z § 2 ust. 1 WU);

- 8.4. wprowadzenia w § 3 WU ust. 9 o treści: „Zamawiający zobowiązuje się do nieprzerwanego udostępnienia Wykonawcy terenu inwestycji celem wykonania inwentaryzacji”;
- 8.5. zmiany § 6 ust. 2 WU przez nadanie mu treści „Okres gwarancji jakości kończy się w dniu gwarancyjnego odbioru końcowego jakości robót budowlanych zrealizowanych na podstawie przedmiotowej dokumentacji nie później jednak niż 5 lat od pozytywnego odbioru dokumentacji II Etap – dokumentacja projektowa protokołem KOPI”;
- 8.6. skreślenia § 4 ust. 15 WU;
- 8.7. wprowadzenia w § 13 ust. 2 pkt 1 lit. f WU o treści „f) odmowy w wydaniu przez organy administracji publicznej lub inne podmioty wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień, opinii z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę”;
- 8.8. wprowadzenie w § 13 ust. 2 pkt 1 lit. g o treści „g) wydania przez podmioty wskazane § 1 ust. 2 pkt 4 i Etap II pkt 6 lit. f opinii lub uzgodnienia lub oceny, po więcej niż wskazanej przez Zamawiającego w umowie ilości dni przewidzianej na zaopiniowanie, uzgodnienie lub ocenę dokumentacji przedprojektowej lub dokumentacji projektowej przez Wykonawcę”;
- 8.9. wprowadzenie w § 13 ust. 3 WU o treści „3. Zmiana terminu wykonania zamówienia, o której mowa w ust. 2 nastąpi o czas trwania przeszkody, czas przekroczenia terminu opisanego w ust. 2 pkt 1 lit. g lub czas niezbędny do wykonania prac zamiennych, dodatkowych lub uzupełniających”;
- 8.10. niezwłocznego przekazania wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ dokonanej jej zmiany (modyfikacji);
- 8.11. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;

oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Nie można mieć wątpliwości, że działanie Zamawiającego narusza przepisy Pzp i w konsekwencji uniemożliwia Odwołującemu złożenie najkorzystniejszej oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

I. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu kompletu dokumentów, który wymienił w SIWZ, a mianowicie pełnego opisu przedmiotu zamówienia, na który składać się miały m.in.

- a) zalecenia do uzgodnień dokumentacji projektowej;
- b) zalecenia do wykonania prac geodezyjnych na terenach zamkniętych (wymienione w cz. III spisu treści SIWZ).

Po drugie, zgodnie z § 48 Zarządzenia Nr 3/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2011 r. w sprawie gospodarki energetycznej w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. MON.2011.1.3 z dnia 3 lutego 2011 r.) organy realizujące zadania inwestycyjne i remontowe w kompleksach wojskowych (a do takich niewątpliwie należy Zamawiający) obowiązane są przedstawiać do zaopiniowania przez WIGE w szczególności:

- a) programy organizacyjno-użytkowe;
- b) programy inwestycji;
- c) koncepcje programowo-przestrzenne;
- d) opracowania studialne; w zakresie dotyczącym:
 - budowy, rozbudowy lub przebudowy podstawowych oraz awaryjnych źródeł energii;
 - budowy, rozbudowy lub przebudowy przyłączy i sieci: elektroenergetycznych, ciepłych i gazu ziemnego;
 - montażu lub wymiany instalacji, urządzeń odbiorczych energii cieplnej, elektrycznej i gazu o łącznej mocy powyżej 50 kW dla każdego rodzaju energii oraz audyty i bilanse energetyczne.

Zamawiający niewątpliwie przygotował program organizacyjno-użytkowy, gdyż taką funkcję pełnił MWWOU. Jednakże opinia ta nie została udostępniona wykonawcom. Co znamienne, w toku realizacji umowy wykonawca będzie zobowiązany do uzyskania pozytywnego zaopiniowania przez WIGE Programu Inwestycji, czyli proceduralnie następnego etapu.

Idąc dalej, Zamawiający wymaga od wykonawcy uzyskania pozytywnej opinii WIGE dla Dokumentacji projektowej będącej realizacją ETAP II, pomimo że zgodnie z ww. zarządzeniem opiniowanie na tym etapie nie jest przewidziane, w związku z czym należy się liczyć z odmową, a na pewno nie można wymagać jakichkolwiek terminów dla takiej opinii.

Ponadto, zgodnie z załącznikiem nr 2 do MWWOU i zawartym w nim harmonogramie wnioski o warunki techniczne przyłączenia powinny zostać złożone w styczniu 2018 r., a umowy podpisane do kwietnia 2018 r. Zamawiający nie załączył jednak do SIWZ warunków ani umów, pomimo że stanowią źródło istotnych informacji cenotwórczych. Są to:

- a) warunki techniczne i umowy na przeniesienia linii 15kV GPZ Słupca i Witkowo do PZ 15kV;
- b) warunki techniczne i umowy na zasilanie podstawowe i rezerwowe z GPZ Powidz.

Zgodnie z art. 8g pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo Energetyczne (Dz. U. z 2018 r. poz. 755 j.t. ze zm.) ze względu na skomplikowanie zagadnienie czas na wydanie warunków technicznych wynosi 150 dni, nie wiadomo jednak czy Zamawiający wystąpił ze stosownymi wnioskami i podpisał umowy. Jednocześnie Zamawiający wymaga – zgodnie z umową – pozytywnego uzgodnienia z Enea Operator na etapie dokumentacji. Jeśli inwestor nie dopełnił obowiązków zawartych we własnych dokumentach, to postanowienia umowne przenoszą ich konsekwencje na wykonawcę.

Dodatkowo, Zamawiający nie przekazał wykonawcom map oraz rysunków w odpowiedniej rozdzielczości, co uniemożliwia prawidłową wycenę prac. W szczególności Zamawiający nie przekazał wykonawcom całej ekspertyzy infrastruktury elektroenergetycznej na terenie 33. BLTr. w Powidzu opracowanej w 2017 r. (Nr sprawy 97/WZI/I 7/WE Inwestora).

Odwołujący stwierdził następnie, że część wymagań Zamawiającego jest bezzasadna, m.in. wymóg dotyczący wymagania opracowania scenariusza pożarowego (określonego w załączniku nr 11 do SIWZ) dla objętych zamówieniem budynków.

W dalszej kolejności wskazać należy, że w ocenie Odwołującego brak określenia terminu w jakim instytucje i podmioty wymienione we wzorze umowy winny wydać niezbędne opinie/uzgodnień. Powyższe realnie uniemożliwia prawidłowe określenie terminu w jakim zostanie wykonane zamówienie w ramach etapu I i II.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 91 ust. 2d Pzp Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Brak informacji o których mowa wyżej tj. optymalnego terminu jaki w ocenie Zamawiającego jest konieczny do uzyskania niezbędnych opinii/uzgodnień przez instytucje i podmioty wymienione w projekcie umowy, uniemożliwia nie tylko sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców (realności zaoferowanych terminów w ramach kryteriów oceny ofert).

Powyższe nie zasługuje na akceptację z następujących powodów. Ww. termin (w zakresie etapu I) jest uzależniony od wydania pozytywnych opinii dla Programu Inwestycji przez instytucje wymienione w § 1 ust. 2 pkt 4 WU. Podkreślenia wymaga fakt, że ww. wymienione instytucje nie mają z góry określonych terminów na wydanie takich opinii, a sam Zamawiający nie przekazał żadnej informacji na ten temat, tj. nie wskazał czasu maksymalnego na ich wydanie. Powyższe ma istotne znaczenie, ponieważ Zamawiający przewiduje sankcje w postaci kar umownych za niedotrzymanie tego terminu nie dając

jednocześnie pewności czy w tym zakresie możliwa będzie zmiana umowy, o czym w dalszej części Odwołania. W dokumentacji przetargowej nie powołano żadnych przepisów, czy innych regulacji dotyczących wydawania przedmiotowych opinii, czyniąc to kryterium fikcyjnym z uwagi na niemożliwość przewidzenia i określenia przez Wykonawców faktycznego czasu na te czynności. Powyższe uniemożliwia zatem nie tylko prawidłowe (realne) określenie terminu przez wykonawców, jak też uniemożliwia kalkulację ryzyk z tym związanych. Tytułem przykładu potwierdzającego obawy Odwołującego o możliwość negatywnego zaopiniowania Programu Inwestycji, Odwołujący powołuje się na opinię dot. koncepcji „Zasilania systemu elektroenergetycznego w kompleksie wojskowym nr 2925 Jastrzębie – zadanie nr 21408”, w której posiadaniu jest. Wydanie przedmiotowej opinii trwało aż 30 dni.

Podobnie rzecz się ma z terminami przewidzianym jako kryterium odnośnie etapu II. Wszak także do dokumentacji projektowej wykonawca winien uzyskać wymagane wzorem umowy opinie, uzgodnienia i oceny.

Powyższe potwierdza, że brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia optymalnego terminu na uzyskanie stosownych opinii/uzgodnień nie tylko stanowi wadę w zakresie prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, ale jednocześnie rzutuje na prawidłowość określenia kryterium oceny ofert a w dalszej konsekwencji jego ocenę. Pozostawienie opisu przedmiotu zamówienia bez określenia optymalnego terminu czyni kryterium „Termin wykonania całości zamówienia” fikcyjnym. Wymaganie od wykonawcy deklaracji dotyczącej ilości dni do wykonania poszczególnych etapów zamówienia, w sytuacji uzależnienia tego terminu od innych instytucji (które nie mają ściśle określonych procedur w temacie wydawania owych opinii) narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a jednocześnie jest przejawem naruszenia przepisu art. 91 ust. 2d Pzp. Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia stwarza sytuację, w której sam Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć jaki termin powinien wystarczyć wykonawcom na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie zweryfikować informacje wskazane przez wykonawców w złożonych ofertach.

Tym samym Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszyła zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. Naruszenie art. 29 ust. 3a Pzp dotyczące wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę „osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – min. 1 etat”

W opinii Odwołującego Zamawiający naruszył art. 29 ust. 3a Pzp przez błędne określenie w opisie przedmiotu zamówienia na usługi wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 K.p. Zamawiający, zgodnie z treścią Rozdziału XVI SIWZ, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę ww. osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia m.in. „osoby z uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – min. 1 etat”.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą art. 29 ust. 3a Pzp, uwzględniającą wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r., „Z kolei, w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują”.

III. Naruszenie art. 29 ust. 3a Pzp przez wadliwe opisanie w Rozdziale XVI SIWZ oraz § 2 ust. 8 WU wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umów o pracę osób mających realizować zamówienie w zakresie czynności określonych w opisie przedmiotu zamówienia

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 29 ust. 3a Pzp przez wadliwe opisanie w Rozdziale XVI SIWZ oraz w § 2 ust. 8 WU wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umów o pracę osób mających realizować zamówienie w zakresie czynności określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że w Rozdziale XVI SIWZ oraz w § 2 ust. 8 WU Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wskazania czynności, których wykonywanie wymaga zatrudnienia tych osób na podstawie umów o pracę. Zamawiający wskazał tylko funkcje ww. osób w realizacji zamówienia, a nie zakres czynności, przez pryzmat których będzie egzekwował postawiony wymóg.

IV. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d Pzp przez określenie jednego z kryteriów oceny ofert „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia”

Zamawiający, zgodnie z sekcją III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, postawił warunek udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że:

„W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub rozbudowy sieci elektroenergetycznej o wartości robót budowlanych minimum 25 000 000,00 PLN brutto każda”.

W wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 14 września 2018 r. Zamawiający zmienił treść ww. warunku na następującą:

„W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub rozbudowy sieci elektroenergetycznej o wartości robót budowlanych minimum 10 000 000,00 PLN brutto każda”.

W ślad za dokonaną zmianą treści warunku udziału w Postępowaniu powinna, zdaniem Odwołującego, iść zmiana treści kryteriów oceny ofert („Kwalifikacji zawodowych i doświadczenia”) w zakresie doświadczenia projektantów skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia. Treść warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert winna być proporcjonalna do przedmiotu zamówienia, co oznacza że po modyfikacji treści warunków udziału w Postępowaniu, których zmianę Zamawiający uznał za uzasadnioną, kryteria oceny ofert powinny zostać dostosowane do przyjętych wartości.

Kryteria oceny ofert zostały określone przez Zamawiającego w sposób następujący:

„Ocenie podlegać będzie doświadczenie projektantów skierowanych do realizacji dokumentacji projektowej w zakresie wykonał co najmniej 2 dokumentacji projektowych budowy, przebudowy lub rozbudowy sieci elektroenergetycznej o wartości robót budowlanych minimum 25 000 000,00 zł brutto każda”.

Pomimo tego że warunki udziału w Postępowaniu dotyczą doświadczenia wykonawcy, a kryteria oceny ofert dotyczą doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający zdaniem Odwołującego nie ma podstaw do kreowania wymagań dotyczących osób w sposób zasadniczo odmienny, nadając im wyższy rygor. Takie działanie Zamawiającego znacznie ogranicza szanse wykonawcy na zdobycie odpowiedniej liczby punktów na etapie składania ofert oraz narusza fundamentalną zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

V. Naruszenie art. 142 ust. 5 Pzp przez brak postanowień o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy

Odwołujący wytknął Zamawiającemu brak przewidzenia klauzuli waloryzacyjnej. Zgodnie z treścią § 4 ust. 15 WU:

„Wynagrodzenie za przedmiot zamówienia nie podlega waloryzacji”.

Tymczasem, zgodnie z art. 142 ust. 5 Pzp, mowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług;
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów Ustawy;
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Termin wykonania zamówienia został określony w Części I – „Instrukcja dla Wykonawców” („IDW”), w pkt IV. Zgodnie z nim Zamawiający wymaga, aby zamówienie było zrealizowane maksymalnie:

- a) dokumentacja przedprojektowa – maksymalnie 120 dni kalendarzowych od podpisania umowy;
- b) dokumentacja projektowa – maksymalnie 360 dni kalendarzowych od daty zatwierdzenia Programu Inwestycji; (...)
- c) nadzór autorski – do dnia odbioru końcowego robót budowlanych.

Widać zatem wyraźnie że umowa zawarta będzie na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

VI. Naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 3531 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp w zakresie skonstruowania wzoru umowy

- a) kara umowna za opóźnienie zamiast za zwłokę

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp SIWZ zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

W myśl art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kc, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

Wreszcie stosownie do treści art. 353¹ Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Uwzględniając powyższe regulacje należy zgodzić się, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Jednakże w swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężających na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Przerzucenie zaś na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

Z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Szereg postanowień WU w sposób skrajnie jednostronny przerzuca odpowiedzialność za nienależyte wykonanie lub niewykonania umowy na wykonawcę nawet wtedy kiedy nie sposób przypisać mu w tym zakresie winy.

Po pierwsze, Zamawiający w § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 WU wprowadził karę umowną za opóźnienie, odpowiednio, w terminie realizacji przedmiotu umowy, jak i w usunięciu wad przedmiotu umowy, zamiast kary umownej za zwłokę, co nakłada na wykonawcę ryzyko za działania i zaniechania osób trzecich (w tym również Zamawiającego), które powodują przesunięcie się terminu ukończenia prac.

Zgodnie przepisami Kc w przypadku nieterminowej realizacji świadczeń o charakterze niepieniężnym (tak jak tutaj), zastosowanie znajduje instytucja „zwłoki”, w odróżnieniu od „opóźnienia” stosowanego w zobowiązaniach pieniężnych. I z tego względu zmiana powyższego zapisu wydaje się być uzasadniona. Dodatkowo, zgodnie z art. 476 Kc, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Podkreślić należy, iż rozszerzenie odpowiedzialności za okoliczności, za które normalnie wykonawca nie ponosi odpowiedzialności bez precyzyjnego wyszczególnienia tychże okoliczności nie może odnieść skutku. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. akt IV CK 583/03, wskazał, że przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 Kc, wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 Kc. Zarówno bowiem w piśmiennictwie, jak i w judykaturze przyjmuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary

umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 Kc). Argumentuje się przy tym, że wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowieniu przepisów normujących karę umowną. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 w zw. z art. 472 Kc bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Faktem jest, że powołany wcześniej przepis art. 472 Kc ma charakter względnie obowiązujący, dopuszcza bowiem możliwość odmiennych postanowień w ustawie, jak i czynności prawnej. Odmienne więc postanowienia umowne mogą, stosownie do treści art. 472 Kc, modyfikować granice i zasadę odpowiedzialności dłużnika. Zgodnie bowiem z treścią art. 473 § 1 Kc, dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności (niezawinionych). W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że zamiar stron rozszerzenia odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania powinien wynikać z umowy w sposób niewątpliwy. Trudno bowiem przyjmować, że w każdym wypadku, gdy strony umawiają się o osiągnięcie określonego rezultatu, rozszerzają tym samym odpowiedzialność za szkody wynikłe z jego nieuzyskania poza granice winy. Nie można bowiem powoływać się tylko na potrzebę zapewnienia lepszej pozycji wierzycielowi, gdyż zgodnie z ogólną regułą prawo zobowiązań musi uwzględniać słuszne interesy obu stron stosunku obligacyjnego.

W konsekwencji zmiana sformułowania opóźnienie na termin zwłoka pozwoli na precyzyjne wyjaśnienie, iż kara umowna będzie Zamawiającemu należna jeżeli zwłoka w wykonaniu prac będzie spowodowana okolicznościami, za które odpowiada strona zobowiązana – wykonawca. W innym zaś wypadku kara umowna nie będzie zasadna.

Niezależnie od powyższych okoliczności w realiach sprawy i opisu przedmiotu zamówienia takie skonstruowanie postanowień umownych przenosi na wykonawcę wszelkie ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli co niewątpliwie stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

Wystarczy w tym zakresie wskazać, że do obowiązków wykonawcy należy uzyskanie opinii do opracowanego Programu Inwestycji od instytucji wymienionych w § 1 ust. 2 pkt 4 (Użytkownik i Administrator – 33.BLTr, WZI, DWOP, WIGE, RCI).

Podobnie, dokumentacja projektowa ma być uzgodniona z podmiotami wymienionymi w § 1 Etap II Dokumentacja projektowa pkt 6 lit. f (Użytkownik i Administrator – 33.BLTr, DWOP, RCI, WZI, Energa Operator SA, ZIOTP i 17 TOL oraz uzyskać ocenę DWOP).

W tym zakresie nie istnieją żadne regulacje zobowiązujące ww. podmioty do wydania opinii w określonym terminie. Zatem ryzyko, niezależne wszak obiektywnie od wykonawcy, uzyskania tych opinii/uzgodnień jest na niego w sposób arbitralny przerzucane.

Idąc dalej, zgodnie z § 1 Etap II Dokumentacja projektowa pkt 6 lit. a-e WU wykonawca winien uzyskać:

- warunki techniczne dostawy mediów;
- decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego;
- decyzję na wycinki drzew i krzewów;
- decyzję na pozwolenie na budowę;
- wszelkie inne decyzje, uzgodnienia i dokumenty niezbędne do uzyskania powyższych decyzji umożliwiających realizacji robót budowlanych i eksploatację obiektu.

Oczywiście wymaganie od projektanta uzyskania ww. decyzji/warunków/uzgodnień jest dopuszczalne. Niemniej jednak za niedopuszczalne uznać należy przenoszenie na Wykonawcę ryzyka i odpowiedzialności za nieterminowe działanie organów/instytucji wydających ww. decyzje/warunki/uzgodnienia.

- b) wprowadzenie w § 9 ust. 1 pkt 3) i 4) WU kary umownej bez określenia jednoznacznych okoliczności kiedy kara będzie mogła być naliczona

Kolejnym zagadnieniem jest wprowadzenie kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto bez określenia jednoznacznych okoliczności kiedy kara będzie mogła być naliczona.

Zgodnie z art. 484 § 1 Kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Powyższy przepis dopuszcza oczywiście zastosowanie kary umownej. Niemniej treść § 9 ust. 1 pkt 2 i 3 WU wprowadza ogólną regulację bez szczegółowego wskazania jakiej konkretnie sytuacji dotyczy. Niewątpliwie przepis dotyczący kary umownej mają charakter przepisów sankcyjnych i winny być one stosowane ściśle. Tego rodzaju regulacja po pierwsze może być uznana za nieważną (nieskutecznie zastrzeżoną) a jednocześnie wprowadzająca stan niepewności po stronie wykonawcy.

- c) brak zobowiązania Zamawiającego do nieprzerwanego udostępnienia wykonawcy terenu inwestycji celem wykonania inwentaryzacji

Maksymalny termin realizacji Inwentaryzacji oraz Programu Inwestycji wynosi 120 dni. Wykonanie inwentaryzacji i Programu Inwestycji w tak krótkim czasie wymaga zapewnienia nieprzerwanego dostępu do terenu inwestycji. W szczególności Zamawiający winien umożliwić możliwość jednoczesnej pracy w terenie do trzech zespołów projektowych przez 12h na dobę w dowolnym terminie żądanym przez wykonawcę. Tymczasem w treści wzoru umowy nie ma żadnych zobowiązań Zamawiającego w tym zakresie. Brak powyższego postanowienia sprawia, że wykonawca pozbawiony będzie narzędzi do należytego wykonania zobowiązania. Jest to kolejny przykład jednostronnych postanowień umownych, w który obowiązek wykonawcy (terminowe wykonanie umowy) nie jest skorelowany z obowiązkiem Zamawiającego (udostępnienie terenu inwestycji celem wykonania umowy).

d) wadliwe określenie w § 6 ust. 2 WU okresu gwarancji jakości

Zgodnie z w § 6 ust. 1 WU wykonawca udziela Zamawiającemu rękojmi i gwarancji co do jakości na przedmiot umowy. Okres gwarancji jakości kończy się w dniu bezusterkowego gwarancyjnego odbioru końcowego jakości robót budowlanych zrealizowanych na podstawie przedmiotowej dokumentacji.

Takie określenie terminu gwarancji de facto nie pozwala na jednoznacznie ustalenie jego końca. Odwołuje się bowiem ono do zdarzenia przyszłego i niepewnego (bezusterkowego gwarancyjnego odbioru końcowego). Nie sposób przewidzieć czy taki odbiór kiedykolwiek się odbędzie ani czy będzie miał on charakter bezusterkowy. W innym zaś wypadku gwarancja ta będzie miała charakter „wieczny”. Powyższe zaś jest sprzeczne z istotą gwarancji.

VII. Naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp przez przewidzenie zmian w postaci niejednoznacznych postanowień umownych, określających ich zakres, w szczególności charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian

W § 13 ust. 2 pkt 1 lit. e WU Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia aneksem zmian postanowień zawartej umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia – w przypadku gdy zmiana postanowień terminu wynika z przedłużających się procedur uzyskiwania decyzji administracyjnych nie zawinionych przez wykonawcę. Powyższy zapis, zdaniem Odwołującego, nie daje jednak żadnej gwarancji, że Zamawiający wprowadzi przewidziane zmiany aneksem, gdyż jest to tylko uprawnienie Zamawiającego, z którego może ale nie musi skorzystać. Jednocześnie dotyczy on tylko decyzji administracyjnych, a nie wydawania opinii, np. przez instytucje wymienione w §1 ust. 2 pkt 4 WU. Analizując szczegółowo przywołaną wyżej przesłankę należałoby uznać, że zmiana terminu wykonania zamówienia w sytuacji, gdy termin jest jednocześnie kryterium oceny ofert stanowiłaby istotną zmianę do umowy chociażby w sytuacji, gdy zmiana terminu dokonana

aneksem powodowałyby zmianę pierwotnego rankingu ofert, w wyniku którego oferta innego wykonawcy powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp dopuszczalne są zmiany postanowień zawartej umowy, jeżeli zmiany te zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Zamawiający został wyposażony w narzędzie, przy pomocy którego może – mając na uwadze specyfikę konkretnego zamówienia – formułować w zawieranej umowie postanowienia umowne, dopuszczające możliwość zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty wybranego wykonawcy wobec zajścia określonych tymi postanowieniami okoliczności. Jednocześnie, ustawodawca nałożył na Zamawiających treścią ww. art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp warunki, od których spełnienia zależy skuteczność przewidzianych w umowie (stanowiącej na etapie postępowania przetargowego jeden z załączników do SIWZ) klauzul umownych. Niewątpliwie tymi warunkami jest konieczność określenia zakresu zmian, charakteru zmian, oraz warunków wprowadzenia zmian, przy czym wszystkie te warunki (przewidziana klauzula umowna) muszą być opisane w sposób jednoznaczny. W kontekście prawidłowego formułowania przez Zamawiających klauzul umownych na podstawie ww. art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowisko zajął również Urząd Zamówień Publicznych. Zgodnie z nim „zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, że klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody, przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności)”.

Choć analizowany przez UZP przykład klauzuli umownej odnosi się do możliwości zmiany umowy z uwagi na wystąpienie „dużych opadów atmosferycznych”, to jednak poczynione przy jego analizie spostrzeżenia są pomocne do oceny wszelkich formułowanych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 pZP klauzul umownych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający Skorzystał z możliwości, jakie daje art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, formułując w § 13 ust. 2 pkt 1 lit. e wu okoliczności zmiany umowy. Biorąc jednak pod uwagę ich ogólnikowość, Odwołujący nie ma pewności czy na etapie realizacji umowy w przypadku ziszczenia się określonych okoliczności (nie leżących po stronie Wykonawców), Zamawiający faktycznie skorzysta z ww. uprawnienia. W praktyce często zdarza się, iż Zamawiający odmawiają zmian do umowy wskazując na niedoskonałości umów zakresie opisaną okoliczności i charakteru ich zmian. Co więcej, nie wprowadzają zmian, które często uznają za uzasadnione, z powodu obaw przed zarzutami organów kontrolujących tj. dokonania zmian umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp. Mając powyższe na względzie zasadnym wydaje się wprowadzenie do projektu umowy mechanizmów, które będą umożliwiały zmianę umowy w sposób zgodny z przepisami, w sytuacji wystąpienia określonych przesłanek.

Jakkolwiek odnośnie części z przewidzianych wzorem umowy uzgodnień i opinii nie będzie miał zastosowanie kodeks postępowania administracyjnego („K.p.a.”), to przy wskazywaniu ww. 14 dniowego terminu Odwołujący posiłkowo wskazuje na treść art. 106 § 3 K.p.a. Zgodnie z nim organ, do którego zwrócono się o zajęcie stanowiska, obowiązany jest przedstawić je niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia mu żądania, chyba że przepis prawa przewiduje inny termin.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że odwołanie zostało złożone przedwcześnie, gdyż pierwszym i podstawowym środkiem wykonawcy do zmiany postanowień SIWZ, które są według niego błędne są pytania do przetargu. Warto wskazać, że Odwołujący takie pytania zadał, jednak nie poczekał nawet na udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi, tylko od razu wniósł odwołanie.

Zarzut I

Zamawiający wraz z SIWZ przekazał wykonawcom wszystkie niezbędne dokumenty dla zapoznania się z przedmiotem zamówienia oraz przygotowania oferty. W ocenie Zamawiającego część z tych dokumentów (I.1 lit. c-f zarzutu odwołania) może być przekazana w trakcie realizacji umowy, gdyż nie wpływa na zakres jego obowiązków, a jedynie winna być

uwzględniona przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Natomiast dokumenty z lit. a i b zostały do Odwołującego wysłane. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że MMWOU nie wymagają uzgodnień z WIGE. Program Funkcjonalno-Użytkowy przywołany w uzasadnieniu zarzutu nie dotyczy zadań inwestycyjnych tylko remontowych. A zadanie 55191 jest zadaniem inwestycyjnym.

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że uznaje zarzut I.2 za niedostatecznie opisany. Odwołujący nie wskazał na czym polegać ma nieodpowiednia rozdzielczość i w jaki sposób uniemożliwia ona wycenę prac i przygotowanie oferty. Zamawiający podkreślił, że przekazane mapy i rysunki są czytelne i już chociażby z tego względu muszą być uznane za wystarczające i adekwatne.

Z kolei nie może zasługiwać na aprobatę żądanie Odwołującego do wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia danego zakresu zamówienia opracowania scenariusza przeciwpożarowego i uzyskania opinii WIGE (zarzut I.3 i I.4) z bliżej niesprecyzowanych przyczyn i argumentacji, że nie jest on potrzebny. Zakres zamówienia i jego opis jest nie tylko obowiązkiem Zamawiającego, ale również jego uprawnieniem, w ramach którego określa jaki produkt końcowy chce on otrzymać. Próba ograniczenia przedmiotu zamówienia w ramach środków ochrony prawnej przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówieni jest niedopuszczalna. Okoliczność, że przepisy prawa nie wymagają uzyskania danej opinii podmiotu trzeciego nie oznacza, iż Zamawiający – uwzględniając własne potrzeby – nie może wymagać uzyskania takich opinii. Zamawiający wskazał, że kwestię dotyczącą ochrony przeciwpożarowej reguluje Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 2 grudnia 2015 r. w sprawie uzgadniania projektu budowlanego pod względem ochrony przeciwpożarowej (Dz.U. z 2015 r., poz. 2177) Wykonanie scenariusza pożarowego projektowanych obiektów ma na celu:

- zapewnienie właściwego doboru urządzeń ppoż.;
- możliwość bezpiecznej ewakuacji ludzi, m.in. przez sterowanie urządzeniami ppoż.;
- dobór odpowiednich materiałów i wyrobów budowlanych;
- zapewnienie właściwego szkolenia personelu;
- planowanie operacyjne na potrzeby działań ratowniczo-gaśniczych;
- przeprowadzenie analizy potencjalnych skutków pożaru dla ludzi i konstrukcji budynku.

Zamawiający jednoznacznie i wprost w opisie przedmiotu zamówienia wskazał czego oczekuje. Jednocześnie, zarówno opinie odpodmiotów trzecich, jak i decyzje administracyjne oraz terminy uzyskiwania tychże są całkowicie niezależne od Zamawiającego i to wykonawca składając ofertę winien, w oparciu o swoje profesjonalne doświadczenie,

odpowiednio skalkulować czas ich uzyskania i uwzględnić to w składanej ofercie. Zamawiający jednocześnie uwzględnił w maksymalnym (pożądanym terminie) czas niezbędny do uzyskania decyzji i uzgodnień bazując na wieloletnich doświadczeniach. Próba wymuszenia na Zamawiającym wprowadzenia czasokresów, po których wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności przeczy dyscyplinującej funkcji terminu wykonania zamówienia oraz może zniweczyć długoterminowe plany inwestycyjne zamawiającego. Jednocześnie zauważyć należy, że zawinienie wykonawcy w tym zakresie jest irrelevantne dla Zamawiającego, gdyż dla niego ma znaczenie „końcowy produkt”, a więc dokumentacja wraz ze wszystkimi uzgodnieniami oraz decyzjami.

Zarzuty II i III

Zamawiający wskazał, że projektant będący częścią zespołu projektowego nie mieści się w ramach przywoływanej przez Odwołującego opinii UZP, która odnosi się do samodzielnych funkcji w budownictwie wprost tam wymienionych, tj. kierownika budowy oraz inspektorów nadzoru. Wymagania Zamawiającego w tym przetargu nie dotyczą takich osób i już to czyni te zarzuty Odwołującego niezasadnymi.

Zamawiający dodał, że przepisy prawa wprost regulują kwestie zatrudniania autorów utworów (a więc także dokumentacji projektowej i innych opracowań o charakterze twórczym) na umowę o pracę wskazując, że w wypadku takiego zatrudnienia prawa autorskie z mocy prawa przechodzą na pracodawcę (art. 12 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych), które to rozwiązanie jest także wyjątkowo pożądane przez Zamawiającego ze względu, że opis przedmiotu zamówienia obejmuje przeniesienie praw autorskich do przedmiotu zamówienia.

Wreszcie nie można wykluczyć, że jeśli wszystkie czynności mające spełniać kryterium stosunku pracy przy wykonywaniu zamówienia publicznego zamykają się w ramach jednego stanowiska pracy/funkcji, to nie ma przeszkód, aby zakres tych czynności przyporządkować tej funkcji czy stanowisku i tak je wskazać w OPZ. Twierdzenia Odwołującego, jakoby zamawiający powinien szczegółowo wymieniać wszystkie czynności jest oderwane od realiów przedmiotu zamówienia i stanowi obejście oczywistego wniosku, że dany projektant sporządza projekt pod kierownictwem i w zakresie wykonawcy, co wypełnia przesłanki do powstania stosunku pracy.

Zarzut IV

Zamawiając podkreślił, że uwzględnił wnioski wykonawców i zmienił warunek udziału w Postępowaniu przez obniżenie wartości realizacji wcześniejszego zamówienia z 25.000.000 zł do 10.000.000 zł. Zmiana ta miała na celu poszerzenie kręgu wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia.

Odróżnić należy jednak warunek i jego opisaną powyżej zmianę od kryterium oceny ofert, które Zamawiający pozostawił na poziomie 25.000.000 zł. Okoliczność ta w żaden sposób nie wpływa na ograniczenie kręgu wykonawców mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, a ma na celu jedynie premiowanie w ocenie ofert wykonawców legitymujących się stosowny doświadczeniem wymaganym przy realizacji inwestycji o porównywalnej skali do inwestycji planowanej przez Zamawiającego.

Zarzut V

Zamawiający stwierdził, że nie umieścił klauzul waloryzacyjnych w WU, gdyż uznał, że nie ma takiej potrzeby, a to z powodu, że ewentualne zmiany opisane w art. 142 ust. 5 Pzp nie będą miały wpływu na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Na uzasadnienie Zamawiający wskazał, że wysoko wyspecjalizowani pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę nie będą otrzymywać minimalnego wynagrodzenia za pracę, a więc zmiana w tym zakresie nie będzie powodowała modyfikacji kosztów po stronie wykonawcy. Ponadto zauważył, że w okresie realizacji umowy nie są przewidywane w chwili obecnej pozostałe zmiany przewidziane w ww. przepisie oraz mając na uwadze konieczność wprowadzenia tychże zmian z odpowiednim wyprzedzeniem nie jest prawdopodobnym, że zostaną wprowadzone i wejdą w życie w okresie realizacji zamówienia i będą rzutować na jego koszt.

Zarzut VI

Zdaniem Zamawiającego kary umowne zostały zastrzeżone prawidłowo i nie naruszają żadnych przepisów powszechnie obowiązującego prawa, tak więc w tym zakresie zarzut jest niesłuszny.

Jednocześnie wskazać należy, że użycie słowa opóźnienie ma na celu umknienie przerzucania odpowiedzialności za niezrealizowanie umowy w terminie przez wykonawcę na podmioty trzecie i zmuszenie zamawiającego do rozstrzygnięcia, po czyjej stronie ta odpowiedzialność leży. Zamawiający chce uzyskać produkt końcowy w terminie określonym w procedurze przetargowej (na który też wpływ ma wykonawca w swojej ofercie) i to po stronie wykonawcy jest ustalenie, czy posiada on możliwość wykonania zamówienia zgodnie z OPZ i w terminach określonych w SIWZ. Nie zasługuje na aprobatę próba rozciągania czasu realizacji umowy – do czego *de facto* doprowadzi wprowadzenie okresów za które nie jest naliczana kara za opóźnienie – argumentując niemożnością przewidzenia podstawowych okoliczność w procesie przygotowania dokumentacji projektowej przez podmiot profesjonalnie się tym trudniący.

Jednocześnie kara za niewykonanie całości przedmiotu umowy w ocenie Zamawiającego nie budzi wątpliwości – tylko niezrealizowanie umowy w całości stanowi

podstawę jej naliczenia. Z kolei kara za niewykonanie danej części zamówienia lub jej nienależyte wykonanie też jest klarowana i podnoszone w tym zakresie rzekome wątpliwości Odwołującego mają jedynie na celu usunięcie z umowy zapisów dla niego niekorzystnych.

Dalej, w ocenie Zamawiającego, nie ma potrzeby do „nieprzerwanego udostępnienia terenu inwestycji w celu wykonania inwentaryzacji”. Wystarczy ustalenie w tym zakresie przy podpisywaniu umowy. Wskazać należy, że inwentaryzacja następuje przy rozpoczęciu wykonywania umowy i wpisanie takiego postanowienia, w szczególności dot. czynnej wojskowej bazy lotniczej, jest nie tylko zbędne, ale sprzeczne z regułami funkcjonowania baz wojskowych zakładającymi wyłączenie dostępu osób trzecich w szczególności mając na uwadze czas trwania umowy i tylko początkowy charakter czynności, o których pisze Odwołujący.

Na koniec Zamawiający zauważył, że określenie końca gwarancji na bezusterkowy odbiór pogwarancyjny jest o tyle zasadne, iż wymusza na Wykonawcy, aby wszystkie ujawnione w okresie gwarancji usterki zostały usunięte. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że wykonawcy bardzo często nie usuwają zgłoszonych usterek, a po zakończeniu okresu gwarancji zdecydowanie mniej chętnie działają w zakresie wcześniej zgłoszonych uchybień. Celem tego zapisu jest zmotywowanie wykonawcy do aktywnego uczestnictwa w procesie budowlanym realizowanym w oparciu o dokumentację przez niego przygotowaną. Dodatkowo podnieść należy, iż wiele wad dokumentacji projektowej ujawnia się dopiero na etapie realizacji umowy, stąd też zasadnym jest takie określenie okresu gwarancji, które zabezpieczy Zamawiającego przed brakiem podmiotu zobowiązanego do usunięcia wad.

Zarzut VII

Zamawiający zwrócił uwagę na sprzeczność w treści odwołania, gdzie Odwołujący, z jednej strony, podważa kary umowne za opóźnienie rzekomo bojąc się przedłużających się procedur, na które nie ma wpływu, a z drugiej – kwestionuje postanowienie WU, które pozwala Zamawiającemu na uwzględnienie tych okoliczności i przedłużenie terminu umowy, co w konsekwencji nie doprowadzi do naliczenia kar za opóźnienie.

Odnosząc się *stricte* do zarzutu braku precyzyjności zauważyć trzeba, że okoliczności tej nie da się opisać w sposób bardziej dokładny, gdyż jest to sytuacja jedynie antycypowana przez strony umowy i jej dokładne okoliczności nie są znane w chwili podpisywania umowy czy też ogłoszenia o zamówieniu i z jej natury wynika taki zapis. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zapis pozbawiony jest dowolności i odwołuje się do zdarzenia przyszłego w sposób możliwie szczegółowy doprecyzowanego na tym etapie procesu udzielania zamówienia publicznego.

Wreszcie nie można nie zauważyć, że proponując zmiany Odwołujący próbuje rozszerzyć ww. zapis w sposób korzystny dla siebie i w kierunku okoliczności omówionych powyżej, co do których Zamawiający nie widzi potrzeby wprowadzenia takich zapisów. Ponownie podkreślić należy, że środki ochrony prawnej przewidziane w Pzp nie mogą służyć polemice wykonawcy z niepodobającymi mu się postanowieniami umowy lub ograniczaniu przedmiotu zamówienia poprzez eliminację zakresów, których wykonawca nie chce lub nie może realizować.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia pracownika Zamawiającego, na okoliczność przekazania Odwołującemu dokumentów ujętych w pkt I.1 lit. a i b zarzutów odwołania.

Na rozprawie Strony podtrzymały przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Zestawiając treść zaskarżonych odwołaniem postanowień SIWZ ze wskazanymi przez Odwołującego przepisami Pzp i Kc skład orzekający stwierdził zasadność jednego z zarzutów odwołania, a to zarzutu V, który omówiony zostanie w pierwszej kolejności.

W § 4 ust. 15 WU Zamawiający wprost wskazał, że wynagrodzenie za przedmiot zamówienia nie podlega waloryzacji. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że maksymalny termin wykonania zamówienia ustalony został na okres 480 dni od jego udzielenia (zob. Sekcja II.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt IV IDW) – okoliczność ta *nota bene* nie była sporna pomiędzy Stronami. W konsekwencji, w przedmiotowej sprawie zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 142 ust. 5 Pzp, obligujący Zamawiającego do przewidzenia w WU postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który ocenił, że ewentualne zmiany określone w pkt 1-3 komentowanego przepisu nie będą miały wpływu na koszty realizacji zamówienia przez wykonawcę. Wskazywane przez Zamawiającego przyczyny takiej konstatacji (zatrudnianie osób, które będą realizować zamówienie za wynagrodzeniem wyższym niż minimalne, brak informacji o planowanych zmianach w zakresie VAT,

zasad podlegania ubezpieczeniom, czy wysokościach składek na ubezpieczenia) oceniać można co najwyżej w kategoriach mniejszego lub większego prawdopodobieństwa. Przewidywania Zamawiającego nie zwalniają go jednak z obowiązku wprowadzenia do WU stosownych postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia wykonawcy (art. 142 ust. 5 *in principio* Pzp stanowi: „Umowa (...) zawiera (podkreślenie Izby) postanowienia (...)\”), a zarazem przewidzenia możliwości wykazania przez wykonawcę, że opisane w przepisie art. 142 ust. 5 pkt 1-3 Pzp zmiany wywierają wpływ na koszty realizacji zamówienia.

Z przedstawionych powyżej przyczyn zarzut uznany został za zasadny. Mając na względzie fakt, że rolą Izby w tej sprawie była jedynie ocena postanowień SIWZ pod kątem zgodności z relewantnymi przepisami prawa, nie zaś nadawanie im konkretnej treści, Izba nakazała Zamawiającemu usunięcie z WU kwestionowanego § 4 ust. 15 i wprowadzenie w jego miejsce postanowień zgodnych z naruszonym przezeń przepisem Pzp, orzekając jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Pozostałe zarzuty odwołania były chybione, co skutkowało ich oddaleniem w pkt 2 sentencji wyroku. Przyczyny takiego rozstrzygnięcia omówione zostaną poniżej, przy zachowaniu kolejności zarzutów wynikającej z odwołania.

Zarzut I

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przekazania dokumentów ujętych w pkt I.1 lit. a i b zarzutów odwołania (zaleceń do uzgodnień i zaleceń do wykonania) skład orzekający uznał, że Odwołujący nie wykazał jego zasadności. Izba, kierując się okazanym w trakcie rozprawy pismem z 7 listopada 2018 r., załączonym do odpowiedzi na odwołanie oświadczeniem pracownika oraz okolicznością, że sporne dokumenty stanowiły załączniki do SIWZ (zob. SIWZ, str. 2), przyjęła, że wspomniane zalecenia zostały Odwołującemu przekazane. Izba ma przy tym świadomość praktycznych trudności w dowodzeniu okoliczności negatywnych (tu – nieotrzymania określonych dokumentów), niemniej jednak nie stanowi to przesłanki zwalniającej Odwołującego, jako stronę, która wywodzi z takich okoliczności skutki prawne, z obowiązku instruowania postępowania odwoławczego. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z 5 października 2011 r., IV CSK 664/10, Legalis 443536, powtórzyć należy, że „Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów z faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną”. Odwołujący takiej inicjatywy nie podjął, nie przedstawiając na rozprawie chociażby zawartości przesyłki, w której rzekomo nie znajdowały się wspomniane zalecenia.

Odnosząc się do twierdzenia o konieczności uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o pozostałe dokumenty (zob. pkt I.1 lit. c-f zarzutów odwołania) skład orzekający

uznał, że odwołanie pozbawione jest argumentów przemawiających za tezę, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wytycznych z art. 29 ust. 1 Pzp, bądź narusza zakaz wynikający z ust. 2 wzmiankowanego przepisu. Innymi słowy Odwołujący nie wykazał jakie konkretnie informacje zawarte w oczekiwanych dokumentach są mu niezbędne do przygotowania oferty, a nadto brak jakich informacji determinuje wyrażoną w odwołaniu ocenę, że przedmiot zamówienia nie został opisany jednoznacznie, wyczerpująco i za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Powyższą konstatację należy również rozciągnąć na zarzut I.2 oparty na twierdzeniu o nieczytelności części przekazanych dokumentów (map i rysunków). Dodatkowo, odnosząc się do podanego przez Odwołującego przykładu o braku możliwości odczytania informacji z tabeli zawartej w jednym z załączników do MWWOU – *Schematu zasilania – stan istniejący* skład orzekający przychylił się do argumentacji Zamawiającego i stwierdził, że informacje te powtórzono w treści MWWOU na str. 4 i 7.

Nie znalazły uzasadnienia w przepisach art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zarzuty I.3 i I.4, w ramach których Odwołujący kwestionował wymagania opracowania scenariusza pożarowego i uzyskania pozytywnej opinii WIGE dla dokumentacji projektowej. Po pierwsze, należy stwierdzić, że wymagania te są precyzyjne i wspólne dla wszystkich wykonawców i już chociażby z tego względu twierdzenia Odwołującego nie znajdują oparcia we wskazanych powyżej regulacjach Pzp. Po drugie, nie sposób nie zauważyć, że Odwołujący usiłował *de facto* ograniczyć przedmiot zamówienia według własnego uznania, nie wykazał bowiem, że kwestionowane wymagania są Zamawiającemu zbędne. Nie uzasadnia tej tezy okoliczność, że przywoływane przez Odwołującego przepisy prawa nie przewidują wprowadzonych do SIWZ wymagań. W tej materii Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie rzeczowe uzasadnienie, które Izba w całości podziela (zob. odpowiedź na odwołanie, str. 2-3).

Finalnie, nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut I.5, w ramach którego Odwołujący zakwestionował zaniechanie określenia terminów, w jakich instytucje i podmioty wymienione w WU powinny wydać niezbędne opinie i uzgodnienia. Zgodnie z § 1 ust. 2 (I Etap) pkt 4 podmiotami tymi są Użytkownik (definiowany zgodnie z pkt 10 *Definicji i skrótów WU*), Administrator – 33. BLTr., Zamawiający, Delegatura Wojskowej Ochrony Przeciwpożarowej w Poznaniu, Delegatura WIGE we Wrocławiu, Regionalne Centrum Informatyki w Bydgoszczy, a nadto (§ 1 ust. 2 (II Etap) pkt 6 lit. f WU) – również Energa Operator S.A., ZIOTP i 17 TOL (w niezbędnym zakresie). Poza samym Zamawiającym są to zatem podmioty od niego niezależne, na których funkcjonowanie Zamawiający nie ma wpływu, wobec czego nieracjonalne byłoby oczekiwanie narzucania postanowieniami SIWZ jakichkolwiek terminów załatwienia spraw przez te podmioty. Jednocześnie racjonalne wydaje się założenie, że będąc

w przeważającej mierze uczestnikami procesu realizacji zamówienia będą one zainteresowane jego sprawnym przebiegiem. Niezależnie od tego należy mieć na względzie, że – po pierwsze – Zamawiający dopuścił możliwość zmiany terminu wykonania zamówienia w sytuacji przedłużających się procedur administracyjnych (*vide* § 13 ust. 2 pkt 1 lit. e WU), a po drugie – że Odwołujący, podobnie jak każdy inny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, może wkalkulować owo ryzyko w cenę za realizację zamówienia.

Zarzuty II i III

W pkt XVI SIWZ Zamawiający zawarł informację o wymaganiach, o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp, obligując wykonawcę lub podwykonawcę do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę projektantów w 6 różnych branżach. W § 2 ust. 8 WU wymóg ten został ujęty w charakterze zobowiązania umownego wykonawcy. Odwołujący, w zarzucie II, wskazywał na bezzasadność wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę projektanta o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, natomiast w zarzucie III wskazywał na konieczność nazwania czynności, które w związku z realizacją zamówienia mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę.

Na uzasadnienie oddalenia zarzutu II wskazać należy, że przytoczona przez Odwołującego w treści odwołania opinia prawna (jej wyróżniony fragment) nie przesądza definitywnie o braku możliwości wprowadzenia wymagania zatrudnienia projektanta, który również sprawuje samodzielną funkcję techniczną w budownictwie (argument z art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, Dz.U. z 2018 r., poz. 1202 j.t. ze zm., dalej: „PrBud”). Warto zaznaczyć, że Odwołujący usiłował wyłączyć spod omawianego obowiązku wyłącznie jedną z sześciu kategorii projektantów objętych wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Z kolei przedstawiona w tym zakresie na rozprawie argumentacja (brak wymogu posiadania uprawnień do dostępu do informacji niejawnych przez projektanta o specjalności konstrukcyjno-budowlanej) nie świadczy *per se* o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 3a Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu III skład orzekający wskazuje, że z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c Pzp wynika wprawdzie obowiązek wskazania w SIWZ rodzaju czynności (podkreślenie Izby) niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, którego to wymogu zaskarżone postanowienia nie spełniają. Niemniej jednak, Izba miała na względzie szczególną okoliczność, że w tej sprawie wspomniany rodzaj czynności wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Jak wspomniano, wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a zarazem wskazania rodzaju czynności dotyczy projektantów, których obowiązki

(rodzaje czynności) ustawodawca uregulował w art. 20 PrBud. W konsekwencji, skład orzekający przyjął, że dalsze doprecyzowanie tych kwestii nie jest w tej sprawie konieczne, uznając zarzut za chybiony.

Zarzut IV

Izba w pełni podziela zapatrywania Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (str. 4). Uzupełniająco można wskazać, że warunek udziału w postępowaniu wyrażany jest jako minimalny poziom zdolności (por. art. 22 ust. 1a *in fine* Pzp), podczas gdy rola kryterium oceny ofert jest odmienna. Kryterium ma zapewnić ofercie wykonawcy dopuszczonego do udziału w postępowaniu (a zatem spełniającego ustalone w nim warunki) dodatkową przewagę nad ofertami konkurentów, w sytuacji, w której wykonawca wykazuje wyższe spełnienie wymagań zamawiającego wyrażone w treści kryterium.

Zarzut VI

Tytułem wprowadzenia do problematyki kontroli postanowień wzorców umownych w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w aspekcie określenia zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, godzi się przypomnieć, że wskazana w odwołaniu zasada swobody kontraktowania, której naruszenia – w przekonaniu Odwołującego – miał się dopuścić Zamawiający, doznaje w sferze zamówień publicznych istotnych ograniczeń. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający jest uprzywilejowaną stroną umowy, bowiem to on kształtuje jej warunki, które następnie muszą być w całości zaakceptowane przez wykonawcę, pozbawionego możliwości ich zmiany w drodze negocjacji. Dominująca pozycja zamawiającego w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Warto pamiętać, że zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób (por. przepisy Rozdziału V ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2017 r., poz. 2077 j.t. ze zm., w szczególności art. 44 ust. 3 tej ustawy), oraz że udzielając zamówień publicznych realizują cele wykraczające poza ich bieżące funkcjonowanie (np. inwestycje infrastrukturalne, usługi na rzecz lokalnej społeczności – odbiór odpadów, *etc.*). Nie można wreszcie tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że zamawiający nie mają swobody wyboru kontrahenta – strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu.

Przechodząc do omówienia zarzutów dotyczących kar umownych przedstawione dotąd rozważania należy uzupełnić o stwierdzenie, że Izba nie rozstrzyga w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących zasadności naliczania określonej kary umownej. Ocena taka, ograniczona do zindywidualizowanego okolicznościami przypadku,

należy bowiem do sądu powszechnego. Rolą KIO jest zaś generalna ocena, czy wprowadzenie określonych kar umownych do wzoru umowy wpływa, bądź może wpływać, na krąg potencjalnych wykonawców. W tym kontekście pamiętać trzeba, że – po pierwsze – postanowienia wzoru umowy są wspólne wszystkim wykonawcom i będą dotyczyły w równym stopniu każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie i zawrze z zamawiającym umowę na jego realizację. Po drugie – wykonawcom przyznano istotny instrument służący przeciwdziałaniu ryzyku naliczania kar umownych w postaci wyłącznego uprawnienia do ukształtowania ceny oferty w sposób owo ryzyko niwelujący, bądź minimalizujący.

Kierując się tymi zapatrywaniami skład orzekający uznał zarzuty VI.1 i VI.2 za niezasadne.

Dodatkowo, w zakresie pierwszego z nich, Izba wskazuje, że w świetle orzecznictwa ukształtowanego na gruncie przywołanego przez Odwołującego przepisu art. 473 Kc, stanowiącego podstawę kwestionowanego odwołaniem rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, wystarczy wskazanie, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za opóźnienie. Brak jest zatem podstaw do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika (zob. wyrok SN z 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, Legalis 551637).

Z kolei w kwestii zarzutu VI.2 skład orzekający stwierdził, że Odwołujący – wbrew wywodom odwołania – jest w stanie zidentyfikować okoliczności, w których zobligowany będzie do zapłacenia kar umownych za niewykonanie, bądź nienależyte wykonanie umowy lub jej części. Wynika to z resztą z zawartego w § 9 ust. 1 pkt 4 WU odesłania do § 2 ust. 1 WU, przewidującego realizację zamówienia etapowo (częściowo). Dodać należy, że mając na względzie związane z tym zarzutem żądanie odwołania (wykreślenie kwestionowanych postanowień w całości) argumentację Odwołującego uznać należało wyłącznie za próbę wynegocjowania korzystniejszych dlań postanowień WU.

Nie znajdował oparcia w przywołanych w podstawie prawnej tej grupy zarzutów przepisach Pzp i Kc zarzut zaniechania zobowiązania Zamawiającego do nieprzerwanego udostępniania terenu inwestycji (zarzut VI.3). Abstrahując od okoliczności, że biorąc pod uwagę specyfikę miejsca realizacji inwestycji (jednostka wojskowa) taki nieprzerwany dostęp wydaje się nieuzasadniony, to w powyższym zakresie zastosowanie znajdzie obowiązek współdziałania stron w wykonywaniu zobowiązań, wywodzony z przepisu art. 354 Kc. Podkreślenia wymaga przy tym, że postanowienia WU nie zawierają wprawdzie oczekiwanego przez Odwołującego zobowiązania, ale nie zawierają też postanowień umożliwiających odmowę udostępnienia wykonawcy terenu.

Izba nie przychyliła się również do zarzutu dotyczącego określenia terminu wygaśnięcia gwarancji (zarzut VI.4). Zamawiający przedstawił w tej mierze rzeczowe uzasadnienie (zob. odpowiedź na odwołanie, str. 4), do którego dodać można, że – jak wspomniano przy okazji omawiania zarzutów związanych z karami umownymi – wykonawca może uwzględnić kwestionowane wymaganie dotyczące okresu gwarancji – jako ryzyko – w cenie oferty.

Zarzut VII

Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian do umowy m.in. w zakresie terminu wykonania zamówienia (§ 13 ust. 2 pkt 1 WU) w przypadkach, gdy w szczególności zmiana terminu wynika z: (a) treści decyzji administracyjnych uzyskanych przez wykonawcę w trakcie opracowywania dokumentacji, (b) wykonania zamiennych bądź zwiększających prac projektowych wynikających z zatwierdzonego aneksu do MWWOU, narad technicznych, inwentaryzacji stanu istniejącego, które warunkują wykonanie całości dokumentacji projektowej, (c) zmiany obowiązujących norm i przepisów dotyczących opracowywanej dokumentacji, (d) przeprowadzonych przez projektanta badań geologicznych, inwentaryzacji uzbrojenia terenu oraz wykonanych ekspertyz powodujących konieczność wykonania uzupełniających rozwiązań projektowych, (e) przedłużających się procedur uzyskiwania decyzji administracyjnych nie zawinionych przez wykonawcę.

Stawiając przedmiotowy zarzut Odwołujący wskazywał na zaniechanie przewidzenia zakresu, charakteru i warunków wprowadzenia zmian, domagając się w żądaniach wprowadzenia dwóch nowych przesłanek zmiany terminu wykonania zamówienia (postulowane lit. f i g w § 13 ust. 2 pkt 1 WU) oraz precyzyjnego wskazania czasu, o który zostanie przedłużony termin realizacji zamówienia (zob. postulowany § 13 ust. 3 WU).

Skład orzekający, stwierdzając brak zasadności omawianego zarzutu podkreśla, że okoliczność zaniechania przewidzenia dwóch niezbędnych, w ocenie Odwołującego, przypadków uzasadniających zmianę umowy nie przesądza o naruszeniu przepisu art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp – nie sposób przez jego pryzmat oceniać postanowień, które w ogóle nie zostały w WU ujęte. Jednocześnie w § 13 ust. 2 pkt 1 lit. d WU Zamawiający przewidział wystarczająco pojemną, w ocenie Izby, przesłankę umożliwiającą zmianę umowy w sytuacji przedłużających się procedur uzyskiwania decyzji. Odwołujący nie wskazał żadnych powodów, dla których komentowane postanowienie nie jest wystarczające.

Z kolei twierdzenie o konieczności precyzyjnego wskazania czasu, o który każdorazowo zostanie przedłużony termin realizacji zamówienia jest o tyle chybione, że wprowadza niepożądaną w stosunkach obligacyjnych kazuistykę, uniemożliwiając stronom

zawartej umowy uzgodnienie (zob. § 13 ust. 1 WU) o jaki czas, w zależności od charakteru i długości trwania przeszkody, realizację zamówienia przedłużyć.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....