

**WYROK**  
**z dnia 6 sierpnia 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 4 sierpnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2014 roku przez wykonawcę Integrated Solutions Sp. zo.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Skierniewickiej 10a, 01-230 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie z siedzibą przy ulicy Głowackiego 56, 30-085 Kraków przy udziale wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Integrated Solutions Sp. zo.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Skierniewickiej 10a, 01-230 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Integrated Solutions Sp. zo.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Skierniewickiej 10a, 01-230 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Małopolska Karta Aglomeracyjna - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim*, o którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2014 roku pod numerem 2014/S 132-236999.

22 lipca 2014 roku Odwołujący, działając w trybie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w zakresie Części II zamówienia w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- 2) naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- 3) naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących istotną modyfikacją

zakresu świadczenia Wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy przy zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego,

- 4) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* przez żądanie zawarcia przez wykonawcę umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i przedstawienia polisy na etapie realizacji zamówienia, w tym polisy dedykowanej, odrębnej do zamówienia,
- 5) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji z uwagi na postawienie wymogu zawarcia umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urzędzeń z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego,
- 6) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez żądanie kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia, co do którego ich producent - nie zaś Wykonawca, posiada prawa osobiste i majątkowe prawa autorskie.

Odwolujący wniosk o:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dopuszczających możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z uwzględnieniem argumentów zawartych w uzasadnieniu odwołania, jak również uzupełnienie wymagań związanych z realizacją zamówienia i podanie wszelkich okoliczności i uwarunkowań mogących mieć wpływ na zakres świadczenia Wykonawcy, w tym jego zmniejszenie,
- nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ pozwalających na dowolną modyfikację zakresu świadczenia

określonego w opisie przedmiotu zamówienia, a także wszelkich innych postanowień w całej dokumentacji przetargowej, pozwalających na dowolną modyfikację wymagań Zamawiającego i zmiany zakresu świadczenia wykonawcy,

- nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień dotyczących żądania zawarcia przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej dedykowanej, odrębnej dla zamówienia, względnie nakazanie Zamawiającemu sformułowania adekwatnego i związanego z przedmiotem zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej Wykonawcy,
- nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymagania zawarcia przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urządzeń z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego,
- nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z żądania przekazania przez Wykonawcę kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, oraz może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego. Wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu realizacji zamówienia, wpływające również na opis przedmiotu zamówienia, w obecnym kształcie utrudniają Odwołującemu złożenie oferty oraz uniemożliwiają rzetelną kalkulację ceny oferty. Niespełniający wymogów ustawowych opis przedmiotu zamówienia, oraz postanowienia umowne dopuszczające możliwość zmiany zakresu świadczenia wykonawcy już na etapie realizacji umowy, uniemożliwiają Odwołującemu przygotowanie prawidłowej oferty, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na części:

Część I – Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego

Część II – Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej.

Sformułowanie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, w tym we wzorze umowy, należy uznać za naruszające przepisy ustawy. Wynika to z następujących względów:

(zarzut 1)

*W sekcji VI pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu ppkt 2 Zamawiający wskazał, że: „zastrzega sobie prawo odstąpienia bez konsekwencji prawnych od realizacji zamówienia określonego w sekcji ii 1.5 pkt 2 Małopolska Karta Aglomeracyjna - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na Część II - Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej, w trybie odstąpienia od umowy w przypadku braku wyłonienia w niniejszym postępowaniu Wykonawcy zamówienia wskazanego w sekcji II 1.5 pkt 1 Małopolska Karta Aglomeracyjna - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na Część i - Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego, jak również w przypadku, gdy stopień zaawansowania prac związanych z budową linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) i dostawą pojazdów SKA realizowanych w ramach odrębnego zamówienia nie będzie gwarantował możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia w zakładanym zakresie oraz terminie. W przypadku odstąpienia od realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca będzie uprawniony do otrzymania jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji wykonanego zakresu zamówienia.*

Zastrzeżenie powyższe zostało powtórzone przez Zamawiającego w rozdziale I pkt 2.2. SIWZ, jak też we wzorze umowy dla Części II zamówienia - § 13 ust. 2 pkt 5) i 6).

- Odwołujący podniósł, że brak jest podstaw do uznania, że brak wyłonienia wykonawcy dla Części I zamówienia stanowi zasadną podstawę odstąpienia od umowy dla Części II zamówienia. W tych okolicznościach Zamawiający, w ocenie Odwołującego, winien unieważnić postępowanie w zakresie Części II zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Skoro Zamawiający prowadzi postępowanie z podziałem na części, a realizacja Części II zamówienia

uzależniona jest od wykonania Części I zamówienia, brak jest podstaw by kontynuować postępowanie na Część II zamówienia w przypadku nie wyłonienia wykonawcy dla Części I. Wykonawca - przystępując do wykonania zawartej umowy - ponosi koszty związane z czynnościami przygotowawczymi, które nie zostaną zrekompensowane potencjalnym wynagrodzeniem należnym za wykonany częściowo (do chwili odstąpienia) zakres zamówienia. Dodatkowo Wykonawca ponosi koszty ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak również inne koszty finansowe, dotyczące obowiązkowych ubezpieczeń związanych z realizacją zamówienia, które to koszty są stałe i nie podlegają zwrotowi w przypadku odstąpienia od umowy. Zawarcie umowy dla Części II w okolicznościach opisanych przez Zamawiającego jest dla Wykonawcy wysokim ryzykiem;

- Odnosnie drugiej z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w omawianych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, tj. gdy stopień zaawansowania prac związanych z budową linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) i dostawą pojazdów SKA realizowanych w ramach odrębnego zamówienia nie będzie gwarantował możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia w zakładanym zakresie oraz terminie - jest ona nieprecyzyjna, opisana niejednoznacznie. Wykonawca przystępując do udziału w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, czy prowadzone jest aktualnie postępowanie na budowę linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) oraz dostawę pojazdów SKA. Nie zna w pełni warunków związanych z przedmiotowymi zamówieniami, jak również potencjalnego wpływu tych zamówień na realizację zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

(Zarzut II)

Odwołujący wskazał, że na postanowienia § 13 ust. 2 pkt 3) wzorów umów dla Części I i II zamówienia, zgodnie z którymi Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy bez skutków prawnych, w tym uiszczenia kar ze strony Zamawiającego, jeżeli Wykonawca wykonuje przedmiot umowy w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową w szczególności gdy wystąpi jedna z okoliczności skutkująca naliczeniem Wykonawcy kar umownych określonych w § 14 umowy. Wśród okoliczności skutkujących naliczeniem kar umownych występują m.in.:

- opóźnienia w przekazaniu harmonogramu projektu;
- niezorganizowanie narady technicznej;
- opóźnienie w przekazaniu wykazu podwykonawców;

Tak szerokie i nieprecyzyjne określenie katalogu przesłanek skutkujących odstąpieniem od

umowy jest nieuzasadnione i nakłada na Wykonawcę wysokie ryzyko związane z realizacją zamówienia. Wykonawca bowiem, w przypadku naruszenia obowiązków nie mających charakteru kluczowego, nie wpływających w sposób istotny na realizację zamówienia, może ponieść daleko idące negatywne konsekwencje w postaci przedterminowego zakończenia umowy - a więc zmiany zakresu i rozmiaru pierwotnego świadczenia.

Odwołujący wskazał, że postanowienia wprowadzające możliwość dokonania zmiany pierwotnie ustalonego świadczenia wykonawcy - nie precyzujące maksymalnego zakresu takich zmian, okoliczności uzasadniających ich wprowadzenie, jak również warunków dokonania zmian, mają ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może precyzyjnie ustalić jaki konkretny zakres prac będzie zobowiązany wykonać, a tym samym nie jest w stanie oszacować kosztów świadczenia usług. Nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, niepozwalające na ustalenie obowiązków Wykonawcy, ma ten skutek, że nie można oznaczyć świadczenia Wykonawcy i rozmiaru tego świadczenia. Nie wiadomo wobec tego, czego może domagać się w ramach umowy Zamawiający, ani do czego zobowiązany jest Wykonawca.

Odwołujący wnosi o modyfikację ww. postanowień z uwzględnieniem powyższych argumentów, jak również uzupełnienie wymagań związanych z realizacją zamówienia i podanie wszelkich okoliczności i uwarunkowań mogących mieć wpływ na zakres świadczenia Wykonawcy, w tym jego zmniejszenie.

(zarzut 3)

*W rozdziale VIII pkt 4 SIWZ Zamawiający „zastrzega sobie prawo do wprowadzenia zmian do umowy bez skutków prawnych, w tym uiszczania kar ze strony Zamawiającego, również w przypadku, kiedy w interesie Zamawiającego lub w wyniku okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zmniejszeniu ulegnie ilość Urządzeń Systemu lub zmniejszeniu ulegnie ilość lokalizacji wraz z planowanymi do umieszczenia w tych lokalizacjach Urządzeniami Systemu, które Wykonawca zobowiązany będzie umieścić na obszarze objętym projektem. W umowie w sprawie zamówienia określonego w cz. I pkt 2.1. siwz (Małopolska Karta Aglomeracyjna, - System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na Część I, - Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego). Zamawiający zastrzega sobie ponadto prawo wprowadzenia zmian bez skutków prawnych, w tym uiszczania kar ze strony Zamawiającego, w zakresie rzeczowym umowy poprzez zmniejszenie zakresu*

*rzeczowego umowy, jeżeli zaistnieje okoliczność, w wyniku której nie będzie można w terminach określonych w umowie zrealizować w ogóle lub wykonać w całości wszystkich prac związanych z montażem Urządzeń Zarządzania Dostępem do Parkingów Parkuj i Jedź zlokalizowanych w Bochni lub Tarnowie. W każdym z tych przypadków Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z zakresu rzeczowego prac niemożliwych do zrealizowania przez Wykonawcę bezpośrednio w terenie.*

Zastrzeżenie powyższe zostało powtórzone przez Zamawiającego we wzorach umów dla Części I i II - § 15 ust. 3 i 4.

Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Ustawa zobowiązuje też Zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym Zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń. Odwołujący powołał wyrok *Krajowej Izby Odwoławczej z 1 sierpnia 2013 roku sygn. akt KIO 1711/13.*

Istotą przepisu art. 140 ust. 1 ustawy jest zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla Zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość. Z przepisu art. 140 ust. 1 ustawy wynika, że zmian rozszerzających czy też zmieniających w inny sposób zakres umowy nie wolno wprowadzać zarówno przed podpisaniem umowy, jak i w trakcie jej realizacji. Postanowienia rozdziału VIII pkt 4 siwz oraz § 15 ust. 3 i 4 wzorów umów dla Części I i II zamówienia należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że możliwość dokonania zmian została przez Zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił on warunki takiej zmiany. Zasadniczo zmiany te mogą odnosić się do wszystkich postanowień umowy, jednakże niedopuszczalne jest w oparciu na dyspozycji tego przepisu dokonywanie zmian w zakresie przedmiotu zamówienia skutkujących wykroczeniem poza jego pierwotny opis (art. 140 ust. 3 ustawy).

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że ponieważ wskazane wyżej postanowienia SIWZ oraz wzorów umów, ze względu na to, że pozwalają na dowolną modyfikację zakresu świadczenia określonego w opisie przedmiotu zamówienia, powodują, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 ustawy, a jednocześnie pozwalając na modyfikację przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie zakresu

świadczenia Wykonawcy w trakcie realizacji umowy, stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy. Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. postanowień, a także wszelkich innych postanowień w całej dokumentacji przetargowej, pozwalających na dowolną modyfikację wymagań Zamawiającego i zmiany zakresu świadczenia wykonawcy.

(Zarzut 4)

W rozdziale VIII pkt 5 SIWZ Zamawiający postawił wymaganie, by Wykonawca zawarł umowę ubezpieczenia OC deliktowego jako dedykowaną do przedmiotowego zamówienia - wymóg odrębnej polisy do przedmiotowego kontraktu, obejmującej zakresem ubezpieczenia przedmiot zamówienia. Powyższe powtórzone zostało we wzorze umowy dla Części I - § 4 ust. 31 oraz dla Części II - § 4 ust. 24. Wymaganie powyższe należy uznać za naruszające art. 22 ust. 1 ustawy w związku z art. 25 ust. 1 ustawy i przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie *rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający o d wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Wymagania dotyczące posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności podlegają weryfikacji na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. "Przerzucanie" tych wymagań na etap realizacji zamówienia jest naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający przy zabezpieczaniu swoich uzasadnionych potrzeb powinien uwzględnić również, mając na względzie zasady uczciwej konkurencji, interes wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Skoro ustawodawca posiadanie umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zakwalifikował do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu - zapewniających wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować zamówienie, Zamawiający nie ma uprawnienia do modyfikowania tego wymagania i traktowania go jako wymóg związany li tylko z realizacją zamówienia.

Odwołujący wnosi o wykreślenia postanowień dotyczących żądania zawarcia przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej dedykowanej, odrębnej dla niniejszego zamówienia, względnie - nakazanie Zamawiającemu sformułowania adekwatnego i związanego z przedmiotem zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej Wykonawcy.

(Zarzut 5)

Zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 8 wzoru umowy dla Części I i II zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia w imieniu Zamawiającego umowy ubezpieczenia dotyczącej umieszczonych na obszarze objętym projektem Urządzeń Systemu - w zakresie

odpowiedzialności cywilnej oraz zniszczeń powstałych wskutek działania osób trzecich lub w wyniku nieszczęśliwych wypadków i zdarzeń losowych ze wskazanym przez Zamawiającego ubezpieczycielem, na okres o 3 miesiące dłuższy niż okres trwania umowy.

Powyższe wymaganie narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z działaniem powodującym eliminację konkurencji na skutek nałożenia irrelevantnych z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego i jego statusu potrzeb i wymagań. Tego rodzaju praktykę należy uznać za naruszającą obowiązujący porządek prawny. Zamawiający nie ma prawa wskazywania konkretnego podmiotu, z którym Wykonawca ma zawrzeć umowę ubezpieczenia. Działanie takie wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający może jedynie określić swoje wymagania przedmiotowe co do potencjalnych warunków umowy ubezpieczenia, w tym ryzyk ubezpieczeniowych mających być przedmiotem ochrony.

Odwołujący wnosi o wykreślenia wymagania zawarcia umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urządzeń z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego.

(Zarzut 6)

Zgodnie z postanowieniem § 8 ust. 3 wzoru umowy dla Części I i II zamówienia, Zamawiający wymaga, by wykonawca przekazał Zamawiającemu w ramach wynagrodzenia pełne kompletne kody źródłowe wraz z ich opisem i komentarzem oraz prawem dokonywania zmian, umożliwiające diagnostykę działania Systemu, integrację z oprogramowaniem firm trzecich, a także jego późniejszą rozbudowę o dodatkowe moduły, w instalacji Zamawiającego, najpóźniej z chwilą udzielenia licencji. Podkreślamy, że Zamawiający nie ma prawa żądania przekazania praw i kodów do zastosowanego przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oprogramowania, co do którego jedynie producent posiada prawa osobiste i majątkowe prawa autorskie. Każda modyfikacja w oprogramowaniu (autorskim) - co do którego Wykonawca udziela licencji na rzecz Zamawiającego byłoby naruszeniem praw autorskich i majątkowych producenta oprogramowania. W pierwszym rzędzie wyjaśnienia wymaga definicja kodu źródłowego. W prostym tłumaczeniu, jest to ciąg instrukcji i deklaracji zapisany w zrozumiałym dla człowieka języku programowania opisujący operacje, jakie powinien wykonać komputer przy pomocy skończonej liczby ściśle zdefiniowanych rozkazów.

Zgodnie z ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych programy komputerowe

podlegają ochronie jak utwory literackie, o ile przepisy rozdziału VII tej ustawy nie stanowią inaczej. Taki zapis statuuje więc ogólną zasadę włączenia programów komputerowych pod reżim ochrony prawno- autorskiej, zrównując je w tym aspekcie z utworami literackimi. Ochrona przyznana programowi komputerowemu obejmuje wszystkie formy jego wyrażenia. Natomiast idee i zasady będące podstawą jakiegokolwiek elementu programu komputerowego, w tym podstawą łączy, nie podlegają ochronie (w prawie autorskim idee - wszelakie - nie są chronione). O ile elementy tekstowe programu (w znaczeniu konkretnego przedstawienia ciągu instrukcji) podlegają ochronie, o tyle w przypadku elementów pozatekstowych (algorytm - struktura programu języka programowania) trzeba się raczej liczyć z ich wyłączeniem spod ochrony prawa autorskiego. Wobec powyższego kody źródłowe do programów komputerowych często (choć nie zawsze ponieważ są również tzw. oprogramowania wolne, otwarte) nie są udostępniane użytkownikowi programu ponieważ stanowią one pracę twórcy chronioną przepisami prawa autorskiego. Korzystanie wówczas z takiego kodu źródłowego i dostęp do niego (czy też rozporządzanie takim kodem) winno być uzasadnione potrzebami systemu i korzystającego z niego podmiotu. W postępowaniu przedmiot zamówienia nie polega na stworzeniu systemu "pod klucz" czy "napisaniu" oprogramowania dedykowanego. Przedmiotowe zamówienie nie obejmuje przeniesienia autorskich praw majątkowych, z którym związany jest obowiązek przekazania kodów źródłowych. Zamawiający wskazuje bowiem, że chce korzystać z oprogramowania na podstawie umowy licencyjnej. Możliwe i zasadne jest przeniesienie praw autorskich do oprogramowania z wyłączeniem przeniesienia praw, które dotyczą kodu źródłowego. Może tutaj bowiem zaistnieć także sytuacja, iż Wykonawca nowo powstałego programu komputerowego nie jest twórcą samego kodu, a jedynie skorzystał z kodu źródłowego, do którego użycia był legalnie uprawniony, np. na mocy licencji, która zabrania mu udzielania dalszych sublicencji - wówczas oczywiście nie ma możliwości przeniesienia praw majątkowych do niego. W polskim prawie istnieje bowiem zasada, iż nikt nie może przenieść więcej praw niż sam posiada.

Żądanie „zapewnienia dostępu do kodów źródłowych do modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego” narusza konkurencję, albowiem na system składają się również elementy oprogramowania, konieczne do jego prawidłowego działania, które nie są autorstwa Wykonawcy (jak np. oprogramowanie narzędziowe lub inne obce oprogramowanie), co do których Wykonawcy nie przysługują majątkowe prawa autorskie. Jest oczywiste, iż w takim zakresie Wykonawca nie posiadający majątkowych praw autorskich do niektórych elementów oprogramowania Systemu nie może Zamawiającemu zapewnić jego kodów źródłowych, gdyż nie ma takiego prawa. Na takie udostępnienie może zgodzić się wyłącznie producent takiego oprogramowania - co stawia go w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do

Wykonawcy nie będącego takim producentem. Tylko taki producent spełnia bowiem ww. wymaganie SIWZ. Odwołujący powołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 roku sygn. akt KIO 186/13. Odwołujący wskazał, że żądanie „przekazania pełnych kompletnych kodów źródłowych do oprogramowania, z prawem jego modyfikacji, narusza konkurencję, albowiem na System składają się również elementy oprogramowania, konieczne do jego prawidłowego działania, które nie są autorstwa Wykonawcy (jak np. oprogramowanie narzędziowe lub inne obce oprogramowanie), co do których Wykonawcy nie przysługują majątkowe prawa autorskie. Jest oczywiste, iż w takim zakresie Wykonawca nie posiadający majątkowych praw autorskich do niektórych elementów oprogramowania Systemu - nie może Zamawiającemu zapewnić jego kodów źródłowych, gdyż nie ma takiego prawa. W ocenie Odwołującego, z tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia wprost wynika, że zamawiany System w całości musi zostać wykonany przez Wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie, ponieważ zobowiązany on jest do zapewnienia dostępu do kodów źródłowych Systemu (w całości). By spełnić ww. wymaganie Wykonawca realizując przedmiotowe zamówienie, nie mógłby posługiwać się oprogramowaniem firm trzecich, co do których nie przysługują mu majątkowe prawa autorskie. Tylko bowiem posiadanie autorskich praw majątkowych do całości Systemu umożliwi spełnienie wymogów Zamawiającego zarówno w zakresie warunków licencji, jak i wymogu przekazania kodów źródłowych.

Odwołujący wniósł o wykreślenie żądania przekazania przez Wykonawcę kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, należy uznać, że ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ sporządzone zostały w sposób nieprawidłowy, niepełny, naruszający przepisy ustawy. Zawarte w tych dokumentach wymagania, składające się na opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji, odnoszą ten skutek, iż przedmiot zamówienia jest we ww. zakresie niepełny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 lipca 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *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* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający przesłał faksem w dniu 4 sierpnia 2014 roku (oraz złożył w oryginale na posiedzeniu) pismo z dnia 1 sierpnia 2014 roku *Odpowiedź na odwołanie*, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 24 lipca 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w

ustawowym terminie tj. 28 lipca 2014 roku (poniedziałek), zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcy G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU TELSAT G..... K..... zgłaszającego przystąpienie do postępowania Odwoławczego po stronie Odwołującego, bowiem zgłoszenie przystąpienia w prawidłowej formie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 roku (oryginał pisma). Zgłaszający przystąpienie w dniach 24 i 25 lipca przesłał do Prezesa Izby pismo dotyczące zgłoszenia przystąpienia za pomocą faksu oraz email (sekretariat Izby), jednakże dla skuteczności zgłoszenia przystąpienia w terminie ustawodawca zastrzegł dwie formy, na podstawie art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy - *Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie*. Zgodnie z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, wnoszone drogą elektroniczną przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (podpis kwalifikowany).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez żądanie zawarcia przez wykonawcę umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i

przedstawienia polisy na etapie realizacji zamówienia, w tym polisy dedykowanej, odrębnej do zamówienia Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Zgodnie z częścią VIII SIWZ – *Umowa* punktem 5 Zamawiający określił warunki ubezpieczeniowe, które będą obowiązywały wykonawcę wyłonionego w postępowaniu oraz realizującego zamówienie. Na podstawie tych postanowień SIWZ, znajdujących również odzwierciedlenie we wzorach umowy stanowiących załączniki nr 7.1 i 7.2 do SIWZ, Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu lecz wskazał na wymagania stanowiące o realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga zawarcia przez wykonawców umowy ubezpieczenie w formie polisy dedykowanej dla tego konkretnego kontraktu na czas jego realizacji, tym samym dotyczy etapu realizacji zamówienia. Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy i rozporządzenia, ponieważ nie mają one zastosowania do wymaganej przez Zamawiającego polisy ubezpieczeniowej na etapie realizacji zamówienia. Na marginesie należy wskazać, że dla potwierdzenia zdolności ekonomicznej i finansowej Zamawiający żądał przedstawienia informacji z banku (pkt III.1.1.3 SIWZ). Zamawiający określając wymagania co do zawarcia umowy ubezpieczenia OC dla konkretnego przetargu nie przeniósł również badania zdolność wykonawców do realizacji zamówienia na etap samej realizacji – jak twierdził Odwołujący, lecz ukształtował wymagania do którego był uprawniony. Fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności nie stanowi o tym, że Zamawiający nie może wymagać ubezpieczenia dla danego kontraktu.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy - opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji z uwagi na postawienie wymogu zawarcia umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urzędów z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Zamawiający określił w SIWZ w załączniku nr 7. 1 i 7.2 tj. Wzoru umowy dla każdej z części zamówienia w § 4 ust. 8 wymaganie:

*Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia w imieniu Zamawiającego umowy ubezpieczenia dotyczącej umieszczonych na obszarze objętym projektem Urzędów Systemu – w zakresie odpowiedzialności cywilnej oraz od zniszczeń powstałych wskutek działania osób trzecich lub w wyniku nieszczęśliwych wypadków i zdarzeń losowych ze wskazanym przez Zamawiającego ubezpieczycielem na okres o 3 miesiące dłuższy niż*

*okres trwania Umowy. W tym celu Zamawiający udzieli Wykonawcy stosowanego pełnomocnictwa. Ubezpieczenie winno obowiązywać od dnia końcowego odbioru Zadania nr 1.*

Odwołujący kwestionował takie ukształtowanie wymagania Zamawiającego z uwagi na określony obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia *dotyczącej umieszczonych na obszarze objętym projektem Urządzeń Systemu* ze wskazanym przez Zamawiającego ubezpieczycielem, co w ocenie Odwołującego stanowiło naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. Z powyższej regulacji zamieszczonej w SIWZ wynika jednoznacznie, że Wykonawca będzie pełnomocnikiem Zamawiającego. Umocowanie do działania w imieniu Zamawiającego oparte będzie na oświadczeniu reprezentowanego (Zamawiającego). Wskazać należy w tym miejscu, że pełnomocnictwo legitymuje pełnomocnika wobec osób trzecich do dokonywania czynności prawnych w imieniu i na rzecz mocodawcy. W ocenie Izby, fakt wskazania konkretnego ubezpieczyciela w przypadku, gdy wykonawca będzie jedynie pełnomocnikiem nie powoduje naruszenia ww. przepisów, bowiem przy zawarciu umowy ubezpieczenia wykonawca, będzie działał w imieniu i na rzecz Zamawiającego. Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu samego faktu działania jako pełnomocnik, dopiero na rozprawie wskazał na niejasność postanowienia SIWZ w tym zakresie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy przez żądanie kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia, co do którego ich producent - nie zaś Wykonawca, posiada prawa osobiste i majątkowe prawa autorskie, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Zamawiający we wzorach umów w § 8 ust. 3 (zarówno wzoru stanowiącego załącznik nr 7.1 i 7.2 do SIWZ) wymagał, ze przekazania pełnych kompletnych kodów źródłowych wraz z opisem i komentarzem oraz prawem dokonywania zmian jednakże zastrzegł w ostatnim zdaniu tego ustępu, że *wymagania dotyczą utworów w rozumieniu § 1 pkt 31 niniejszej umowy* (w przypadku załącznika nr 7.1 do SIWZ; w załączniku nr 7.2 do SIWZ odwołano się do § 1 pkt 30), gdzie czytamy *Utwór – utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. nr 90, poz. 631, ze zm.), stworzony przez Wykonawcę lub podwykonawców w wyniku realizacji umowy.*

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca musi w ramach realizacji zamówienia wykonać część oprogramowania, będzie autorem tej części oprogramowania, która zostanie wytworzona przy realizacji umowy. Zgodnie z § 8 ust. 4 wzorów umów dochodzi do przeniesienia

autorskich praw majątkowych do utworów stworzonych w trakcie realizacji systemu. Izba uznała, że wymaganie opisane przez Zamawiającego, a więc przekazania kodów źródłowych, które dotyczy tylko i wyłącznie tej części oprogramowania, którą wykonawca stworzy przy realizacji zadania jest zasadne i nie było co do zasady kwestionowane przez Odwołującego. Odwołujący w swojej argumentacji pominął w ogóle fakt, że wymaganie Zamawiającego dotyczy tej części oprogramowania, która będzie tworzona przy realizacji zamówienia odnosząc się do oprogramowania licencjonowanego. W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

W zakresie zarzutów:

- naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w zakresie Części II zamówienia w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

- naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Izba uznała, że zarzuty się nie potwierdziły.

Izba wskazuje, że art. 353<sup>1</sup> k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze *iusuris cogentis* zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Prawo zamówień publicznych. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma

bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08). Zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowy/umów Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami stwierdzając, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Po pierwsze: w zakresie zarzutu naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w zakresie Części II zamówienia w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, Izba ustaliła, że Zamawiający zastrzegł prawo odstąpienia od umowy: w Części II w przypadku braku wyłonienia wykonawcy w Części I zamówienia (SIWZ; część opisowa cz. I pkt 2.2.; załącznik nr 7.2 § 13 ust. 2 pkt 5 i 6; ogłoszenie o zamówieniu sekcja VI pkt 3.2)

Izba ustaliła, że Zamawiający zastrzegł prawo odstąpienia od umowy: w sytuacji gdy stopień zaawansowania prac związanych z budową linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) i dostawą pojazdów nie będzie gwarantował możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia w zakładanym zakresie i terminie (SIWZ; część opisowa cz. I pkt 2.2.; załącznik nr 7.2 § 13 ust. 2 pkt 5 i 6; ogłoszenie o zamówieniu sekcja VI pkt 3.2) W ocenie Izby w powyższych przypadkach nie doszło do naruszenia art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy. Izba wskazuje, że dokonany przez Zamawiającego opis umownego prawa odstąpienia został określony w sposób jednoznaczny z uwzględnieniem wszelkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby nie został naruszony również przepis art. 140 ust. 1 ustawy, gdyż nie odnosi się on do tożsamości świadczenia, którego nie można utożsamiać z pojęciem przedmiotu zamówienia. Na zakres świadczenia wykonawcy będą bowiem miały wpływ również istotne dla stron postanowienia, które Zamawiający wprowadza do treści zamierzonej umowy. Zakres świadczenia nie może być szerszy niż zobowiązanie wykonawcy zawarte w ofercie. Jednakże w określonych sytuacjach, zdefiniowanych przez Zamawiającego na etapie ogłoszenia postępowania nie można z tych regulacji wywodzić zakazu odstąpienia od umowy (przewidzianego w umowie). Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje w art. 145 ustawy szczególny sposób odstąpienia od umowy i daje Zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia w określonym czasie i po spełnieniu opisanej przesłanki. Natomiast, zgodnie z art. 395 § 1 k.c. można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. faktem jest, że Zamawiający nie zawarł w postanowieniu terminu odstąpienia, jednakże nie było to kwestionowane przez Odwołującego. W ocenie Izby, nie zachodzą również w przypadku pierwszej z przesłanek odstąpienia od umowy kwestionowanych przez Odwołującego podstawy do unieważnienia postępowania, bowiem w takiej sytuacji nie zostałyby spienione przesłanki unieważnienia. Izba wskazuje, że Odwołujący na etapie dowołania nie kwestionował postanowień SIWZ w zakresie rozliczenia realizacji kontraktu w przypadku odstąpienia od umowy.

Po drugie: w zakresie zarzutu naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, Izba ustaliła,

że Zamawiający zastrzegł prawo odstąpienia od umowy (§ 13 ust. 2 pkt 3 wzorów umów Załącznik nr 7.1 i 7.2 do SIWZ) jeżeli wykonawca wykonuje przedmiot zamówienia w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową odnosząc się w szczególności do okoliczności skutkujących wykonawcy naliczaniem kar umownych określonych w § 14 wzorów umów. Prawo odstąpienia od umowy określone w ten sposób przez Zamawiającego nie narusza przepisów ustawy, na które powołuje się Odwołujący. Restrykcyjność wymagań Zamawiającego, uszczegółowiona przez odniesienie się do postanowień SIWZ w zakresie naliczania kar umownych nie stanowi o niezgodnym z ustawą opisanu przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia Wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy przy zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Izba ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ – cz. VIII pkt 4 oraz w postanowieniach wzorów umów Załącznik nr 7.1 § 15 ust. 3 i 4, Załącznik nr 7.2 § 15 ust. 3 i 4 zastrzegł sobie prawo: (1) zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy w przypadku, gdy zaistnieją okoliczności, w wyniku których nie będzie można w terminach określonych w umowie zrealizować w ogóle lub wykonać w całości wszystkich prac związanych z montażem urządzeń w Bochni lub Tarnowie (2) wprowadzenia zmian w zakresie rzeczowym umowy przez zmniejszenie zakresu rzeczowego umowy jeżeli zaistnieje okoliczność w wyniku której nie będzie możliwe umieszczenie urządzeń we wskazanych w OPZ lokalizacjach (3) prawo wprowadzania zmian, kiedy w interesie Zamawiającego lub w wyniku okoliczności, których nie mógł przewidzieć w chwili zawarcia umowy zmniejszeniu ulegnie ilość urządzeń lub ilość lokalizacji wraz z planowanymi do umieszczenia w tych lokalizacja urządzeniami.

Wskazać należy, że postanowienia te stanowią przesłanki zmiany umów, nie kształtują one uprawnienia Zamawiającego do dowolnego modyfikowania przedmiotu zamówienia wymagając do swojego zaistnienia obopólnej woli stron umowy w oparciu o sporządzane aneksy (§ 15 ust. 6 wzoru umów). Zmiany umowy wymagają zatem złożenia zgodnych oświadczeń woli i nie będą dokonywane na mocy jednostronnego oświadczenia woli Zamawiającego jak w przypadku skorzystania z prawa odstąpienia od umowy. Izba zgadza się ze stanowiskiem, że postanowienia umów w tym zakresie nie przewidują dowolnej, jednostronnej modyfikacji świadczenia realizowane w oparciu o podpisaną

umowę, nie powodują również, że przedmiot zamówienia opisany jest nieprecyzyjnie lub niewyczerpująco bowiem odnosi się jedynie do możliwości zmiany umowy równo traktując obie strony umowy. Zamawiający przewidział w postanowieniach umów możliwość dokonywania zmian tych umów, określił warunki tej zmiany oraz sposób jej dokonania. Wskazać w tym miejscu należy na wielokrotnie podkoszoną przez Zamawiającego argumentację dotyczącą charakteru zamówienia, które stanowi przedmiot nietypowy, powiązany z innymi inwestycjami będącymi na równych etapach realizacji. W ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał naruszenia powołanych przepisów ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wyjaśnia, że nie zostały zasądzone Zamawiającemu żadne koszty postępowania, bowiem Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie przedstawił żadnych dokumentów na podstawie których Izba może zasądzić koszty postępowania odwoławczego. Zgodnie z ww. rozporządzeniem Izba zasądza koszty na podstawie złożonych rachunków lub faktur.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....