

Sygn. akt: KIO 1569/15

Sygn. akt: KIO 1616/15

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**
- B. w dniu 28 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica

przy udziale:

- A. wykonawcy **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1616/15 po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) DGP Catering Partner Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Najświętszej Marii Panny 14/1, 59-220 Legnica**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1569/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża :

- **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy, ul. Iwaszkiewicza 5, 59-220 Legnica** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

I. Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Legnicy (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usługi żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Legnicy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 18 lipca 2015 r., poz. 2015/S 137-252955 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Sygn. akt KIO 1569/15

W dniu 23 lipca 2015 r. Impel Catering „Company” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość postanowień SIWZ i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; 2) art. 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 22 ust. 4 w zw. z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez: a) wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu - dysponowanie potencjałem - oraz opisu jego spełniania na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia; b) oraz poprzez posłużenie się przy opisie przedmiotu zamówienia kryterium miejsca położenia kuchni, czyli w istocie kryterium miejsca pochodzenia przedmiotu zamówienia, celem wyeliminowania szeregu wykonawców z ubiegania się o udzielenia zamówienia i doprowadzenie tym samym do nieuzasadnionego zawężenia kręgu podmiotów zdolnych do złożenia oferty w postępowaniu i konkurowania o zamówienie, 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Przystępujący).

Sygn. akt KIO 1616/15

W dniu 28 lipca 2015 r. Spółdzielnia Inwalidów Naprzód z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość postanowień SIWZ i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) oraz art. 484 § 2 k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści Projektu Umowy pozycji Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, polegające na przyznaniu Zamawiającemu szeregu kar umownych, nieuzasadnionych co do wysokości (rażące wygórowanie), za każde uchybienie Wykonawcy, niezależnie od skali uchybienia, okoliczności i przyczyn uchybienia oraz przyznanie Zamawiającemu prawa do rozwiązania umowy w razie dwukrotnego stwierdzenia uchybień w realizacji umowy, co stanowi uprawnienie rażąco nieproporcjonalne i za daleko idące w stosunku do przesłanek skorzystania z tego uprawnienia; 2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie treści SIWZ w zakresie kar umownych w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, polegający na nieuprawnionym, rażącym uprzywilejowaniu pozycji Zamawiającego w stosunku do wykonawcy oraz nieuwzględnienie specyfiki przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, kwestionując postanowienia SIWZ w zakresie dotyczącym kar umownych, oczekiwał zobowiązania Zamawiającego do zmiany treści SIWZ, tj: § 13 ust. 1 pkt. 1 Projektu Umowy poprzez obniżenie kary umownej z wysokości 0,5% wynagrodzenia opisanego w § 5 ust. 5 w przypadku trzykrotnego naruszenia godzin dostarczania posiłków według schematu określonego w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, przy czym każde uchybienie musi przekroczyć 10 min. - na 0,5 % wynagrodzenia miesięcznego brutto; § 13 ust. 1 pkt. 2 Projektu Umowy z wysokości 0,2% wynagrodzenia opisanego w § 5 ust. 5 za każdorazowe naruszenie rodzaju diet względem ich ilości określonych w zapotrzebowaniu na posiłki – na 0,2% wynagrodzenia miesięcznego brutto; §13 ust. 1 pkt. 3 Projektu Umowy z wysokości 7% wynagrodzenia opisanego w §5 ust. 5 w przypadku rozwiązania lub odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy - na 7% wynagrodzenia miesięcznego brutto; § 13 ust. 1 pkt. 4 Projektu Umowy z wysokości 1,0 % wynagrodzenia

opisanego w §5 ust. 5 za stwierdzone przez właściwe organy kontrolne uchybienia w wykonywaniu obowiązków w zakresie żywienia, przy czym kara niniejsza naliczana będzie za uchybienia stwierdzone w wyniku kontroli/protokole kontroli - na 1,0 % wynagrodzenia miesięcznego brutto; § 13 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy z wysokości 0,2% wynagrodzenia opisanego w §5 ust. 5 za każdy miesiąc opóźnienia w wykonaniu któregośkolwiek z obowiązku opisanego w § 11 ust. 2 lub w § 11 ust. 8 - na 0,2 % wynagrodzenia miesięcznego brutto; § 13 ust. 1 pkt. 6 Projektu Umowy z wysokości 200 zł za każde inne niż określone w w pkt. 1), 2) uchybienie w wykonaniu umowy stwierdzone w trakcie kontroli przeprowadzonej przez Zamawiającego w trybie opisanym w pkt. A.8. Załącznika nr 1 do umowy, jak również każde inne uchybienie jakimkolwiek obowiązkom stwierdzonym przez Zamawiającego - na 200 zł za każde inne niż określone w pkt. 1), 2) uchybienie w wykonaniu umowy stwierdzone w trakcie kontroli przeprowadzonej przez Zamawiającego w trybie opisanym w pkt. A. 8. Załącznika nr 1 do umowy; § 13 ust. 1 pkt. 8 Projektu Umowy z wysokości 1000 zł każdorazowo za uchybienie obowiązkowi zakreślonymu w §16 ust. 12 - na 200 zł każdorazowo za uchybienie obowiązkowi zakreślonymu w §16 ust. 12; Wykreślenia § 15 ust. 1 pkt a Projektu Umowy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił Impel Catering „Company” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołań zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, to obaj Odwołujący nie mogliby złożyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkurencyjnej oferty.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: żadnego z odwołań nie można uwzględnić.

Sygn. akt KIO 1569/15

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wymogu co do lokalizacji kuchni zapasowej (nie dalej, niż 60 minut od siedziby Zamawiającego), Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu przedmiotowy warunek postawiony przez Zamawiającego nie narusza przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma prawo wymagać, aby kuchnia zapasowa (czynna w wypadku, kiedy nie będzie można korzystać z kuchni Zamawiającego) znajdowała się nie dalej, niż w odległości 60 min jazdy od jego siedziby. Przedmiotem zamówienia jest żywienie pacjentów szpitala, i Zamawiający jest uprawniony, aby oczekiwać, że dostarczone posiłki będą możliwie świeże, nawet w razie konieczności sporadycznego korzystania z kuchni zapasowej. Przy czym czas dostarczania posiłków musi uwzględniać fakt, że szpital jest rozległy, i dostarczenie posiłków na jego terenie może trwać co najmniej godzinę (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, z którym Odwołujący nie polemizował). Strony zasadniczo na rozprawie zgadzały się do tego, że według przyjętych założeń co do dostarczania gotowych posiłków, czas od ich przygotowania do dostarczenia pacjentowi nie powinien przekraczać dwóch godzin. Odwołujący postulował odległość do 75 min, ale nie wykazał, że w odległości do 60 min znajduje się tylko jedna kuchnia, zatem trudno uznać warunek postawiony przez Zamawiającego za dyskryminujący w jakikolwiek sposób (do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego nikt nie przystąpił). Warunki udziału w postępowaniu zawsze prowadzą do sprecyzowania kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a fakt, że jeden z potencjalnych wykonawców znalazł się poza tym kręgiem nie przesądza, że przedmiotowe warunki naruszają przepisy Prawa zamówień publicznych; może się okazać, że dany wykonawca nie jest zdolny do realizacji zamówienia.

Okoliczność, że Odwołujący dysponuje akurat kuchnią w odległości do 75 min jazdy od siedziby Zamawiającego nie może decydować o uwzględnieniu zarzutu – Zamawiający ma prawo tak określić swoje wymogi, aby przedmiot zamówienia spełniał jego potrzeby, a nie tak, aby każdy potencjalny podmiot zajmujący się dostarczaniem posiłków mógł zrealizować zamówienie. Dlatego Izba nie dopatrywała się w postawionym przez Zamawiającego wymogu w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja II.2.1. pkt IX. 1.3) oraz SIWZ (rozdz. IX pkt IX. 1.3), o jednośnie lokalizacji kuchni zapasowej, żadnego naruszenia Prawa zamówień publicznych.

Oдноśnie zarzutu braku określenia przedmiotu zamówienia przez brak odpowiedzi na pytania Odwołującego dotyczące przejścia pracowników od dotychczasowego wykonawcy, a mianowicie na pytania: 1) czy Zamawiający zobowiązuje się do ponownego zatrudnienia przejętych pracowników w razie rozwiązania kontraktu? 2) czy z tytułu ewentualnych zaległości wynikających z ustawy z dn. 12.12.1997 r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej (Dz.U. Nr 160, poz. 1080, z późn. zm.)

Zamawiający wypłacił wszystkie wymagalne kwoty? 3) Czy pracodawca wypłacił wszystkie wymagalne kwoty z tytułu podwyżek na podstawie ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. Nr, 149 poz. 1076)? 4) czy pracownikom przewidzianym do przejęcia wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń? Jeżeli tak, to, które składniki wynagrodzeń zostały zmienione? 5) czy Wykonawca ma przejąć wprost od Zamawiającego (na podstawie art. 231 k.p.) tylko tych pracowników, którzy zostali uprzednio przekazani Zamawiającemu przez dotychczasowego Wykonawcę we wskazanym trybie, czy wprost od poprzedniego Wykonawcy? Prosimy o udostępnienie aktów wewnętrznych mających wpływ na ustalenie warunków pracy i płacy przejmowanych pracowników tj. Układ Zbiorowy Pracy, Regulamin Pracy, Regulamin Wynagradzania, etc. 6) czy przeciwko Zamawiającemu toczą się pracownicze procesy sądowe, wszczęte przez pracowników przeznaczonych do przejęcia? Jeżeli tak, to, w jakim stadium się znajdują, w ilu procesach zapadły prawomocne wyroki, na jaką opiewają kwotę, ile zaś pozostaje w trakcie rozpoznania? 7) czy istnieje jakiegokolwiek odrębne porozumienie, umowa, pakiet socjalny podpisany ze związkami zawodowymi, w którym pracodawca zobowiązuje się do jakiegokolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzenia, także w przypadku przejęcia tychże pracowników przez następnego pracodawcę? Inaczej - czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami, pakietami socjalnymi w zakresie ich zatrudnienia lub wynagrodzenia, które to gwarancje mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy? 8) czy w grupie przejmowanych pracowników znajdują się pracownicy szczególnie chronieni w związku z ochroną związkową oraz przedemerytalną? Dane na temat działających związków zawodowych. 9) czy na dzień przejęcia pracowników będą jakiegokolwiek nieuregulowane należności? Jeżeli tak, to, z jakiego tytułu i w jakiej wysokości? (w szczególności: niewypłacone nagrody jubileuszowe, opóźnienia z wypłatą wynagrodzeń, zaległości w opłacaniu składek na ZUS, należności z tytułu nadgodzin, pracy w dni wolne, dyżurów, itp.). 10) czy wśród pracowników występują osoby przebywające na długotrwałych zwolnieniach lekarskich w szczególności z powodu chorób zawodowych, urlopów macierzyńskich, wychowawczych, czy mają zaległy urlop (wykaz na dzień przejęcia)? 11) jaki jest stopień niepełnosprawności przejmowanych pracowników. 12) czy Zamawiający tworzy ZFŚS i w jakiej wysokości? 13) czy Zamawiający posiada zgromadzone środki finansowe na ZFŚS i w jakiej wysokości? 14) czy Zamawiający gwarantuje przekazanie wraz z przekazywanymi pracownikami niewykorzystane do dnia przekazania pracowników, środki z ZFŚS, w przeliczeniu na jednego przekazywanego art.231kp pracownika? Jeśli tak, to w jakiej wysokości? Czy także w przypadku przesunięcia terminu przekazania pracowników (np.: o 6-10 miesięcy)? Prosimy o ewentualny wzór porozumienia dotyczący przekazywanych środków na podstawie art.7 ust.3b ustawy o ZFŚS. 15) czy są udzielone

pracownikom pożyczki z ZFŚS? Jeśli tak, to w jakiej ilości i wielkości udzielonych pożyczek? 16) czy spłaty pożyczek mają służyć po przekazaniu pracowników na konto Zamawiającego, czy Wykonawcy? Prosimy o ewentualny wzór porozumienia regulującego tę kwestię. 17) czy Zamawiający wypłaca obligatoryjnie świadczenia z ZFŚS na rzecz pracowników przekazywanych? Jeśli tak, to wg jakich zasad i w jakiej wysokości i jak często? 18) czy do dnia przejęcia Zamawiający posiada jakiegokolwiek zobowiązania z tytułu niewypłaconych, obligatoryjnych świadczeń wobec przekazywanych pracowników (np.: „wczasy pod gruszą”, „dofinansowanie do wczasów dzieci pracowników”, „paczki świąteczne”, „bony”)? Jeśli tak, to jakie i w jakiej wysokości? 19) czy do dnia przekazania pracownicy nabędą u Zamawiającego prawo do wypłaty obligatoryjnych świadczeń z ZFŚS? Jeśli tak, to jakich i w jakiej wysokości? Izba ustaliła, co następuje: z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający zwrócił się do dotychczasowego wykonawcy z prośbą o udzielenie odpowiedzi na niektóre z pytań zadanych przez Odwołującego. Nie przekazał wszystkich wyżej wymienionych pytań, bo uznał, że odpowiedzi na nie są istotne dla przedmiotu zamówienia. Na część pytań jednak udzielił odpowiedzi wykonawcom w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że na niektóre z powyższych pytań Zamawiający odpowiedział; odpowiedzi jednak nie były dla Odwołującego satysfakcjonujące. Ponadto Zamawiający udzielając odpowiedzi odesłał wykonawców do pierwotnego postępowania – pierwszego, w którym doszło do przejęcia pracowników.

Wobec tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych. Przejęcie pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy jest standardem w tego rodzaju postępowaniach. Jego konsekwencje określają przepisy prawa pracy. Odwołujący nie wykazał, jaki konkretnie wpływ na zakres przedmiotu zamówienia, w porównaniu do standardowych warunków przejęcia pracowników, miałyby odpowiedzi na zadane przez niego pytania. Wobec powyższego, Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Sygn. akt KIO 1616/15

Odwołujący postulował obniżenie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w projekcie umowy załączonym do SIWZ przez odniesienie ich do wynagrodzenia miesięcznego, a nie wynagrodzenia za cały okres realizacji umowy bądź obniżenia przewidzianych kar umownych określonych kwotowo do kwot proponowanych przez Odwołującego. Ponadto Odwołujący oczekiwał również wykreślenia § 15 ust. 1 pkt a projektu umowy, który został przez Zamawiającego zmodyfikowany po wniesieniu odwołania.

Wysuwając powyższe żądania, Odwołujący zarzucał naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2 k.c. oraz art. 5 k.c. w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, polegające na przyznaniu Zamawiającemu szeregu kar umownych, nieuzasadnionych co do wysokości (rażące wygórowanie), za każde uchybienie Wykonawcy, niezależnie od skali uchybienia, okoliczności i przyczyn uchybienia oraz przyznanie Zamawiającemu prawa do rozwiązania umowy w razie dwukrotnego stwierdzenia uchybień w realizacji umowy, co stanowi uprawnienie rażąco nieproporcjonalne i za daleko idące w stosunku do przesłanek skorzystania z tego uprawnienia oraz naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie treści SIWZ w zakresie kar umownych w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, polegający na nieuprawnionym, rażącym uprzywilejowaniu pozycji Zamawiającego w stosunku do wykonawcy oraz nieuwzględnienie specyfiki przedmiotu zamówienia.

Wobec tak postawionych zarzutów i żądań odwołania, Izba nie mogła stwierdzić naruszeń żadnego przepisu Prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, Izba nie może oceniać ewentualnego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego przez naruszenie zasad współżycia społecznego przy ustalaniu wysokości kar umownych. Wysokość kar umownych, w przypadku ich naliczenia, będzie mógł miarkować właściwy sąd powszechny i Izba nie jest upoważniona do ingerowania w kompetencje sądu. Niewątpliwie kary umowne są narzędziem wykorzystywanym przez Zamawiającego do mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy, a kary umowne w skarżonym projekcie umowy dostosował Zamawiający do zagrożeń, które mogą wystąpić po naruszeniu przez wykonawcę obowiązków umownych. Na tym etapie – przed przystąpieniem do realizacji umowy i wystąpieniem przesłanki do naliczenia kar umownych - nie można ocenić, czy ewentualna kara umowna będzie nadmierna, wygórowana i nieadekwatna do rzeczywistej szkody (którą Odwołujący zdaje się bagatelizować). Po drugie, w określeniu kar umownych, nawet na wysokim poziomie, nie można się dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – kary umowne są określone jednakowo dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie ma kompetencji, aby oceniać, że doszło do „rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego” – Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jego organizatorem, „gospodarzem”, jego pozycja z natury jest uprzywilejowana, a umowa o wykonanie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny. Nawet, gdyby uprzywilejowanie Zamawiającego było – jak twierdzi Odwołujący - „rażące”, to w przepisach Prawa zamówień

publicznych, których ewentualne naruszenie Izba bada, trudno dopatrzeć się podstawy do oceny stopnia uprzywilejowania Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego § 15 ust. 1 pkt a projektu umowy, nie było sporne, że postanowienie to zostało przez Zamawiającego zmodyfikowane po wniesieniu odwołania, i Zamawiający zliberalizował poprzedni zapis.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów stawianych w odwołaniu.

W konsekwencji, Izba nie dopatrzyła się w czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego żadnego z naruszeń, zgłaszanych w obu odwołaniach, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

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 [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 \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#).

Przewodniczący:

.....