

WYROK
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Chorzów, Zakład Komunalny „PGM” z siedzibą w Chorzowie, ul. Bałtycka 8, 41-500 Chorzów,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na rzecz Gminy Chorzów, Zakład Komunalny „PGM” z siedzibą w Chorzowie, ul. Bałtycka 8, 41-500 Chorzów, kwotę **454 zł 50 gr** (słownie: czterysta pięćdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z dojazdem strony na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Gminę Chorzów, Zakład Komunalny „PGM” z siedzibą w Chorzowie.

Przedmiotem zamówienia jest: Świadczenie usług porządkowych w budynkach zarządzanych przez Z.K. „PGM” w Chorzowie oraz na terenach zewnętrznych z uwzględnieniem terenów zielonych”. Postępowanie dotyczy zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 1 lutego 2012 r. nr 2012/S 21-034238.

Odwołujący wskazał czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy oraz zarzuty, w sposób przedstawiony poniżej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 91 ust. 2 przez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 151 przez ustalenie sposobu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 82 ust. 2 i art. 14 ustawy w zw. z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego, w skrócie „kc”, przez nieuprawnione i bezpodstawne ustalenie sposobu dokumentowania pełnomocnictwa składanego wraz z ofertą w postępowaniu o zamówienie publiczne;
- 5) § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, przez nieuprawnione i bezpodstawne ograniczenie dopuszczalnych form, w których wykonawca uprawniony jest złożyć dokumenty;
- 6) art. 89 przez sformułowanie w treści SIWZ przesłanek odrzucenia oferty nieznanymi ustawie,

7) art. 353¹, art. 484 § 2, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 5 kc, a także art. 14 i 139 ustawy, przez wprowadzenie do SIWZ – Wzoru umowy – postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów oraz zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści oraz postanowień:

1) Sekcji IV.2.1 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdz. XVIII pkt 2 SIWZ, polegającej na usunięciu z kryteriów oceny ofert kryterium: „proponowany % kary za nienależytą realizację usług”;

2) rozdz. XIX pkt 2 SIWZ oraz § 15 Załącznika 7a, a także § 4 Załącznika 7b do SIWZ, polegającej na usunięciu postanowienia, że:

„ a) 70 % zabezpieczenia, tj. ... zł zostanie zwrócone w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane,

b) 30 % zabezpieczenia, tj. ... zł pozostawione zostanie na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i zostanie zwrócone w terminie nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady, tj. po 12 m-cach”

i zastąpieniem powyższego postanowieniem, że:

„Zamawiający zwróci zabezpieczenie należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane”;

3) rozdz. XI.4 SIWZ, polegającej na usunięciu zwrotu: „bądź osobę, która tego pełnomocnictwa udzieliła”;

4) rozdz. XI.6 SIWZ, polegającej na dodaniu postanowienia, że:

„W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty”;

5) rozdz. XI. 8 SIWZ, polegającej na usunięciu postanowienia, że:

„Oferta musi zawierać wszystkie dokumenty z wypełnionymi wszystkimi rubrykami oraz podpisami (bez błędów formalnych) wymienione w SIWZ, w przeciwnym przypadku oferta będzie odrzucona” i zastąpienia powyższego postanowieniem, że: „Wzory formularzy należy wypełnić ściśle według wskazówek określonych w SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych formularzy jakichkolwiek zmian. W przypadku złożenia przez wykonawcę własnych formularzy ich treść musi być tożsama z treścią formularzy załączonych do SIWZ”;

6) Załącznika nr 7a do SIWZ przez:

a) nadanie § 1 ust. 7 następującego brzmienia: „W ciągu 7-miu dni kalendarzowych od zawarcia umowy wykonawca przekaże zamawiającemu listę osób przeznaczonych do realizacji powierzonych wykonawcy usług. Lista, o której mowa powyżej będzie aktualizowana przez wykonawcę w miarę zaistniałych potrzeb”;

b) usunięcie w § 2 ust. 2 zd. 2 tj.: „Nieprzystąpienie do realizacji w terminie do 3-ch dni od daty podpisania umowy na jakimkolwiek obiekcie, zostanie uznane jako odstąpienie od umowy”;

c) usunięcie w § 3 ust. 1 zdania ostatniego tj.: „zgodnie z rozliczeniem pracy prowadzonym przez wykonawcę w oparciu o protokół odbioru robót potwierdzony przez przedstawiciela zamawiającego – kierownika ADM-u”;

d) dodanie w § 3 ust. 2 następującego postanowienia: „Maksymalne obniżenie wynagrodzenie należnego wykonawcy za świadczenie usług stanowiących przedmiot umowy, dotyczących powierzchni wewnętrznych nie przekroczy 20% maksymalnej stawki miesięcznej netto ustalonej dla ww. usługi, określonej w § 3 ust. 1 umowy”;

e) dodanie w § 3 następujących postanowień: „Strony ustalają, że obowiązująca ich formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe”;

f) nadanie § 4 następującego brzmienia: „Strony zobowiązują się do koordynowania i bieżącej kontroli właściwego wykonywania usług stanowiących przedmiot umowy. Do kontaktów i przekazywania wzajemnych uwag wynikających z realizacji niniejszej umowy ze strony: zamawiającego wyznaczony/a został: ..., wykonawcy wyznaczony/a został/a: ...”. Osobom wymienionym powyżej nie przysługują uprawnienia do zmiany umowy. Zamawiający zobowiązany jest do powiadomienia wykonawcy na piśmie, o każdorazowym stwierdzonym wypadku nienależytego wykonania usługi. Zamawiający zobowiązany jest w przypadku, gdy wykonawca nie będzie uczestniczył w kontroli wykonania umowy, należycie udokumentować ww. uchybienie”;

g) nadanie § 5 następującego brzmienia: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do naliczania kar umownych w przypadku:

a) zwłoki w wykonaniu w terminie przewidzianym w umowie w wysokości 0,5% miesięcznej wartości netto wynagrodzenia za dany obiekt za każdy dzień zwłoki;

b) w inny sposób nienależytego wykonania usług, w wysokości 0,5% miesięcznej wartości netto wynagrodzenia za dany obiekt, za każdy dzień zwłoki w usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości odnotowanych w protokole;

c) w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, w wysokości 5% całkowitej rocznej wartości netto umowy. Maksymalna wysokość sumy kar umownych nie może przekroczyć 20% rocznej wartości netto umowy.

Wykonawca zastrzega sobie prawo naliczania kar umownych w przypadku:

a) za zwłokę w płatności prawidłowo wystawionej przez wykonawcę zgodnie z niniejszą umową faktury VAT wykonawca ma prawo, za każdy dzień zwłoki naliczać odsetki ustawowe;

b) w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn zawinionych przez zamawiającego, w wysokości 5% całkowitej rocznej wartości netto umowy;

h) usunięcie § 12;

i) nadanie § 13 następującego brzmienia: „Strony przewidują możliwość rozwiązania umowy za wypowiedzeniem trzymiesięcznym, a okres ten upływa w ostatnim dniu miesiąca.

Zamawiający może rozwiązać umowę, w szczególności gdy:

1) jeśli wykonawca po pisemnym wezwaniu zamawiającego i po przekroczeniu dodatkowego 7-dniowego terminu nie rozpocznie świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy lub ich po przerwie nie kontynuuje,

2) jeśli wykonawca świadczy usługi stanowiące przedmiot umowy nienależycie, co potwierdzone zostanie minimum trzema protokołami odbioru z okresu jednego miesiąca kalendarzowego dla jednego obiektu.

Wykonawca może rozwiązać umowę, w szczególności gdy:

1) zamawiający, nawet po dodatkowo przedłużonym terminie, nie przekaze wykonawcy instrukcji w związku z jego wątpliwościami, istotnymi dla prawidłowego wykonania usług stanowiących przedmiot umowy,

2) zamawiający stanie się niewypłacalny,

3) sprzecznie z ustaleniami umowy i bez uzyskania zgody wykonawcy, zamawiający zleci przeprowadzenie wszystkich czynności składających się na przedmiot umowy lub przeważającej ich części podwykonawcom, bądź też przejmie ww. czynności do samodzielnego wykonania. W przypadku wypowiedzenia umowy z powyższej przyczyny, uważa się, że wypowiedzenie nastąpiło z winy zamawiającego. W przypadku nieuiszczenia przez zamawiającego jakiegokolwiek części wynagrodzenia określonego w umowie na rzecz wykonawcy przez okres dłuższy niż dwa miesiące, wykonawca ma prawo rozwiązać umowę bez zachowania okresu wypowiedzenia i bez ponoszenia konsekwencji z tego tytułu. Wypowiedzenie wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności;

j) usunięcie w §16 ust. 1;

k) dodanie w § 16 postanowień o następującej treści:

„Strony dokonywać będą waloryzacji kwot wynagrodzenia wykonawcy określonych w umowie, w oparciu o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia ustalany przez Komisję Trójstronną lub Radę Ministrów. Waloryzacja, o której mowa powyżej, obowiązywać będzie od pierwszego dnia miesiąca, w którym minimalne wynagrodzenie uległo zwiększeniu” oraz

„Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w granicach określonych przepisem art. 144 ustawy, tj. w sytuacjach, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i mających charakter zmian nieistotnych, tj. nie odnoszących się do warunków, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany postanowień umowy przy wystąpieniu zmian regulacji prawnych obowiązujących w dniu podpisania umowy”, a także „Jeżeli w czasie

obowiązania umowy nastąpi zmiana stawki podatku VAT, wykonawca doliczy do wynagrodzenia netto podatek VAT, zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu wystawienia stosownych dokumentów finansowych/faktur VAT. Strony dokonają tym samym odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego w zakresie podatku VAT”;

7) Załącznika nr 7b do SIWZ przez:

a) usunięcie w § 2 ust. 2 zd. 2 tj.: „Nieprzystąpienie do realizacji w terminie do 3-ch dni od daty podpisania umowy na jakimkolwiek obiekcie, zostanie uznane jako odstąpienie od umowy”;

b) nadanie § 5 następującego brzmienia: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do naliczania kar umownych w przypadku: zwłoki w wykonaniu w terminie przewidzianym w umowie w wysokości 0,5% miesięcznej wartości netto wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, w inny sposób nienależytego wykonania usług, w wysokości 0,5% miesięcznej wartości netto wynagrodzenia za dany obiekt, za każdy dzień zwłoki w usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości odnotowanych w protokole; w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, w wysokości 5% całkowitej rocznej wartości netto umowy. Maksymalna wysokość sumy kar umownych nie może przekroczyć 20% rocznej wartości netto umowy.

Wykonawca zastrzega sobie prawo naliczania kar umownych w przypadku: za zwłokę w płatności prawidłowo wystawionej przez wykonawcę zgodnie z umową faktury VAT. Wykonawca ma prawo, za każdy dzień zwłoki naliczać odsetki ustawowe; w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn zawinionych przez zamawiającego, w wysokości 5% całkowitej rocznej wartości netto umowy”;

c) nadanie § 5 następującego brzmienia: „Strony przewidują możliwość rozwiązania umowy za wypowiedzeniem trzymiesięcznym, a okres ten upływa w ostatnim dniu miesiąca. Zamawiający może rozwiązać umowę, w szczególności gdy:

1) wykonawca po pisemnym wezwaniu zamawiającego i po przekroczeniu dodatkowego 7-dniowego terminu nie rozpocznie świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy lub ich po przerwie nie kontynuuje,

2) wykonawca świadczy usługi stanowiące przedmiot umowy nienależycie, co potwierdzone zostanie minimum trzema protokołami odbioru z okresu jednego miesiąca kalendarzowego.

Wykonawca może rozwiązać umowę, w szczególności gdy:

1) zamawiający, nawet po dodatkowo przedłużonym terminie, nie przekaze wykonawcy instrukcji w związku z jego wątpliwościami, istotnymi dla prawidłowego wykonania usług stanowiących przedmiot umowy,

2) zamawiający stanie się niewypłacalny.

3) sprzecznie z ustaleniami umowy i bez uzyskania zgody wykonawcy, zamawiający

zleci przeprowadzenie wszystkich czynności składających się na przedmiot umowy lub przeważającej ich części podwykonawcom, bądź też przejmie ww. czynności do samodzielnego wykonania. W przypadku wypowiedzenia umowy z powyższej przyczyny, uważa się, że wypowiedzenie nastąpiło z winy zamawiającego.

W przypadku nieuiszczenia przez zamawiającego jakiegokolwiek części wynagrodzenia określonego w niniejszej umowie na rzecz wykonawcy przez okres dłuższy niż dwa miesiące, wykonawca ma prawo rozwiązać umowę w bez zachowania okresu wypowiedzenia i bez ponoszenia konsekwencji z tego tytułu.

Wypowiedzenie wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności;

d) usunięcie postanowienia § 9 ust. 1;

e) dodanie w § 9 postanowień o następującej treści: „Strony dokonywać będą waloryzacji kwot wynagrodzenia wykonawcy określonych w umowie, w oparciu o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia ustalany przez Komisję Trójstronną lub Radę Ministrów. Waloryzacja, o której mowa powyżej, obowiązywać będzie od pierwszego dnia miesiąca, w którym minimalne wynagrodzenie uległo zwiększeniu” oraz „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w granicach określonych przepisem art. 144 ustawy, tj. w sytuacjach, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i mających charakter zmian nieistotnych, tj. nie odnoszących się do warunków, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany postanowień niniejszej umowy przy wystąpieniu zmian regulacji prawnych obowiązujących w dniu podpisania umowy”, a także „Jeżeli w czasie obowiązywania umowy nastąpi zmiana stawki podatku VAT, wykonawca doliczy do wynagrodzenia netto podatek VAT, zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu wystawienia stosownych dokumentów finansowych/faktur VAT. Strony dokonają tym samym odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego w zakresie podatku VAT.”

Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecna treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, jak niżej.

I. Odwołujący podważył kryterium oceny ofert: proponowany % kary za nienależytą realizację usług. Przyznał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy, zamawiający oprócz obligatoryjnego kryterium, którym jest cena, może dowolnie ustalić pozostałe kryteria oceny ofert, o ile kryteria związane są z przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że ustawa i praktyka nie wykształciły ścisłej definicji pojęcia „związania z przedmiotem zamówienia”. Przyjął, że kryterium powinno mieć związek z określonymi właściwościami dostawy, usługi lub roboty budowlanej, zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy, który odwołuje się do jakości czy funkcjonalności

przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, zwłaszcza w kontekście postanowień wzorów umów, kryterium pozostaje w sprzeczności z treścią art. 91 ust. 2 ustawy. Uznał, że kara umowna jest surogatem odszkodowania. Natomiast celem kar umownych jest nie uzyskanie „lepszego” świadczenia, ale zapewnienie ochrony w przypadku wykonania zobowiązania z uchybieniem terminu lub nienależycie. Ponadto wskazał, że zamawiający, mimo iż czyni wysokość kary umownej kryterium oceny, zapewnia ochronę przez potrącenia. Odwołujący wskazał jako maksymalną wysokość kar 50% miesięcznej wartości umowy. Stwierdził, że kara umowna na takim poziomie jest karą rażąco wysoką. Mając na uwadze, że projekty umów zawierają dodatkowo szereg postanowień o charakterze kar umownych, uznał, że zamawiający czyni z przysługującego mu na mocy art. 91 ust. 2 ustawy prawa, użytek sprzeczny z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem i ogranicza liczbę wykonawców zdolnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia, a ponadto sformułował kryterium odnosząc je do właściwości wykonawcy.

II. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy, zostanie zwrócone wykonawcy, po zakończeniu realizacji zamówienia w następujących proporcjach: 70% po w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane, a 30%, nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Wskazał, że instytucja rękojmi uregulowana w art. 556 § 1 kc odnosi się do sprzedaży, a nie do świadczenia usług porządkowych, zatem nie znajduje zastosowania. Uznał, że zatrzymanie zabezpieczenia w wysokości 30% po zakończeniu realizacji usługi przez okres 12 m-cy, nie znajduje uzasadnienia w przepisie art. 151 ust. 2 ustawy, który, z reguły stosowany jest w zamówieniach publicznych przy dostawach lub robotach budowlanych.

III. W rozdziale XI.4 SIWZ, zamawiający wskazał, że: „Jeżeli osoba podpisująca ofertę działa na podstawie pełnomocnictwa, to pełnomocnictwo musi w swej treści jednoznacznie wskazywać uprawnienie do podpisania oferty. Pełnomocnictwo musi zostać dołączone do oferty w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza bądź osobę, która pełnomocnictwa udzieliła”.

Odwołujący podniósł, że kwestia pełnomocnictwa została kompleksowo uregulowana w kc. Podał, że formę pełnomocnictwa reguluje art. 99 § 1 kc. Przepis stanowi, że w przypadku czynności, dla których określona forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności (ad solemnitatem), pełnomocnictwo do ich dokonania musi być udzielone w takiej formie i również pod rygorem nieważności”. Zgodnie z art. 82 ustawy ofertę składa się – pod rygorem nieważności – w formie pisemnej albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zestawienie treści art. 82 ust. 2 ustawy i art. 99 § 1 kc prowadzi do wniosku, że skoro oferta musi być złożona w formie pisemnej i pod rygorem nieważności, to również pełnomocnictwo do jej złożenia musi zostać udzielone w takiej formie, czyli w

formie pisemnej. Odwołujący stwierdził, że pełnomocnictwo składane wraz z ofertą powinno przybrać formę pisemną, a więc formę oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii.

Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO: wyroki – z dnia 15 maja 2008 r. (KIO/UZP 417/08); z dnia 22 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 816/08 i KIO/UZP 817/08); postanowienie KIO z dnia 18 marca 2010 r. (KIO/UZP 301/10), jak też wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2007 r. (II Ca 137/07). Odwołujący stwierdził, że pouczenie zawarte w rozdziale XI.4 SIWZ, należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy.

IV. Zamawiający w rozdz. XI. 8 SIWZ, wskazał, że „W przypadku, gdy wykonawca jako załącznik do oferty dołączył kopie dokumentów, powyższe kopie winny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”. Odwołujący podał, że zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów, są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Podał też, że z uwagi na niełatwą materię oraz trudności interpretacyjne związane z § 6 ust. 2 rozporządzenia, zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie występują rozbieżne stanowiska. Niemniej przyjmuje się, iż niedopuszczalnym jest pogląd by jedynym podmiotem uprawnionym do poświadczania kopii za zgodność z oryginałem był wyłącznie wykonawca. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, potwierdził się zarzut naruszenia przepisów ustawy oraz aktu wykonawczego do ustawy.

V. Zamawiający w rozdz. XI. 8 SIWZ, postanowił, że „Oferta musi zawierać wszystkie dokumenty z wypełnionymi wszystkimi rubrykami oraz podpisami (bez błędów formalnych) wymienione w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przeciwnym przypadku oferta będzie odrzucona”. Odwołujący wskazał, że regulacje dotyczące odrzucenia oferty, co do zasady, zostały zawarte w art. 89 ustawy. Odwołujący omówił treść ust.1 pkt 2 tego przepisu (odrzucenie oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, za wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy).

Odwołujący uznał, że rygor odrzucenia oferty ustalony przez zamawiającego w postanowieniu SIWZ, stanowi naruszenie przepisów ustawy.

VI. Odwołujący podniósł, że postanowienia Wzoru umowy, w sposób rażąco naruszają interesy wykonawcy. Wskazał, że uprawnienia do kształtowania postanowień umownych wynikających z treści art. 36 ustawy, nie można utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy. Wskazał na przepis art. 353¹ kc.

Powołał się na art. 5 kc oraz orzecznictwo i doktrynę, w których przyjmuje się, że kara umowna stanowi surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalona na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody.

Z uwagi na ustalone przez zamawiającego potrącenia w wysokości maksymalnej wysokości

wynagrodzenia na obiekt, uznał, że ustalona wartość na przewidzianym poziomie, nie odpowiada wskazanemu wymogowi.

Odwołujący podkreślił jednocześnie, że kary umowne na poziomie 50% nie są zgodnie z przyjętą praktyką, powołał się na stanowisko w orzecznictwie Sądu Najwyższego, zgodnie, z którym kara umowna jest rażąco wygórowana wówczas, kiedy istnieje rażąca dysproporcja między szkodą poniesioną przez wierzyciela a wysokością należnej kary.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał przyznania wykonawcy prawa do kary umownej, a w konsekwencji także odszkodowania uzupełniającego. Mając na uwadze, że kary umowne zostały przyznane wyłącznie zamawiającemu, wraz z odszkodowaniem uzupełniającym, uznał, że umowa rażąco dyskryminuje wykonawcę, a tym samym treść umowy została ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów.

Odwołujący podniósł, że proponowany Wzór umowy nie zawiera klauzuli umożliwiającej rozwiązanie przez wykonawcę umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia. Uznał, że samo odesłanie do przepisów kc nie jest wystarczającym uregulowaniem możliwości rozwiązania umowy.

Wobec tego, odwołujący wniósł o zamieszczenie wprost w umowie postanowienia stanowiącego, że „każda ze stron może rozwiązać umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji z tego tytułu.”

Odwołujący podał, że brak klauzuli umożliwiającej wykonawcy wypowiedzenie umowy jest sprzeczne z

treścią art. 746 § 3 kc, zgodnie z którym żadna ze stron nie może się zrzec z góry uprawnienia do wypowiedzenia kontraktu z ważnych powodów.

Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którym wobec brzmienia art. 746 § 3 kc, nieważna byłaby (art. 58 § 1 w zw. z art. 746 § 3 kc) klauzula wyłączająca w odniesieniu do którejkolwiek ze stron możliwość wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2001 r., III CKN 304/2000, niepubl.), Odwołujący stwierdził a contrario, że umieszczenie w umowie postanowienia potwierdzającego uprawnienie stron do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, jest uprawnieniem stron, którego w żaden sposób nie można ograniczać, a tym bardziej wyłączyć. Odwołujący wskazał, że bezwzględnie obowiązujące przepisy kc umożliwiają stronom możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów.

Odwołujący nadmienił, że wzory umowy zaproponowane przez zamawiającego, mimo że termin udzielenie zamówienia jest oznaczony do 31 marca 2016 r., nie przewidują zmian, które zabezpieczałyby strony, zarówno przed zmieniającą się sytuacją prawną, jak i ekonomiczną, i tak np. umowa nie zawiera postanowień chociażby dopuszczających waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia. Istotnym jest także, że wzory przewidują nieznanne polskiemu prawu

cywilnemu rozwiązaniu niedopuszczalne na mocy woli stron np. konkludentne odstąpienie od umowy (§ 2 ust. 2 Załącznika 7a i 7b do SIWZ) lub też narzucają wykonawcy, sposób realizacji zamówienia (§ 1 ust. 7 Załącznika 7a do SIWZ), bądź faworyzują zamawiającego wykorzystując jego uprzywilejowaną pozycję, jako niezależnego gospodarza postępowania (§ 4 oraz 16 Załącznika 7a do SIWZ). W konsekwencji odwołujący uznał, że treść umowy została ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości; 2) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Izłą przez adwokata, zgodnie ze spisem kosztów stanowiącym załącznik do odpowiedzi i ewentualnie uzupełnionym na rozprawie.

W uzasadnieniu pisma zamawiający oświadczył, że stanowisko odwołującego jest całkowicie bezpodstawne oraz podniósł, co następuje:

Ad 1. Odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 91 ust. 2 ustawy przez określenie kryteriów oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia.

Katalog wskazany w art. 91 ust. 2 ustawy zawiera poza samym kryterium o charakterze podstawowym w postaci ceny, także przykładowy katalog kryteriów o charakterze pozacenowym. Kryteriami oceny ofert są albo cena albo inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Katalog jest katalogiem otwartym. Dysponentem konstrukcji warunków oceny ofert jest zamawiający. W prowadzonym postępowaniu, zamawiający biorąc pod uwagę ogromny zakres i wielkość zamówienia, zdecydował się na dwa kryteria oceny ofert. Pierwszym kryterium jest cena (70% wagi), a drugim kryterium (pozacenowym) zabezpieczenie należytego wykonania umowy w postaci proponowanej przez wykonawcę wysokości kary umownej (30% wagi).

W ocenie zamawiającego, te dwa kryteria w żadnej mierze nie naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 7 oraz katalogu kryteriów oceny ofert wskazanego w art. 91 ustawy. Oba kryteria są opisane w sposób jednoznaczny, przejrzysty i w żadne sposób nie wpływają na zakres potencjalnych podmiotów mogących uczestniczyć w realizacji zamówienia. Zastosowanie dodatkowego kryterium w postaci wskazania wysokości kary umownej pełni rolę gwarancji należytego wykonania umowy i zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego.

Literatura specjalistyczna, orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej odnoszą się do wskazanego sposobu opisu kryteriów ocen ofert w sposób niezwykle szeroki i kompleksowy. Doktryna i orzecznictwa szczególną wagę przypisują kryterium ceny, ale

także do tzw. kryteriów pozacenowych, które to nabierają coraz większego znaczenia w obrocie gospodarczym oraz samym sektorze zamówień publicznych.

Cena i inne kryteria poza ceną przekładają się na tzw. najkorzystniejszą ofertę, taką, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, powołując się na doktrynę, że zdefiniowanie oferty najkorzystniejszej następuje przez samego zamawiającego w odniesieniu do każdego z postępowań z osobna przez ustalenie kryteriów oceny ofert i nadanie im odpowiedniego znaczenia.

Podkreślił, że przepisy ustawy nie wyznaczają żadnych ram w zakresie dotyczącym kryterium wagowego poszczególnych, wybranych przez zamawiających, kryteriów oceny ofert, pozostawiając tę kwestię uznaniu zamawiających.

Zamawiający podał, że kryteria są niezwykle ważne, zwłaszcza w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) i wskazanych w ustawie obowiązków w zakresie wydatków publicznych (art. 44 ust. 4 ustawy).

Zgodnie ze wskazanym przepisem wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Omówił pojęcia „celowość dokonywania wydatków”, „planowość”, „skuteczność” i „efektywność”.

Mając na uwadze powyższe rozważania dotyczące kryteriów oceny ofert, wskazał, że kryteria muszą być jasne i nie mogą jednocześnie stwarzać dowolności interpretacyjnej. Każde kryterium oraz opis jego zastosowania powinien być sformułowany w sposób jednoznaczny i precyzyjny, tak aby każdy, potencjalnie choćby zainteresowany uczestnictwem w postępowaniu wykonawca, przy dołożeniu jednakowej miary należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób.

W ocenie zamawiającego, kryteria opisane są w sposób jednoznaczny i przejrzysty oraz gwarantujący udział w postępowaniu przetargowym z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równym traktowaniem podmiotów. Zamawiający zastosował jasne i przejrzyste wymierne kryteria wyboru ofert, a nie ocenne takie jak, estetyka, komfort, funkcjonalność.

W przypadku kryteriów wymiernych, takich jak np. cena, termin realizacji zamówienia, okres

gwarancji, w tym również proponowana wysokość kary umownej, punkty najczęściej przyznaje się, stosując odpowiednie wzory arytmetyczne. W przypadku zaś kryteriów o charakterze niewymiernym, takich jak np. właściwości estetyczne lub komfort – koniecznym jest zastosowanie tzw. kwantyfikacji przez wprowadzenie stopniowania preferencji zamawiającego, wyrażonej w postaci danego kryterium.

Przykładowy katalog kryteriów pozacenowych znajduje się w art. 91 ustawy. Dopełnieniem tego katalogu jest wola samego zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podniósł, że literatura i orzecznictwo, poza kryteriami podanymi w ustawie, wskazują w szczególności na następujące kryteria: kryterium jakości. Zamawiający wskazał, iż kryterium pozostaje trudne do zdefiniowania oraz opisanie go w taki sposób, aby nie budziło żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 6 stycznia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1804/09), w którym stwierdzono „(...) z natury swojej kryterium jakościowe, w tym przypadku dotyczące jakości realizowanej usługi, zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu”.

Jako kolejne pozacenowe kryterium z art. 91 ust. 2 ustawy zamawiający wskazał funkcjonalność, oceniając jako trudno mierzalne wymagające opisanie, na czym będzie polegała ocena spełniania tego kryterium oraz jakie elementy będą brane pod uwagę przy przyznawaniu odpowiedniej oceny. W takim przypadku koniecznym będzie dookreślenie przedmiotowego kryterium przez zastosowanie odpowiednich podkryteriów oraz wskazanie ich zakresu punktowego.

Następnym kryterium, wymienionym przez ustawodawcę, są parametry techniczne, które spośród wszystkich pozacenowych kryteriów oceny ofert wydają się być najłatwiejsze do opisanie.

Jako często stosowane kryterium zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia i powołał się na wyrok KIO z dnia 23 września 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1960/10).

Kolejnym kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia jest gwarancja należytego wykonania umowy. O ile w przypadku robót będzie to klasyczna gwarancja w rozumieniu Kodeksu cywilnego, to o tyle w przypadku usług taką gwarancją może być kara umowna za nienależyte wykonanie umowy, które to kryterium zastosował zamawiający. Mając na uwadze zasadę określoną w art. 7 ustawy, zamawiający tak skonstruował warunki przetargu, aby nie narzucać z góry rygorystycznych postanowień i obostrzeń. Zamawiający wychodząc naprzeciw wykonawcom, jednocześnie zabezpieczając swoje interesy, przerzucił na nich decyzję o wskazaniu wysokości kary umownej. Decyzja ta powoduje, iż konkurencja między podmiotami jest większa, a podmioty uczestniczące w zamówieniu mogą lepiej przygotować konkurencyjne oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę na tezę z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 4 lipca 2008 r. (sygn.

KIO/UZP 619/08) „(...) ustalenie kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, nie mogą one jednak być dowolne i uznaniowe, ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w arbitralnym wyborze oferty. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę (...)”.

Podsumowując, zamawiający stwierdził, że kryterium wysokości kary umownej, jak i zaakceptowane już w orzecznictwie i literaturze kryterium - termin zapłaty, termin realizacji umowy, gwarancji, jakość, funkcjonalność, należy uznać za kryterium prawnie dopuszczalne. Kryterium to nie odnosi się od osoby wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, tylko do gwarancji należytego wykonania umowy, której zakres, jak wynika ze specyfikacji jest ogromny.

Ad 2. Naruszenie art.151 ustawy przez ustalenie sposobu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Regulacja zawarta w art. 151 ust. 1 ustawy służy ochronie interesów wykonawcy, który wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. „Odbiór przedmiotu świadczenia wykonawcy i uznanie jego zobowiązania za należyte wykonane powoduje, iż odpada podstawa istnienia zabezpieczenia dla roszczeń z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia”. Zabezpieczenie powinno więc zostać zwrócone wykonawcy. Ustawa wyznacza zamawiającemu termin 30 dni na dokonanie zwrotu zabezpieczenia.

Ochronie interesów majątkowych wykonawcy służą również przepisy art. 151 ust. 2 i ust. 3 ustawy, które dotyczą zabezpieczenia z tytułu rękojmi za wady. Przepisy te stanowią, że kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia i jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

Uprawnienie jednak do zatrzymania 30% wysokości zabezpieczenia jest niezależne od przedmiotu zamówienia i dotyczy zarówno dostaw jak i usług oraz robót budowlanych. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo. KIO w wyroku z dnia 28 marca 2008r., KIO/UZP 227/08, w tezie trzeciej stwierdziła, iż „Możliwość zastosowania blokady 30% kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest zagwarantowana brzmieniem art. 151 ust. 2 i 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie musi spełniać żadnych dodatkowych warunków w celu wykorzystania tej instytucji. Wystarczającym będzie, jeśli postanowi działać w ten sposób – w granicach dopuszczonych przez art. 151 ust. 2 i 3 ustawy.”

Ad 3. Naruszenie art. 82 ust. 2 i art. 14 ustawy w zw. art. 99 ust. 1 kc przez nieprawidłowe i bezpodstawne ustalenie sposobu dokumentowania pełnomocnictwa składanego wraz z

ofercą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 82 ust. 2 ustawy). Zatem, skoro ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej – to w nawiązaniu do art. 14 ustawy w zw. z art. 99 § 1 kc pełnomocnictwo do złożenia oferty również musi mieć formę pisemną.

W doktrynie i orzecznictwie wyrażany jest pogląd, iż oferta powinna być złożona na podstawie pełnomocnictwa rodzajowego (wyroki Zespołów Arbitrów z dnia 15 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-421/05 i z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-616/05).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictwo może być złożone wyłącznie w dwóch formach: w formie oryginału albo kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Ani wykonawca, ani profesjonalny pełnomocnik np. radca prawny lub adwokat nie mogą poświadczyć za zgodność z oryginałem kopii pełnomocnictwa, dołączonego do oferty. Jedynym organem uprawnionym do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem jest notariusz. Zgodnie z art. 79 pkt 2 ustawy z dnia 4 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158, z późn. zm.) notariusz dokonuje czynności poświadczania.

Wskazał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1899/06 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07), uznając, że zarzut odwołującego naruszenia art. 82 ust. 2 i art. 14 ustawy w zw. z art. 99 § 1 kc jest całkowicie bezpodstawny.

Ad 4. Naruszenie § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, przez nieuprawnione i bezpodstawne ograniczenie dopuszczalnych form, w których wykonawca uprawniony jest złożyć wymagane w postępowaniu dokumenty.

Zamawiający działając na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy ma prawo żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Katalog dokumentów na potwierdzenie warunków podmiotowych z art. 22 ust. 1 ustawy oraz wymagań przedmiotowych, określonych został szczegółowo w rozporządzeniu. Wszystkie dokumenty zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zamawiający nie może żądać na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy zaproszenia do składania ofert, przedłożenia dokumentów potwierdzonych notarialnie za zgodność z oryginałem. Powyższe jest dopuszczalne tylko w sytuacji, gdy zamawiający w toku oceny i badania ofert poweźmie uzasadnione wątpliwości co do ich prawdziwości lub też, gdy kopia złożonego dokumentu jest nieczytelna – stanowi to wyjątek od przyjętej zasady.

Zamawiający może wówczas skorzystać z uprawnienia wynikającego z § 6 ust. 3 rozporządzenia i wezwać wykonawcę do przedstawienia oryginalnego dokumentu lub notarialnie poświadczonej jego kopii.

Dokumenty określone w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, (...) w jakich dokumenty te mogą być składane, mogą być potwierdzone notarialnie za zgodność z oryginałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tylko w sytuacji, gdy złożona do oferty wykonawcy kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do prawdziwości zawartych w nim treści.

Kwestie te są jednoznacznie uregulowane w obowiązujących przepisach. Postanowienie SIWZ w żadnej mierze nie ogranicza ani nie zakazuje innej formy poświadczania dokumentów. Postanowienie specyfikacji jest postanowieniem ogólnym, które następnie ulega uzupełnieniu w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

W związku z powyższym, zarzut odwołującego się naruszenia przepisów rozporządzenia, jest całkowicie bezpodstawny.

Ad 5. Naruszenie art. 89 ustawy przez sformułowanie w treści SIWZ przesłanek odrzucenia oferty nieznanymi ustawie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, która jest niezgodna z ustawą oraz, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Konieczność odrzucenia oferty zachodzi tylko w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś w przypadku jakiegokolwiek sprzeczności oferty ze specyfikacją. Oznacza to, że nie można odrzucić oferty, która nie spełnia wyłącznie zawartych w specyfikacji wymogów odnoszących się do formy oferty, takich jak np. niewłaściwa numeracja stron oferty, czy też nieprzedstawienie oferty na dołączonym do specyfikacji formularzu. Innymi słowy mówiąc, treść oferty musi odpowiadać wszystkim zawartym w specyfikacji wymogom merytorycznym, czyli m.in. zawierać wszystkie prawidłowe pod względem treści dokumenty, dokumentować fakt spełniania merytorycznych warunków zawartych w specyfikacji, czy też odnosić się do zawartego w specyfikacji przedmiotu zamówienia. Szczególną uwagę należy zwrócić również na zastrzeżenie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy. Zgodnie z nim zamawiający poprawia w ofercie inne (niż wskazane w pkt 2 i 3 ust. 2) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona lub wzywa do uzupełnienia dokumentów.

Zakwestionowane postanowienie specyfikacji dotyczy przypadków odrzucenia oferty, ze względów formalnych, a więc gdy jest ona sprzeczna z ustawą lub nie odpowiada treści specyfikacji. Nie oznacza to bynajmniej, iż każdy brak lub pomyłka skutkuje odrzuceniem. Błędem formalnym nie jest również sporządzenie oferty na własnych załącznikach lub

formularzach.

W ocenie zamawiającego specyfikacja w tym zakresie jest sporządzona jasno i precyzyjnie. W związku z tym, zamawiający w żaden sposób nie naruszył przepisów ustawy. Zamawiający stwierdził, że w tym zakresie można jedynie mówić o pewnym niezrozumieniu SIWZ przez odwołującego, a skutkującym złożeniem odwołania. W ocenie zamawiającego, jeśli odwołujący miał wątpliwości co do treści specyfikacji, to mógł on skorzystać z ustawowego trybu wyjaśnienia wątpliwości, przez zadanie odpowiedniego pytania.

W związku z powyższym zarzut naruszenia ustawy w tym zakresie jest nieuzasadniony.

Ad. 6. Naruszenie art. 353¹, art. 484 § 2 art. 58 § 1 i § 2 oraz art. 5 kc oraz art. 14 i 139 ustawy przez wprowadzenie do SIWZ – Wzoru umowy – postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów oraz są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

W pierwszej kolejności podał, że odwołujący wyraźnie wskazał na dwie odrębne grupy przepisów. Jedna grupa to przepisy Kodeksu cywilnego, a druga – przepisy Prawa zamówień publicznych. Podstawą takiego wniosku jest użycie przez odwołującego spójnika „oraz” a nie wyrażenia „w związku”. Z tego powodu te dwie grupy przepisów należy rozpatrywać osobno.

W dalszej kolejności wskazał, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1, odwołanie nie dotyczące ustawy Pzp podlega odrzuceniu. Nie ulega wątpliwości, iż odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego. W związku z tym wniosek o odrzucenie odwołania w tym zakresie należy uznać za uzasadniony.

Zarzut naruszenia ustawy dotyczy odpowiedniego stosowania przepisów ustawy. W związku z tym, zamawiający stwierdził, iż odwołanie w tym zakresie nie ma podstaw prawnych i jest nieuzasadnione.

Niemniej jednak zamawiający podkreślił, co następuje.

Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. W związku z tym stwierdził, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Jednak w takim wypadku oznacza to jednocześnie ograniczenie zasady swobody umów w zakresie kształtowania jej treści, szczególnie po stronie wykonawcy, który praktycznie przystępuje do umowy, a nie ją kształtuje.

Zamawiający tworząc wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ powinien w nim umieścić z zasady, trzy rodzaje postanowień: 1) *Essentialia negotii* – postanowienia umowne określone ustawowo, stanowiące „ustawowy model” danego typu umowy. Umożliwiają one zakwalifikowanie z punktu widzenia prawnego danej umowy, dzięki czemu wiadomo, które przepisy ustawowe należy stosować do zawartej umowy w kwestiach przez nią normowanych. 2) *Naturala negotii* – elementy przedmiotowo nieistotne, które wyznaczone są przez zakres uregulowania prawnego dotyczącego określonej czynności prawnej i tworzą jej

treść z mocy samego prawa. Postanowienia o charakterze *ius cogens* i *ius dispositivum*, które nie zostały wyraźnie wykluczone z treści czynności prawnej. 3) *Accidentalia negotii* - podmiotowo istotne elementy umowy, które zgodnie z wolą stron dokonujących czynności prawnej stanowią tak istotny element tych zdarzeń, że bez nich nie dochodzi do dokonania konkretnej czynności, przy czym nie są to elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*), które wynikają z uregulowania ustawowego konkretnej czynności. Wszystkie te elementy znalazły się w wzorcach umów dołączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający określił warunki umowy w sposób jasny i precyzyjny, mając na uwadze swoje potrzeby oraz zasadę równego traktowania interesów obu stron. W tym miejscu zamawiający wskazał, że odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Kary umowne, mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej, ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania. Określenie kary umownej na maksymalnym poziomie 50% nie oznacza automatycznie, iż taka kara zostanie zastosowana. Zamawiający ma prawo, ale też i obowiązek odpowiedniego miarkowania kar umownych w zależności od stwierdzonych nieprawidłowości.

Wypowiedzieć umowę można zawsze. W umowie nie musi być wskazany minimalny okres wypowiedzenia. Strony stosunku umownego mogą określić warunki zakończenia umowy na etapie zawierania umowy lub w jej trakcie. Żaden przepis ustawy nie nakłada obowiązku wskazywania minimalnego okresu wypowiedzenia. Wypowiedzenie może nastąpić natychmiast lub z upływem okresu wskazanego przez składającego oświadczenie woli w tej materii. W kwestionowanych wzorach umowy nie ma klauzuli definitywnie wyłączającej wypowiedzenie umowy. W związku z tym argumentacja odwołującego się jest całkowicie niezrozumiała.

Kwestia waloryzacji nie jest elementem koniecznym umowy. Niemniej jednak kwestia ta została w umowie uregulowana w sposób korzystny dla obu stron stosunku prawnego (coroczna waloryzacja o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług podawany przez Prezesa GUS). Określenie sposobu realizacji zamówienia należy do zamawiającego. W związku z tym, zarzut odwołującego w tej materii jest również bezpodstawny.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą składać

oferty (art. 39 ustawy).

W przedmiocie zakresu postępowania odwoławczego, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11 (www.uzp.gov.pl orzecznictwo sądów okręgowych) wskazał, że z ustawy Pzp wynika, że z jednej strony zostało wprowadzone ograniczenie przedmiotowe dla odwołującego w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy), a z drugiej strony dla KIO, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy).

Mając na uwadze sformułowane w odwołaniu zarzuty ze wskazanym uzasadnieniem faktycznym i prawnym oraz określone żądania odwołującego, Izba uznała.

I. Ad 2. Naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy przez określenie kryterium oceny ofert w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia (Ogłoszenie o zamówieniu, pkt IV. 2.1) Kryteria udzielenia zamówienia, 2. Proponowany % kary za nienależytą realizację usług. Waga (znaczenie) 30%. W tym samym zakresie rozdz. XVIII Kryteria oceny ofert, pkt 2 SIWZ).

Przepis art. 91 ust. 2 ustawy określa kryteria oceny ofert – cenę i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności podając przykładowo: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. W ust. 3 tego przepisu ustawa zawiera zakaz określania kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Kwestia sporna sprowadza się do uznania, czy kryterium odnosi się do przedmiotu zamówienia, jako gwarancja należytego wykonania umowy i zabezpieczenia ewentualnych roszczeń względem wykonawcy, jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podnosząc charakter usługi oraz ogromny zakres i wielkość zamówienia (usługi o charakterze priorytetowym), a na rozprawie, że takie kryterium stosuje z dobrymi efektami od 2008 r. w postępowaniach o świadczenie usług porządkowych i wywóz odpadów wielkogabarytowych czy też nie, jak wskazał odwołujący.

W doktrynie i orzecznictwie szeroko omawiano kryteria oceny ofert w kontekście prawa krajowego, jak i unijnego. Przyjęto, że zamawiający decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert w zależności od swoich potrzeb, dostosowując ich wagę do uzyskania konkretnego zamówienia, najkorzystniejszego z jego punktu widzenia.

W wyroku z dnia 3 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 368/09 Izba orzekła, że zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalania kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszący się do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu.

W komentarzu do ustawy wskazano kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, takie jak cena, franszyza, limit sumy ubezpieczenia na jedno zdarzenie i udział w zysku zamawiającego (J.E. Nowicki, Ustalanie kryteriów oceny ofert, Zam. Pub. Dor. 2007, nr 8, str. 6), przedmiot zamówienia stanowiło zawarcie umowy ubezpieczenia i odpowiedzialności cywilnej – oprac. Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Stefan Babiaryz, Zbigniew Czarnik, Paweł Jana, Piotr Pełczyński, Wydanie 2, Wielkie Komentarze, Warszawa 2011, str. 499 (LexisNexis). Kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia mogą być warunki płatności (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 września 2008 r., sygn. akt IV Ca 689/08 (LexPolonica nr 2140289), warunki spłaty-kryterium oprocentowania (wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I Ca 88/07, ZPwO 2007, nr 2, poz. 103, czy termin płatności ceny – uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., sygn. akt III CZP 52/02, OSNC 2003, nr 6, poz. 79 (wskazany wyżej komentarz str. 499-500).

Z jednego z najnowszych opracowań Urzędu Zamówień Publicznych „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” pod redakcją Jacka Sadowego, Warszawa 2011 r., „3. Omówienie stosowania kryteriów oceny ofert w praktyce postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 3.1. Przedstawienie wyników konsultacji. Wybór opinii instytucji branżowych dotyczących zasad stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego” wynika, że Polska Izba Inżynierów Budownictwa przedstawiła akceptowane stanowisko, że „Kryteria oceny ofert, którymi zamawiający będzie posługiwał się przy wyborze oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą być ściśle powiązane z opisem przedmiotu zamówienia, ale równocześnie także z postanowieniami umowy, np. w zakresie kar umownych” (str. 33 opracowania).

Z przedstawionej w piśmiennictwie charakterystyki w zakresie kształtowania kryteriów wynika, że kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia; powinny być w miarę możliwości dokładnie opisane, nie jest wystarczające wskazanie nazwy kryterium, konieczne jest określenie w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium, jednocześnie powinien być podany do wiadomości wykonawców sposób

oceny ofert na podstawie danego kryterium, czyli konkretnie za co zamawiający będzie przyznawał punkty i w jakiej wysokości; sposób dokonywania oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów, co do zasady powinien nadawać się do wyrażenia przez wzór matematyczny, ocena w ramach kryteriów powinna być stopniowalna; musi istnieć zasada pozwalająca w sposób obiektywny wyrazić stopniowalną ocenę dokonywaną w ramach kryteriów punktowo; kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty. Innymi słowy – konkretnym cechom nabywanego dobra powinny być przypisane konkretne wartości punktowe; w ramach opisu każdego kryterium oceny ofert powinna znaleźć się informacja dla wykonawcy skąd zamawiający będzie czerpał dane niezbędne przy dokonywaniu oceny w ramach kryterium, a zatem powinna znaleźć się informacja o dokumentach bądź szczególnych elementach oferty, które będą brane pod uwagę w tym aspekcie” (Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Urząd Zamówień Publicznych, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011 r., str. 31-32).

Jako nietrafne kryterium pozacenowe wynikające z często przywoływanego w opracowaniach orzeczenia, to kryterium wskazane w wyroku ETS z dnia 27 października 2005 r. C-234/03 w sprawie Contse S.A. (kryterium odległości siedziby wykonawcy od miejsca realizacji zamówienia).

Izba nie znalazła podstaw, by odmówić słuszności stanowisku zamawiającego, że podobnie, jak często stosowanym kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia jest termin wykonania zamówienia, termin zapłaty czy gwarancja należytego wykonania umowy – gwarancja jakości (przy określeniu przez zamawiającego minimalnego oraz maksymalnego okresu dopuszczanej gwarancji), tak w przypadku usług, kara umowna, jako odnosząca się do realizacji przedmiotu zamówienia (przy określeniu również minimalnej i maksymalnej rozpiętości procentowej), może stanowić gwarancję należytego wykonania usług.

Zarzut odwołującego dotyczy kwestionowanego kryterium jako takiego, nie dotyczy aspektów jego stosowania, o których mowa wyżej. Na marginesie należy wskazać, że w SIWZ podano minimalne i maksymalne granice kary (rozpiętość procentowa), wzór matematyczny do ustalenia punktacji w ramach kryterium, przyjmując, że maksymalna liczba punktów wynosi 3, natomiast w kryterium ceny 7 punktów.

Odwołujący zarzucając brak odniesienia kryterium do przedmiotu zamówienia, podniósł na zakończenie uzasadnienia w pkt I odwołania oraz także na rozprawie, że kryterium odnosi się do właściwości wykonawcy, nie przedstawiając w tym zakresie uzasadnienia na tyle

przekonującego, by stanowiło ono podstawę uznania zarzutu za zasadny i stwierdzenia naruszenia wskazanego przepisu art. 91 ust. 2 ustawy.

Ad 3. W ocenie Izby, nie został naruszony przepis art. 151 ustawy przez wskazanie w SIWZ i wzorach umów (załączniki nr 7a i nr 7b do SIWZ) sposobu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że uprawnienie do zatrzymania 30% wysokości zabezpieczenia jest niezależne od rodzaju zamówienia i dotyczy dostaw, usług i robót budowlanych oraz wynika wprost z przepisu, którego treść nie zawiera wskazanego przez odwołującego ograniczenia. Zamawiający w rozdz. XIX pkt 2 SIWZ oraz § 15 załącznika nr 7a i § 4 załącznika nr 7b do SIWZ, zamieścił treść zgodną z przepisem, dodając na końcu punktu wyrazy „tj. po 12 m-cach” i to określenie, jak doprecyzował odwołujący na rozprawie, stanowiło podstawę sformułowania zarzutu. Kwestionowane określenie wskazuje minimalny okres rękojmi wynikający z przepisów Kodeksu cywilnego (art. 568 §) i nie narusza przywołanego w odwołaniu przepisu ustawy.

Ad 4. Zarzut dotyczący art. 82 ust. 2 i art. 14 ustawy w związku z art. 99 § 1 kc (kolejność i związek przepisów wskazany w odwołaniu). Przepis art. 82 ust. 2 ustawy stanowi o formie oferty – pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a art. 99 § 1 kc o formie pełnomocnictwa „jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie”. Definicja formy pisemnej wynika z przepisu art. 78 § 1 kc. Zgodnie z przepisem – do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zamawiający uzasadnił swoje stanowisko powołując się na doświadczenie w tym przedmiocie i stwierdził, że w skrajnych przypadkach może wystąpić potrzeba załączenia takiego pełnomocnictwa. Jednocześnie oświadczył, że własnoręczny oryginalny podpis mocodawcy na kopii pełnomocnictwa jest zachowaniem formy pisemnej. W ocenie Izby, zważywszy na treść art. 99 § 1 w zw. z art. 78 § 1 kc, trudno jest odmówić słuszności stanowisku zamawiającego.

Ad 5. Treść pkt 6 w rozdz. XI SIWZ odpowiada treści § 6 ust.1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazując wykonawcę jako osobę poświadczającą kopie dokumentów za zgodność z oryginałem, składanych w postępowaniu. O poświadczaniu kopii dokumentów za zgodność z oryginałem przez podmioty, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, stanowi przepis § 6 ust. 2 rozporządzenia.

Ad 6. W rozdz. XI pkt 8 SIWZ zamawiający w opisie sposobu przygotowania ofert zamieścił informację o odrzuceniu oferty („w tym przypadku oferta będzie odrzucona”), co zdaniem odwołującego stanowi naruszenie art. 89 ustawy, a w ocenie zamawiającego opis ten odnosi się do przesłanek ustawowych (zgodność oferty z przepisami ustawy).

Oceniając zarzuty, zdaniem Izby, należało uwzględnić przepis art. 36 ustawy, który określa minimalny zakres SIWZ. Z ust. 1 pkt 10 przepisu wynika, że SIWZ zawiera opis sposobu przygotowania ofert. W punkcie tym nie sprecyzowano jakie elementy ma zawierać opis, pozostawiając określenie zakresu zamawiającemu (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wydanie trzecie, pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 r., str. 173), z reguły są to opisy dotyczące czynności technicznych.

Podane w zarzucie przepisy – § 6 rozporządzenia i art. 89 ustawy określają obligatoryjne czynności wynikające z ich treści, w pierwszym przypadku dotyczące wykonawców, w drugim przypadku zamawiającego. Przepis art. 89 ust. 1 ustawy enumeratywnie wymienia przesłanki odrzucenia oferty i zobowiązuje zamawiającego do dokonania tej czynności na etapie badania i oceny ofert (bez możliwości jakiegokolwiek odstępstwa). Przepis § 6 ust. 1 rozporządzenia wskazuje, co do zasady, uprawnienia wykonawcy do poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem, a ust. 2 poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w ocenie Izby jest tożsame z pojęciem wykonawców, o których mowa w § 6 ust. 1) lub podmioty, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zarzut dotyczy braku wyrazów „lub te podmioty”. Uczestnicy postępowania zobowiązani są z mocy prawa do dokonania wskazanych czynności zgodnie z przepisami ustawy i rozporządzenia. W ocenie Izby, przepisy ustawy odnoszące się do SIWZ, wskazując wymagany zakres tego dokumentu, nie nakładają na zamawiającego obowiązku powielania w specyfikacji przepisów o charakterze zobowiązującym, wynikających czy to z ustawy czy z przepisów aktów wykonawczych, których stosowanie nie zależy od wyboru zamawiającego. Z powyższego wynika, że opisy, które nie naruszają regulacji minimalnego obligatoryjnego zakresu SIWZ wynikającego z art. 36 ustawy, nie stanowią naruszenia wskazanego w odwołaniu. Podstawę zarzutu odwołania stanowi wyłącznie naruszenie przepisu ustawy o charakterze zobowiązującym (art. 180 ust.1).

Omawiane opisy w SIWZ, dla przejrzystości i czytelności dokumentu, nie powinny zawierać treści (w ocenie składu orzekającego) zbędnych. Jednak wskazany opis nie stanowi naruszenia przepisów podanych w odwołaniu, w sposób, który może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy).

II. Ad 7. Przepisy, które zostały wskazane w odwołaniu i objęte zarzutami, dotyczące umów o

zamówienie publiczne – art. 14 i 139 ustawy (odsyłające w zakresie, w którym przepisy ustawy nie stanowią inaczej, do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego) oraz przepisy art. 353¹, art. 484 § 2, art. 58 § 1 i 2 oraz 5 Kodeksu cywilnego – na podstawie, których odwołujący wskazywał sprzeczność czynności z zasadą swobody umów oraz zasadami współżycia społecznego.

Wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania dotyczącego umów, nie znajduje uzasadnienia prawnego.

Rozpoznając zarzuty Izba miała na uwadze, że przepisy Kodeksu cywilnego doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 ustawy, które odsyłają do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następujących przepisów działu IV ustawy.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi, że SIWZ zawiera 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. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach.

Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (na podstawie wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Zarzuty wskazane w pkt 6 odwołania, lit. a-k dotyczą postanowień załącznika 7a do SIWZ, a zarzuty wskazane w pkt 7 lit. a-e odwołania dotyczą załącznika 7b do SIWZ (zarzuty pokrywające się z zarzutami z załącznika 7a).

Z uwagi na adekwatną treść zarzutów dotyczących załączników 7a i 7b, przedmiotem omówienia na rozprawie były postanowienia załącznika 7a, z odniesieniem się do załącznika 7b.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego -

pkt 6 lit. a-c, które stanowią regulacje porządkowe. Pkt 6 lit. a (§ 1 ust. 7 załącznika 7a) dotyczy aktualizowania listy pracowników wykonawcy wskazanych do świadczenia usługi (zamawiający żądał aktualizacji listy pracowników przekazanej w ciągu 7 dni od podpisania umowy co 6 miesięcy, odwołujący wniósł o zmianę – w ciągu 7 dni kalendarzowych, a częstotliwość uzależnił „w miarę zaistniałych potrzeb”).

Pkt 6 lit. c (§ 3 ust. 1 załącznika 7a i nadanie § 4 nowego brzmienia) - brak jest podstaw by uznano jako niewłaściwe opisane współdziałanie wykonawcy z kierownikami ADM-ów, w zakresie rozliczania pracy. W SIWZ przewidziano 7 odrębnych zadań, każde o powierzchni od kilkunastu do kilkudziesięciu tysięcy metrów kwadratowych, na które to zadania wykonawcy mogą składać odrębne oferty, w tym 6 ADM-ów, jako sześć zadań (powierzchnie zewnętrzne i wewnętrzne), siódme zadanie dotyczy budynku, w którym mieści się siedziba zamawiającego (powierzchnia wewnętrzna). Zarzut ten jest połączony z wnioskiem podanym w pkt 6 lit. f.

W ocenie Izby, ze względu na rodzaj i charakter usługi wymagającej bieżącego utrzymania porządku, brak jest podstaw, by uznać zasadność zarzutu i żądania odwołującego, co do uprawnienia zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku nieprzystąpienia do realizacji usługi przez wykonawcę w terminie do 3 dni od daty podpisania umowy, na jakimkolwiek obiekcie - pkt 6 lit. b (§ 2 ust. 2 zdanie 2 załącznika 7a).

W zakresie pkt 6 lit. d, zarówno w części podstawowej SIWZ rozdz. XXI „Informacja o możliwości dokonania zmiany zawartej umowy”, jak też w omawianym załączniku, zamawiający wprowadził możliwość zmniejszania zakresu usługi w związku z czynnikami, które opisał w specyfikacji (pkt 2 wskazanego rozdziału – obiektywne zmniejszenie zasobu komunalnego). Zatem, stosownie do zmniejszonego zakresu usługi, wynagrodzenie powinno odpowiadać wykonanemu zobowiązaniu przez wykonawcę. Żądanie ustalenia maksymalnego obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za sprzątnięcie powierzchni wewnętrznych do poziomu, który nie przekroczy 20% maksymalnej stawki miesięcznej netto ustalonej dla usługi (dodanie treści w do ust. 2 w § 3 załącznika 7a), może powodować obciążenie po stronie zamawiającego zapłaty za świadczenie, którego rozmiar nie odpowiada faktycznemu świadczeniu.

Pkt 6 lit. e – odwołujący odstąpił od zarzutu na rozprawie (§ 3 załącznika 7a).

Pkt 6 lit. f – odwołujący odstąpił od żądania powiadamiania w formie pisemnej (część § 4 załącznika 7a).

W pkt 6 lit. g odwołujący wnioskuje o ustanowienie innych wysokości kar umownych przy założeniu, że kary umowne nie stanowią kryterium oceny ofert (§ 5 załącznika 7a).

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 483 § 1 kc, kara umowna może być zastrzeżona w umowie wyłącznie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W stosunku zobowiązaniowym stanowiącym przedmiot umowy tylko

wykonawca zobowiązany jest do spełnienia świadczenia niepieniężnego, natomiast zamawiający spełnia świadczenie w formie pieniężnej.

Zastrzeżenie kar umownych na rzecz wykonawcy nie znajduje potwierdzenia w przepisach Kodeksu cywilnego.

Przepis art. 484 § 2 kc wskazywany w zarzucie odwołującego (jedyne przepisy o charakterze szczególnym odnośnie umów przywołany w zarzutach odwołania), dotyczy możliwości żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz kary umownej rażąco wygórowanej. Zarzut odwołującego, że kara umowna jest rażąco wygórowana nie został uzasadniony, bowiem na obecnym etapie postępowania zamawiający wskazał wyłącznie dolną i górną granicę wyrażoną w procentach, do zaferowania przez wykonawców. Przepis art. 484 § 1 kc stanowi, że w okolicznościach w nim określonych, kara przysługuje bez względu na wysokość poniesionej szkody. Zamawiający wprowadził zasady miarkowania kary, uzależniając ich zmniejszenie od świadczenia usługi.

W wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10 Izba orzekła, że: „Kara umowna obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 kc. Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyspieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależyte wykonał zobowiązanie, a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności (...). Aby kara umowa wywierała zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1431/08). Oceniając „dolegliwość” i adekwatność kary umownej, Izba miała na uwadze wpływ nienależytego wykonania zamówienia (...). Za niezasadne Izba uznała stanowisko odwołującego, który zarzuca naruszenie art. 484 kc przez ustalenie nadmiernych, nieadekwatnych do rodzaju naruszeń kar umownych. Art. 484 § 1 kc stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody, zatem sama wysokość poniesionej szkody nie ma znaczenia dla możliwości dochodzenia zapłaty kary umownej. Kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania, jej celem może być również skłonienie dłużnika do wykonania swego zobowiązania (funkcja prewencyjno-odszkodowawcza)”.

Odwołujący odstąpił od zarzutu sformułowanego w pkt 6 lit. h (§ 12 załącznika 7a).

Pkt 6 lit. i (§ 13 załącznika 7a) - należy podnieść, że co do zasady, umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są na czas oznaczony, z wyjątkami określonymi w ustawie, co ma świadczyć o trwałości nawiązanego stosunku zobowiązaniowego w określonym czasie.

Z art. 144 ust. 1 ustawy wynika, że możliwość dokonywania zmian umowy w zakresie tych elementów, które nie stanowią istotnych zmian, nie zostały ograniczone. Zakaz dotyczy jedynie zmian istotnych, z zastrzeżeniem odstępstwa od zakazu.

Przepis art. 750 kc stanowi, że do świadczenia usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Przepis art. 746 kc, stosowany w zw. z przepisem art. 750 kc, reguluje uprawnienia w zakresie wypowiedzenia umowy przez obie strony – dającego zlecenie i przyjmującego zlecenie (§ 1 i 2). Przepis § 3 wskazanego artykułu stanowi, że nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów. We wzorach umów, jak podniósł zamawiający, nie zawarto zrzeczenia się wskazanego uprawnienia. Zamieszczone w umowie odesłanie do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego w zakresie nie uregulowanym umową, jest zasadne oraz powszechnie stosowane. Należy również stwierdzić, że gdyby nie zamieszczono takiej regulacji, odesłanie o charakterze obligatoryjnym wynika wprost z przepisu art. 139 ust. 1 ustawy.

Odwołujący zaproponował zmianę § 13 załącznika 7a podając takie okoliczności, które, jak podnosił na rozprawie zamawiający, dezorganizują świadczenie usług porządkowych i zezwalają na ich niewykonywanie przez znaczny okres. Odwołujący wskazał po stronie zamawiającego okoliczności dotyczące przekazania mu „instrukcji w związku z jego wątpliwościami, istotnymi dla prawidłowego wykonania usług stanowiących przedmiot umowy”, a zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, instrukcja, o której mowa w odwołaniu, nie została opracowana w prowadzonym postępowaniu. Tak samo podważone zostało określenie dotyczące niewypłacalności zamawiającego (jednostka organizacyjna jednostki samorządu terytorialnego).

Pkt 6 lit. j, k (§ 16 załącznika 7a).

Waloryzacja wynagrodzenia została przewidziana w rozdz. XXI pkt 1 specyfikacji „Informacja o możliwości dokonania zmiany zawartej umowy”. W tej części zamawiający uregulował kwestię, zastrzegając możliwość podwyższenia miesięcznego wynagrodzenia przez strony, o nie więcej niż wskaźnik inflacji za rok miniony, określony w ogłoszeniu Prezesa GUS na warunkach negocjacji, wskazując pierwszą zmianę od 1 stycznia 2013 r. Tę samą treść zamawiający powtórzył w § 16 ust. 2 załącznika nr 7a i odpowiednio w załączniku 7b w § 9 ust. 2.

Brak jest podstaw do uznania, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania waloryzacji wynagrodzenia o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia ustalany przez Komisję

Trójstronną lub Radę Ministrów. Na rozprawie odwołujący wyjaśnił, że minimalne wynagrodzenie odnosi się do wynagrodzenia należnego z tytułu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy.

Zamawiający zasadnie podniósł na rozprawie, że wykonawca powinien tak ustalić wynagrodzenie podane w ofercie, by uwzględniało wszystkie jego koszty z tytułu świadczenia usługi, w tym koszty dotyczące zatrudnianych osób. W specyfikacji nie zawarto wymogu by wykonawca zatrudnił osoby do świadczenia usług, na podstawie stosunku pracy. W ocenie Izby nie jest zasadne zamieszczanie w umowie treści art. 144 ust. 1 ustawy, co do zmiany umowy w zakresie zmian nieistotnych, gdyż przepis nie dotyczy takich zmian. Wskazany przepis stanowi zakaz wprowadzania istotnych zmian umowy, z zastrzeżeniem, że zmiany istotne też są dopuszczalne, o ile zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu lub specyfikacji oraz określił warunki zmiany (zmiany zostały wskazane w SIWZ i załącznikach 7a i 7b – rozdz. XXI, § 16 i § 9).

Brak w umowie regulacji dotyczących zmiany stawki podatku od towarów i usług. Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, prezentowanym na rozprawie (na podstawie opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych), zmiana stawki VAT, jako niestanowiąca istotnych postanowień umownych, nie jest objęta zakazem dokonywania zmian, o których mowa w art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z opinią cyt. „zmiana stawki podatku VAT jest zdarzeniem zewnętrznym niezależnym od woli stron umowy. Przy tym dotyczy ona w równym stopniu wszystkich podmiotów będących podatnikami tego podatku. Zmiana stawki podatku VAT może zatem stanowić obiektywnie uzasadnioną przyczynę zmiany wynagrodzenia ustalonego pierwotnie w umowie. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż zmiana wynagrodzenia (ceny) z uwagi na zmianę stawki podatku VAT może być w określonych warunkach faktycznych uznana za zmianę nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy PZP” (www.uzp.gov.pl opinie prawne).

Wyżej omówione ustalenia dotyczą również odpowiednio załącznika nr 7b do SIWZ (na rozprawie cofnięto w pkt 7 lit. c ppkt 2 – odwołanie, str. 6 – dotyczy trzech protokołów odbioru z okresu jednego miesiąca kalendarzowego).

Podnieść należy, że zdaniem Izby, zarzuty dotyczące naruszenia art. 353¹ kc – zasady swobody umów, obowiązującej w powszechnym obrocie gospodarczym, zasad wynikających z treści art. 5 kc – nadużycie prawa podmiotowego wobec czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego, czy treści art. 58 § 1 i 2 kc, podlegają ocenie w kontekście wykazania przez odwołującego naruszenia konkretnego przepisu ustawy (ustaw do których odsyła ustawa Pzp) przez czynność bądź zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, co jak wskazano na wstępie wynika z przepisu art. 180

ust. 1 ustawy).

Odnosnie odwołania w zakresie zarzutów i żądań odwołującego dotyczących zaproponowanych zmian we wzorach umów, zamawiający podniósł i potwierdził na rozprawie, że żądania odwołującego wywodzące się z zasady swobody umów, w sposób nieuzasadniony preferowałyby potencjalnych usługodawców (wykonawców).

Izba uznała za przekonujące stanowisko zamawiającego, że uwzględnienie żądania usunięcia niektórych postanowień projektu umowy i ich radykalnej zmiany, spowoduje pozbawienie zamawiającego możliwości kontroli w zakresie wykonania zamówienia, przestrzegania realizacji harmonogramu, a przede wszystkim stwierdzenia przypadków niewykonania umowy. Kary umowne (w ocenie zamawiającego, jako skuteczny instrument służący uzyskaniu oczekiwanego poziomu i jakości świadczonych usług), ustanawiane są na rzecz zamawiającego, zaś na rzecz wykonawcy przepisy Kodeksu cywilnego wskazują ustawowe odsetki. Stąd, zmiany proponowane przez odwołującego wywodzące się z zasady swobody umów, bez wskazania naruszenia przepisów zobowiązujących zamawiającego do konkretnych czynności w zakresie umów, nie znajdują podstaw do ich akceptacji.

Ad 1. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców - stanowi konsekwencję naruszenia przepisu dotyczącego czynności lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na rzecz jednych wykonawców kosztem innych. Udowodnione naruszenie przepisu wskazuje w konsekwencji na naruszenie zasady art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby zasługuje na aprobatę stanowisko prezentowane w orzecznictwie, w tym w wyroku Izby z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt KIO 1925/10, cyt. „w ocenie Izby naruszenie przez zamawiającego art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy (...) nie ma wpływu na wynik postępowania”.

Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem przepisu ust. 2 tego artykułu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku sprawy i zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając koszty zamawiającego na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków, związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę Izby w kwocie 454 zł 50 gr.

Przewodniczący: