

Sygn. akt: KIO 448/13

**WYROK**

**z dnia 13 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Marzena Teresa Ordysińska**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2013 r. przez wykonawcę

**Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gminę Miasto Lębork ul. Armii Krajowej 14, 84-300 Lębork**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Lębork prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Budowa elektrociepłowni opalanej biomasą jako podstawowego źródła ciepła w systemie ciepłowniczym miasta Lęborka”*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego postępowanie zostało wszczęte 21 lutego 2013 r. poprzez zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na tablicy i stronie internetowej zamawiającego. Tego samego dnia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2013/S 037 058465.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 marca 2013 r. odwołujący – Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe określenie przedmiotu zamówienia ze względu :

a) nałożenie na wykonawcę obowiązku przygotowania kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiaru robót opracowanego dla każdej branży, co narusza nakaz optymalizacji wymogów stawianych wykonawcom przez pryzmat wymogów przedmiotu zamówienia, z uwagi na to, że elementy te pozostają zbędne w ramach modelu realizacji zamówienia zaprojektuj i zabuduj;

b) nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania wymaganych decyzji, opinii, sprawdzeń, uzgodnień i zatwierdzeń wymaganych przepisami prawa oraz innych wymaganych do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę poprzez brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, która wyklucza możliwości oszacowania terminu uzyskania pozwolenia na budowę, a także uniemożliwia ustalenie zakresu oferty i w konsekwencji uprawnia do składania ofert o nieporównywalnych zakresach;

c) nałożenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia wszelkich materiałów eksploatacyjnych do rozruchu przedmiotu zamówienia, co stanowi obejście przepisów o udzielaniu zamówień na dostawę tego rodzaju elementów;

- d) nałożenie na wykonawcę obowiązku przebudowy połączenia wjazdu na teren z ulicą i wybudowanie ogrodzenia z bramą wjazdową i furtki wejściowej na teren Zakładu Przerobu Drewna Lasów Państwowych, co stanowi świadczenie na rzecz podmiotu trzeciego innego niż zamawiający, a dodatkowo brakuje dokumentacji wskazującej na dysponowanie przez zamawiającego zgodą podmiotu trzeciego na wejście na teren, rozbiórkę dotychczasowego ogrodzenia oraz montaż nowego;
- e) brak ustalenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jaki sposób dojdzie do rozliczenia energii wyprodukowanej przez elektrociepłownię w procedurze rozruchu, skoro rozruch następował będzie po podłączeniu obiektu do sieci ciepłej i elektrycznej;
- f) nałożenie na wykonawcę pozbawionego precyzji obowiązku uzyskania wszelkich zaświadczeń, zezwoleń, koncesji, zgód, zatwierdzeń i spełnienia wymogów wszelkich władz i organów administracji, podczas gdy istotą specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jednoznaczne i precyzyjne określenie obowiązków, jakie obciążają wykonawcę, w istocie nie wiadomo, jakiego rodzaju dokumenty wykonawca ma uzyskiwać;
- g) wymaganie od wykonawcy przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę w terminie 26 tygodni od dnia podpisania umowy, co, biorąc pod uwagę możliwość wydawania samej decyzji o pozwoleniu na budowę przez 65 dni oraz uwzględniając konieczność poprzedzenia tej procedury postępowaniem w sprawie oceny oddziaływania na środowisko oznacza, że faktyczne prace projektowe mają być zakończone w okresie krótszym niż 16 tygodni, co powinno być oceniane w kategoriach świadczenia niemożliwego;
- h) umożliwienie ustalenia z wybranym wykonawcą poza procedurą zamówienia publicznego harmonogramu płatności, co ma przełożenie na uzyskiwane finansowanie zewnętrzne kontraktu i tym samym na poziom oferty i narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania poprzez dopuszczenie do niejawnych negocjacji harmonogramu rzeczowo-finansowego;
- i) brak opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego, w szczególności w drodze zaniechania określenia ilości wizyt w zadanym przedziale czasu, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulację treścią oferty w tej części;
- j) brak opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu oraz ponoszenia kosztów tego serwisu, w szczególności poprzez brak wyszczególnienia rodzajów części, jakie będą podlegały wymianie i serwisowaniu i określeniu zakresu tego serwisu, a także braku uwzględnienia zamówienia usługi w ramach przedmiotu zamówienia i braku wskazania stosownych kodów CPV, co wyklucza możliwość prawidłowego zbudowania oferty i dopuszcza różnorodne interpretacje zakresu tego obowiązku i umożliwia manipulację treścią oferty w tej części:

k) brak należytego opisu sposobu przeprowadzenia wizji w terenie – czy wykonawcy mają wizję tę przeprowadzać samodzielnie i w jaki sposób wejść na teren przyszłej inwestycji, czy też zamawiający planuje zorganizowanie tej wizji;

l) brak należytego opisu warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej i elektrycznej, co oznacza, że wykonawcy nie wiedzą, na jakich warunkach obiekt będzie przyłączany do sieci ciepłowniczej oraz elektrycznej i nie wiedzą, na jakich warunkach następować będzie rozruch, co oznacza, że nie znają istotnych elementów przedmiotu zamówienia, bowiem od pomyślnego rozruchu zależy odbiór prac i brak kar umownych;

m) oczekiwanie od wykonawców wskazania punktowych bardzo precyzyjnych danych dotyczących oferowanych elementów obiektu oraz obwarowanie ich rygorystycznymi karami umownymi, podczas gdy obecnie wykonawcy nie dysponują projektem budowlanym;

n) oczekiwanie od wykonawców przygotowania analizy hydraulicznej miejskiej sieci ciepłowniczej bez zapewnienia im prawa dostępu do dokumentacji i infrastruktury znajdującej się w gestii Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. (MPEC);

o) brak ustalenia warunków poboru wody i warunków przyłącza do sieci MPEC, co oznacza, że podstawowy dla realizacji inwestycji element, jakim jest lokalizacja przyłącza oraz jego parametry nie zostały w ogóle przez zamawiającego opisane;

p) brak dysponowania przez zamawiającego prawem do terenu przeznaczonego pod realizację budowy, na co wskazuje program funkcjonalno-użytkowy (PFU), co wpływa na możliwość realizacji zamierzenia oraz terminowe przekazanie wykonawcy dokumentów niezbędnych do wystąpienia o pozwolenie na budowę;

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając charakter przedmiotu zamówienia oraz jego skalę, a przede wszystkim to, że stanowić on ma jedną z niewielu instalacji tego rodzaju w Polsce, brakuje przesłanek uprawniających zamawiającego do ustalania tak wysokich progów wymagań wobec osób mających funkcjonować w trakcie realizacji zamówienia. W szczególności wymóg dysponowania przez kierowników: budowy, robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń oraz robót w specjalności instalacji w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń z doświadczeniem w budowie obiektów posiadających bloki kogeneracyjne, co skutkuje zamkniętym i wąskim kręgiem osób spełniających wymogi zamawiającego.

Technologia wybrana przez zamawiającego nie wymaga żadnych dodatkowych umiejętności, uprawnień lub zdolności, których nie posiadaliby inżynierowie funkcjonujący w powyższych branżach. Również urządzenia pracujące w technologii ORC zwyczajowo montowane są przez producentów i przez te same podmioty są serwisowane. Uprawnienia budowlane nadawane są w nawiązaniu do potrzeb i procesu budowlanego, stąd montaż urządzeń technologicznych nie wymaga posiadania żadnych uprawnień przewidzianych Prawem budowlanym;

3) art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 §1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nałożenie na wykonawcę ewentualnego obowiązku pozyskiwania nieruchomości, tak należy bowiem oceniać obowiązek uzgodnienia kształtu zjazdu na drogę publiczną w ramach realizacji ogrodzenia dla Lasów Państwowych w przypadku wystąpienia takiej konieczności;

4) art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 §1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 1 ust. 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę jako czyn nieuczciwej konkurencji poprzez ustalenie warunków realizacji przedsięwzięcia w sposób naruszający naturę umowy o roboty budowlane, dzieło, zlecenie, dostawy oraz zasady współżycia społecznego w części, w jakiej specyfikacja istotnych warunków zamówienia i wzór umowy:

a) nie określają jednoznacznych i jasnych kryteriów warunkujących odbiór końcowy i częściowy inwestycji, przez co wykonawca nie dysponuje wiedzą o tym, kiedy dojdzie do odbioru końcowego oraz nie będzie w stanie ustalić, czy uzyskał wszystkie zatwierdzenia i spełnił wszystkie wymagania wszelkich władz;

b) nakazują wykonawcy przebudowę nieruchomości (wjazd) i urządzeń (ogrodzenie, brama wjazdowa, furtka) na nieruchomości podmiotu trzeciego;

c) nakazują wykonawcy wykonanie kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiaru robót, podczas gdy opracowania te pozostają zbędne w przypadku realizacji zamówienia w trybie zaprojektuj i zabuduj;

d) obciążają wykonawcę dostawą wody, energii elektrycznej i odprowadzania ścieków dla potrzeb rozruchu obiektu, która to czynność nastąpi po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie i stanowić będzie rozpoczęcie funkcjonowania gotowego formalnie i faktycznie obiektu;

e) uprawniają zamawiającego do ustalenia rażąco krótkiego 7-dniowego terminu usunięcia wad w dokumentacji projektowej, podczas gdy skala obiektu wyklucza tak krótkie terminy usunięcia usterek dokumentacji. Dokumentacja projektowa dotyczy obiektu o dużych rozmiarach, skomplikowanego i zamknięta zostanie w wielu tomach rysunków i uzgodnień. Pozostaje niemożliwym do wykonania usunięcie wad w takiej dokumentacji w terminie 7 dni

od dnia jej przekazania, tym bardziej, że w tym czasie projektanci mogą przygotowywać kolejne opracowania (np. projekt wykonawczy po budowlanym);

f) uprawniają zamawiającego po upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wad dokumentacji do odmowy przyjęcia od wykonawcy materiału z usuniętymi wadami oraz zlecenia ich usunięcia osobie trzeciej pomimo tego, że wykonawca oferuje poprawiony materiał. W istocie zatem dochodzi do sytuacji, w której wady zostały przez wykonawcę usunięte, choć z opóźnieniem, a zamawiający odmawia ich odebrania i poleca wykonać tę samą pracę raz jeszcze, tyle że osobie trzeciej;

g) zobowiązują wykonawcę do ustalenia z podmiotem trzecim zasad i warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej, co oznacza, że wykonawcy nie wiedzą, na jakich warunkach obiekt będzie przyłączany do sieci ciepłowniczej i nie wiedzą, na jakich warunkach następować będzie rozruch, co oznacza, że nie znają istotnych elementów przedmiotu zamówienia, bowiem od pomyślnego rozruchu zależy odbiór prac i brak kar umownych;

h) przyznania zamawiającemu prawa do odstąpienia od całości umowy z uwagi na brak przedłużenia ważności polis ubezpieczeniowych. Rozwiązanie to nie koreluje z istotą kontraktu i powagą zamówienia. Skutek odstąpienia od umowy ma tak dalekosiężne konsekwencje, że powinien być unikany, nie służy bowiem ani zamawiającemu, ani wykonawcy. Stąd zasadną jest modyfikacja tego zapisu i odebranie prawa do odstąpienia od umowy w zamian za przyznanie prawa do przedłużenia ubezpieczeń na koszt i ryzyko wykonawcy;

i) przyznania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do domagania się wykonania nieokreślonych, a więc wszelkich prób lub badań bez ustalenia, kto pokrywa koszt tych badań;

j) przyznania inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do żądania naprawy (ponownego wykonania) prac wykonanych wadliwie w określonym terminie bez najmniejszego dookreślenia tego terminu, choćby słowem „odpowiednim”. Zapis powyższy stwarza zagrożenie ustalenia terminu w sposób arbitralny i nieuwzględniający warunków technicznych związanych z wykonaniem prac i oznacza w istocie uzyskanie przez zamawiającego kompletnej władzy nad wykonawcą, w tym ustalenie nawet jednodniowego terminu. Zapis nie przewiduje bowiem choćby tego, aby termin wskazany przez zamawiającego był terminem odpowiednim do charakteru wady;

k) brak stopniowości kar umownych naliczanych z tytułu opóźnienia w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi choćby poprzez odwołanie do ich znaczenia i wpływu na funkcjonowanie obiektu, co oznacza, że za zasadniczo różne wady, jak np. łuszcząca się farba oraz wada istotna, skutkująca wyłączeniem obiektu z użycia, wykonawca będzie potencjalnie zobowiązany zapłacić karę umowną w tej samej wysokości pomimo

nieproporcjonalności tych naruszeń żądać wysokości 10.000 zł kary za jeden dzień. Taka kara – adekwatna w stosunku do dużych awarii – będzie rażąco wygórowana w przypadku niewielkich usterek;

l) ustalenie dwóch kar umownych za to samo zdarzenie, tj. za niedotrzymanie wielkości gwarantowanej oraz wielkości jednego lub więcej deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych, podczas gdy umowa w żadnym punkcie nie rozróżnia tych parametrów, tak jak czyni to dla potrzeb kar umownych, co oznacza, że w istocie zawsze dojdzie do zbiegu kar. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie różnicuje wskaźników podawanych przez wykonawców. Nie precyzje w szczególności wielkości gwarantowanych, których niedotrzymanie nie stanowi powodu do odmowy odbioru przedmiotu umowy oraz deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych. Oba te terminy dotyczą tych samych informacji przedstawionych w załączniku nr 12 do umowy, a treść §11 ust. 3 umowy jednoznacznie mówi o tym, że muszą być uzyskane wszystkie parametry wskazane w tym załączniku. Regule tej zarzucić należy również brak stopniowalności, przewiduje bowiem karanie w wysokości 5 mln złotych już za uchybienie jednemu parametrowi, przy czym kwota nie wzrasta w przypadku większej liczby niedotrzymanych parametrów. W istocie w lepszej sytuacji jest ten wykonawca, który uchybi 5 parametrom niż ten, który uchybi jednemu. Podmiot pierwszy zapłaci 1 mln za każdy parametr, a podmiot drugi 5 mln;

m) braku proporcji w ustalonych karach umownych nałożonych na wykonawcę i zamawiającego, gdyż za opóźnienie w wykonaniu umowy wykonawca zapłaci karę w wysokości 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia, przy czym za opóźnienie w przekazaniu placu budowy zamawiający zapłaci karę umowną w wysokości 10.000 zł za każdy tydzień – w interesie zamawiającego jest więc opóźnić przekazanie placu budowy i tym samym spowodować opóźnienie wykonawcy, bo wzajemne rozliczenie kar umownych z tytułu opóźnień przyniesie zamawiającemu 60.000 zł za każdy tydzień;

n) przyznania zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w jej wykonaniu przekraczającego 30 dni i pominięcia okoliczności będących przyczyną opóźnienia w tym długotrwałości działań administracji oraz braku współpracy ze strony zamawiającego;

o) przyznania zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku braku przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy bez obwarowania możliwości skorzystania z tego prawa wcześniejszym wzywaniem wykonawcy do przedłużenia ważności;

p) pominięcia w ramach rozliczania na wypadek odstąpienia tych materiałów i urządzeń, które zostały zamówione i opłacone (choćby w części), ale jeszcze nie dostarczone na plac



budowy, podczas gdy zamawianie urządzeń dedykowanych obiektom następuje ze znacznym wyprzedzeniem i wymaga stosownego opłacenia;

q) obciążenia wykonawcy kosztem usunięcia usterek lub wady albo dokonania przebudowy obiektu w przypadku negatywnego pomiaru osiągania parametrów gwarantowanych, co oznacza przerzucenie na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za sposób użytkowania obiektu przez zamawiającego. Pełną pieczę nad zakładem ma zamawiający, który samodzielnie i w oparciu o własne decyzje wpływa na sposób eksploatacji obiektu. Decyzje te mogą skutkować pogorszeniem pracy obiektu i jego urządzeń, a nawet ich zniszczeniem. Literalna treść umowy takich okoliczności nie uwzględnia obciążając wykonawcę koniecznością zapewnienia stosownych parametrów obiektu przez okres 36 miesięcy i bez względu na przyczyny ich obniżenia. O ile zatem spadek możliwości obiektu będzie wynikiem zaniedbania, zaniechania lub niedbałości albo winy umyślnej zamawiającego, wykonawca nie powinien być obciążany kosztem naprawy tego rodzaju wad lub usterek;

r) braku prawa do zmiany terminu wykonania umowy w przypadku, gdy opóźnienie w realizacji prac będzie wynikiem przyczyn dotyczących zamawiającego. Z opóźnieniem mamy do czynienia w przypadku uchybienia terminowi również z przyczyn, za które uchybiający nie odpowiada. Ustalenie kary umownej płatnej z tytułu okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada, stanowi naruszenie istoty kary umownej opisanej w art. 483 §1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem kara umowna służyć może jedynie w przypadku zawinionego przez dłużnika niewykonania zobowiązania. Nie ma powodu dla tak rygorystycznie określonych kar umownych, a bieżąca kontrola realizacji umowy pozwala na natychmiastową reakcję w przypadku błędów w toku budowy. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów narzucanie uciążliwych warunków umownych przynoszących nieuzasadnione korzyści definiowane jest jako nadużywanie pozycji dominującej i czynność naruszająca konkurencję.

Zamawiający oczekuje wskazania dziennej daty zakończenia robót. Uwzględniając przy tym zakres prac, rozmiar obiektu oraz, że zamawiający nie dysponuje prawem do terenu, brakuje informacji o konieczności przeprowadzenia postępowań środowiskowych, niezbędne jest udzielenie wykonawcy zwolnienia od zapłaty kar umownych wynikających z tego rodzaju konstrukcji. Obecnie umowa w ogóle nie przewiduje zmiany daty realizacji zamówienia z przyczyn dotyczących zamawiającego i przewiduje karanie wykonawcy za opóźnienie w realizacji umowy. Wykluczenie powyższych sytuacji może polegać w szczególności na zastąpieniu terminu opóźnienie terminem zwłoka lub innym doprecyzowaniem ustaleń umownych. Głównym założeniem powinno być jednak to, aby przyczyny dotyczące zamawiającego i uniemożliwiające pracę wykonawcy bezpośrednio przekładały się na terminy realizacji prac wyznaczone wykonawcy. W chwili obecnej bowiem w skrajnej sytuacji braku współpracy ze strony zamawiającego, konsekwencje z tego powodu poniesie

wykonawca, to on popadnie bowiem w opóźnienie w realizacji kontraktu. Ze względu na posłużenie się terminem „opóźnienie” pozbawione znaczenia będzie to, że przyczyną uchybienia terminowi będzie działanie zamawiającego.

Wprowadzone przez zamawiającego ustalenia powinny być badane także przez pryzmat art. 304 Kodeksu karnego, który penalizuje wyzyskiwanie położenia innej osoby poprzez nałożenie na nią świadczenia niewspółmiernego. Bezdyskusyjnym jest natomiast, że umowa o realizację zamówienia publicznego realizowana jest w trybie adhezyjnym, stąd wykonawcy nie mają pełnej możliwości korygowania ustalonych przez zamawiającego reguł.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie następujących zmian:

1. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu:

- 1) skreślenie obowiązku przygotowania kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiaru robót opracowanego dla każdej branży;
- 2) dookreślenie w sposób jednoznaczny, jakiego rodzaju dokumentację wykonawca ma uzyskać dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia;
- 3) skreślenie obowiązku wybudowania ogrodzenia oraz furki wejściowej na teren Zakładu Przerobu Drewna Lasów Państwowych;
- 4) dookreślenie sposobu rozliczenia energii wyprodukowanej przez elektrociepłownię w procedurze rozruchu;
- 5) doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego;
- 6) doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu poprzez wyszczególnienia rodzajów części, jakie będą podlegały wymianie i serwisowaniu, określeniu zakresu tego serwisu;
- 7) wydłużenie czasu na niezbędnego na przygotowanie dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę w sposób czyniący realnym ich przedstawienie z uwzględnieniem czasu, jaki zajmują procedury zatwierdzania dokumentacji projektowej i oceny oddziaływania na środowisko;
- 8) ustalenie obowiązku przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego razem z ofertą i wykluczenia możliwości negocjowania tego dokumentu;
- 9) doprecyzowanie zapisów dotyczących sposobu przeprowadzenia wizji w terenie;
- 10) doprecyzowanie warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej poprzez przedstawienie przez zamawiającego stosownych warunków przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej oraz ciepłowniczej;

- 11) odstąpienie od wskazywania przez wykonawców punktowych precyzyjnych danych dotyczących oferowanego obiektu i porzucenie na podaniu kryteriów oceny ofert;
  - 12) zapewnienie wykonawcom prawa dostępu do dokumentacji miejskiej sieci ciepłowniczej celem umożliwienia wykonania jej analizy hydraulicznej;
  - 13) przedstawienie przez zamawiającego prawa do terenu umożliwiającego realizację inwestycji;
  - 14) odstąpienie od wymogu posiadania przez osoby wskazywane przez wykonawcę doświadczenia w budowie obiektu wykorzystującego system ORC;
2. we wzorze umowy:
- 1) ustalenie jednoznacznych i jasnych kryteriów warunkujących odbiór końcowy inwestycji przez wskazanie decyzji, jakie należy uzyskać dla jego skutecznego przeprowadzenia;
  - 2) odstąpienie od przebudowy nieruchomości (wjazd) i urządzeń (ogrodzenie, brama wjazdowa, furtka) podmiotu trzeciego;
  - 3) odstąpienie od obowiązku wykonania kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i przedmiaru robót;
  - 4) obciążenie zamawiającego dostawą wody, energii elektrycznej i odprowadzania ścieków oraz dostawy biomasy dla potrzeb rozruchu obiektu;
  - 5) wydłużenie do 21 dni 7-dniowego terminu usunięcia wad w dokumentacji projektowej;
  - 6) usunięcie prawa zamawiającego do odmowy, po upływie wyznaczonego terminu na usunięcie wad dokumentacji, przyjęcia od wykonawcy materiału z usuniętymi wadami oraz zlecenia ich usunięcia osobie trzeciej, pomimo tego, że wykonawca oferuje poprawiony materiał;
  - 7) wskazanie przez zamawiającego warunków korzystania z mediów, prowadzenia prac, prób i rozruchu oraz włączania obiektu do sieci ciepłowniczej;
  - 8) zamianę prawa do odstąpienia od całości umowy z uwagi na nieprzedłużenie ważności polis ubezpieczeniowych na prawo zamawiającego do samodzielnego przedłużenia ich ważności na koszt wykonawcy;
  - 9) odebranie inspektorowi nadzoru inwestorskiego prawa do domagania się wykonania nieokreślonych, a więc wszelkich prób lub badań alternatywnie na wskazanie, że badania te będą wykonywane na koszt zamawiającego;
  - 10) doprecyzowanie prawa inspektora nadzoru inwestorskiego do żądania naprawy (ponownego wykonania) prac wykonanych wadliwie poprzez wskazanie, że termin ustalony przez inspektora będzie terminem odpowiednim, nie krótszym niż 30 dni lub ustalonym każdorazowo i odpowiednio do poziomu skomplikowania prac;
  - 11) ustalenie stopniowości kar umownych naliczanych z tytułu opóźnienia w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi poprzez odwołanie do ich znaczenia i wpływu na funkcjonowanie obiektu i takie ich ukształtowanie, aby za opóźnienie w usunięciu wad nie

wpływających na funkcjonalność obiektu kara była mniejsza, a za opóźnienie w usunięciu wad wpływających na funkcjonalność była większa;

12) usunięcie jednej z dwóch kar umownych przewidzianych za to samo zdarzenie tj. za niedotrzymanie wielkości gwarantowanej oraz wielkości jednego lub więcej deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych;

13) zwiększenie kary umownej płatnej przez zamawiającego na wypadek opóźnienia w przekazaniu placu budowy do wartości wyrównującej wysokość kary nałożonej na wykonawcę za opóźnienie w realizacji zamówienia;

14) wykluczenie prawa do odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w jej wykonaniu przekraczającego 30 dni w sytuacji, gdy przyczyną tego będą okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada, a w szczególności długotrwałość działań administracji oraz braki współpracy ze strony zamawiającego;

15) obwarowanie przyznanego zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy w przypadku braku przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy koniecznością uprzedniego wezwania wykonawcy do przedłużenia ważności zabezpieczenia w ustalonym przez zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni terminie;

16) wprowadzenie obowiązku rozliczenia, na wypadek odstąpienia od umowy, również tych materiałów i urządzeń, które zostały zamówione i opłacone (choćby w części), ale jeszcze nie dostarczone na plac budowy;

17) zwolnienie wykonawcy od ponoszenia kosztów usunięcia usterek lub wad albo dokonania przebudowy obiektu w przypadku negatywnego pomiaru osiągania parametrów gwarantowanych, o ile efekt ten będzie wynikiem przyczyn dotyczących zamawiającego, w tym niewłaściwej eksploatacji obiektu przez zamawiającego;

18) udzielenie wykonawcy prawa do zmiany terminu wykonania umowy w przypadku, gdy przyczyną opóźnienia w realizacji prac będzie działanie zamawiającego; a także zasądzenia od zamawiającego zwrotu kosztów wywołanych odwołaniem.

W odpowiedzi zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie i przed rozprawą dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pozostałym zakresie wniosł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający wskazał, że:

Ad. 1a) Kosztorys inwestorski i przedmiar robót nie są zbędną dokumentacją, gdyż są potrzebne zamawiającemu do kontrolowania prawidłowości realizowanych robót. Ponadto w sytuacji, gdy zająd przesłanki rozwiązania umowy w trakcie realizacji zadania po wykonaniu i odebraniu projektu zamawiający będzie kontynuował realizację inwestycji i wówczas kosztorys inwestorski i przedmiar są dokumentami niezbędnymi. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót jest uszczegółowieniem zbioru wymagań, które są

niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Dokument ten będzie podstawą prac odbiorowych, a jego uściślenia będą wiązały inspektora i wykonawcę w zakresie wymaganych procedur i prób. W nim zostaną zawarte uszczegółowienia, o które wykonawca wnioskuje w dalszych punktach odwołania. Jest to jeden z podstawowych dokumentów przewidywanych w programie funkcjonalno-użytkowym (PFU) do przeprowadzania kontroli jakości i badań robót, dostaw i sprzętu.

Ad. 1b) Odwołujący przyjął błędnie, iż budowa elektrociepłowni jest obiektem mogącym potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, co mogłoby znacząco wydłużyć procedurę uzyskiwania pozwolenia na budowę. Na podstawie § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko inwestycja nie kwalifikuje się do przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko (dot. elektrociepłowni o mocy nie mniejszej niż 25 MW). Przedmiotowa elektrociepłownia ma zostać zaprojektowana jako jednostka o mocy 5,4 MWt i 1,24 MWe. Stąd wynika, iż planowane przedsięwzięcie nie będzie kwalifikowało się do sporządzenia raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. Brak też jest podstaw do przeprowadzania postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia. Nie będzie konieczne również przeprowadzanie procedur udostępniania społeczeństwu informacji o środowisku. W związku z tym specyfikacja istotnych warunków zamówienia mówi tylko o obowiązku uzyskania wymaganych prawem decyzji, opinii, sprawdzeń, uzgodnień, które są określone Prawem budowlanym i są niezbędne dla uzyskania pozwolenia na budowę. Zamawiający oczekuje od wykonawcy spełnienia m.in. warunku doświadczenia w tego typu procedurze w ciągu ostatnich trzech lat, a uwarunkowania prawne w tym zakresie nie uległy zmianie. Tym samym zakres zamówienia i termin realizacji prac projektowych jest porównywalny dla wykonawców dysponujących doświadczeniem.

Ad. 1c) Zamawiający oczekuje, że wykonawca przygotowuje i przeprowadzi rozruch w jak najkrótszym czasie. Chodzi o rozruch przed dokonaniem odbioru inwestycji. Dochody z wytworzenia energii elektrycznej i ciepłej wynikające z rozruchu będą stanowiły dochód wykonawcy, wszelkie koszty winny być kosztami wykonawcy. Gdy zamawiający ponosić będzie koszty eksploatacyjne, wykonawca nie będzie dyscyplinowany do jak najszybszego zakończenia rozruchu elektrociepłowni. Sprawne przeprowadzenie rozruchu dla firmy posiadającej doświadczenie w realizacji podobnych przedsięwzięć powinno wiązać się z krótszym okresem, a tym samym szybkim zejściem z terenu budowy. Z tą chwilą zakończy się ostateczne rozliczenie kosztów związanych z realizacją zadania (nie uwzględniając kosztów serwisowania i usuwania usterek, które wynikną w trakcie eksploatacji obiektu). Po

odbiorze końcowym i przyjęciu inwestycji zamawiający dokona rozruchu elektrociepłowni swoim kosztem i staraniem.

Ad. 1d) Realizacja inwestycji wiąże się z koniecznością usprawnienia przebudowy wjazdu i wyjazdu dużych samochodów z transportem biomasy na drogę publiczną. Zmiana geometrii wjazdu powoduje, iż zachodzi konieczność przejęcia części sąsiedniej działki od Zakładu Przerobu Drewna Lasów Państwowych. Aktualnie trwa procedura podziału i przejęcia działki niezbędnej dla właściwej budowy dojazdu do elektrociepłowni. Nie można zrealizować przebudowy wjazdu bez rozebrania istniejącego ogrodzenia i bramy wjazdowej do ZPDLP. Konieczne jest zbudowanie nowego ogrodzenia i nowej bramy na nowo podzielonej granicy działki. Zamawiający w PFU zobowiązał się do przekazania wykonawcy oświadczenia stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane. Zamawiający w maju 2012 roku podpisał z Regionalną Dyрекcją Lasów Państwowych w Gdańsku uzgodnienie, którego przedmiotem jest podjęcie działań zmierzających do przejęcia przez gminę przedmiotowej części działki, na której ma zostać zrealizowany wjazd do elektrociepłowni, rozbiórka istniejącego i budowa nowego ogrodzenia na nowo podzielonej działce.

Ad. 1e) Rozruch elektrociepłowni przeprowadzony przez wykonawcę musi się odbyć po podłączeniu obiektu do sieci ciepłej i elektrycznej poprzez układy pomiarowe. Przyjęto zasadę, iż wszystkie koszty rozruchu leżą po stronie wykonawcy (paliwo, dostarczenie mediów, zatrudnienie pracowników, praca sprzętu). Przychody wynikające z rozruchu (wytworzone ciepło, energia elektryczna) będą przychodami wykonawcy. Zamawiający nie zapisał oczekiwań na pozyskiwanie przychodów z nieodebranej inwestycji. Z chwilą odbioru zamawiający przejmuje eksploatację i ponosi koszty oraz przychody ze sprzedaży energii ciepłej i elektrycznej.

Ad. 1f) Wszelkie wymagania dotyczące uzyskania dokumentów przez wykonawcę wynikają ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to typowa dokumentacja dla obiektu energetycznego, a wykonawca przystępujący do przetargu winien mieć wiedzę, jakie dokumenty powinien uzyskać. Zamówienie kierowane jest do wykonawców, którzy w okresie ostatnich 5 lat zrealizowali podobne zadanie i tym samym posiadają wiedzę na temat dokumentacji, jaka będzie niezbędna dla uzyskania pozwolenia na użytkowanie elektrociepłowni. Zamawiający oczekuje tylko takich zaświadczeń, koncesji, zezwoleń, zgód i zatwierdzeń, które są niezbędne w procesie projektowania, budowy i odebrania elektrociepłowni. Ponadto przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie projektu, a w związku z tym mogą pojawić się rozwiązania szczegółowe różne dla różnych wykonawców, które mogą pociągnąć za sobą różny zakres wymogów formalnych. Stąd oczekiwanie na doświadczenie i wiedzę wykonawców, którzy mają szczegółową wiedzę dotyczącą swoich rozwiązań.

Ad. 1g) Dla planowanego przedsięwzięcia brak jest podstaw do przeprowadzania postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji, w związku z tym procedura uzyskiwania pozwolenia na budowę nie będzie obejmowała uzyskiwania decyzji środowiskowej, a wyznaczony przez zamawiającego termin 26 tygodni na uzyskanie stosownego pozwolenia jest terminem możliwym dla uzyskania decyzji. 65-dniowy termin wydawania pozwolenia jest okresem ustawowym maksymalnym, a zamawiający stawiając warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie doświadczenia w projektowaniu zadania podobnego, liczy na posiadaną przez niego praktykę w realizacji tego typu zadania.

Ad. 1h) Możliwości finansowe zamawiającego określone zostały na 6 mln zł brutto kwartalnie. Te ograniczenia powodują, iż tempo realizacji zadania musi się dostosować do możliwości finansowych zamawiającego, a w związku z ryczałtowym sposobem rozliczania za elementy odbiorowe, aby uniknąć potencjalnych rozbieżności interpretacyjnych uszczegółowienie zapisów harmonogramu rzeczowo-finansowego powinno się odbyć w porozumieniu pomiędzy zamawiającym i wybranym wykonawcą. Ustalenie wielkości kolejności odbiorów, ich wartości i kolejności odbiorów i ich wartości wynikowo określi termin umowny zakończenia inwestycji. Jeżeli okaże się iż 6 mln zł kwartalnie nie będzie wystarczające do zakończenia inwestycji przed 30 czerwca 2015 r., zamawiający będzie rozważał możliwość zwiększenia tych środków. Ustalenia dotyczące wypełniania i uzgadniania harmonogramu rzeczowo-finansowego będą przeprowadzone po zakończeniu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców. Wzór harmonogramu i zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia są określone dla wszystkich wykonawców w jednakowy sposób. Na etapie opracowywania harmonogramu rzeczowo-finansowego wykonawca nie będzie miał prawa zmiany terminu dostarczenia projektu budowlanego wraz z pozwoleniem na budowę, projektu wykonawczego i zakończenia całościowego realizacji przedsięwzięcia. Terminy te zostały określone w specyfikacji jako wymagane. Jednocześnie zamawiający w § 20 wzoru umowy opisał katalog warunków umożliwiających ewentualną zmianę terminu realizacji zadania.

Ad. 1i) Zakres podstawowego, obowiązkowego nadzoru autorskiego jest ściśle określony: stwierdzenie w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych zgłoszonych przez kierownika budowy. Nadzór autorski sprawuje projektant, czyli przedstawiciel wykonawcy. Kierownik budowy również jest przedstawicielem wykonawcy. Ilość i zakres nadzorów będzie wewnętrzną sprawą wykonawcy. Konieczność uruchamiania nadzoru autorskiego jest pochodną jakości dokumentacji projektowej i doświadczenia wykonawcy w zakresie wykonywania projektu i realizacji dostaw i robót budowlanych.

Ad. 1j) Wykonawca zobowiązany został do zapewnienia serwisu gwarancyjnego zgodnie z kartą gwarancyjną stanowiącą załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym doprecyzowano warunki okresu gwarancji i serwisu. Uszczegółowienie rodzajów części, jakie będą mogły potencjalnie podlegać wymianie i serwisowaniu, może określić sam wykonawca na podstawie posiadanego doświadczenia i jakości urządzeń, które zaoferuje. Od zastosowanych rozwiązań zależeć będzie koszt i wielkość usług serwisowych.

Ad. 1k) Teren, na którym ma zostać zrealizowana inwestycja prawie w całym zakresie znajduje się na terenie Miejskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Lęborku, której 100 % udziałowcem jest zamawiający. Kotłownia pracuje w systemie ciągłym, dlatego można przeprowadzić wizję w dowolnym czasie, wynika to m.in. z PFU. Zamawiający nie doprecyzował sposobu przeprowadzenia wizji w terenie, przyjmując, iż każdorazowe zgłoszenie wykonawcy umożliwi dokonanie wizji w terenie.

Ad. 1l) Zarzut został uwzględniony w części dotyczącej braku warunków włączenia obiektu do sieci ciepłowniczej. Zamawiający dołączył warunki przyłączenia do sieci. Pozostałe zarzuty zamawiający uznał za bezzasadne. Warunki udostępnienia terenu ciepłowni i korzystania z mediów zostały opisane w załączniku nr 16 do specyfikacji, a warunki przyłączenia do sieci elektroenergetycznej w załączniku nr 17. Zamawiający jako załącznik zamieścił również umowę o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej. Warunki i wymagania szczegółowe dla rozruchu zostały opisane w pkt. 5.4.4-5.4.6 PFU. W zakresie warunków prowadzenia prac wykonawca winien wiedzieć, jak przebiegać powinna realizacja zamówienia.

Ad. 1m) Specyfika planowanej inwestycji nie pozwala zgodzić się z propozycją odwołującego, aby zrezygnować z wymagań wymienionych w załączniku nr 12. Są to podstawowe dane dotyczące funkcjonowania przyszłej elektrociepłowni, na podstawie których również będzie określany poziom punktacji na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. Podanie tylko wynikowej wartości do samego kryterium oceny ofert nie daje zamawiającemu możliwości określenia zaplanowanego do realizacji i jakości oferowanego rozwiązania i utrudni weryfikację zgodności oferty z wynikami otrzymanymi przy odbiorze, co jest elementem zachowania uczciwej konkurencji. Ponadto wysokość kar określonych za niedotrzymanie zadeklarowanych parametrów ma wyeliminować potencjalnych niesolidnych wykonawców. Parametry te są czytelne dla podmiotów branży elektroenergetycznej i sanitarnej specjalizujących się w realizacji bądź eksploatacji tego typu obiektów.

Realizacja zadania jest dofinansowana w ramach Szwajcarsko – Polskiego Programu Współpracy. Darczyńca oczekuje, aby inwestycja charakteryzowała się wysokimi parametrami eksploatacji, gdyż spełniać ma również funkcję pilotażową i promocyjną stosowania technologii ORC w naszym kraju. Sugestie wykonawcy, aby obniżyć wymagania tak, aby obiekt spełniał tylko normy ustawowe, są nie do przyjęcia. Przywołanie przez



odwołującego w tej sprawie punktu VI 3.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezrozumiałe.

Ad. 1n) Zamawiający uzupełnił specyfikację o dane dotyczące funkcjonowania istniejącej sieci ciepłowniczej w MPEC w Lęborku. Dla potrzeb przeprowadzenia pełnej analizy hydraulicznej miejskiej sieci ciepłowniczej zamawiający zapewni pełny dostęp do dokumentacji, która znajduje się w posiadaniu MPEC, dane zostaną udostępnione bezpłatnie na życzenie wykonawcy.

Ad. 1o) Lokalizacja przyłączy i powiązań sieciowych opisana została punkcie 5.3.4 PFU oraz na rysunku „Plan zagospodarowania terenu”, gdzie pokazano miejsca włączenia i przebieg projektowanych sieci. Wyprowadzenie mocy cieplnej opisuje punkt 5.3.4.10. PFU. Zaopatrzenie w wodę uzdatnioną realizowane będzie z istniejącej stacji uzdatniania wody ciepłowni bezpośrednio z sieci cieplnej (pkt 2.3.1 PFU). W tym punkcie podane zostały również parametry wody uzdatnionej. Zamawiający zmienił też PFU dodając załącznik „Warunki przyłączenia źródła ciepła do sieci ciepłowniczej”.

Ad. 1p) Zamawiający posiada prawo do dysponowania gruntem na cele budowlane. Załączanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów poświadczających ten stan jest zbędne. Posiadane prawo pozwala na uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę. Ponadto aktualnie prowadzone są działania mające na celu uporządkowanie praw właścicielskich tak, aby wybudowana elektrociepłownia funkcjonowała na gruntach należących do gminy. W PFU zamawiający oświadczył, że posiada dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w tym m.in. oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania gruntem na cele budowlane.

Ad. 2. Praktyka stawiania warunków wykonawcy, aby okazał się doświadczeniem w co najmniej jednej podobnej realizacji jest powszechna, zatem wymóg doświadczenia w projektowaniu co najmniej jednego projektu z ORC nie wykracza poza zakres zamówienia i nie można go uznać za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Inwestycja jest promocyjnym projektem realizowanym w Polsce, mającym na celu propagowanie ekologicznego korzystania z dóbr naturalnych. Dla osiągnięcia oczekiwanych rezultatów i właściwego wykonania zadania zamawiający postawił minimalne warunki udziału w postępowaniu, aby nie narazić się na niewłaściwe wykonanie zadania. Zagwarantować to mają osoby biorące bezpośredni udział w kluczowych etapach realizacji, w tym m.in. projektanci w branży konstrukcyjno-budowlanej i sanitarnej. Postawienie takiego warunku ogranicza ilość osób uczestniczących w postępowaniu, ale nie stanowi ograniczenia uczciwej konkurencji. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców nie oznacza, że postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. W Europie elektrociepłowni zrealizowanych w oparciu o ORC jest ponad 150.

Ad. 3 Zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w Ad. 1p) zamawiający oświadczył, iż posiada prawo do dysponowania gruntem na cele budowlane również w zakresie przebudowy zjazdu. To znaczy, że nie ma potrzeby pozyskiwania nieruchomości na korektę zjazdu, a tym samym nie ma potrzeby nakładania tego obowiązku na wykonawcę. Kształt zjazdu jest uzgodniony. Zamawiający zmienił treść PFU dodając „Rysunek – koncepcja rozwiązań projektowych wjazdu na teren elektrociepłowni od ul. I Armii WP”.

Ad. 4a) Zamawiający wymaga tylko dokumentów niezbędnych do użytkowania elektrociepłowni, gdyż przedmiotem zamówienia jest przekazanie zamawiającemu działającej elektrociepłowni, a nie zamkniętej listy działań lub dokumentów. Warunki odbiorów częściowych oraz warunki i wymagania dla odbioru końcowego zostały opisane w rozdziale 5.4 PFU. Szczegółowe zasady i kryteria odbioru końcowego i częściowego zostaną określone przez wykonawcę w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Argumenty, że odwołujący nie wie, jakiego rodzaju działania musi wykonać, aby doprowadzić do odbioru końcowego przedmiotu umowy, świadczyć może tylko o tym, że nie posiada doświadczenia w realizacji zadania podobnego.

Ad. 4b) Nie można zrealizować przebudowy wjazdu bez rozebrania istniejącego ogrodzenia i bramy wjazdowej do ZPDLP, konieczne jest więc zbudowanie nowego ogrodzenia i nowej bramy na nowo podzielonej granicy działki.

Ad. 4c) Jak wyżej.

Ad. 4 d) Wysokość kosztów rozruchu oraz czas konieczny dla osiągnięcia wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych powinien być skalkulowany przez doświadczonego wykonawcę na etapie przygotowywania oferty. To od stopnia przygotowania obiektu, organizacji wykonawcy i zastosowanych rozwiązań zależy długość trwania rozruchu. Przyjęcie propozycji odwołującego, aby zamawiający ponosił koszty mediów mogłoby wiązać się z mniejszym zainteresowaniem wykonawcy z szybkiego osiągnięcia celów przedsięwzięcia. Odbiór końcowy oraz zejście z terenu budowy będzie chwilą zakończenia ponoszenia kosztów związanych z realizacją zadania (nie uwzględniając kosztów serwisowania i usuwania usterek, które wynikną w trakcie eksploatacji obiektu). Funkcjonowanie obiektu nastąpi po zakończeniu procedury odbioru końcowego. Od tego momentu zamawiający przejmie obiekt i ponosić będzie wszystkie koszty funkcjonowania.

Ad. 4 e) i f) § 7 wzoru umowy mówi, że: „Zamawiający po stwierdzeniu wady w dokumentacji projektowej informuje o tym fakcie na piśmie wykonawcę w ciągu 10 dni roboczych od stwierdzenia wady i może żądać usunięcia wady na koszt Wykonawcy, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin Wykonawcy, jednakże nie krótszy niż 7 dni roboczych, po bezskutecznym upływie którego...”. Zamawiający nie określił więc 7-dniowego terminu

usunięcia usterek. Zamieszczając taki zapis zamawiający miał na uwadze stopień skomplikowania tego typu dokumentacji nie określając górnej granicy terminu usunięcia usterek. Z drugiej strony dokumentacja, która została przeanalizowana, sprawdzona przez ekspertów (dla uzyskania certyfikacji przedsięwzięcia BQC) nie może być obciążona wadami kardynalnymi. Zamawiający przewiduje, iż będą to wady mniej istotne i nie takie, które mogą mieć wpływ na terminowość realizowanych robót. Również to sam wykonawca na etapie realizacji wcześniej niż zamawiający będzie zauważał błędy projektu i w jego interesie będzie ich wcześniejsze usuwanie. Konieczność przekazania usunięcia wad innym podmiotom jest ostatecznym mechanizmem przymuszającym wykonawcę do napraw wad jego dokumentacji mogących opóźnić realizację inwestycji.

Ad. 4g) Jak wyżej.

Ad. 4h) Zamawiający z uwagi na warunki i specyfikę realizacji przedsięwzięcia zobowiązał wykonawcę do ubezpieczenia wszelkich ryzyk w zakresie uszczerbku w mieniu i odpowiedzialności z tytułu nieszczęśliwych wypadków. Prace budowlane przy obiekcie będą prowadzone w warunkach bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia (na wysokości, w bliskim sąsiedztwie mediów o wysokich temperaturach i wysokim napięciu). Ponadto prowadzenie prac w sąsiedztwie funkcjonującej w sposób ciągły instalacji miejskiej sieci ciepłowniczej może spowodować awarię i pozbawić miasto ciepłej wody lub centralnego ogrzewania (ciepłownia KR-1 jest jedynym źródłem ciepła dla miasta Lęborka). Z uwagi na powyższe ważne jest, aby nie dopuścić do stanu, w którym wykonawca nie będzie posiadał ubezpieczenia.

Ad. 4i) Prawa i obowiązki inspektora nadzoru zostały wymienione w art. 25 i art. 26 ustawy Prawo budowlane. Zapis dotyczący praw i obowiązków inspektora nadzoru nie wykracza poza zapisy ustanowione prawem. Zakres prób lub badań zostały dookreślone w rozdziale 5.2, 5.3 i 5.4 PFU. Uszczegółowienie niezbędnych działań związanych z właściwym wykonaniem robót będzie zawarte w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, którą wykonawca opracuje. Czynności polecane przez inspektora nadzoru zostaną zapisane w dzienniku budowy i nie będą dotyczyły zbędnych działań. Koszty ww. czynności zgodnie z umową pokrywać będzie wykonawca. Zamawiający nie widzi konieczności zmiany zapisów w tym zakresie.

Ad. 4j) Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego, który dodał słowo „odpowiedni”.

Ad. 4k) Wprowadzenie kary umownej stopniowalnej w zależności od znaczenia i wpływu wady lub usterki na funkcjonowanie obiektu mogłoby rodzić niejednoznaczność w interpretacji, która z usterek jest mniej lub bardziej znacząca dla funkcjonowania obiektu. To nie zamawiający narzuca termin usunięcia usterek. Zgodnie z punktem 5.4.1.5 PFU terminy i wady określać będzie komisja, w skład której wchodzić będzie przedstawiciel

wykonawcy. Komisyjnie ważyć się będzie pilność usunięcia wad w zależności od ich ważności, co jest standardową procedurą.

Ad. 4l) Konstruuując zapisy § 15 w szczególności w zakresie kar za niedotrzymanie wielkości gwarantowanych oraz kar za niedotrzymanie wielkości jednego lub więcej deklarowanych parametrów technicznych lub eksploatacyjnych podanych w ofercie zamawiający brał pod uwagę niedotrzymanie warunku dotyczącego zadeklarowanych wielkości gwarantowanych, które są elementem składowym kryterium wyboru ofert. Wprowadzenie zamawiającego w błąd deklaracją osiągnięcia parametru wielkości gwarantowanej będącego podstawą błędnego wyliczenia oceny punktowej mogłoby spowodować wybór oferty, która w rzeczywistości nie była najkorzystniejsza. Drugą grupą parametrów wymaganych i istotnych dla właściwego funkcjonowania elektrociepłowni są parametry eksploatacyjne wskazane w załączniku nr 12 do specyfikacji. Określając karę za niedotrzymanie jednego lub więcej z tych parametrów dopuszcza odebranie funkcjonującej elektrociepłowni pod warunkiem poniesienia kary za niedotrzymanie warunków określonych w ofercie. Niezachowanie zadeklarowanych wielkości będzie wpływało na obniżenie jakości funkcjonowania elektrociepłowni. Parametry zadeklarowane na etapie składania ofert i niewyegzekwowane przez zamawiającego po zakończeniu zadania (np. poprzez wysokie kary) mogłyby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie można zgodzić się, iż w istocie zawsze dojdzie do zbiegu kar, gdyż § 15 ust. 1 pkt 1.5 dotyczy wielkości gwarantowanych podanych jako załącznik do oferty (załącznik nr 12 do specyfikacji pkt. 1.1. oraz wielkości gwarantowanych określonych w pkt. 1.2 PFU, a pkt 1.6. dotyczy tylko wielkości podanych w ofercie, czyli w wypełnionym załączniku nr 12.

Ad. 4m) Zamawiający zmienił pkt. 2.3 § 15 wzoru umowy na następujący: „Za każdy dzień opóźnienia liczonego od uzgodnionego terminu przekazania wykonawcy placu budowy w wysokości 10.000,00 zł.”

Ad. 4n) Stawiając zarzut złego określenia prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w wykonaniu prac projektowych lub robót budowlanych odwołujący przytoczył argumenty m.in. przedłużających się działań administracyjnych, w tym postępowań środowiskowych, braku współpracy ze strony zamawiającego, braku prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Przedmiotowa inwestycja nie wymaga przeprowadzenia postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji, gmina posiada prawo do dysponowania gruntem na cele budowlane i dalej prowadzi działania mające na celu uporządkowanie praw właścicielskich dotyczących tego terenu. Ponadto w dziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający narzucił tylko trzy terminy realizacji całego zadania: termin dostarczenia zamawiającemu projektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę, termin opracowania projektu wykonawczego oraz termin wykonania całości

zamówienia. Wyznaczenie wymaganego terminu wykonania zamówienia zostało narzucone przez darczyńcę współfinansującego przedsięwzięcie. Pozostałe terminy nie wskazane przez zamawiającego mogą być określone przez wykonawcę z uwagi na to, że wykonawca najlepiej sam będzie w stanie w sposób szczegółowy określić terminy realizacji poszczególnych etapów realizacji zadania. Ponadto w § 20 wzoru umowy zamawiający przewidział możliwość zmiany terminów określonych harmonogramem rzeczowo-finansowym w przypadku niezawinionej przez wykonawcę wydłużającej się procedury uzyskania pozwolenia na budowę. Wprowadzenie zapisu dotyczącego prawa odstąpienia od umowy ma stanowić uprawnienie zamawiającego do możliwości rozwiązania umowy w razie niewywiązywania się wykonawcy z podstawowych obowiązków wynikających z nierzetelnego wykonywania umowy. Z uwagi na krótki termin realizacji przedmiotu zamówienia, który został narzucony przez darczyńcę, zamawiający chce zapewnić sobie terminowy przebieg zadania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych zapewnia pewne instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego, np. prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Działając w interesie publicznym zamawiający zobowiązany jest ponosić ryzyko przekraczające zwyczajowe ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Ad. 4o) Wykonawca obowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy na cały okres realizacji zadania oraz zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady obiektu. Konieczność przedłużenia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy może zaistnieć w momencie zmiany terminu realizacji umowy. Wtedy to w interesie wykonawcy leży wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Podpisanie aneksu powodującego zmianę terminu wykonania umowy może nastąpić jedynie w momencie posiadania przez zamawiającego odpowiedniego zabezpieczenia umowy.

Ad. 4p) Zgodnie z § 16 ust. 3 wzoru umowy: „Na podstawie sporządzonej inwentaryzacji strony przygotowują protokół, w którym określają wartość wykonanych robót i zakupionych materiałów, które nie dadzą się wbudować w inny obiekt.” Według zamawiającego taki zapis nie wyklucza możliwości uwzględnienia rozliczenia tych materiałów i urządzeń, które zostały zamówione i opłacone.

Ad. 4q) Osiągnięcie gwarantowanych parametrów jest dla zamawiającego konieczne, dlatego ewentualne koszty związane z koniecznością doprowadzenia instalacji do oczekiwanych parametrów powinny leżeć po stronie wykonawcy, tym bardziej, że są jednym z warunków przystąpienia do przetargu.

Ad. 4r) § 20 wzoru umowy został skonstruowany w taki sposób, że odnosi się do okoliczności obiektywnych, niezależnych od zamawiającego i wykonawcy.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Z samego powyższego opisu wynika, że zasada swobody umów wymaga konsensusu dwóch stron – a więc z tego punktu widzenia nie ma przeszkód, by zamawiający wyraził swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie wymagań klienta zgodził, albo nie. W taki sposób zawieranych jest *gros* umów.

Z drugiej zaś strony należy też zwrócić uwagę, że w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojakiiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Co do drugiego z ww. ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „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 treści tego przepisu wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

Zatem ustawodawca odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków

umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych.

Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień jest zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie odmówił zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz odwołujący, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury). Zresztą ustalanie przez organizatora przetargu warunków tego przetargu jest ogólną regułą prowadzenia przetargu (por. art. 70<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego). Poza wszystkim jest to także konieczność organizacyjna, gdyż o ile zamawiający jest jeden, to po stronie wykonawców może wystąpić dowolna ilość podmiotów, z których każdy może mieć własną koncepcję brzmienia umowy, co z kolei byłoby niedopuszczalne ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie – zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Po zapoznaniu się z zarzutami odwołującego oraz informacjami i argumentacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba nie stwierdziła w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, które naruszałyby obowiązujące przepisy prawa, zasady życia społecznego czy dobre obyczaje, byłyby wbrew naturze stosunku prawnego, który ma powstać między stronami, a tym bardziej nosiły znamiona wyzysku.

Izba uznała też, że zamawiający uzasadnił powody wprowadzenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwestionowanych przez odwołującego postanowień i wymogów.

Zamawiający bowiem zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania co do zakresu zamówienia, który wykonawca ma wykonać, jednak – co oczywiste – żądając za

to stosownej opłaty. Trudno więc tu mówić o nakładaniu przez zamawiającego na wykonawcę obowiązku świadczenia niewspółmiernego do zapłaty. Co więcej taka okoliczność musiałaby być wręcz podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Podobnie, jeśli chodzi o naruszenie natury danego rodzaju umów – nie ma przeszkód, by zamawiający zawarł umowę zawierającą w sobie cechy wielu umów nazwanych lub też umowę nienazwaną, jak również, by zamówił wykonanie obiektu „pod klucz” czy gotowego do pracy, a więc od etapu projektowania do odbioru obiektu już uruchomionego. I to od zamawiającego zależy, jakie elementy w swoim zamówieniu ujmie – jeżeli zamawiający życzy sobie wykonania pełnej dokumentacji projektowej, to zadaniem wykonawcy jest taką dokumentację wykonać (za opłatą), jeżeli ma dostarczyć wymagane urządzenia i zapewnić ich serwis, to musi je dostarczyć i zapewnić serwis, jeżeli w cenie oferty ma ująć koszt rozruchu obiektu, to musi ten koszt ująć itd. Należy przy tym zwrócić uwagę, że i tak *summa summarum* wszystkie koszty poniesie nie wykonawca, lecz zamawiający, gdyż powinny one być ujęte w cenie oferty.

Zrozumiałe jest także, że zamawiający na obecnym etapie inwestycji nie posiada wielu istotnych dla funkcjonowania zamawianego obiektu informacji, gdyż obiekt ten zostanie dopiero zaprojektowany przez wykonawcę – zatem obecnie jest to wręcz wiedza wykonawcy, a nie zamawiającego.

Poza tym sama umowa również nie musi – a nawet nie jest w stanie – obejmować wszystkich, najmniejszych nawet aspektów realizacji przedmiotu zamówienia. Wiele elementów zależy również od tego, jaki obiekt zostanie zaprojektowany, jak będzie wyglądała organizacja pracy wykonawcy i jak prace będą przebiegały. Określenie niektórych elementów – jak wskazał zamawiający – będzie też zadaniem wykonawcy, który będzie musiał je opisać w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych.

Poza tym należy zwrócić uwagę, iż niektóre z podniesionych przez odwołującego zarzutów powinny raczej stanowić przedmiot zapytania o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia niż zarzutów odwołania.

Co do poszczególnych zarzutów izba stwierdziła, że nałożenie na wykonawcę obowiązku:

- 1) przygotowania kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych oraz przedmiaru robót,
- 2) uzyskania wymaganych decyzji, opinii, sprawdzeń, uzgodnień i zatwierdzeń wymaganych przepisami prawa oraz innych wymaganych do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę itp. dokumentów,
- 3) zapewnienia materiałów eksploatacyjnych do rozruchu przedmiotu zamówienia,



4) przebudowy połączenia wjazdu na teren z ulicą i wybudowanie ogrodzenia z bramą wjazdową i furtki wejściowej

stanowią część przedmiotu zamówienia, który wykonawca jest zobowiązany wykonać i nie do niego należy ocena, czy jest to zamawiającemu zbędne.

Dokumenty, jakie należy uzyskać w celu uzyskania pozwolenia na budowę, określają przepisy prawa, a zatem powinny być znane wykonawcy. Być może będą się one różnić w przypadku różnych projektów, jednak tym bardziej to wykonawca, a nie zamawiający powinien znać listę dokumentów, które będą potrzebne do realizacji jego projektu.

Izba nie widzi też obejścia przepisów o udzielaniu zamówień ze względu na nałożenie przez zamawiającego obowiązku dostarczenia materiałów eksploatacyjnych przez wykonawcę – całe zamówienie jest udzielane jako zamówienie publiczne, a nie ma przeszkód, by łączyło ono w sobie roboty budowlane, usługi i dostawy.

Trudno też zabronić zamawiającemu rozbudowy wjazdu na posesję, skoro istniejący wjazd jest niewystarczający. Zamawiający oświadczył, iż rozbudowa ta jest uzgodniona w zarządcą nieruchomości oraz, że posiada dokumenty pozwalające na uzyskanie pozwolenia na budowę i prowadzenie robót budowlanych. Nie ma podstaw, by te zapewnienia zamawiającego kwestionować.

Co do terminu przygotowania dokumentacji projektowej i uzyskania pozwolenia na budowę (26 tygodni od dnia podpisania umowy), zamawiający zapewnił z kolei, że nie będzie konieczne wykonanie oceny oddziaływania na środowisko.

Co do braku ustalenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jaki sposób dojdzie do rozliczenia energii wyprodukowanej przez elektrociepłownię w procedurze rozruchu, zamawiający wskazał w odpowiedzi, że energia ta będzie stanowiła własność wykonawcy. Sposób sprzedaży tej energii przez wykonawcę określają odrębne przepisy.

Co do możliwości ustalenia z wybranym wykonawcą poza procedurą zamówienia publicznego harmonogramu płatności – Izba nie znalazła przeszkód, by zamawiający wprowadził taki zapis. Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ogólne zasady rozliczeń.

Co do braku opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi nadzoru autorskiego – jak wskazał zamawiający, będzie to wewnętrzna sprawa organizacji pracy pomiędzy osobami występującymi z ramienia wykonawcy. Z punktu widzenia zamawiającego ilość wizyt projektanta nie musi mieć znaczenia i być regulowana w umowie, istotne jest, aby nadzór był sprawowany należycie, a wizyty odbywały się zgodnie z potrzebami. Podobnie

w stosunku do wizji w terenie – ilość wizyt zależy od wykonawcy, zamawiający zobowiązał się do zorganizowania takich wizji według potrzeb.

Co do braku opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi serwisowania obiektu oraz ponoszenia kosztów tego serwisu – jak wskazał zamawiający, ten zakres usług będzie ściśle zależał od sposobu wykonania obiektu oraz rodzaju zamontowanego przez wykonawcę sprzętu, zatem również w tym wypadku świadczenie usług serwisowych będzie następowało według potrzeb. Izba nie widzi, w jaki sposób podanie kodów CPV w ogłoszeniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogłoby wpłynąć na sytuację wykonawców.

Co do wymogu wskazania przez wykonawców punktowych bardzo precyzyjnych danych dotyczących oferowanych elementów obiektu oraz obwarowanie ich rygorystycznymi karami umownymi, podczas gdy wykonawcy nie dysponują projektem budowlanym, Izba wskazuje, że to właśnie istotą niniejszego zamówienia jest, że wykonawca ma wykonać projekt budowlany obiektu tak, aby osiągnąć parametry, które zadeklarował w ofercie. Z kolei parametry te będą jedną z podstaw wyboru oferty najkorzystniejszej. Oczywiście jest też, że wykonawca musi je osiągnąć na etapie wykonania zamówienia.

Izba nie znalazła również podstaw do kwestionowania wymagań wobec kluczowych osób mających funkcjonować w trakcie realizacji zamówienia takich jak projektanci czy kierownicy robót. Możliwe, że montaż urządzeń będą dokonywać pracownicy producenta tych urządzeń, co jednak nie oznacza, że po stronie pracowników wykonawcy nie leży prawidłowe sporządzenie projektu czy prawidłowe wykonanie robót. Odwołujący, oprócz kwestionowania tego wymogu jako niepotrzebnego, nie wykazał, że przy realizacji zamówienia osobne doświadczenie w budowie obiektów posiadających bloki kogeneracyjne jest zbędne.

Co do zarzutu braku jasnych kryteriów warunkujących odbiór końcowy i częściowy inwestycji – Izba nie widzi konieczności, by było to określone już na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym, jak wskazał zamawiający, ma to zostać opisane w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Co do 7-dniowego terminu usunięcia wad w dokumentacji projektowej, to jest to termin minimalny, a jak wyjaśnił zamawiający, termin ten będzie każdorazowo ustalany z uwzględnieniem również powagi stwierdzonej wady. Należy też zauważyć, że zarówno to postanowienie, jak i postanowienie, zgodnie z którym zamawiający może odmówić przyjęcia od wykonawcy spóźnionej dokumentacji z usuniętymi wadami oraz zlecenia ich usunięcia

osobie trzeciej, są postanowieniami analogicznymi do przepisów art. 636 i art. 637 Kodeksu cywilnego. Oczywiście jest natomiast, że zamawiający nie powinien tego prawa nadużywać. Co do innych postanowień umowy dotyczących prawa do odstąpienia od umowy czy wysokości kar umownych Izba przyjęła wyjaśnienia zamawiającego. Natomiast sama poprawność działania zamawiającego i wykonawcy w danej konkretnej sytuacji będzie musiała podlegać ocenie dopiero po jej zaistnieniu. W przypadku zaś, gdyby kary umowne okazały się rażąco wygórowane, wykonawca będzie mógł wnosić o miarkowanie kar (art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego).

Co do praw i obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego, to zakres jego działań wynika z istoty tego stanowiska, przepisów prawa oraz treści dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych. Jego działanie musi też być racjonalne i zmierzać do osiągnięcia wyznaczonych celów. Zatem inspektor nadzoru raczej nie będzie zlecał „nieokreślonych” a niepotrzebnych badań, czy zlecał usunięcia nieistniejących wad. Sam zakres badań czy zleceń usunięcia usterek będzie zależny od przebiegu prac, ilości materiałów, które wzbudzą podejrzenia inspektora, ilości i rodzaju usterek itd., co jest niemożliwe do przewidzenia w chwili obecnej. Zamawiający wskazał też, że koszt badań ma pokryć wykonawca.

W zakresie zarzutów uwzględnionych lub częściowo uwzględnionych przez zamawiającego, Izba stwierdziła, że nie mają one istotnego wpływu na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ich brak jako załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie był wadą samej specyfikacji. Część z nich skutkująca uzupełnieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jak np. dotycząca miejskiej sieci ciepłowniczej, przyłączy itd.) ma też charakter wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro jednak zamawiający wprowadził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodatkowe dane, należy ocenić to pozytywnie, jednak nie jest to podstawą do uwzględnienia odwołania. Poza tym zamawiający zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia przed rozprawą, zatem w chwili wydawania wyroku okoliczność ta nie ma wpływu na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....