

Sygn. akt: KIO 1758/11

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **16 sierpnia 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco spółka z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1758/11 po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1758/11 po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1758/11 po stronie odwołującego;
- D. wykonawcy **SNC Lavalin Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1758/11 po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawionym szczegółowo w uzasadnieniu.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy 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 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z dostawą urządzeń i ich uruchomieniem na Kontrakt nr 1 „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego Obszaru Metropolitalnego”«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy 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 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

10.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 152-252406.

16.08.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wykonawca **POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia):

- a) sekcja IV.3.8 ogłoszenia o zamówieniu oraz części VII ust. 1 pkt 1 **specyfikacji** przez ustalenie zbyt krótkiego terminu na składanie ofert, w wyniku nieuwzględnienia rozmiaru oraz nowatorskiego charakteru inwestycji, która ma zostać zrealizowana oraz zakresu powierzanych prac (projektowanie, wykonanie, dostawa urządzeń i ich uruchomienie), a w szczególności wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na składanie ofert w stosunku do wyznaczonych na dzień 23 sierpnia 2011 r. ogłędzin, co niekorzystnie wpływa na dostęp wykonawców do zamówienia publicznego, konkurencyjność postępowania i uzyskanie efektów ekonomicznych przez zamawiającego, a więc stanowi naruszenie art. 43 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 43 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 7 Pzp;
- b) specyfikacji, w zakresie Warunków Kontraktu [wzoru umowy, zgodnie z częścią XII ust. 2 zał. nr 2 specyfikacji], w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- c) przedmiot zamówienia został opisany w sposób odbiegający od wytycznych ujętych w art. 29 ust. 1 Pzp, a w szczególności za pomocą niedostatecznie dokładnych i

zrozumiałych określeń. Tym samym wskazana czynność zamawiającego jest niezgodna z art. 14 i art. 139 § 1 Pzp, które odsyłają do przepisów Kodeksu cywilnego, art. 7 Pzp, który statuuje zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 29 ust. 1 Pzp, który określa prawidłowy sposób opisania przedmiotu zamówienia.

Odwołanie dotyczy następujących postanowień specyfikacji:

- 1) § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 471 Kc w zw. z art. 476 zdanie drugie Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie kwalifikuje jako nienależyte wykonanie umowy uchybienie przez wykonawcę terminom wykonania przedmiotu umowy z przyczyn, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, tj. opóźnienie wykonawcy; kwestionowane postanowienie jest przejawem składania wszelkiego ryzyka na jedną stronę stosunku obligacyjnego i obciążając wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie wykracza poza granice swobody umów;
- 2) § 4 ust. 21 zdanie drugie Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 647 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w odniesieniu do niewiadomych działek, w celu umożliwienia realizacji przedmiotu umowy, mimo że udostępnienie terenu budowy jest obowiązkiem zamawiającego jako inwestora, a przerzucanie tego obowiązku na wykonawcę świadczy o przekroczeniu przez zamawiającego granic swobody umów;
- 3) § 2 pkt 15, § 14 ust. 5 i 6, ust. 8 pkt 1 oraz ust. 10, § 16 ust. 3, 6-8, ust. 9 pkt 2 oraz ust. 10, § 26 ust. 1 pkt 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] w zw. z pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, jak również art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia nie określają przesłanek wystawienia Świadectwa Wykonania, a z ich wykładni wynika jedynie, że przedmiotowe Świadectwo ma inicjować bieg okresu rękojmi i gwarancji jakości, co jest jednak sprzeczne z klauzulą 11.9 Warunków Kontraktowych dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę (dalej: FIDIC), do których odsyła pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy]; z wymienionej klauzuli 11.9 FIDIC wynika bowiem, że Świadectwo Wykonania jest dokumentem potwierdzającym wykonanie całości zobowiązań umownych, w tym zatem polegających na usunięciu wad w okresie rękojmi lub gwarancji jakości; dodatkowo, nie wiadomo, w jakim zakresie ma być stosowany FIDIC, wobec lakonicznego odesłania zamieszczonego w pkt 1

preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy]; niejednoznaczność przywołanych postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy] może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy; ukształtowanie ich treści przez zamawiającego w sposób ujęty w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] wykracza w konsekwencji poza granice swobody umów;

- 4) § 24 ust. 1 pkt 1, 3 i 4, § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 471 Kc i art. 476 zdanie drugie Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ prawo zamawiającego do naliczenia kary umownej, bądź odstąpienia od umowy aktualizuje się w przypadku opóźnienia wykonawcy w wykonaniu zobowiązań umownych, a zatem mimo braku odpowiedzialności wykonawcy za uchybienie terminom na wykonanie zobowiązań umownych; ponadto, obciążając wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie zamawiający przekracza granice swobody umów;
- 5) § 24 ust. 1 pkt 1-4 i ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienia rażąco uprzywilejowują zamawiającego przyznając mu prawo do kar umownych w wygórowanej wysokości, a tym samym prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego; ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień w sposób ujęty w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;
- 6) § 24 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie przyznaje zamawiającemu prawo do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku przekroczenia przez naliczone przez niego kary umowne pułapu 20% ceny umownej brutto, lecz nie określa kryteriów ustalenia kwoty, o którą wynagrodzenie miałoby być obniżone; niejednoznaczność przedmiotowego postanowienia Warunków Kontraktu, [wzoru umowy] naruszająca wytyczne z art. 29 ust. 1 Pzp, może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy, a ponadto znacząco utrudnia wykonawcy ocenę ryzyk związanych z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego; ukształtowanie przez zamawiającego treści postanowienia w sposób ujęty w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;
- 7) § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w postanowieniu zaniechano określenia limitu kar umownych z wszystkich tytułów, co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar

umownych kosztem wykonawcy; ponadto, brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy; ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia limitu kar umownych stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;

- 8) § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w postanowieniu zaniechano przyznania wykonawcy prawa do kary umownej, a w konsekwencji także odszkodowania uzupełniającego; biorąc pod uwagę, że kary umowne zostały przyznane wyłącznie zamawiającemu, wraz z odszkodowaniem uzupełniającym, uzasadniona jest ocena, iż umowa rażąco dyskryminuje wykonawcę, a tym samym treść umowy została ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów;
- 9) § 27 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w postanowieniu zaniechano określenia terminu przeprowadzenia przez zamawiającego odbioru końcowego; daje to zamawiającemu możliwość nadużyć polegających na przeciąganiu procedury odbiorowej; za tym poszłaby wymierna korzyść na rzecz zamawiającego w postaci naliczenia kary umownej, na podstawie § 24 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 27 ust. 6 pkt 6 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], tj. w przypadku stwierdzenia w toku odbioru końcowego jakiegokolwiek usterki zamawiający jest uprawniony naliczyć karę umową za okres wsteczny – od dnia dokonania przez kierownika budowy wpisu do dziennika budowy o zakończeniu robót aż do dnia usunięcia stwierdzonych w toku odbioru nieprawidłowości; przeciąganie procedury odbioru końcowego powoduje także przesunięcie terminu zakończenia przedmiotu umowy, co w przypadku stwierdzenia jakiegokolwiek usterki daje zamawiającemu dodatkowo uprawnienie do naliczenia kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, na podstawie § 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 27 ust. 6 pkt 9 lit. b Warunków Kontraktu [wzoru umowy]; ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień przez zaniechanie określenia terminu przeprowadzenia odbioru końcowego stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów;
- 10) § 30 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie wskazuje *explicite* jako przypadek podstawowego naruszenia przez zamawiającego umowy, upoważniającego wykonawcę do skorzystania z prawa do kontraktowego odstąpienia od umowy, jedynie mało prawdopodobną sytuację wydania przez zamawiającego polecenia przerwania realizacji robót na ponad 120 dni kalendarzowych; jest to zatem

postanowienie rażąco dyskryminujące wykonawcę, biorąc pod uwagę, że umowa wymienia kilkanaście przypadków, w których po stronie zamawiającego aktualizuje się prawo do kontraktowego odstąpienia od umowy; ukształtowanie treści przedmiotowego postanowienia we wskazany sposób stanowi przekroczenie granic swobody umów;

- 11) § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] w zw. z § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, jak również art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia określają dwa różne okresy opóźnienia wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, uprawniające zamawiającego do skorzystania z kontraktowego prawa odstąpienia od umowy, stosownie do art. 492 Kc w zw. z art. 395 Kc; w pierwszym postanowieniu jest wymienione 60-dniowe opóźnienie, a w drugim – 30-dniowe; takie ukształtowanie specyfikacji przez zamawiającego jest dla wykonawcy krzywdzące, gdyż nie daje mu pewności co do treści stosunku zobowiązaniowego z zamawiającym ani zasad uczestnictwa w obrocie, a tym samym nastąpiło z przekroczeniem granic swobody umów;
- 12) § 30 ust. 8 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie daje zamawiającemu prawo, lecz nie obowiązek zapłacenia wykonawcy za materiały, urządzenia i sprzęt, za które wykonawca zapłacił już swoim kontrahentom, mimo że odstąpienie od umowy przez zamawiającego następuje z przyczyn niezależnych od wykonawcy, określonych w § 30 ust. 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy]; ponadto, przedmiotowe postanowienie nie nakłada na zamawiającego obowiązku zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane przez wykonawcę do dnia złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu, jak to przewiduje § 30 ust. 6 zdanie pierwsze; przedmiotowe postanowienie umowy stwarza ryzyko rażącego pokrzywdzenia wykonawcy, w związku z przerzuceniem na niego przez zamawiającego negatywnych następstw zdarzeń, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu; ukształtowanie postanowienia w podany sposób wykracza zatem poza granice swobody umów;
- 13) sekcja IV.3.8 ogłoszenia o zamówieniu oraz części VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji, wobec treści których odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 43 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 43 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 7 Pzp, ponieważ zamawiający ustalił zbyt krótki termin na składanie ofert w postępowaniu; zamawiający określając termin składania ofert nie uwzględnił rozmiaru oraz nowatorskiego charakteru inwestycji, która ma zostać zrealizowana oraz zakresu powierzanych prac (projektowanie, wykonanie, dostawa urządzeń i ich uruchomienie), a w szczególności zamawiający ustalił zbyt

krótki termin na składanie ofert w stosunku do wyznaczonych na dzień 23 sierpnia 2011 r. oględzin, co niekorzystnie wpływa na dostęp wykonawców do zamówienia, konkurencyjność postępowania i uzyskanie efektów ekonomicznych przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień ogłoszenia i specyfikacji w sposób podany w odwołaniu;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W związku z treścią żądania z pkt 1 odwołujący wnosi o zmodyfikowanie postanowień ogłoszenia i specyfikacji w następujący sposób:

Ad 1. Nadanie § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Zwłoka w realizacji zamówienia w stosunku do zatwierdzonego przez Zamawiającego Programu Robót o więcej niż 60 dni stanowi podstawę do uznania, że Wykonawca realizuje Umowę w sposób nienależyty. Może to stanowić podstawę do odstąpienia od Umowy.”.

Ad 2. Nadanie § 4 ust. 21 zdanie drugie Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„W przypadku konieczności pozyskania dostępu do innych działek w celu realizacji przedmiotu Umowy, Zamawiający uzyska prawo do dysponowania tymi nieruchomościami na cele budowlane i przekaże Wykonawcy oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością (nieruchomościami) na cele budowlane, wymagane przez art. 32 ust. 4 pkt 2 Prawa budowlanego, w takim czasie, aby Wykonawca mógł wystąpić o pozwolenie na budowę w terminie założonym w Programie Robót. Wszelkie opóźnienia Zamawiającego w wykonaniu powyższego obowiązku uzasadniają zmianę terminu wykonania zamówienia na podstawie § 29 ust 1 pkt 1 lit. c Umowy.”.

Ad 3. Nadanie § 2 pkt 15 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Świadectwo Wykonania – oznacza dokument wystawiony przez Inżyniera, w ciągu 14 dni od upływu 3-letniego okresu rękojmi za wady fizyczne robót, potwierdzający wykonanie wszystkich zobowiązań wynikających z Umowy, podpisany przez Wykonawcę i Zamawiającego.”.

Nadanie § 14 ust. 5 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Wykonawca zobowiązuje się, aby zabezpieczenie wykonania Umowy było w 100% ważne, z zastrzeżeniem poniższego ust. 8, przez cały okres obowiązywania Umowy i mogło być wykorzystywane do dnia, kiedy Wykonawca wykona i ukończy przedmiot Umowy, usunie wszelkie wady i uzyska Świadcstwo Przejęcia i Świadcstwo Wykonania.”.

Nadanie § 14 ust. 6 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Jeżeli warunki zabezpieczenia wykonania Umowy wymieniają datę wygaśnięcia, a Wykonawca nie zdoła uzyskać odpowiednio Świadcstwa Przejęcia lub Świadcstwa Wykonania w terminie poprzedzającym o 28 dni datę wygaśnięcia, to Wykonawca przedłuży odpowiednio okres ważności zabezpieczenia wykonania Umowy, aż do czasu, kiedy przedmiot Umowy zostanie ukończony, wszystkie wady usunięte i wydane zostanie odpowiednio Świadcstwo Przejęcia lub Świadcstwa Wykonania.”.

Nadanie § 14 ust. 8 pkt 1 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Zamawiający zwróci Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy przy zachowaniu poniższych warunków: 1) 70% ustalonej kwoty zabezpieczenia tzn. równowartość kwoty zł, Zamawiający zwróci w ciągu 30 dni po terminie zakończenia realizacji przedmiotu Umowy określonym w § 4 Umowy wystawieniu Świadcstwa Przejęcia”;

Nadanie § 14 ust. 10 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Wykonawca zadba, aby po uzyskaniu Świadcstwa Przejęcia 30% Zabezpieczenia Wykonania pozostało ważne aż do upływu ostatniego dnia terminu rękojmi za wady.”.

Nadanie § 16 ust. 3 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Bieg terminu uprawnień z rękojmi za wady, o której mowa w ust. 2, liczony jest od dnia wydania Świadcstwa Przejęcia.”.

Nadanie § 16 ust. 6 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Okres gwarancji rozpoczyna się od dnia wydania Świadcstwa Przejęcia.”.

Nadanie § 16 ust. 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„W odniesieniu do maszyn i urządzeń, których wytwórcą jest podmiot inny niż Wykonawca, termin gwarancji wynika z gwarancji producenta, która nie może być krótsza niż 24 miesiące, a czas jej trwania liczy się od daty wydania Świadcstwa Przejęcia.”.

Nadanie § 16 ust. 8 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Wykonawca wyda Zamawiającemu w dniu wydania Świadcstwa Przejęcia dokument gwarancyjny (kartę gwarancyjną), zawierający oświadczenie o udzielonej gwarancji jakości na wykonany przedmiot Umowy, jej terminie i niżej wymienionych istotnych warunkach gwarancji.”.

Nadanie § 16 ust. 9 pkt 2 zdanie pierwsze Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Bieg terminów gwarancji jakości, o których mowa powyżej, rozpoczyna się od dnia następnego po wydaniu Świadcstwa Przejęcia.”.

Nadanie § 16 ust. 10 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wykonywanie usług konserwacyjnych instalacji i urządzeń zamontowanych w ramach przedmiotu Umowy przez okres 36 miesięcy od daty wydania Świadectwa Przejęcia.”.

Nadanie § 26 ust. 1 pkt 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Wykonawca do dnia wystawienia Świadectwa Przejęcia prześle Zamawiającemu stosowne dokumenty niezbędne do korzystania z wynalazków chronionych patentami w zakresie potrzebnym do eksploatacji i utrzymania przedmiotu Umowy.”.

Ad 4 i 5. Nadanie § 24 ust. 1 pkt 1 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy w określonych w § 4 ust. 2 Umowy terminach zakończenia, oddzielnie dla każdego etapu – 0,25% Ceny Umowy brutto za etap, którego dotyczy zwłoka w zakończeniu, za każdy kalendarzowy dzień zwłoki;”.

Nadanie § 24 ust. 1 pkt 3 zdanie drugie i trzecie Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„W razie niedotrzymania terminu wskazanego w wezwaniu, o którym mowa powyżej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości świadczenia objętego obowiązkiem, któremu Wykonawca uchybił, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia przewidzianego na wykonanie danego obowiązku w pierwotnym terminie. W przypadku zwłoki trwającej ponad 30 dni Zamawiający może zlecić wykonanie obowiązków na koszt Wykonawcy innemu podmiotowi.”.

Nadanie § 24 ust. 1 pkt 4 zdanie drugie i trzecie Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„W razie niedotrzymania terminu wskazanego w wezwaniu, o którym mowa powyżej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości robót, w których ujawniała się wada objęta odpowiedzialnością gwarancyjną Wykonawcy, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia przewidzianego na wykonanie danego obowiązku w pierwotnym terminie. W przypadku zwłoki trwającej ponad 30 dni Zamawiający może zlecić wykonanie obowiązków na koszt Wykonawcy innemu podmiotowi.”.

Ad 4 i 11. Nadanie § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Zamawiający może odstąpić od Umowy w przypadku, gdy Wykonawca jest w zwłoce wynoszącej ponad 60 dni w wykonaniu poszczególnych elementów Umowy w stosunku do terminów określonych w § 4 ust. 2 Umowy.”.

Ad 5. Nadanie § 24 ust. 1 pkt 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„za zwłokę w usunięciu wad i usterek (w tym wynikających z użycia niewłaściwych materiałów), stwierdzonych w okresie realizacji, w trakcie odbiorów lub ujawnionych w okresie gwarancji jakości – w wysokości 0,1% wartości robót, w których ujawniała się wada, lub wartości niewłaściwych materiałów, za każdy dzień zwłoki liczony od upłynięcia terminu wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, jednak nie więcej niż 10% Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy;”.

Ad 5 i 6. Nadanie § 24 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Jeżeli kary umowne z przyczyn wskazanych w ust. 1 pkt 1-3 przekroczą 10% Ceny Umownej brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy, po powiadomieniu Wykonawcy, Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy.”

Ad 7. Dodanie do § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] ust. 6 w następującym brzmieniu:

„Limit kar umownych, jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy z wszystkich tytułów przewidzianych w niniejszej Umowie, wynosi 10% Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy.”.

Ad 8. Dodatkowo do § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] ust. 7-9 w następującym brzmieniu:

„7. Zamawiający poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą w formie kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

- 1) za zwłokę w przekazaniu Wykonawcy terenu budowy w stosunku do terminu wynikającego z Programu Robót, w wysokości 0,1% Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki;
- 2) za zwłokę w rozpoczęciu lub zakończeniu procedury odbioru końcowego w stosunku do terminów określonych w § 27 ust. 6 pkt 4 Umowy, w wysokości 0,1 Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki;
- 3) za zwłokę w wykonaniu innych niż wymienione w powyższych pkt 1 i 2 obowiązków przewidzianych w niniejszej Umowie, w wysokości 0,1% Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki;
- 4) za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w wysokości 10% Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy.

8. Limit kar umownych, jakich Wykonawca może żądać od Zamawiającego z wszystkich tytułów przewidzianych w niniejszej Umowie, wynosi 10% Ceny Umowy brutto określonej w § 5 ust. 1 Umowy.

9. Jeżeli kara umowna z któregokolwiek tytułu wymienionego w ust. 7 nie pokrywa poniesionej szkody, to Wykonawca może dochodzić odszkodowania uzupełniającego, na zasadach ogólnych określonych przepisami Kodeksu cywilnego.”.

Ad 9. Nadanie § 27 ust. 6 pkt 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] następującego brzmienia:

„Zamawiający przystąpi do odbioru w terminie nie późniejszym niż 21 dni od dnia potwierdzenia przygotowania obiektu do odbioru zgodnie z Umową i zakończy procedurę odbiorową w ciągu kolejnych 28 dni od dnia przystąpienia do odbioru. Wskazany termin zakończenia wiąże Zamawiającego zarówno w przypadku bezusterkowego dokonania odbioru końcowego, w rozumieniu § 27 ust. 6 pkt 9 lit. a, jak i w przypadku odmowy odbioru wskutek stwierdzenia nieprawidłowości, w rozumieniu § 27 ust. 6 pkt 6 niniejszej Umowy;”.

Ad 10 i 12. Dodanie w § 30 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] ust. 12 i 13 w następującym brzmieniu:

„12. Poza przypadkiem określonym w powyższym ust. 2 pkt 2, po stronie Wykonawcy powstaje prawo do odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, jeżeli:

- 1) Zamawiający opóźnia się z zapłatą którejkolwiek z faktur VAT wystawionych przez Wykonawcę o więcej niż 30 dni w stosunku do terminu płatności określonego w § 18 ust. 17 Umowy;
- 2) zwłoka Zamawiającego w wykonaniu któregokolwiek z obowiązków przewidzianych w Umowie wynosi ponad 60 dni;
- 3) zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości Zamawiającego;
- 4) zostanie wszczęta procedura likwidacyjna wobec Zamawiającego;
- 5) majątek Zamawiającego zostanie zajęty”;

13. W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający jest zobowiązany zapłacić Wykonawcy za roboty budowlane, dostawy i usługi wykonane do dnia założenia przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od Umowy.”.

Ad 13. Wydłużenie terminu na składanie ofert o co najmniej kolejne 40 dni.

Argumentacja odwołującego

Utrzymanie kwestionowanych przez odwołującego postanowień może narazić wykonawcę na szkodę w dwojakiej sytuacji, tj. zarówno wtedy gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane postanowienia.

W sytuacji gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji. Treść Warunków Kontraktu [wzoru umowy] objętych specyfikacji została ukształtowana przez Zamawiającego w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podpisanie umowy w jej obecnym brzmieniu naraża odwołującego na szkodę m.in. wskutek postanowień dyskryminujących wykonawcę lub uniemożliwiających ocenę przez niego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia.

Z kolei, zaniechanie przez odwołującego złożenia oferty w postępowaniu, także podyktowane rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy postanowieniami umowy, będzie oznaczać, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu, a tym samym narażony na szkodę.

Zespół Arbitrów m.in. w wyroku z 29 października 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1736/03) potwierdził, iż naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami Kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści specyfikacji. Z kolei, w wyroku z 6 września 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2430/06) Zespół Arbitrów wskazał, iż umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Wymienione w *petitum* pisma postanowienia specyfikacji zostały ukształtowane w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku cywilnoprawnego oraz zasadom współżycia społecznego, tj. z przekroczeniem granic swobody umów.

Pierwszorzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki.

Opracowane przez zamawiającego Warunki Kontraktu [wzoru umowy] powyższego postulatu nie spełniają. Dlatego odwołujący wnosi o ich modyfikację w celu zapewnienia poszanowania praw wykonawców, ale jednocześnie z zagwarantowaniem pełnej ochrony interesu publicznego. Wskazane postanowienia Warunków Kontraktu [wzoru umowy] sprzeciwia się zasadom współżycia społecznego, które odwołujący utożsamia z zasadami sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a tym samym są niedozwolone w świetle art. 353¹ Kc. W licznych wypowiedziach judykatury jako

naruszające zasady współżycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki (tak: wyrok SN z 6 stycznia 1976 r., I CR 713/75; wyrok SN z 7 stycznia 1980 r., II CR 464/79; uchwała SN z 22 maja 1991 r., III CZP 15/91; uchwała SN z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91; wyrok SN z 8 października 2004 r., V CK 670/03; wyrok SN z 23 czerwca 2005 r., II CK 739/04).

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołujący stwierdza, co następuje:

Do zarzutów sformułowanych w pkt 1 i pkt 4 *petitum* odwołania:

Jako przejaw rażąco nierównorzędnego traktowania wykonawcy, odwołujący wskazuje obciążenie tej strony umowy konsekwencjami opóźnienia w wykonaniu zobowiązań umownych. Na wykonawcę mają zatem spaść sankcje dopuszczenia się opóźnienia w postaci kar umownych lub powstania po stronie zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy, mimo że opóźnienie jest następstwem okoliczności leżących poza wykonawcą (art. 476 zdanie drugie Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp). W kwestionowanym przez odwołującego § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] (pkt 1 *petitum* odwołania) zamawiający wprost kwalifikuje jako nienależyte wykonanie Umowy uchybienie przez wykonawcę terminom wykonania przedmiotu umowy z przyczyn, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi (opóźnienie). Jest to niezgodne z zasadami odpowiedzialności *ex contractu* przewidzianymi w art. 471 Kc, stosownie do którego dłużnik jest zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o ile ponosi odpowiedzialność za okoliczności stanowiące przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania.

W postanowieniach § 24 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 Warunków Kontraktowych [wzoru umowy] (pkt 4 *petitum* odwołania) zamawiający przyznaje sobie prawo do naliczenia kar umownych z tytułu opóźnienia wykonawcy w realizacji określonych obowiązków.

W związku z tym należy stwierdzić, że podporządkowanie kary umownej zasadom odpowiedzialności kontraktowej oznacza, iż zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem, podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody, stosownie do art. 471 Kc, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (tak: wyrok SN z 20 marca 1968 r., II CR 419/67).

Ze względu na powyższe, jako niezgodne z zasadami odpowiedzialności kontraktowej, należy także uznać przyznanie zamawiającemu prawa do kontraktowego odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy w stosunku do terminów określonych w Programie Robót lub § 4 ust. 2 Umowy. Takie prawo jest zamawiającemu przyznawane w § 4 ust. 17 i w § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy].

Zdaniem KIO, zamawiający nie może grozić zastosowaniem sankcji odstąpienia bez względu na okoliczność zawinienia (tak: wyrok KIO z 25 czerwca 2010 r., KIO 1123/10).

Odwołujący wnioskuje o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania postanowień § 24 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz § 4 ust. 17 i w § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez zastąpienie pojęcia „opóźnienie” przez „zwłokę”.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 2 *petitum* odwołania

Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby ten uzyskał w imieniu zamawiającego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane (§ 4 ust. 21 zdanie drugie Warunków Kontraktu [wzoru umowy]). Takie postanowienie specyfikacji jest niezgodne z art. 647 Kc, który nakłada na inwestora obowiązek przekazania terenu budowy. Legalną definicję pojęcia „teren budowy” zawiera art. 3 pkt 10 ustawy – Prawo budowlane, zgodnie z którą desygnatem przedmiotowego pojęcia jest przestrzeń, w której prowadzone są roboty budowlane wraz z przestrzenią zajmowaną przez urządzenia zaplecza budowy. Ponadto, z art. 32 ust. 4 pkt 2 ustawy – Prawo budowlane wynika, że to inwestor (jako beneficjent decyzji o pozwoleniu na budowę) załącza do wniosku o wydanie pozwolenia oświadczenie o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Wyzbywanie się przez zamawiającego wszelkich obowiązków, tradycyjnie przypisywanych inwestorowi, świadczy o przerzucaniu przez zamawiającego całego ryzyka gospodarczego przedsięwzięcia na wykonawcę.

Ze względu na powyższe odwołujący wnosi o modyfikację postanowienia specyfikacji w sposób określony w *petitum* odwołania.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 3 *petitum* odwołania

Zamawiający w licznych zapisach Warunków Kontraktu [wzoru umowy] odwołuje się do dokumentu pod nazwą „Świadcstwo Wykonania”, znanego z FIDIC. Z lakonicznej definicji zamieszczonej w § 2 pkt 15 nie wynika jednak, jakie mają być szczegółowe warunki wystawienia przez zamawiającego przedmiotowego dokumentu, ani kiedy ma to nastąpić. Odwołanie się do regulacji zawartych w FIDIC w omawianym zakresie prowadziłyby do wniosku, że Świadcstwo Wykonania jest wystawiane na potwierdzenie wykonania przez wykonawcę całości zobowiązań umownych, w tym polegających na usunięciu wad w okresie rękojmi lub gwarancji jakości. Taki wniosek uzasadniałaby również, przez analogię do FIDIC, definicja zamieszczona w § 2 pkt 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], tj. definicja „Końcowego Świadcstwa Płatności”. Jednakże inne postanowienia Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przeczą przedstawionej dorozumianej interpretacji. Wprost bowiem wskazują, że wystawienie Świadcstwa Przejęcia i Świadcstwa Wykonania inicjuje

odpowiedzialność wykonawcy z rękojmi i gwarancji jakości (tak zwłaszcza: § 16 ust. 3, ust. 6-8, ust. 9 pkt 2, ust. 10), co koliduje z istotą Świadcstwa Wykonania ukształtowaną przez warunki FIDIC, do których odsyła pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy].

Niejednoznaczność kwestionowanych Warunków Kontraktu [wzoru umowy] może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego z pokrzywdzeniem wykonawcy. Ze względu na to odwołujący wnosi o modyfikację postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy] w sposób zaproponowany w *petitum* pisma, tj. dostosowujący przedmiotowe postanowienia do warunków FIDIC, z których wynika, że Świadcstwo Wykonania jest wystawiane po ustaniu zobowiązania wykonawcy do usuwania wad.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 5 *petitum* odwołania

Odwołujący wnioskuje o obniżenie wysokości kar umownych zastrzeżonych dla zamawiającego. Obecne postanowienia gwarantują zamawiającemu prawo do kar umownych w wygórowanej kwocie, a tym samym prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia tej strony umowy. W wyroku z 17 marca 1988 r. (IV CR 58/88) Sąd Najwyższy uznał, że kara umowna nie może być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia. Stanowisko SN zostało przywołane w wyrokach KIO z 22 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1431/08) i z 1 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO 298/11).

Podstawą wymiaru kar umownych w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] jest w każdym przypadku Cena Umowna brutto, czyli pełne wynagrodzenie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, które wykonawca proponuje w ofercie. Taka podstawa wymiaru jest zastrzegana, mimo że równocześnie zamawiający przewiduje możliwość zredukowania wynagrodzenia wykonawcy, tj. Ceny Umownej, o wartość prac zaniechanych (§ 23). Odwołujący zwraca uwagę, że postanowienia Warunków Kontraktowych [wzoru umowy] nie przewidują żadnego limitu wartości wyłączeń, a wręcz przeciwnie, z § 23 Umowy wprost wynika, że zamawiający dopuszcza wyłączenia o wartości przekraczającej 20% Ceny Umownej brutto.

Kara umowna zastrzeżona na wypadek opóźnienia wykonawcy w wykonaniu któregoś z trzech etapów ma wynosić 0,25% Ceny Umownej brutto (§ 24 ust. 1 pkt 1). Przy zakładanej przez zamawiającego wartości instalacji mającej wynieść 600 mln zł (informacja na stronie: www.pronatura.bydgoszcz.pl) kara umowna za jeden dzień opóźnienia wyniosłaby zatem 1,5 mln zł, co jest kwotą rażąco wygórowaną.

Podstawa wymiaru kary umownej w żadnym z przypadków przewidzianych w Warunkach Kontraktu nie jest ustalana w relacji do wartości obowiązku, któremu wykonawca miałby uchybić. Uchybienie któremukolwiek z obowiązków przewidzianych w Warunkach Kontraktowych [we wzorze umowy], a więc także drobnemu i nieistotnemu, rodzi po stronie zamawiającego prawo do kary umownej w wysokości 600.000 zł (§ 24 ust. 1 pkt 3).

Odwołujący wnioskuje o modyfikację postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy] polegającą na obniżeniu wysokości kar umownych zastrzeżonych na rzecz zamawiającego.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 6 *petitum* odwołania

§ 24 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przyznaje zamawiającemu prawo do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku przekroczenia przez naliczone przez niego kary umowne pułapu 20% Ceny Umownej brutto. Umowa nie określa jednak kryteriów ustalenia kwoty, o którą wynagrodzenie miałyby być obniżone. Ponadto, takie prawo nie przysługuje zamawiającemu jedynie w związku z naliczeniem kar umownych z tytułu nieusunięcia wad w okresie gwarancji jakości (§ 24 ust. 1 pkt 2), co pozwalałoby na pomocnicze posłużenie się kryteriami obniżenia ceny w ramach odpowiedzialności z rękojmi (art. 637 § 2 Kc w zw. z art. 656 § 1 Kc – Jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia ceny w odpowiednim stosunku”). Uzasadnieniem dla obniżenia ceny jest bowiem również opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów, a także niewykonanie lub nienależyte wykonanie któregośkolwiek z obowiązków umownych przez wykonawcę. Ponadto, biorąc pod uwagę treść § 24 ust. 1 pkt 2, należy stwierdzić, że zamawiający zyskuje uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia nie tylko w razie nieusunięcia wady, tak jak ma to miejsce w przypadku analogicznego uprawnienia z rękojmi, ale także mimo jej usunięcia.

Zamawiający powinien zatem albo wprowadzić obiektywne, weryfikowalne kryteria obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, albo zrezygnować z przedmiotowego uprawnienia, co proponuje Odwołujący w podanej w *petitum* pisma modyfikacji postanowienia.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 7 *petitum* odwołania

Odwołujący wnioskuje o wprowadzenie limitu kar umownych z wszystkich tytułów. Brak tego limitu prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego przez zapewnienie mu nieuzasadnionego wzbogacenia z tytułu kar umownych kosztem wykonawcy. Ponadto, brak określenia limitu kar umownych istotnie ogranicza możliwość prawidłowego określenia przez wykonawcę ryzyka związanego z potencjalnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym rodzi istotne trudności w skalkulowaniu ceny.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 8 *petitum* odwołania

Umowa nie przewiduje przyznania wykonawcy prawa do kary umownej z jakiegokolwiek tytułu. Prawo do kar umownych zostało przyznane wyłącznie zamawiającemu.

W wyroku z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08) KIO stwierdza: „Jakkolwiek pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać

pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”.

Biorąc pod uwagę, że kary umowne zostały przyznane wyłącznie zamawiającemu, uzasadniona jest ocena, iż umowa rażąco dyskryminuje wykonawcę. Ze względu na to odwołujący wnioskuje o wprowadzenie do specyfikacji postanowień przewidujących prawo wykonawcy do kary umownej.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 9 *petitum* odwołania

Odwołujący kwestionuje § 27 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], ponieważ zaniechano określenia w nim terminu przeprowadzenia przez zamawiającego odbioru końcowego. Daje to zamawiającemu możliwość nadużyć polegających na przeciąganiu procedury odbiorowej, dzięki czemu zamawiający będzie mógł naliczyć wyższe kary umowne. Odwołujący wyjaśnił w pkt 9 *petitum* odwołania, iż w przypadku stwierdzenia w toku odbioru końcowego jakiegokolwiek usterki zamawiający jest uprawniony naliczyć karę umową, na podstawie § 24 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 27 ust. 6 pkt 6 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], za okres wsteczny, tj. od dnia dokonania przez kierownika budowy wpisu do dziennika budowy o zakończeniu robót aż do dnia usunięcia stwierdzonych w toku odbioru nieprawidłowości. Przeciąganie procedury odbioru końcowego powoduje także przesunięcie terminu zakończenia przedmiotu umowy, co w przypadku stwierdzenia jakiegokolwiek usterki daje zamawiającemu dodatkowo uprawnienie do naliczenia kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, na podstawie § 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 27 ust. 6 pkt 9 lit. b Warunków Kontraktu [wzoru umowy].

Ze względu na powyższe odwołujący w proponowanej modyfikacji postanowienia sugeruje wprowadzenie 28-dniowego terminu na przeprowadzenie procedury odbioru końcowego, zwracając uwagę, że taki termin jest przewidziany w klauzuli 10.1 FIDIC.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 10 *petitum* odwołania

Odwołujący wnioskuje o rozbudowanie katalogu przypadków, w których wykonawca może skorzystać z kontraktowego prawa odstąpienia od umowy. Obecnie Warunki Kontraktu ograniczają się wskazania jednego przypadku, w którym po stronie wykonawcy powstaje wymienione uprawnienie. Jest nim mało prawdopodobna sytuacja wydania przez zamawiającego polecenia przerwania realizacji robót na ponad 120 dni kalendarzowych. Zamawiający może uniknąć zaktualizowania się po stronie wykonawcy uprawnienia do odstąpienia wydając polecenie wstrzymania robót na czas krótszy np. o jeden dzień od wymaganego w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy].

Do zarzutów sformułowanych w pkt 11 *petitum* odwołania

Odwołujący wnosi o ujednoczenie terminów zwłoki określonych w § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] i w § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], z wpływem których zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 12 *petitum* odwołania

Odwołujący wnioskuje o modyfikację § 30 ust. 8 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], ponieważ postanowienie daje zamawiającemu prawo, lecz nie obowiązek zapłacenia wykonawcy za materiały, urządzenia i sprzęt, za które wykonawca zapłacił już swoim kontrahentom, mimo że odstąpienie od umowy przez zamawiającego następuje z przyczyn niezależnych od wykonawcy, określonych w § 30 ust. 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy]. Ponadto, przedmiotowe postanowienie nie nakłada na zamawiającego obowiązku zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane przez wykonawcę do dnia złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu, jak to przewiduje § 30 ust. 6 zdanie pierwsze. Przedmiotowe postanowienie umowy jest rażąco krzywdzące dla wykonawcy, dlatego odwołujący wnosi o zmianę postanowienia w sposób podany w *petitum* odwołania.

Do zarzutów sformułowanych w pkt 13 *petitum* odwołania

Zamawiający ustalił zbyt krótki termin na składanie ofert, przez co naruszył art. 43 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Wyznaczony termin nie uwzględnia bowiem specyfiki zamówienia publicznego oraz nowatorskiego charakteru tej inwestycji.

W ramach zamówienia wybrany wykonawca ma bowiem wybudować spalarnię odpadów komunalnych. Jest to pierwsza tego typu inwestycja w Polsce. W związku z tym konieczne jest posłużenie się technologiami oraz personelem zagranicznym posiadającym odpowiednie kwalifikacje, co powoduje konieczność zawarcia z kontrahentami zagranicznymi odpowiednich umów (konsorcjum, o współpracy, o udostępnieniu zasobów) oraz uzyskania dodatkowych dokumentów, co z uwagi na obowiązujące procedury nie będzie możliwe w terminie określonym przez zamawiającego.

Jednocześnie udział kontrahentów zagranicznych wydłuża termin przygotowania oferty. Powoduje bowiem konieczność dokonywania tłumaczeń wszystkich dokumentów (w tym oferty) z języka polskiego na język obcy i odwrotnie.

Ponadto termin na składanie ofert jest zbyt krótki w stosunku do daty oględzin (23 sierpnia 2011 r.), które mają kluczowe znaczenie przy opracowywaniu koncepcji architektoniczno-budowlanej inwestycji.

Zamawiający nie zapewnił należytej dostępności wszystkim potencjalnym wykonawcom do udziału w postępowaniu, ponieważ wyznaczony termin nie jest wystarczający do uzyskania stosowanych zaświadczeń i dokumentów, których posiadanie i złożenie zamawiającemu stanowi warunek udziału w postępowaniu, a także prawidłowego

przygotowania oferty, z uwzględnieniem ustaleń dokonanych przez wykonawców podczas oględzin.

Termin składania ofert powinien być dostosowany do wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Terminy określone w art. 43 Pzp są terminami minimalnymi i przewidzianymi dla zamówień typowych. Zamawiający ustalając termin na złożenie oferty na poziomie minimalnym naruszył zatem zasady określone w art. 7 Pzp przez nieuwzględnienie złożoności przedmiotu zamówienia oraz konieczności uzyskania przez wykonawców dodatkowych dokumentów niezbędnych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

16.08.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

18.08.2011 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

19.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

22.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **Warbud SA z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

22.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **Erbud SA z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

19.08.2011 r. (poniedziałek) wykonawca **SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut drugi** dotyczący naruszenia przez § 4 ust. 21 zdanie drugie Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 647 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ wymienione postanowienie nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, mimo że udostępnienie terenu budowy jest obowiązkiem zamawiającego jako inwestora – jest zasadny. Jednak ze względu na zmianę w specyfikacji dokonaną 26 sierpnia 2011 r. przez zamawiającego oraz wyjaśnienia z tej samej daty, Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych zmian w specyfikacji.

To na inwestorze ciąży obowiązek uzyskania prawa do dysponowania nieruchomościami, na których będzie prowadzona inwestycja. Odmienne postanowienia zawarte w specyfikacji naruszałyby przepis art. 647 Kc. Dlatego zamawiający wprowadził zmiany w specyfikacji, jednak uczynił to po terminie wniesienia odwołania. W związku z tym zarzut, że § 4 ust. 21 zdanie drugie Warunków Kontraktu [wzoru umowy] naruszył art. 647 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, w celu umożliwienia realizacji przedmiotu umowy jest zasadny, jednak ze względu na zmianę w specyfikacji, Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych zmian w specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut trzeci** naruszenia przez § 2 pkt 15, § 14 ust. 5 i 6, ust. 8 pkt 1 oraz ust. 10, § 16 ust. 3, 6-8, ust. 9 pkt 2 oraz ust. 10, § 26 ust. 1 pkt 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] w zw. z pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, jak również art. 29 ust. 1 Pzp,

ponieważ wymienione postanowienia nie określają przesłanek wystawienia Świadectwa Wykonania, a z wykładni tych postanowień wynika jedynie, że Świadectwo ma inicjować bieg okresu rękojmi i gwarancji jakości, co jest jednak sprzeczne z klauzulą 11.9 Warunków Kontraktowych dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę (dalej: FIDIC), do których odsyła pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy]; z wymienionej klauzuli 11.9 FIDIC wynika, że Świadectwo Wykonania jest dokumentem potwierdzającym wykonanie całości zobowiązań umownych, w tym polegających na usunięciu wad w okresie rękojmi lub gwarancji jakości; dodatkowo, nie wiadomo, w jakim zakresie ma być stosowany FIDIC, wobec lakonicznego odesłania zamieszczonego w pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy]; niejednoznaczność przywołanych postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy] może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy – jest zasadny.

Zamawiający wskazał w piśmie z 26 sierpnia, że odwołujący niewłaściwie zinterpretował postanowienia ust. 1 preambuły. Dalej zamawiający deklaruje, że postanowienie preambuły nie stanowi, że do rozpoznawanego zamówienia będą miały zastosowanie Warunki Kontraktu FIDIC, a jedynie, że „roboty będące przedmiotem [...] Umowy będą prowadzone z wykorzystaniem elementów Warunków Kontraktowych dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy...”.

Jednak takie oświadczenie musi pociągać za sobą wskazanie konkretnych postanowień, które są zredagowane w oparciu o uregulowania FIDIC bądź należy to postanowienie usunąć ze wzoru umowy, gdyż w przyszłości zagadnienia dotyczące wykonania umowy czy spory dotyczące wykonania umowy będą rozpatrywane w oparciu o uregulowania FIDIC albo bez powoływania się na zbiór reguł – FIDIC.

Sam zamawiający stwierdził na rozprawie, że zgodnie z § 37 wzoru umowy, do umowy nie będą miały zastosowania warunki określone w FIDIC.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wzór umowy musi zostać opracowany jednoznacznie, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Przepis ten, a także inne przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie dają zamawiającemu uprawnień do dowolnego formułowania postanowień wzoru umowy, a następnie negocjowania tych postanowień czy precyzowania ich znaczenia. Dlatego zamawiający nie może powoływać się na oświadczenia zawarte w pismach sporządzonych przed terminem zawarcia umowy, jeżeli w samej umowie wybrane postanowienia będą stanowić co innego, gdyż może to powodować ogromne trudności interpretacyjne. W przypadku zaistnienia rozbieżności między wzorem umowy a oświadczeniami zamawiającego, zamawiający musi to dokładnie wyjaśnić, aż do dokonania

zmiany w treści wzoru umowy, co się mieści w pojęciu zmiany specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp.

Wskazane przez odwołującego redakcje poszczególnych postanowień wzoru umowy są zdecydowanie precyzyjniejsze jednak to zamawiający określa postanowienia umowy i nie ma przepisów, które nakazywałyby wprowadzenie konkretnych treści do umowy czy specyfikacji. Dlatego Izba nie może w rozpoznawanej sprawie nakazać wprowadzenia do treści wzoru umowy zaproponowanych przez odwołującego sformułowań.

Dlatego, mimo stwierdzenia przez skład orzekający Izby, że trzeci zarzut – dotyczący niejednoznacznego opracowania treści § 2 pkt 15, § 14 ust. 5 i 6, ust. 8 pkt 1 oraz ust. 10, § 16 ust. 3, 6-8, ust. 9 pkt 2 oraz ust. 10, § 26 ust. 1 pkt 7 w zw. z pkt 1 preambuły do Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – jest zasadny ze względu na naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych przez odwołującego zmian w specyfikacji [Warunkach Kontraktu czyli we wzorze umowy].

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut szósty** naruszenia art. 353¹ Kc przez ustanowienie w § 24 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] postanowienia przyznającego zamawiającemu prawo do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku przekroczenia przez kary umowne pułapu 20% ceny umownej brutto, lecz nie określa kryteriów ustalenia kwoty, o którą wynagrodzenie miałyby być obniżone – jest zasadny.

Zamawiający ustanowił w § 24 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy], że zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy albo żądać obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli kary umowne przekroczą 20% ceny umownej brutto. Jednak, na co wskazuje odwołujący, zamawiający nie określił kryteriów ustalenia kwoty, o którą wynagrodzenie miałyby być obniżone.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający musi we wzorze umowy określić jednoznacznie wszystkie postanowienia przyszłej umowy. Przepis ten, a także inne przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie dają zamawiającemu uprawnień do dowolnego formułowania postanowień wzoru umowy, a następnie negocjowania tych postanowień czy precyzowania ich znaczenia po upływie terminu składania ofert, a tym bardziej po terminie zawarcia umowy.

Odwołujący wnioskował aby zamawiający wprowadził obiektywne, weryfikowalne kryteria obniżenia wynagrodzenia wykonawcy albo zrezygnował ze wskazanego postanowienia. Jednak to zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo – zgodnie ze swoją polityką – formułować poszczególne postanowienia umowy. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać zamawiającemu zawarcia w umowie sprecyzowanych postanowień, a jedynie może stwierdzić, że pewne postanowienia nie są zgodne z przepisami prawa.

Dlatego, mimo stwierdzenia przez skład orzekający Izby, że szósty zarzut – dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc przez ustanowienie w § 24 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] postanowienia przyznającego zamawiającemu prawo do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku przekroczenia przez kary umowne pułapu 20% ceny umownej brutto, lecz nie określa kryteriów ustalenia kwoty, o którą wynagrodzenie miałyby być obniżone – jest zasadny ze względu na naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych przez odwołującego zmian w specyfikacji [Warunkach Kontraktu czyli we wzorze umowy].

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut jedenasty** dotyczący § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] w zw. z § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, jak również art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ postanowienia określają dwa różne okresy opóźnienia wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, uprawniające zamawiającego do skorzystania z kontraktowego prawa odstąpienia od umowy – jest zasadny. Jednak ze względu na zmianę w specyfikacji dokonaną 26 sierpnia 2011 r. przez zamawiającego oraz wyjaśnienia z tej samej daty, Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych zmian w specyfikacji.

Zamawiający ma obowiązek jednoznacznego określenia wszystkich postanowień wzoru umowy. W związku z tym ustanowienie w różnych postanowieniach wzoru umowy różnych okresów opóźnienia wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, uprawniające zamawiającego do skorzystania z kontraktowego prawa odstąpienia od umowy jest sprzeczne z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. W związku z tym zarzut odwołującego – jest zasadny. Jednak ze względu na zmianę w specyfikacji dokonaną 26 sierpnia 2011 r., Izba nie nakazuje dokonania wnioskowanych zmian w specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut pierwszy i czwarty dotyczący** naruszenia przez § 4 ust. 17 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 471 w zw. z art. 476 zdanie drugie oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie kwalifikuje jako nienależyte wykonanie umowy uchybienie przez wykonawcę terminom wykonania przedmiotu umowy z przyczyn, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, tj. opóźnienie wykonawcy i § 24 ust. 1 pkt 1, 3 i 4, § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 483 § 1 w zw. z art. 471 i art. 476 zdanie drugie oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ prawo zamawiającego do naliczenia kary umownej, bądź odstąpienia od umowy aktualizuje się w przypadku opóźnienia wykonawcy w wykonaniu zobowiązań umownych, a zatem mimo braku odpowiedzialności wykonawcy za uchybienie terminom na wykonanie zobowiązań umownych i obciąża wykonawcę

odpowiedzialnością za opóźnienie z przekroczeniem granicy swobody umów – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, aby nawet bardzo restrykcyjne i obciążające jedną stronę umowy postanowienia umowy dotyczące kar umownych [art. 483 § 1 Kc] naruszały zasadę swobody umów określonej w art. 353¹ Kc. Również postanowienia takie nie są sprzeczne z przepisami art. 471 i 476 Kc, chociaż zamawiający musi mieć świadomość, że ukształtowanie wzoru umowy z uwzględnieniem odpowiedzialności w zasadzie za wszystkie ryzyka tylko jednej strony umowy może doprowadzić do zwiększenia ceny ofertowej lub do braku zainteresowania złożeniem oferty przez wykonawców.

Jest prawdą, że im więcej ryzyk zdefiniuje zamawiający i rozłoży za nie odpowiedzialność na obie strony umowy tym może uzyskać tańszą ofertę lub większe zainteresowanie wykonawców, ale nie jest do tego zobowiązany i może wprowadzać dowolne postanowienia, jeżeli ich treść lub cel nie sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego np. przez ustanowienie kar umownych obciążających wykonawcę za działania lub zaniechania zamawiającego.

W związku z powyższym zarzut pierwszy i czwarty naruszenia w postanowieniach 4 ust. 17, § 24 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 oraz § 30 ust. 4 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 471 w zw. z art. 476 zdanie drugie, art. 483 § 1 oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, przez kwalifikowanie, jako nienależyte wykonanie umowy uchybienie przez wykonawcę terminom wykonania przedmiotu umowy z przyczyn, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, tj. opóźnienie wykonawcy i ustanowienie prawa zamawiającego do naliczenia kary umownej, bądź odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy w wykonaniu zobowiązań umownych, a zatem mimo braku odpowiedzialności wykonawcy za uchybienie terminom na wykonanie zobowiązań umownych – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut piąty** dotyczący naruszenia przez § 24 ust. 1 pkt 1-4 i ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienia rażąco uprzywilejowują zamawiającego przyznając mu prawo do kar umownych w wygórowanej wysokości prowadząc do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego przez ukształtowanie treści Warunków Kontraktu [wzoru umowy] stanowiące przekroczenie granic swobody umów – nie może być uznany za zasadny.

W § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] zamawiający określił – zdaniem odwołującego, zbyt drastycznie – odpowiedzialność wykonawcy w formie kar umownych.

W polskim prawie nie istnieją przepisy zakazujące stanowienia jakiejś wielkości kar umownych czy zakazujących odnoszenia tych kar do jakiejś podstawy. Również odwołujący nie wykazał, że zamawiający stanowiąc postanowienia we wzorze umowy dotyczące

wysokości kar umownych i podstawy ich naliczania odnoszącej się do ceny umownej za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył tymi postanowieniami zasadę swobody umów uregulowaną w art. 353¹ Kc, chociaż – jak to było już stwierdzone wyżej – zamawiający musi mieć świadomość, że ukształtowanie wzoru umowy ze zbyt surowymi sankcjami może doprowadzić do zwiększenia ceny ofertowej lub do braku zainteresowania złożeniem oferty przez wykonawców. Może to też wpłynąć na pogląd wykonawców, że w przyszłości nie będzie współpracy stron w celu optymalnego wykonania umowy, przez co może dojść do odwołania niektórych wykonawców od zainteresowania złożeniem oferty. Jednak nie można stwierdzić, że taka polityka zamawiającego jest sprzeczna ze wskazanym przepisem art. 353¹ Kc lub innymi przepisami prawa i również można stanąć na stanowisku, że taka postawa zamawiającego wpłynie na zainteresowanie zamówieniem przez tylko najpoważniejszych wykonawców.

Kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. Podobnie możliwość odstąpienia od umowy musi być bardzo precyzyjnie określona i nie można grozić zastosowaniem tej sankcji bez względu na okoliczność zawinienia czy przyczynienia się do powstania strat przez wykonawcę. Jednak odwołujący nie dowiódł, że zamawiający ustanawiając postanowienia o karach umownych i odstąpieniu od umowy miał na celu co innego niż zdyscyplinowanie przyszłego wykonawcy.

W związku z powyższym zarzut piąty naruszenia w postanowieniach § 24 ust. 1 pkt 1-4 i ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienia rażąco uprzywilejowują zamawiającego przyznając mu prawo do kar umownych w wygórowanej wysokości przez ukształtowanie treści Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut siódmy** dotyczący naruszenia przez § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający zaniechał określenia limitu kar umownych ze wszystkich tytułów – nie może być uznany za zasadny.

Zamawiający nie określił w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy], a zwłaszcza w § 24 dotyczącym kar umownych, górnego limitu kar umownych. Jednak żaden przepis nie nakazuje ustanowienia takiego limitu.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut siódmy dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we

wzorze umowy] zamawiający zaniechał określenia limitu kar umownych ze wszystkich tytułów – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut ósmy** dotyczący naruszenia przez § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający zaniechał przyznania wykonawcy prawa do kary umownej, a w konsekwencji także odszkodowania uzupełniającego – nie może być uznany za zasadny.

Zamawiający nie określił w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy], a zwłaszcza w § 24 dotyczącym kar umownych przyznania wykonawcy prawa do kary umownej. Jednak z istoty instytucji kary umownej wynika, że stosuje się ją w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, co wynika z art. 483 § 1 Kc. To wykonawca jest obowiązany wykonać zobowiązanie niepieniężne, natomiast zamawiający jest obowiązany wykonać zobowiązanie pieniężne, do którego stosuje się m.in. przepis art. 481 Kc odnoszący się do odsetek za nieterminowe wykonanie zobowiązania pieniężnego. Stosowanie tego przepisu w przypadku ewentualnego zaistnienia opóźnienia świadczenia pieniężnego nie zostało w żaden sposób ograniczone przez zamawiającego.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut ósmy dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający zaniechał ustanowienia prawa do kary umownej dla wykonawcy – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut dziewiąty** dotyczący § 27 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] przez naruszenie art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w postanowieniu zaniechano określenia terminu przeprowadzenia przez zamawiającego odbioru końcowego – nie może być uznany za zasadny.

Zamawiający nie określił w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy], a zwłaszcza w § 27 dotyczącym odbioru robót terminu przeprowadzenia przez zamawiającego odbioru końcowego. Jednak z żadnego przepisu nie wynika taki obowiązek. Ponadto zgodnie z art. 455 Kc wykonawca może wezwać zamawiającego do niezwłocznego spełnienia jego obowiązku, czyli dokonania odbioru końcowego.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dziewiąty dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający zaniechał określenia terminu przeprowadzenia przez zamawiającego odbioru końcowego – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut dziesiąty** dotyczący naruszenia przez § 30 ust. 2 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie wskazuje tylko jeden przypadek naruszenia przez zamawiającego umowy – polecenia przerwania realizacji robót na ponad 120 dni kalendarzowych, upoważniający wykonawcę do skorzystania z prawa do kontraktowego odstąpienia od umowy – nie może być uznany za zasadny.

Zamawiający nie określił w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy], a zwłaszcza w § 30 ust. 2 dotyczącym odstąpienia od umowy innych przypadków upoważniających do odstąpienia od umowy, a określony w § 30 ust. 2 pkt 2 warunek jest mało prawdopodobny do zaistnienia. Jednak z żadnego przepisu nie wynika obowiązek poszerzenia listy przesłanek upoważniających do odstąpienia od umowy.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dziesiąty dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający zawarł tylko jedną i to mało prawdopodobną do zaistnienia przesłankę odstąpienia od umowy przez wykonawcę – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut dwunasty** dotyczący naruszenia przez § 30 ust. 8 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] – art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie daje zamawiającemu prawo, lecz nie obowiązek zapłacenia wykonawcy za materiały, urządzenia i sprzęt, za które wykonawca zapłacił już swoim kontrahentom, mimo że odstąpienie od umowy przez zamawiającego następuje z przyczyn niezależnych od wykonawcy, określonych w § 30 ust. 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] i przedmiotowe postanowienie nie nakłada na zamawiającego obowiązku zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane przez wykonawcę do dnia złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu, jak to przewiduje § 30 ust. 6 zdanie pierwsze – nie może być uznany za zasadny.

Odwołujący wskazał, że taki pominięcie może stwarzać ryzyko rażącego pokrzywdzenia wykonawcy, w związku z przerzuceniem na niego przez zamawiającego negatywnych następstw zdarzeń, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu. Jednak odwołujący nie wykazał, które przepisy zostałyby naruszone przez zamawiającego formułującego takie postanowienia wzoru umowy. Dlatego wykonawca musi wziąć pod uwagę i takie ryzyko. Może to przyczynić się do podwyższenia ceny ofertowej, jednak nie jest to sprzeczne z żadnymi przepisami prawa.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dwunasty dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ postanowienie § 30 ust. 8 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] daje zamawiającemu prawo, lecz nie obowiązek zapłacenia wykonawcy za materiały, urządzenia i sprzęt, za które wykonawca zapłacił już

swoim kontrahentom, mimo że odstąpienie od umowy przez zamawiającego następuje z przyczyn niezależnych od wykonawcy, określonych w § 30 ust. 7 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] i przedmiotowe postanowienie nie nakłada na zamawiającego obowiązku zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane przez wykonawcę do dnia złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu, jak to przewiduje § 30 ust. 6 zdanie pierwsze – nie może być uznany za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, **zarzut trzynasty** naruszenia art. 43 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 43 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 7 Pzp, ponieważ zamawiający ustalił zbyt krótki termin na składanie ofert w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający 8 marca 2011 r. opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne odnośnie rozpoznawanego postępowania. W związku z tym zamawiający miał obiektywne uprawnienie do wyznaczenia terminu nie krótszego niż wynikający z art. 43 ust. 3 pkt 1 Pzp. I tak też zamawiający uczynił.

Wykonawcy mający zamiar uczestniczenia w postępowaniu mogli zacząć się przygotowywać do wzięcia udziału w postępowaniu od momentu ukazania się wstępnego ogłoszenia i to jest ideą ustanowienia przepisów o możliwości skracania terminu składania ofert, która przyświecała ustawodawcy.

Ponadto 22 sierpnia 2011 r. zamawiający przedłużył termin składania ofert o 30 dni i ustanowił nowy termin składania ofert na 14 października 2011 r.

Odwołujący zarzuca, że zamawiający określając termin składania ofert nie uwzględnił rozmiaru oraz nowatorskiego charakteru inwestycji, która ma zostać zrealizowana oraz zakresu powierzanych prac (projektowanie, wykonanie, dostawa urządzeń i ich uruchomienie), co niekorzystnie wpływa na dostęp wykonawców do zamówienia, konkurencyjność postępowania i uzyskanie efektów ekonomicznych przez zamawiającego. Jednak odwołujący nie wykazał, które przepisy naruszył zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut trzynasty naruszenia art. 43 przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 647 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp przez wadliwe sporządzenie specyfikacji.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....