

**WYROK**  
**z dnia 20 stycznia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Miejski Zarząd Budynków Sp. z o.o. w Wałbrzychu, ul. Generała Andersa 48, 58–304 Wałbrzych** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207** protestu z dnia 3 grudnia 2009 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Miejski Zarząd Budynków Sp. z o.o. w Wałbrzychu, ul. Generała Andersa 48, 58-304 Wałbrzych;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 010 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziesięć złotych zero groszy) przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207** na rzecz **Miejskiego Zarządu Budynków Sp. z o.o. w Wałbrzychu, ul. Generała Andersa 48, 58-304 Wałbrzych** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów dojazdu;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Miejskiego Zarządu Budynków Sp. z o.o. w Wałbrzychu, ul. Generała Andersa 48, 58-304 Wałbrzych**.

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

Zamawiający, Spółka Restrukturyzacji Kopalń, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie p.n. „Wybór zarządcy i administratora nieruchomości Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. położonych w Wałbrzychu, Boguszów-Gorce, Szczawno Zdrój i Mieroszów”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się **25.11. 2008 r.** w Dzienniku Urzędowym UE Nr 2008/S 229-304711.

**03.12. 2008 r.** Miejski Zarząd Budynków sp. z o.o., ul. Gen. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych złożył protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją. Protestujący zarzucił:

1. Występowanie sprzeczności postanowień § 1 ust. 1 i 2, § 3 ust. 1 i § 4 ust. 2 wzoru umowy z unormowaniami w szczególności art. 185 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.
2. Zastrzeżenie możliwości powierzenia czynności podwykonawcom po uprzedniej zgodzie zamawiającego.
3. Brak informacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia o stanie technicznym nieruchomości.
4. Zastosowanie we wzorze umowy nieekwiwalentnych dla stron kar umownych § 13 wzoru umowy.
5. Zastosowanie we wzorze umowy różnych dla stron terminów wypowiedzenia umowy.
6. Brak przewidzenia we wzorze umowy możliwości zmiany umowy.

**19.12. 2008 r.** zamawiający oddalił protest, a czynność uzasadnił następująco:

Zamawiający stwierdza, że przygotował postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwracając uwagę na zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców, w sposób szczególny uwzględniając art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, zgodnie z którymi opracowano treść oprotestowanej specyfikacji.

Ad 1.

Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy postanowień § 1 ust. 1, § 3 ust. 1 oraz § 4 projektu umowy nie zgadza się z zarzutami protestującego i nie wyraża zgody na zmianę tych paragrafów umowy, bowiem w sposób wyraźny i literalny odzwierciedlają one wolę zamawiającego co do zakresu obowiązków i uprawnień zarządcy i nie są postanowieniami ogólnymi jakie proponuje wprowadzić protestujący. Zamawiający wskazuje, że art. 185 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami wyraźnie stwierdza, że zakres uprawnień i obowiązków zarządcy wynika z przepisów tej ustawy, z przepisów odrębnych ustaw oraz umowy o zarządzanie nieruchomością, czyli jednoznacznie można stwierdzić, że ustawodawca przewidział możliwość określenia w umowach określenie szczegółowego zakresu obowiązków wykonawców.

Teza protestującego, że pojęcie zarządzania w rozumieniu ww. ustawy jest sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego oraz że dopuszczono się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez żądanie wykonywania dodatkowych obowiązków jest nieuzasadniona. Tytuł zamówienia nadany przez Zamawiającego „Wybór zarządcy i administratora nieruchomości Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. ...” wskazuje na przedmiot zamówienia, który jest właściwie opisany i sformułowany, ponieważ ujmuje także, w świetle art. 184 i 185 ustawy o gospodarce nieruchomościami, pojęcie administrowania, jako mającego charakter węższego od zarządzania i mieszczącego się w pojęciu zarządzania. Przedmiot zamówienia obejmuje czynności faktyczne, do których należy np.: utrzymanie porządku i czystości w obrębie nieruchomości, ściąganie czynszów, rejestrowanie awarii i ich usuwanie, sprzątanie, naprawy i konserwację bieżącą oraz prowadzenie korespondencji – wyrok SN z 19.01.2006 r. sygn. IV CK 343/05.

Ad 3.

Zamawiający informuje, że zasobami mieszkaniowymi i nieruchomościami wymiennymi w załącznikach do specyfikacji, gdzie zamawiający zawarł szczegółowe dane adresowe,

ilościowe i powierzchniowe nie zarządza i nie administruje żadna firma – wobec tego nie może być mowy o uprzywilejowaniu kogokolwiek. Protestujący jako profesjonalista, posiada odpowiednie służby techniczne i jest zdolny do samodzielnego wykonywania ocen technicznych obiektów i określania potrzeb w zakresie remontów i konserwacji w ramach prowadzonej działalności dokonując prostej czynności, jaką jest wizja lokalna w celu przygotowania najkorzystniejszej oferty na przedmiotowe zadanie.

Ad 4.

Zamawiający ustalił warunki uczestnictwa w postępowaniu przetargowym zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych mając na względzie zabezpieczenie interesów zamawiającego, jako Spółki Skarbu Państwa.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc kara umowna może być zastrzeżona tylko i wyłącznie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Tymczasem w sprawie niniejszej wykonawcy z tytułu wykonywania czynności będących przedmiotem postępowania przetargowego przysługuje od zamawiającego świadczenie pieniężne (wynagrodzenie za wykonanie czynności). W związku z powyższym nie ma podstaw prawnych, aby na rzecz wykonawcy zostały zastrzeżone kary umowne. W przypadku bowiem niewykonania przez zamawiającego jego świadczeń na rzecz wykonawcy np. opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia, zgodnie z art. 481 Kc, wykonawca ma prawo żądać zapłaty odsetek.

Ad 5.

Zamawiający określił prawo do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, a przez zamawiającego z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia, zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kc, który stanowi „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.”. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że powyższe postanowienia podyktowane są faktem, iż w przypadku wypowiedzenia umowy przez wykonawcę za 1 miesięcznym okresem wypowiedzenia zamawiający nie byłby w stanie w tak krótkim czasie wybrać nowego zarządcy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, do której stosowania zobowiązany jest zamawiający.

Ad 6.

Zamawiający przytoczył postanowienia specyfikacji, gdzie w pkt 15.5. zamieścił postanowienie cyt.: „Zamawiający informuje, że zakazuje się zmian postanowień zawartej

umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego". Nie można więc zgodzić się z zarzutem, że Zamawiający nie przewidział żadnej możliwości zmian postanowień umowy, np. w przypadku ustawowej zmiany wielkości VAT. Zamawiający zwraca uwagę, że żądanie zamieszczenia postanowień o zmianie wynagrodzenia Wykonawcy w np. wzroście wynagrodzenia i innych cen usług godziłoby w istotę ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oznaczałoby *de facto* przerzucenie na zamawiającego całości ryzyka związanego z prowadzoną przez wykonawcę działalnością gospodarczą. Protestujący jako profesjonalista winien w ofercie przewidzieć np. wzrost cen usług. Zmiana natomiast stawki VAT, która określana jest w ustawie i wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych, mieści się w zakresie pkt 15.5 specyfikacji.

Ad 2.

Zamawiający w celu doprecyzowania postanowień § 10 ust. 1 projektu umowy oraz uniknięcia w przyszłości nieporozumień w tym zakresie zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp zmienia treść postanowień w specyfikacji, a mianowicie § 10 ust. 1 projektu umowy przez nadanie mu nowej, następującej treści:

„§ 10 ust. 1. Wykonawca nie może powierzyć wykonywania czynności objętych niniejszą umową bez uprzedniej zgody zamawiającego udzielonej w formie pisemnej. Nie dotyczy osób wymienionych w § 4, które w imieniu wykonawcy będą wykonywały czynności zarządcze oraz usługi wymienione w pkt 1 załącznika A do umowy.”.

Zamawiający wobec powyższego nie uwzględnia żądania protestującego dotyczącego wykreślenia § 10 ust. 1 projektu umowy i nie zgadza się ze stwierdzeniami, że postanowienia tego paragrafu są sprzeczne z art. 36 ust. 5 Pzp, gdyż w załączniku A do umowy, który jest integralną jej częścią zawarł postanowienia określające jakie usługi może wykonawca zlecić innym podmiotom udzielając tym samym wykonawcy „z góry” pisemnego zezwolenia na takie zlecenie. Dotyczy to w szczególności usług kominiarskich, remontowych (remonty bieżące) i konserwacyjnych, projektowych, nadzorów specjalistycznych, ekspertyz i opinii specjalistycznych oraz przeglądów finansowanych i rozliczanych w ramach technicznego utrzymania obiektów.

**30.12.2008 r.** wykonawca Miejski Zarząd Budynków sp. z o.o. Wałbrzych złożył odwołanie.

W odwołaniu odwołujący ponad argumenty zawarte w proteście polemizował z oddaleniem protestu:

Ad 2.

W zakresie nieuwzględnienia przez zamawiającego żądania odwołującego w sprawie wykreślenia § 10 ust. 1 projektu umowy odwołujący wskazał dodatkowy argument. Zamawiający dokonał jedynie modyfikacji ww. paragrafu, wprowadzając możliwość powierzenia podwykonawcom usług wymienionych w załączniku nr A pkt 1. Zamawiający nie odniósł się zatem do wykonywania innych czynności objętych umową m.in. w zakresie:

- opróżniania i sprzątania lokali mieszkalnych oraz przeprowadzania ich dezynfekcji,
- przeprowadzania podstawowych zabiegów dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji,
- utrzymania czystości na przyległych do budynków terenów,
- utrzymania zieleni na terenach przynależnych do budynków,
- sprzątania zalegających śmieci, gałęzi itp. utrzymania terenów – dróg dojazdowych w okresie zimowym.

Ad 5.

W zakresie zmiany okresu wypowiedzenia, odwołujący stwierdza, że okres ten nie musi być skrócony do 1 miesiąca, lecz może być wydłużony dla obu stron do okresu 3 miesięcy.

Ad 6.

Odwołujący wskazał dodatkowo opinię Urzędu Zamówień Publicznych w której stwierdzono iż istnieje możliwość zmiany określonego umową o zamówienie publiczne podatku VAT na skutek zmiany jej wysokości dokonanych ustawą, w sytuacji łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

- gdy istnieje obiektywna konieczność wprowadzenia zmian, np. gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> k.c.,
- zmiana wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w momencie zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę, że od dnia 24 października 2008 r. ustawodawca wprowadził całkowity zakaz zmian w zawartej umowie, chyba że w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji zamawiający taką możliwość przewidział wraz z jednoczesnym określeniem okoliczności dokonania takiej zmiany oraz przedmiotową opinię UZP brak „przewidzenia” przez zamawiającego w specyfikacji możliwości (nie obowiązku) zmiany wynagrodzenia z uwagi na zmianę stawki VAT jest działaniem na szkodę przyszłego wykonawcy umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Odwołujący zwrócił także uwagę, że pkt 15.5 specyfikacji w brzmieniu obecnym nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesów wykonawców bowiem w swej treści jest powtórzeniem art. 144 Pzp sprzed nowelizacji, gdyż obecnie zamawiający zobowiązany jest podać okoliczności i warunki mogące skutkować

zmianą zawartej umowy. Tym samym nie istnieje możliwość dokonania zmiany umowy na skutek zaistnienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia. Zresztą skoro przedmiotem odwołania jest także żądanie dopuszczenia zmian w umowie z tytułu zmiany stawki VAT, to trudno będzie dowieść podczas realizacji umowy, że wystąpienie tej okoliczności (zmiany stawki VAT) było nieprzewidziane.

**Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron.**

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu pierwszego występowania sprzeczności postanowień § 1 ust. 1 i 2, § 3 ust. 1 i § 4 ust. 2 wzoru umowy z unormowaniami w szczególności art. 185 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający zawarł w § 1 ust. 1 i 2, § 3 ust. 1 i § 4 ust. 2 wzoru umowy postanowienia, które – zdaniem odwołującego – zawężają zakres wykonywania usługi zarządzania nieruchomościami w stosunku do unormowań art. 185 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. W przepisie tym występuje sformułowanie „w szczególności”, które ustawodawca używa dając wyliczenie przykładowe, a nie wyliczając elementy niezbędne. W takim przypadku ustawodawca użyłby innego wyrażenia, np. „co najmniej”. W związku z tym, w ramach swobody umów stosowanej w umowach o zamówienia publiczne na podstawie art. 14 Pzp zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zamawiający może przedstawić zakres czynności koniecznych do wykonywania, jakie zdaniem zamawiającego są istotne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby nie widzi sprzeczności między zaproponowanymi postanowieniami wzoru umowy a przytaczanymi przepisami art. 185 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Postanowienia wzoru umowy nie muszą wyczerpywać wszystkich elementów wyszczególnionych przykładowo w art. 185 ww. ustawy, jeżeli taki jest zamiar zamawiającego. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający

ma prawo zawrzeć we wzorze umowy postanowienia w zakresie kwestionowanym przez odwołującego.

W zakresie zarzutu drugiego – zawarcia we wzorze umowy zbyt ogólnych postanowień dotyczących umożliwienia po pisemnej zgodzie powierzenia części zamówienia podwykonawcom – skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający zastrzegając możliwość powierzenia przez wykonawcę czynności podwykonawcom dopiero po pisemnej zgodzie zamawiającego musi doprecyzować warunki, kiedy zgoda zostanie udzielona lub kiedy zgoda nie zostanie udzielona. W rozpatrywanym postępowaniu zamawiający wskazał tylko, które czynności wykonawca może powierzyć podwykonawcom. Jednak czynności te nie wyczerpują listy możliwych czynności, które w praktyce, w trakcie wykonywania umowy wykonawca będzie mógł powierzyć podwykonawcom. Również zamawiający nie przewidział rozwiązania sytuacji braku udzielenia zgody przez zamawiającego mimo zwrócenia się o udzielenie zgody na wykonanie czynności przez podwykonawcę we właściwym terminie.

Sytuacja takiej całkowitej dowolności może doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców, co narusza unormowanie art. 7 ust. 1 Pzp.

Na marginesie należy zauważyć, że w przypadku braku zastrzeżenia, że całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom, zamawiający powinien żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, zgodnie z art. 36 ust. 4 i 5 Pzp.

Ze względu na powyższe skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że jeżeli zamawiający zastrzega we wzorze umowy przekazanie podwykonawcom wykonywania części umowy po uprzednim pisemnym wyrażeniu zgody, to musi określić na jakich podstawach ta zgoda będzie udzielana lub kiedy wykonawca takiej zgody nie uzyska i w takim zakresie zamawiający powinien tę specyfikację zmodyfikować na podstawie art. 38 Pzp.

W zakresie zarzutu trzeciego – braku zawarcia w specyfikacji informacji o stanie technicznym nieruchomości – skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie umieścił w specyfikacji żadnej informacji na temat stanu technicznego zasobu, potrzeb w zakresie napraw i konserwacji nieruchomości objętych zamówieniem. Wykonawca nie dysponuje zatem pełną wiedzą na temat przedmiotu zamówienia, która jest niezbędna dla wykonawcy w celu wskazania w ofercie ceny usług objętych rozpatrywanym zamówieniem.



Protestujący żąda zamieszczenia w specyfikacji informacji dotyczących stanu technicznego zasobu oraz potrzeb w zakresie napraw i konserwacji nieruchomości objętych zamówieniem.

Brak wskazania przedmiotowych danych w specyfikacji (a zwłaszcza w opisie przedmiotu zamówienia) stanowi naruszenie przepisów określonych w art. 29 ust. 1 Pzp. Nieuwzględnienie w specyfikacji wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawcę oferty, a którymi dysponuje lub powinien dysponować zamawiający, w postępowaniu może doprowadzić do nieporównywalności ofert. Samo odesłanie wykonawców do poszczególnych rejonów, aby tam zapoznawali się z dokumentami obiektów oraz dokonywali oględzin obiektów nie może być uważane za wypełnienie dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp. To na zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji nie odpowiada unormowaniu art. 29 ust. 1 Pzp i zamawiający powinien uzupełnić ten opis uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp i w takim zakresie zamawiający powinien tę specyfikację zmodyfikować na podstawie art. 38 Pzp.

W zakresie zarzutu czwartego – zamieszczenia we wzorze umowy nieekwiwalentnych dla stron kar umownych – skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający w § 13 wzoru umowy przewidział zastosowanie kar umownych w stosunku tylko do wykonawcy, który będzie wykonywać swoje obowiązki nienależycie.

Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w przytaczanym art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony mogą zawrzeć umowę, byleby jej treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Ponadto, zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, który to przepis ma w rozpatrywanym postępowaniu zastosowanie na podstawie art. 14 Pzp, w stosunku do zobowiązań niepieniężnych można zastosować kary umowne. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Żadne przepisy nie stanowią o karach umownych w stosunku do zobowiązań pieniężnych. W zakresie Kodeksu cywilnego służy temu instytucja odsetek ustawowych. Jest ona szczegółowo uregulowana w art. 359 Kodeksu cywilnego i aktach wykonawczych. Dlatego, jeżeli w samej umowie nie zostanie ten problem inaczej rozstrzygnięty, jak to zaistniało w rozpatrywanym przypadku, od nienależytego wykonania zobowiązań

pieniężnych będą miały zastosowanie odsetki ustawowe, zgodnie z art. 359 Kodeksu cywilnego.

Dlatego skład orzekający Izby nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa i uważa, że zarzut odwołującego w zakresie nieekwiwalentności kar umownych podlega oddaleniu.

Podobnie w zakresie zarzutu piątego – zamieszczenia we wzorze umowy różnych dla stron okresów wypowiedzenia umowy – skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

W § 12 wzoru umowy zamawiający przewidział dla zamawiającego jednomiesięczny okres wypowiedzenia umowy, a dla wykonawcy trzymiesięczny okres wypowiedzenia umowy.

Zgodnie z wielokrotnie przytaczaną zasadą swobody umów zamawiający może ułożyć wzór umowy, a następnie stosunek prawny zgodnie ze swoimi potrzebami. Ponadto zamawiający uzasadnił tak nierówne potraktowanie stron tym, że w przypadku wypowiedzenia umowy przez wykonawcę, zamawiający będzie musiał przeprowadzić procedurę wyłonienia kolejnego wykonawcy zgodnie z unormowaniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Jest to proces, który przebiega przeciętnie w okresie około dwóch miesięcy, a więc jest uzasadnione, aby okres wypowiedzenia trwał 3 miesiące. Natomiast w przypadku pojawienia się zastrzeżeń do usług wykonawcy, zamawiający będzie musiał w sposób możliwie najszybszy rozwiązać umowę i stosować rozwiązania doraźne, np. udzielić zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy na czas przeprowadzenia właściwej procedury zamówień publicznych.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa i uważa, że zarzut odwołującego w zakresie przewidzenia różnych dla stron okresów wypowiedzenia umowy podlega oddaleniu.

Również w zakresie zarzutu szóstego – braku przewidzenia we wzorze umowy możliwości zmiany umowy – skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie przychyliła się do zarzutu stwierdzając, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z unormowaniem art. 144 ust. 1 Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Jedynym odstępstwem od tego jest sytuacja, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zamawiający nie przewidując zmiany umowy mógł odstąpić od zamieszczania w specyfikacji informacji o sposobie zmiany umowy. Jednak zamawiający zastrzegł możliwość

dokonania zmian w umowie w przypadku wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub gdy te zmiany są korzystne dla zamawiającego. Stanowi o tym pkt 15.5 na str. 13 specyfikacji.

Ze względu na przewidywany okres trwania umowy przez 3 lata takie postanowienie jest – zdaniem zamawiającego – wystarczające do chronienia interesów stron w przypadku zajścia nieprzewidzianych okoliczności bądź w przypadku zaoferowania korzystniejszych dla zamawiającego warunków umowy, a zamawiający nie przewiduje dokonywania zmian umowy w innych okolicznościach, co jest również dopuszczalne na podstawie przytoczonej wyżej zasady swobody umów, zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa i uważa, że zarzut odwołującego w zakresie braku przewidzenia we wzorze umowy możliwości zmiany umowy podlega oddaleniu.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że samo zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, mogącym wywołać zbyteczne problemy interpretacyjne oraz dokonywanie ewentualnych zmian umowy na tej podstawie może nie wypełniać dyspozycji art. 144 Pzp.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za uzasadnione koszty odwołującego z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby na podstawie złożonych kopii biletów PKP przyznano kwotę 436 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*





**03.12. 2008 r.** Miejski Zarząd Budynków sp. z o.o., ul. Gen. Andersa 48, 58-304 Wałbrzych złożył protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją. Protestujący zarzucił:

**1. Sprzeczność postanowień § 1 ust. 1 i 2, § 3 ust. 1 i § 4 ust. 2 wzoru umowy z unormowaniami w szczególności art. 185 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami**

**2. Powierzenie czynności podwykonawcom**

W § 8 ust. 1 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji, zamawiający określił, że „Wykonawca nie może powierzyć wykonywania czynności objętych niniejszą umową bez uprzedniej zgody zamawiającego udzielonej w formie pisemnej (...)”. Równocześnie w załączniku A – Zarząd w pkt 1 zamawiający mówi o cyt. „zlecaniu we własnym imieniu lub na podstawie odrębnych umów niezbędnych usług związanych z zarządzanymi nieruchomościami (...)”. Te postanowienia pozostają ze sobą w sprzeczności i postanowienie to jest niezgodne z brzmieniem art. 36 ust. 5 Pzp. Przepis ten stanowi „Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom”.

Zdaniem Wykonawcy, nie jest wymagana zgoda Zamawiającego na powierzenie podwykonawcom wykonywania czynności objętych umową m.in. w zakresie:

- opróżniania i sprzątania lokali mieszkalnych oraz przeprowadzania ich dezynfekcji,
- badania szczelności przewodów kominowych i wentylacyjnych,
- czyszczenia i udrażniania przewodów (pionów) kominowych i wentylacyjnych,
- udrażniania podłączeń kratki wentylacyjnych i spalinowych do pionów,
- przeprowadzania podstawowych zabiegów dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji,
- utrzymania czystości na przyległych do budynków terenów, utrzymania zieleni na terenach przynależnych do budynków,
- sprzątania zalegających śmieci, gałęzi itp.,
- utrzymania terenów – dróg dojazdowych w okresie zimowym.

Świadczenie tych usług jest powszechnie dostępne, a w niektórych przypadkach ustawy nakładają obowiązek posiadania stosownych uprawnień, zezwoleń np. w zakresie utrzymania czystości i porządku, czy świadczenia usług kominiarskich. Przedsiębiorstwa zajmujące się zarządzaniem i administrowaniem nieruchomościami nie posiadają takich uprawnień i zlecają wykonywanie takich usług firmom specjalistycznym. Specyfika tego

zamówienia wymaga zatem zlecenia podwykonawcom pewnych czynności mieszczących się w granicach tej umowy, wobec czego Zamawiający nie powinien zastrzec w specyfikacji, że pewna część zamówienia może być powierzona podwykonawcy po uprzednim uzyskaniu zgody.

Zamawiający żąda wykreślenia § 10 ust. 1 projektu umowy.

W niniejszym postępowaniu interes prawny Wykonawcy może doznać uszczerbku z uwagi na możliwość nie uzyskania zgody Zamawiającego na powierzenie podwykonawcom wykonania określonych czynności. Wykonawca podając cenę oferty uwzględni w niej koszty świadczonych usług wg stawek ustalonych z podwykonawcami świadczącymi usługi na rzecz Wykonawcy lub z podwykonawcami którzy będą świadczyć usługi na rzecz Wykonawcy.

### **3. Brak informacji o stanie technicznym nieruchomości**

Zamawiający nie umieścił w specyfikacji żadnej informacji na temat stanu technicznego zasobu, potrzeb w zakresie napraw i konserwacji nieruchomości objętych zamówieniem. Wykonawca nie dysponuje zatem pełną wiedzą na temat przedmiotu zamówienia, która jest niezbędna dla zamawiającego w celu wskazania w ofercie ceny usług objętych niniejszym zamówieniem. Stanowi to zdaniem protestującego naruszenie przepisów określonych w art. 29 ust. 1 Pzp, a ponadto w postępowaniu interes prawny protestującego może doznać uszczerbku z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawcę oferty, a w konsekwencji nie uznania oferty protestującego za najkorzystniejszą. Również z uwagi na postanowienia art. 29 ust. 2 Pzp, nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia przez brak informacji o aktualnym stanie technicznym zasobów, może prowadzić do nieuczciwej konkurencji. Firma aktualnie zarządzająca zasobami, znająca dokładnie stan techniczny zasobów objętych postępowaniem, w razie wzięcia w nim udziału, znajdzie się na pozycji uprzywilejowanej.

Protestujący żąda zamieszczenia w specyfikacji informacji dotyczących stanu technicznego zasobu oraz potrzeb w zakresie napraw i konserwacji nieruchomości objętych zamówieniem.

### **4. Kary umowne § 13 wzoru umowy**

Zamawiający w § 13 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji, nie dokonał zróżnicowania kar umownych w zależności od przyczyny naruszenia przez wykonawcę postanowień umowy oraz opisu sposobu dokumentowania przypadków naruszeń przez wykonawców postanowień umowy. Przy tak szerokim katalogu usług opisanych w załącznikach A,B,B1,C,D,D1,E,F,G do projektu umowy, każde naruszenie przez wykonawcę postanowień umowy nawet z przyczyn od niego niezależnych, naraża



wykonawcę na radykalne obniżenie należnego miesięcznego wynagrodzenia. Poza tym zamawiający w projekcie umowy nie zastrzegł prawa naliczania kar umownych, jakie mogłyby przysługiwać wykonawcy w przypadku naruszenia przez zamawiającego postanowień umowy. Jest to sprzeczne z zasadami współzycia społecznego o których mowa w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (**Art. 353<sup>1</sup>**.<sup>(140)</sup> Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.). Umowa zgodna z tymi zasadami uwzględniać powinna interesy wszystkich stron bezpośrednio zainteresowanych postępowaniem, a rażąco nierównomierne obciążenie tylko Wykonawcy ryzykiem kontraktowym jest sprzeczne z art. 353<sup>1</sup> Kc i tym samym, zgodnie z art. 58 § 2 Kc powoduje nieważność umowy w tej części.

Postanowienia umowy mogą doprowadzić do wykonywania przez wykonawcę umowy za darmo. Postanowienia takie stawiają również zamawiającego w nadmiernie uprzywilejowanej pozycji. Wykonawca mając na uwadze specyfikę zamówień publicznych, podkreśla że umowa ma charakter dwustronny a w konsekwencji kary umowne dla obu stron powinny być adekwatne.

Wykonawca żąda wprowadzenia do projektu umowy kar umownych umożliwiających ich naliczanie zarówno przez Zamawiającego jak i Wykonawcę oraz zróżnicowania wysokości kar w zależności od naruszenia wskazanych postanowień umowy.

#### **5. Zastosowanie różnych terminów wypowiedzenia umowy**

Zamawiający w § 12 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji, wskazał cyt.: „1. Zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego. 2. Wykonawca ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec kwartału kalendarzowego.”.

Zdaniem Wykonawcy postanowienia te również naruszają zasady współzycia społecznego, o których mowa w art. 353<sup>1</sup> Kc. Pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest dominująca, ale powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy wykonawców i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby interesy tych stron były jak najbardziej zrównoważone.

Wykonawca żąda wprowadzenia do projektu umowy, równych zasad wypowiedzenia umowy.

#### **6. Brak możliwości zmiany umowy**

Zamawiający w ogłoszeniu ani w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji, nie przewidział żadnej możliwości zmian postanowień umowy. Biorąc pod uwagę, że umowa jest długoterminowa i obciążona dużym poziomem ryzyka, protestujący uważa, iż zaniechanie przez zamawiającego wprowadzenia postanowień umożliwiających zmianę umowy powoduje możliwość doznania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy. Zaniechanie to stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 144 ust. 1 Pzp. Zamawiający żąda wprowadzenia do ogłoszenia i projektu umowy zmian umożliwiających dokonywanie waloryzacji miesięcznych stawek ryczałtowych wynagrodzenia w poniższych przypadkach:

- ustawowej zmiany stawki VAT;
- wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, ogłaszanego Rozporządzeniem Rady Ministrów;
- wzrostu cen usług komunalnych i robót budowlanych, które będą realizowane w ramach niniejszej umowy, a który to wzrost wynikać będzie ze zmian makroekonomicznych niezależnych od wykonawcy.

**19.12. 2008 r.** zamawiający oddalił protest, a czynność uzasadnił następująco:

Zamawiający stwierdza, że przygotował postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwracając uwagę na zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców, w sposób szczególny uwzględniając art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 i 2 Pzp zgodnie z którymi opracowano treść oprotestowanej specyfikacji.

Ad 1.

*Protestujący zarzuca zamawiającemu sprzeczność postanowień § 1 ust. 1, § 3 ust. 1, oraz § 4 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 2 do specyfikacji z postanowieniami ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.*

*Protestujący wnosi o zmianę tych postanowień, gdyż jego zdaniem są wadliwie skonstruowane oraz antonimiczne z powołaną wyżej ustawą o gospodarce nieruchomościami, a opis przedmiotu zamówienia zawarty w załącznikach A, B, B1, C, D, D1, E, F, G do projektu umowy jest niespójny z postanowieniami poszczególnych paragrafów umowy. Protestujący zarzuca także zamawiającemu, że postanowienia w specyfikacji odnoszą się jedynie do części kompetencji zarządcy wynikających z art. 185 ustawy o gospodarce nieruchomościami.*

Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy postanowień § 1 ust. 1, § 3 ust. 1 oraz § 4 projektu umowy nie zgadza się z zarzutami protestującego i nie wyraża zgody na zmianę tych paragrafów umowy, bowiem w sposób wyraźny i literalny odzwierciedlają one wolę zamawiającego co do zakresu obowiązków i uprawnień zarządcy i nie są postanowieniami ogólnymi jakie proponuje wprowadzić protestujący. Zamawiający wskazuje, że art. 185 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami wyraźnie stwierdza, że

zakres uprawnień i obowiązków zarządcy wynika z przepisów tej ustawy, z przepisów odrębnych ustaw oraz umowy o zarządzanie nieruchomością, czyli jednoznacznie można stwierdzić, że ustawodawca przewidział możliwość określenia w umowach określenie szczegółowego zakresu obowiązków wykonawców.

Teza protestującego, że pojęcie zarządzania w rozumieniu ww. ustawy jest sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego oraz że dopuszczono się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez żądanie wykonywania dodatkowych obowiązków jest nieuzasadniona. Tytuł zamówienia nadany przez Zamawiającego „Wybór zarządcy i administratora nieruchomości Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. ...” wskazuje na przedmiot zamówienia, który jest właściwie opisany i sformułowany, ponieważ ujmuje także, w świetle art. 184 i 185 ustawy o gospodarce nieruchomościami, pojęcie administrowania, jako mającego charakter węższego od zarządzania i mieszczącego się w pojęciu zarządzania. Przedmiot zamówienia obejmuje czynności faktyczne, do których należy np.: utrzymanie porządku i czystości w obrębie nieruchomości, ściąganie czynszów, rejestrowanie awarii i ich usuwanie, sprzątanie, naprawy i konserwację bieżącą oraz prowadzenie korespondencji – wyrok SN z 19.01.2006 r. sygn. IV CK 343/05.

#### Ad 3.

*Protestujący żąda umieszczenia w specyfikacji informacji dotyczących stanu technicznego zasobu mieszkaniowego oraz określenia potrzeb w zakresie napraw i konserwacji nieruchomości objętych zamówieniem oraz podnosi fakt braku informacji o aktualnym stanie technicznym zasobów, co zdaniem protestującego może prowadzić do nieuczciwej konkurencji. Ponadto protestujący stwierdza, że jego interes prawny może doznać uszczerbku z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawcę oferty, a firma aktualnie zarządzająca zasobami znająca dokładnie stan techniczny zasobów objętych postępowaniem, w razie wzięcia w nim udziału, znajdzie się na pozycji uprzywilejowanej.*

Zamawiający informuje, że zasobami mieszkaniowymi i nieruchomościami wymiennymi w załącznikach do specyfikacji, gdzie zamawiający zawarł szczegółowe dane adresowe, ilościowe i powierzchniowe nie zarządza i nie administruje żadna firma – wobec tego nie może być mowy o uprzywilejowaniu kogokolwiek. Protestujący jako profesjonalista, posiada odpowiednie służby techniczne i jest zdolny do samodzielnego wykonywania ocen technicznych obiektów i określania potrzeb w zakresie remontów i konserwacji w ramach prowadzonej działalności dokonując prostej czynności, jaką jest wizja lokalna w celu przygotowania najkorzystniejszej oferty na przedmiotowe zadanie.

#### Ad 4.

*Protestujący żąda zróżnicowania kar w zależności od naruszeń wskazanych postanowień umowy oraz wprowadzenia do projektu umowy kar umownych umożliwiających ich naliczanie zarówno przez zamawiającego jak i wykonawcę. Protestujący podnosi również, iż zamawiający zastrzega sobie prawo naliczania kar umownych nawet w przypadkach naruszenia postanowień umowy bez winy wykonawcy.*

Zamawiający ustalił warunki uczestnictwa w postępowaniu przetargowym zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych mając na względzie zabezpieczenie interesów zamawiającego, jako Spółki Skarbu Państwa.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc kara umowna może być zastrzeżona tylko i wyłącznie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Tymczasem w sprawie niniejszej wykonawcy z tytułu wykonywania czynności będących przedmiotem postępowania przetargowego przysługuje od zamawiającego świadczenie pieniężne (wynagrodzenie za wykonanie czynności). W związku z powyższym nie ma podstaw prawnych, aby na rzecz wykonawcy zostały zastrzeżone kary umowne. W przypadku bowiem niewykonania przez zamawiającego jego świadczeń na rzecz wykonawcy np. opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia, zgodnie z art. 481 Kc, wykonawca ma prawo żądać zapłaty odsetek.

Ad 5.

Kwestionowanie przez protestującego postanowienia projektu umowy ustalającego dla zamawiającego jednomiesięczny okres wypowiedzenia umowy, a dla wykonawcy 3 miesięczny okres wypowiedzenia oraz podnoszenie również zarzutu dominującej pozycji zamawiającego w kształtowaniu umowy, jest nieuzasadnione. Zamawiający określił prawo do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia a przez zamawiającego z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia, zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kc, który stanowi „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.”. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że powyższe postanowienia podyktowane są faktem, iż w przypadku wypowiedzenia umowy przez wykonawcę za 1 miesięcznym okresem wypowiedzenia zamawiający nie byłby w stanie w tak krótkim czasie wybrać nowego zarządcy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, do której stosowania zobowiązany jest zamawiający.

Ad 6.

*Protestujący wskazuje także, że zamawiający, w projekcie umowy ani w ogłoszeniu nie przewidział żadnej możliwości zmian postanowień umowy, a zaniechanie to zdaniem protestującego stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 144 ust. 1 Pzp i protestujący żąda wprowadzania do ogłoszenia i projektu umowy postanowień umożliwiających dokonywanie waloryzacji miesięcznej stawek ryczałtowych np. w przypadku ustawowej zmiany VAT, wzrostu wynagrodzenia i innych cen usług.*

Zamawiający przytoczył postanowienia specyfikacji, gdzie w pkt 15.5. zamieścił postanowienie cyt.: „Zamawiający informuje że, zakazuje się zmian postanowień zawartej

umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego". Nie można więc zgodzić się z zarzutem, że Zamawiający nie przewidział żadnej możliwości zmian postanowień umowy, np. w przypadku ustawowej zmiany wielkości VAT. Zamawiający zwraca uwagę, że żądanie zamieszczenia postanowień o zmianie wynagrodzenia Wykonawcy w np. wzroście wynagrodzenia i innych cen usług godziłoby w istotę ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oznaczałoby *de facto* przerzucenie na zamawiającego całości ryzyka związanego z prowadzoną przez wykonawcę działalnością gospodarczą. Protestujący jako profesjonalista winien w ofercie przewidzieć np. wzrost cen usług. Zmiana natomiast stawki VAT, która określana jest w ustawie i wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych, mieści się w zakresie pkt 15.5 specyfikacji.

Ad 2.

Zamawiający w celu doprecyzowania postanowień § 10 ust. 1 projektu umowy oraz uniknięcia w przyszłości nieporozumień w tym zakresie zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp zmienia treść postanowień w specyfikacji, a mianowicie § 10 ust. 1 projektu umowy przez nadanie mu nowej, następującej treści:

„§ 10 ust. 1. Wykonawca nie może powierzyć wykonywania czynności objętych niniejszą umową bez uprzedniej zgody zamawiającego udzielonej w formie pisemnej. Nie dotyczy osób wymienionych w § 4, które w imieniu wykonawcy będą wykonywały czynności zarządcze oraz usługi wymienione w pkt 1 załącznika A do umowy.”.

Zamawiający wobec powyższego nie uwzględnia żądania protestującego dotyczącego wykreślenia § 10 ust. 1 projektu umowy i nie zgadza się ze stwierdzeniami, że postanowienia tego paragrafu są sprzeczne z art. 36 ust. 5 Pzp, gdyż w załączniku A do umowy, który jest integralną jej częścią zawarł postanowienia określające jakie usługi może wykonawca zlecić innym podmiotom udzielając tym samym wykonawcy „z góry” pisemnego zezwolenia na takie zlecenie. Dotyczy to w szczególności usług kominiarskich, remontowych (remonty bieżące) i konserwacyjnych, projektowych, nadzorów specjalistycznych, ekspertyz i opinii specjalistycznych oraz przeglądów finansowanych i rozliczanych w ramach technicznego utrzymania obiektów.

Z powyższych względów zamawiający protest oddalił.

**30.12.2008 r.** wykonawca Miejski Zarząd Budynków sp. z o.o. Wałbrzych złożył odwołanie.

W odwołaniu odwołujący ponad argumenty zawarte w proteście polemizował z oddaleniem protestu:

Ad 6.

Odwołujący wskazał dodatkowo opinię Urzędu Zamówień Publicznych w której stwierdzono iż istnieje możliwość zmiany określonego umową o zamówienie publiczne podatku VAT na skutek zmiany jej wysokości dokonanych ustawą, w sytuacji łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

- gdy istnieje obiektywna konieczność wprowadzenia zmian, np. gdy spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> k.c.,

- zmiana wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w momencie zawarcia umowy. Biorąc pod uwagę, że od dnia 24 października 2008 r. ustawodawca wprowadził całkowity zakaz zmian w zawartej umowie, chyba że w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji zamawiający taką możliwość przewidział wraz z jednoczesnym określeniem okoliczności dokonania takiej zmiany oraz przedmiotową opinię UZP brak „przewidzenia” przez zamawiającego w specyfikacji możliwości (nie obowiązku) zmiany wynagrodzenia z uwagi na zmianę stawki VAT jest działaniem na szkodę przyszłego wykonawcy umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania. Odwołujący zwracił także uwagę, że pkt 15.5 specyfikacji w brzmieniu obecnym nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesów wykonawców bowiem w swej treści jest powtórzeniem art. 144 Pzp sprzed 24 października 2008 r. gdyż – jak wcześniej podkreślono – w obecnym stanie prawnym zamawiający zobowiązany jest podać okoliczności i warunki mogące skutkować zmianą zawartej umowy. Tym samym nie istnieje możliwość dokonania zmiany umowy na skutek zaistnienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia. Zresztą skoro przedmiotem odwołania jest także żądanie dopuszczenia zmian w umowie z tytułu zmiany stawki VAT, to trudno będzie dowieść podczas realizacji umowy, że wystąpienie tej okoliczności (zmiany stawki VAT) było nieprzewidziane.

Ad 2.

W zakresie nieuwzględnienia przez zamawiającego żądania odwołującego w sprawie wykreślenia § 10 ust. 1 projektu umowy odwołujący wskazał dodatkowy argument. Zamawiający dokonał jedynie modyfikacji ww. paragrafu, wprowadzając możliwość powierzenia podwykonawcom usług wymienionych w załączniku nr A pkt 1. Zamawiający nie odniósł się zatem do wykonywania innych czynności objętych umową m.in. w zakresie:

- opróżniania i sprzątania lokali mieszkalnych oraz przeprowadzania ich dezynfekcji,
- przeprowadzania podstawowych zabiegów dezynfekcji, dezynsekcji i deratyzacji,

- utrzymania czystości na przyległych do budynków terenów,
- utrzymania zieleni na terenach przynależnych do budynków,
- sprzątania zalegających śmieci, gałęzi itp. utrzymania terenów – dróg dojazdowych w okresie zimowym.

Ad 5.

W zakresie zmiany okresu wypowiedzenia, odwołujący stwierdza, że okres ten nie musi być skrócony do 1 miesiąca, lecz może być wydłużony dla obu stron do okresu 3 miesięcy.