

WYROK
z dnia 7 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez **wykonawcę Energopol – Szczecin Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9**

przy udziale **wykonawcy Hydrobudowa Gdańska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1238/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Energopol – Szczecin Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13 i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Energopol – Szczecin Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13** tytułem wpisów od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawcę Energopol – Szczecin Spółkę Akcyjną z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13** na rzecz **Zarządu Morskiego Portu Gdynia Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9** kwotę 3 928 zł. 44 gr. (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia osiem złotych czterdzieści cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę i zastępstwa prawnego,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zagospodarowanie terenu Nadbrzeża Bułgarskiego w porcie Gdynia zostało wszczęte przez zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 maja 2013r. za numerem 2013/S 092-157111.

W tym samym dniu zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na swojej stronie internetowej.

W dniu 24 maja 2013r. odwołujący Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13 – zwany dalej odwołującym (przystępującym) Energopol, wniósł odwołanie na treść ogłoszenia i siwz drogą elektroniczną. Odwołanie zostało podpisami elektronicznymi weryfikowanymi ważnymi certyfikatami w dacie wnoszenia odwołania złożonymi przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana faksem zamawiającemu w dniu 24 maja 2013r.

Odwołujący Energopol zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 2 ustawy, oraz art. 387 § 1, art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez przerzucenie na wykonawców obowiązku oszacowania w cenie oferty kosztów wydobywania przeszkód podwodnych (pkt XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny pkt 4 tiret szesnasty) [Zarzut nr 1];

- art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 5, 353(1) i 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy — poprzez "ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji:

1) poprzez ustanowienie kar umownych: za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu umowy, których terminy

wykonania, a także zakres wynikają z zapisów harmonogramu rzeczowo-finansowego, opóźnienie w usunięciu wad, opóźnienia w przejęciu placu budowy lub rozpoczęciu robót,

2) wobec zaniechania przez zamawiającego wprowadzenia do umowy postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (kary za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu umowy) - w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu umowy, oraz

3) zaniechania wprowadzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

4) zaniechanie wprowadzenie limitu kar umownych,

5) zastrzeżenie tylko dla zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych (§13 umowy - kary umowne) [Zarzut nr 2];

- art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 5, 353(1), 483 § 1 i 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji: poprzez ustanowienie w § 13 ust. 1 pkt 6 umowy - kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za naruszenie obowiązku, o którym mowa w § 18 ust. 2 umowy (zakaz zatrudniania przez wykonawcę pracowników zamawiającego) [Zarzut nr 3];

- art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, oraz art. 5, 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez wymóg dokonania wizji lokalnej terenu budowy -w związku z postanowieniem o treści: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z terenem budowy, (...) stanem terenu budowy i jego sąsiedztwem" (§ 5 ust. 5 pkt 2 Umowy) [Zarzut nr 4];

- art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 140 ust. 1 PZP oraz art. 5, 35 31 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażąco

nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oraz w wyniku którego może dojść do realizacji zamówienia poza zakres wynikający z oferty wykonawcy -poprzez umieszczenie niejednoznacznego postanowienia o treści: „O ile dla wykonania robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń to wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem” (§ 2 ust. 2 ostatni akapit zd. pierwsze Umowy) [Zarzut nr 5];

Odwołujący wniósł o:

(1) nakazanie zamawiającemu, aby wykreślił on w pkt XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny ppkt 4 tiret szesnasty o treści o treści „koszt wydobycia przeszkód podwodnych” ewentualnie, aby dodał w tym punkcie postanowienie o treści „uwidocznionych w dokumentacji przekazanej wykonawcom przez zamawiającego” [Zarzut nr 1];

(2) nakazanie zamawiającemu, aby ten:

1) zastąpił w § 13 umowy termin „opóźnienie” terminem „zwłoka”,

2) wprowadził do umowy postanowienie dot. anulowania tzw. kar umownych pośrednich (za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu umowy) w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu umowy,

3) aby wprowadził karę umowną w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto za odstąpienie od umowy- z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

4) wprowadził limit kar umownych,

5) jak również przewidział możliwość ubiegania się o odszkodowanie przekraczające wysokość kary umownej również dla wykonawcy [Zarzut nr 2];

(3) nakazanie zamawiającemu, aby zmniejszył on karę umowną określoną w § 13 ust. 1 pkt 6 umowy - do 10.000 zł, oraz aby kara ta odnosiła się tylko do sytuacji, w których wykonawca miał wiedzę na temat tego, że dana osoba jest pracownikiem zamawiającego [Zarzut nr 3];

(4) nakazanie zamawiającemu, aby ten usunął w § 5 ust. 5 pkt 2 umowy następujący fragment: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z terenem budowy, (...) stanem terenu budowy i jego sąsiedztwem” [Zarzut nr 4];

(5) nakazanie zamawiającemu, aby ten zmodyfikował treść § 2 ust. 2 akapit ostatni zd. pierwsze umowy - w taki sposób, aby odnosiło się to tylko do innych robót, czynności i uzyskania zezwoleń, które przynajmniej w sposób pośredni wynikają z opisu. przedmiotu

zamówienia przekazanego przez zamawiającego, i każdy wykonawca przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności był w stanie je przewidzieć [Zarzut nr 5].

Ponadto wnosił o:

(6) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie;

oraz

(7) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W wyniku czynności i zaniechań zamawiającego (opisanych szczegółowo w niniejszym odwołaniu), które to czynności i zaniechania, stoją w ewidentnej sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i innych ustaw, odwołujący uważa, że jego interes może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu robót stanowiących przedmiot zamówienia, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu, i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołujący uważa, że przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów i uwzględnienia w cenie ryczałtowej ~ kosztów wydobycia przeszkód podwodnych należy uznać za nieuzasadnione. Takie zachowanie nie pozwala bowiem wykonawcom na należyte przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Zauważa, że koszt wydobycia przeszkód podwodnych jest na etapie oceny oferty nie do oszacowania. Jest to tylko możliwe w odniesieniu do przeszkód uwidocznionych w dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego. Wykonawca nie wie bowiem ile tych przeszkód napotka w trakcie realizacji zamówienia oraz jakiego rodzaju będą to przeszkody. Brak tych informacji nie pozwala na należyte przygotowanie oferty w tym zakresie, co przekłada się również na późniejszą porównywalność i ocenę tych ofert. Poza tym zgodnie z definicją umowy o roboty budowlane znajdującą się w art. 647 Kodeksu cywilnego, to na inwestorze (zamawiającym) spoczywa przekazanie terenu budowy, przez co należy rozumieć takie przekazanie terenu budowy, które w sposób swobodny umożliwia wykonawcy prowadzenie robót budowlanych. Jest to o tyle istotne, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Stąd tego typu prace powinny zostać odrębnie opłacane według rzeczywiście poniesionych kosztów. Wykonawca natomiast może te koszty określić tylko w stosunku do przeszkód, które są uwidocznione w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Odnosnie zarzutu nr 2 odwołujący uznał za przejaw nadużycia prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej, wprowadzenie kary umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś co nie leży po jego stronie. Tym samym przygotowując ofertę cenową musiałby on już uwzględnić ewentualne

opóźnienie (opóźnienie przy wykonywaniu robót budowlanych nie spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy nie jest niczym nadzwyczajnym), za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe.

Za przejaw nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody umów uznał również uznać brak postanowień umownych, które anulowałyby tzw. kary umowne pośrednie (za opóźnienie w wykonywaniu poszczególnych elementów przedmiotu umowy, których terminy wykonania, a także zakres wynikają z zapisów Harmonogramu rzeczowo-finansowego), w przypadku, gdy wykonawca zrealizuje w terminie zamówienie. Tego typu kary nie pełnią bowiem funkcji kary umownej, czyli swego rodzaju rekompensaty w formie zryczałtowanego odszkodowania, ale stanowią nieuzasadniony niczym sposób dodatkowego wzbogacenia się kosztem wykonawcy.

Przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów, zdaniem odwołującego, jest również brak przewidzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w takiej samej wysokości w jakiej kara ta przysługuje zamawiającemu za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. To samo dotyczy braku przyznania wykonawcy możliwości ubiegania się o odszkodowanie przekraczające wysokość kary umownej.

Ponadto odwołujący wskazał, że brak jest limitu kar umownych.

Co do zarzutu nr 3 odwołujący podniósł, że za nadużycie prawa należy uznać zastrzeżenie sobie przez zamawiającego kary umownej w wysokości aż 10% wynagrodzenia brutto za naruszenie zakazu zatrudnienia pracowników zamawiającego. Karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia (kwota sięgająca kilku milionów złotych) należy uznać za rażąco wygórowaną. Poza tym kara ta została przewidziana za wystąpienie okoliczności, za które wykonawca w wielu przypadkach nie może ponosić odpowiedzialności. Nie ma on bowiem wiedzy na temat wszystkich pracowników zamawiającego. Kara ta zatem powinna zostać zmniejszona oraz odnosić się tylko do przypadków, gdy wykonawca miał wiedzę na temat tego, że dana osoba jest pracownikiem zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 odwołujący wskazał, że w § 5 ust. 5 pkt 2 umowy, zamawiający poprzez wprowadzenia postanowienia o treści: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z terenem budowy, (...) stanem terenu budowy i jego sąsiedztwem” - wymaga od wykonawców przed złożeniem oferty dokonania wizji lokalnej terenu- budowy. Takie zachowanie zamawiającego, należy oczywiście uznać za niedopuszczalne. To na zamawiającym bowiem spoczywa obowiązek takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który pozwoli wykonawcom na należyte przygotowanie oferty cenowej, bez konieczności dokonywania wizji lokalnej.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołujący podniósł, że zamawiający w § 2 ust. 2 ostatni akapit zdanie pierwsze wskazał, że „O ile dla wykonania robót wchodzących w zakres Przedmiotu

Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń to wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem". Poprzez takie sformułowania postanowienia umowy wymaga on od wykonawców, aby w cenie oferty przewidzieli również koszt wszelkich robót dodatkowych, i innych czynności które mogą okazać się konieczne do należytego wykonania robót będących przedmiotem zamówienia. Poza tym jeżeli wykonawca ma wykonywać w ramach rzeczonyj umowy czynności, które wykraczają poza określony w niej zakres, to powinny one być odrębnie zlecone. Inaczej według odwołującego dochodzi do naruszenia przepisu art. 140 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przy tak skonstruowanym postanowieniu, wykonawcy nie mają pewności, czy zamawiający ma na myśli prace wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, czy też chce obciążać wykonawców tym, aby w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wykonywali również inne prace wychodzące poza zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie godzi na takie postanowienia, z uwagi na to, że nie jest on w stanie wyszacować kosztów ewentualnych dodatkowych prac, które wystąpią, a będą wykraczały poza przedmiot zamówienia.

Opisane powyżej zarzuty mają wpływ na wynik postępowania, albowiem mogą one wpłynąć na decyzję wykonawców dotyczącą tego, czy warto przy tak jednostronnie opisanych, warunkach składać ofertę, z uwagi na ryzyko jakim zostaje obciążony wykonawca. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał obszerny fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2013 r. sygn. akt KIO 411/13.

W dniu 24 maja 2013r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej treść odwołania wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Zamawiający powiadomił drogą elektroniczną o wniesieniu odwołania także tych wykonawców, którzy zwrócili się o wyjaśnienie treści siwz.

W dniu 27 maja 2013r. drogą elektroniczną i pisemnie swój udział w postępowaniu po stronie odwołującego zgłosił przystępujący Hydrobudowa. Zgłoszenie zostało opatrzone podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu w dacie wnoszenia odwołania złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 maja 2013r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 27 maja 2013r. faksem. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest zainteresowany przebiegiem postępowania zgodnie z prawem zamówień publicznych oraz udziałem w przedmiotowym postępowaniu oraz złożeniem oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia z dnia 28 maja 2013r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz z dnia 28 maja 2013r., wyjaśnienia treści siwz z dnia 25 maja 2013r. i 3 czerwca 2013r.

W rozdziale XII siwz dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny w pkt 4 tiret 16 zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym: kosztu wydobycia przeszkód podwodnych.

W załączniku nr 7 do siwz we wzorze umowy zamawiający zawarł następujące sporne postanowienia :

W §2 ust. 2 zamawiający wymagał – „O ile dla wykonania robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń to Wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem. Zamawiający udzieli Wykonawcy odpowiednich pełnomocnictw dla wykonania powyższych zobowiązań.”

W § 5 ust. 5 zamawiający nakazał złożyć wykonawcy oświadczenie, że:

- 2) zapoznał się z terenem budowy, z ogólnymi i szczególnymi warunkami związanymi z wykonywaniem Robót, stanem terenu budowy i jego sąsiedztwem, sposobami realizacji, trudnościami mogącymi wyniknąć, ryzykami, specyfiką eksploatacyjną nabrzeży, również w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, z wymaganiami Zamawiającego, które uwzględnił w swojej ofercie.

W § 13 zamawiający przewidział kary umowne w następujący sposób:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadku:

- 1) opóźnienia w wykonaniu Przedmiotu Umowy - w wysokości 0,3 % całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 Umowy:
- 2) opóźnienia w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy, których terminy wykonania, a także zakres wynikają z zapisów Harmonogramu rzeczowo - finansowego, o którym mowa w § 3 ust. 6 Umowy - w wysokości 0,2 % całkowitego wynagrodzenia brutto. o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia:

- 3) opóźnienia w usunięciu wad, w tym wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości - w wysokości 0,1 % całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia:
 - 4) odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, w tym częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności za które Zamawiający nie odpowiada, w wysokości 20 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 10 ust. 1;
 - 5) odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, w tym także częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca, w wysokości 20 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 10 ust. 1;
 - 6) naruszenia postanowień § 18 ust. 2 w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1:
 - 7) opóźnienia przejęcia placu budowy lub rozpoczęcia robót, zgodnie z postanowieniami §3 ust. 3 i 4, w wysokości 50.000.00 PLN za każdy dzień opóźnienia.
2. Zamawiający zastrzega sobie możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych, na zasadach ogólnych, w przypadku gdy wysokość szkody przekroczy wysokość zastrzeżonych kar umownych.
3. Strony zgodnie oświadczają, że Zamawiający jest uprawniony do potrącania kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy.”

W §18 ust. 2 zamawiający wskazał - Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać na jakiegokolwiek podstawie prawnej pracowników Zamawiającego przy realizacji Przedmiotu Umowy.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 3 czerwca 2013r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na zadane pytania :

Na Pytanie nr 37: Czy Zamawiający akceptuje ustalenie kary na poziomie nie wyższym niż 0,05% za każdy dzień zwłoki?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 38: Czy Zamawiający akceptuje ustalenie kary na poziomie nie wyższym niż 0,05% za każdy dzień zwłoki?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 39: Czy Zamawiający akceptuje ustalenie kary na poziomie nie wyższym niż 0,05% za każdy dzień zwłoki?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 40: Czy Zamawiający akceptuje zmianę zapisu: Wykonawca ponosi karę wyłącznie z przyczyn Wykonawcy, celem wykluczenia odpowiedzialności i kary dla Wykonawcy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, wobec faktu, iż przyczyny niezależne od Zamawiającego nie muszą być równoznaczne z przyczynami zależnymi od Wykonawcy - np. siła wyższa, zmiana obowiązującego prawa, opóźnienie wydania decyzji urzędu państwowego, art. 145 Prawa Zamówień Publicznych?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 41: Wobec bardzo wysokiego poziomu kary z tytułu odstąpienia od Umowy, wynoszącego 20% wynagrodzenia umownego, czy Zamawiający akceptuje ustalenie tej kary na poziomie 10% wynagrodzenia umownego?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 42: W kontekście wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt KIO/UZP 1698/10 wskazującego, iż jakkolwiek gospodarzem postępowania jest Zamawiający, to nie oznacza, że postanowienia umowy mogą być korzystne tylko dla jednej stron oraz mając na uwadze wyrażony w wyroku pogląd, iż wprowadzenie zapisów dotyczących określonych kar umownych w przypadku naruszenia przez Zamawiającego postanowień umowy nie niweczy celu zaspokojenia określonych potrzeb publicznych, a dyscyplinowanie stron celem prawidłowego wykonania umowy dotyczy w równej mierze obu stron umowy, czy Zamawiający akceptuje ustanowienie kar dla Zamawiającego z tytułu (1) opóźnienia przekazania placu budowy, (2) opóźnienia odbioru, (3) odstąpienia od Umowy z przyczyn Zamawiającego innych, niż określone w art. 145 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w wysokości adekwatnej do płaconych za opóźnienie i odstąpienie z przyczyn Wykonawcy?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 48: Umowa §13; kary umowne - czy Zamawiający akceptuje ustalenie limitu kar z tytułu zwłoki w wysokości 10% wynagrodzenia netto?, zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 49: Umowa §13; kary umowne - czy Zamawiający akceptuje zastąpienie słowa „opóźnienie” – które może nie wynikać z przyczyn Wykonawcy i konieczności ponoszenia konsekwencji opóźnienia przez Wykonawcę niekoniecznie przez niego zawnionego, słowem

„zwłoka” - która jednoznacznie wynika z przyczyn Wykonawcy, za którą jednoznacznie konsekwencje powinien ponosić Wykonawca, analogicznie do kary za zwłokę płaconej przez Zamawiającego?; zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Na Pytanie nr 50: Umowa §13; kary umowne - czy Zamawiający akceptuje doprecyzowanie: Wykonawca płaci kary za opóźnienie z winy Wykonawcy? Zamawiający odpowiedział: Zamawiający nie przewiduje zmiany Wzoru Umowy w tym zakresie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w stosunku do żadnego z odwołań nie zachodzą podstawy określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby ich odrzuceniem.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany uzyskaniem zamówień w przedmiotowym postępowaniu.

Jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług budowlanych i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jednakże odwołujący stoi na stanowisku, że kwestionowane przez niego postanowienia grożą mu szkodą w przypadku realizacji inwestycji z uwagi brak możliwości wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż interes na etapie przed upływem terminu do składania ofert jest interesem faktycznym, gospodarczym w szerokim rozumieniu, to należy przyjąć, że powołanie się przez odwołującego na jego interes ekonomiczny jest wypełnieniem pierwszej przesłanki dopuszczalności odwołania. Jednakże poza interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący zobowiązany jest wykazać następujące przesłanki dopuszczalności odwołania :

- a) poniesienie lub możliwość poniesienia szkody,
- b) naruszenie przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy,
- c) związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przepisów ustawy, a szkodą.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zarzucane przez niego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, bo o takich stanowi art. 179 ust. 1 ustawy mogłyby skutkować dla nich szkodą. Odwołujący powołał jedynie ogólnie, że niejasne postanowienia projektowanej umowy są dla niego niekorzystne i w tym upatrywał swojej szkody, z uwagi na niemożność wyszacowania ryzyka, a w konsekwencji na możliwość różnej wyceny tego ryzyka przez poszczególnych wykonawców, co w ocenie odwołującego skutkuje nieporównywalnością składanych w postępowaniu ofert. Izba stoi jednak na stanowisku, że sam fakt, iż postanowienia przyszłej umowy nie odpowiadają w pełni oczekiwaniom

odwołujących nie może być uznany za uprawdopodobnienie możliwości powstania szkody. Odwołujący nie wywodził potencjalną możliwość zawarcia nieważnej umowy, powoływał się natomiast na wygórowany pułap kar umownych, niejednoznaczność ryzyka, niejednakowe traktowanie stron przyszłej umowy, a w konsekwencji na naruszenia zasady swobody kontraktowania i z uwagi na nadużycie prawa podmiotowego. Naruszenia zatem dopatrywali się na gruncie nie tyle przepisów ustawy, ile na gruncie kodeksu cywilnego, nadto możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym stwierdzeniem nieważności poszczególnych postanowień warunków kontraktu nie została nawet przed odwołującego podniesiona.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał istnienia przesłanek dopuszczalności odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, a tym samym odwołania podlegały oddaleniu.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje :

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 ustawy, oraz art. 387 § 1, art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez przerwienie na wykonawców obowiązku oszacowania w cenie oferty kosztów wydobycia przeszkód podwodnych (pkt XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny pkt 4 tiret szesnasty)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wyjaśnił, że pojęcie przeszkód podwodnych nie zostało przez zamawiającego zdefiniowane, co powoduje, że wykonawcy mogą w różny sposób to pojęcie rozumieć, co więcej nie można ustalić czy i jakie przeszkody podwodne wystąpią w trakcie realizacji umowy, a zatem wykonawcy w różny sposób mogą określić swoje ryzyko związane z realizacją przedmiotowej umowy, co powoduje, że ich oferty nie będą wzajemnie porównywalne. W ocenie Izby nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy wskazanie przez zamawiającego, że wykonawcy zobowiązani są w cenie swojej oferty uwzględnić ryzyko związane z wystąpieniem przeszkód podwodnych, przeciwnie wskazanie rodzajów ryzyk jakie wykonawcy powinni w swojej ofercie uwzględnić odpowiada wymogowi art. 29 ust. 1 ustawy tj. podaniu wszelkich okoliczności jakie mogą mieć wpływ na kalkulację oferty. Ponadto w dokumentacji technicznej wykonania i odbioru robót, choćby w części

dokumentacji wykonawczej konstrukcje budowlane zamawiający zawarł definicje przeszkód naturalnych i przeszkód sztucznych, co w ocenie Izby pozwala wykonawcom na ustalenie, co zamawiający rozumie pod pojęciem przeszkody. Co więcej w pkt. 1.5.14 tej specyfikacji technicznej zamawiający wskazał także na sposób postępowania wykonawcy w przypadku wystąpienia przeszkody oraz na to jakie roszczenia przysługują wykonawcy wobec zamawiającego w sytuacji, gdy przeszkodą będą wykopaliska. Tym samym w ocenie Izby wykonawca na podstawie treści specyfikacji technicznych jest w stanie ustalić za jakie przeszkody będzie mu przysługiwać prawo do żądania przesunięcia terminu realizacji oraz dodatkowe wynagrodzenia, a ryzyko jakich przeszkód musi uwzględnić w kalkulacji ceny ofertowej. Izba stoi na stanowisku, że przy zestawieniu postanowienia rozdziału XII pkt. 4 tiret 16 ze specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych nie zachodzi obawa, że wykonawca nie jest w stanie ocenić swojego ryzyka związanego z realizacją przedmiotowej inwestycji. Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 387 § 1 kc oraz art. 647 kc jednak nie wykazał, w czym upatruje niemożliwości świadczenia oraz nie wykazał, że przekazania terenu budowy musi zawsze następować w sytuacji pełnego zinwentaryzowania terenu oraz określenia trudności, jakie może napotkać wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nawet najlepsza dokumentacja projektowa nie daje gwarancji braku ryzyka inwestycji, czego wydaje się oczekiwać odwołujący. Trudno jest racjonalnie zakładać, że przy tak dużym zadaniu inwestycyjnym zlokalizowanym w określonych warunkach podłoża, ukształtowania terenu, w terenie zurbanizowanym nie wystąpią przeszkody, których nawet przy prowadzeniu odpowiednich badań geodezyjnych i geologicznych nie uda się wykryć. Ponadto Izba stwierdza, że w § 5 pkt. 6. ppkt. 5 i 6 wzoru umowy to na wykonawcy ciąży obsługa geodezyjna i geologiczna realizacji umowy. Izba uznała, że rację należy przyznać zamawiającemu, że odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy tj. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, a także art. 31 ust. 1 ustawy. Sam fakt, iż wykonawca nie kwestionując charakteru ryczałtowego wynagrodzenia nie godzi się na niektóre niekorzystne dla niego postanowienia umowy, w ocenie Izby nie uzasadnia postawionych zarzutów. Cechą charakterystyczną wynagrodzenia ryczałtowego wynikającą z art. 632 k.c. jest zakaz podwyższania ceny ryczałtowej niezależnie od rozmiaru czy kosztów prac, choćby były one nieprzewidywalne w czasie zawarcia umowy. Skoro odwołujący nie kwestionuje przyjętego przez zamawiającego charakteru ceny ofertowej, to nie może skutecznie kwestionować postanowień SIWZ wynikających wprost z ustawowego charakteru tej ceny. Tym samym Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 5, 353(1) i 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy — poprzez "ukształtowanie

warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji:

- 1) poprzez ustanowienie kar umownych: za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu umowy, których terminy wykonania, a także zakres wynikają z zapisów harmonogramu rzeczowo-finansowego, opóźnienie w usunięciu wad, opóźnienia w przejęciu placu budowy lub rozpoczęciu robót,
- 2) wobec zaniechania przez zamawiającego wprowadzenia do umowy postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (kary za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu umowy) - w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu umowy, oraz
- 3) zaniechania wprowadzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- 4) zaniechanie wprowadzenie limitu kar umownych,
- 5) zastrzeżenie tylko dla zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych (§13 umowy - kary umowne)

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 5, 353(1), 483 § 1 i 484 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji: poprzez ustanowienie w § 13 ust. 1 pkt 6 umowy - kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za naruszenie obowiązku, o którym mowa w § 18 ust. 2 umowy (zakaz zatrudniania przez wykonawcę pracowników zamawiającego)

Izba uznała zarzuty za nieuzasadnione. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę na fakt, iż zastrzeżenie kar umownych ma służyć możliwości szybkiego pokrycia zaistniałej szkody. Jeśli strony nie zastrzegą kar umownych, to nie oznacza, że nie mogą dochodzić pokrycia swoich szkód, z tymże na drodze cywilnoprawnej i z koniecznością udowodnienia faktu zaistnienia zdarzenia szkodzącego, powstania szkody, związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą oraz wysokości szkody. Fakt nie zastrzeżenia kar na rzecz wykonawców nie powoduje nierówności stron, bo nie pozbawia wykonawcy możliwości dochodzenia swoich roszczeń. Co więcej kara umowna może być ustanawiana jako surogat

odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczeń niepieniężnych. Zdecydowanie więcej świadczeń niepieniężnych w robotach budowlanych należy się zamawiającemu od wykonawców, stąd dysproporcje w ilości kar umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron. Zobowiązanie zamawiającego wobec wykonawcy ma przede wszystkim charakter zobowiązania pieniężnego – zapłaty umówionego wynagrodzenia, z tytułu którego strony mogą zastrzec odsetki umowne w sytuacji opóźnienia, a w ich braku i tak wykonawcy należą się odsetki ustawowe. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział dla siebie szereg kar umownych, natomiast nie przewidział ich dla wykonawcy. Jednakże w ocenie Izby nie przesądza to o naruszeniu równości stron. Instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Miarkowanie naliczonych kar umownych jest realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Na tym etapie, tj. przed podpisaniem umowy nie sposób ocenić, czy przewidziane w projekcie umowy kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.

Nadto odwołujący wnosił o zmianę wysokości zastrzeżonych kar umownych, jednak poza przedstawieniem w tym zakresie swoich oczekiwań nie wykazał, że zastrzeżone przez zamawiającego wysokości kar są rażąco wygórowane, co oczywiście nie pozbawia go na przyszłość, w sytuacji zaistnienia zdarzenia powodującego naliczenie kary, podnoszenia twierdzeń i dowodów na okoliczność wykazania, że naliczona kara jest rażąco wygórowana. Z tego względu Izba uznała przedstawioną argumentację za niezasadną. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zarzucanych mu naruszeń ustawy.

Przepis art. 483 kc ma charakter dyspozytywny i nie wynika z niego obowiązek określonego ukształtowania kary jako proporcjonalnej do wysokości poniesionej szkody, nieuciążliwej czy ograniczonej. Jedyńm limitem jaki ustawodawca przewiduje to rażąco wygórowanie kary umownej, przyznając jednocześnie obciążonemu karą prawo do kwestionowania jej wysokości. W ocenie Izby zatem z tych postanowień trudno wywieść jest naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to słuszność ma zamawiający, że zasada równości występuje w stosunkach horyzontalnych pomiędzy wykonawcami i przejawia się w jednakowym, nie dyskryminującym traktowaniu wykonawców, zaś zasada uczciwej konkurencji, to zasada stworzenia takiego dostępu do zamówienia, aby ubiegać się o nie mogli wykonawcy zdolni do jego należytego wykonania także w zakresie efektywności i doświadczenia. Nie oznacza to zatem, że o dane zamówienie mogą ubiegać się wszyscy potencjalni wykonawcy na danym rynku, ale m. in. ci, których sytuacja finansowa i ekonomiczna na to pozwala. Co do zastrzeżenia przez zamawiającego kar za opóźnienie, to w ocenie Izby wobec faktu podwyższonej

odpowiedzialności wynikającej z paragrafu 5 wzoru umowy stanowiącego m. in. o odpowiedzialności wykonawcy za terminowość i wysoką jakość przedmiotu świadczenia, dopuszczalne było ukształtowanie kar umownych w sposób adekwatny do tej odpowiedzialności. Odnosząc się do kary umownej z tytułu zatrudnienia pracownika zamawiającego, to w ocenie Izby definicja legalna pojęcia pracownik zawarta w Kodeksie pracy pozwala na jednoznaczne określenie rodzaju zatrudnienia osoby u zamawiającego oraz na moment kiedy dana osoba pozostaje pracownikiem, w ocenie Izby z tej definicji nie da się wywieść, że pracownikiem jest osoba, z którą rozwiązano umowę. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, oraz art. 5, 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez wymóg dokonania wizji lokalnej terenu budowy -w związku z postanowieniem o treści: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z terenem budowy, (...) stanem terenu budowy i jego sąsiedztwem" (§ 5 ust. 5 pkt 2 Umowy)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby oświadczenie, które ma złożyć wykonawca zgodnie z § 5 ust. 5 pkt 2 ustawy nie oznacza, że wykonawca nie będzie mógł rościć z tytułu przekazania mu terenu budowy czy stanu terenu budowy roszczeń do zamawiającego. Izba zauważyła, że tam, gdzie zamawiający przenosi taką odpowiedzialność na wykonawcę dokonuje tego w sposób wyraźny np. w § 5 ust. 5 pkt 5, czy § ust. 3 czy 4 pkt 8 wzoru umowy. W świetle powyższego izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, art. 140 ust. 1 PZP oraz art. 5, 35 31 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i art. 139 ust. 1 ustawy - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego

stosunku zobowiązaniowego powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oraz w wyniku którego może dojść do realizacji zamówienia poza zakres wynikający z oferty wykonawcy -poprzez umieszczenie niejednoznacznego postanowienia o treści: „O ile dla wykonania robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy będzie konieczne wykonanie innych robót, czynności lub uzyskanie zezwoleń to wykonawca wykona te roboty i czynności oraz uzyska niezbędne zezwolenia własnym kosztem i staraniem” (§ 2 ust. 2 ostatni akapit zd. pierwsze Umowy)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie zakwestionował postanowienia umownego z § 2 zd. 2 zgodnie z którym „Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę wszystkich Robót, jakie okażą się niezbędne dla osiągnięcia Celu Umowy.” W Ocenie Izby roboty wymienione w zdaniu 3 nie są wyczerpujące i wskazują na katalog niezamknięty. Co do kwestionowanego postanowienia umownego, to w ocenie Izby nie oznacza ono, że odwołujący będzie wykonywał roboty nie wynikające z przedmiotu zamówienia, gdyż przeczą temu postanowienia § 4 ust. 5 lit. a i § 17 przewidujące udzielenie zamówień dodatkowych i uzupełniających.

Natomiast z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, niekwestionowanego przez odwołującego wynika, że w cenie ofertowej mieszczą się także prace, których rozmiaru czy kosztu nie dało się w chwili zawarcia umowy przewidzieć. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Mając na uwadze to, że potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniach Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów uiszczonych kosztów zastępstwa prawnego, dojazdu i opłaty skarbowej zgodnie ze złożonymi fakturami VAT i zestawieniem kosztów.

Przewodniczący:

.....