Sygn. akt: KIO 706/19

WYROK

z dnia 20 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Pruszków,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

1.1. zarzutu dotyczącego nieokreślenia warunków gwarancyjnych udzielonych przez generalnego wykonawcę budynku i nakazuje Zamawiającemu określenie w SIWZ tych warunków, ewentualnie zobowiązanie się do ich przekazania wybranemu wykonawcy najpóźniej przy zawarciu umowy albo wykreślenie obowiązku ich

zachowania i obowiązku usunięcia szkód w tym zakresie;

1.2. zarzutu dotyczącego niedopuszczenia w treści SIWZ możliwości wykazania zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego w sposób określony w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ postanowienia uwzględniającego dyspozycję ww. przepisu;

1.3. zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w część 1 w odniesieniu do towarów RA 10, RA11 , RA 18, RAI 9, RA20, RA21 i nakazuje Zamawiającemu zmianę tego opisu w sposób dopuszczający konstrukcję z profili kwadratowych;

1.4. zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towarów RA1, RA15 i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie wymogu łączenia korpusu szafy wyłącznie za pomocą złącz mimośrodowych i opisanie sposobu łączenia korpusu szafy przez wskazanie wymagań funkcjonalnych;

1.5. zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towarów KS2, KA7, KA2 i nakazuje Zamawiającemu opisanie wymagań w sposób dopuszczający oparcie przykryte panelem z tworzywa na całej wysokości, a także wykreślenie wymagań dotyczących zróżnicowania grubości oparcia krzesła albo ich określenie z uwzględnieniem tolerancji, która dopuści konkurencję w postępowaniu;

1.6. zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do

towarów KA6, KA8, KA9, KA10 i nakazuje Zamawiającemu dopuszczenie konstrukcji skrzyniowej zamkniętej, a w odniesieniu do towaru KA6 dopuszczenie wzmocnienia wykonanego z innego materiału niż rura stalowa, a także zmianę opisu wymagań dotyczących kolorystki poprzez wykreślenie kolorystyki określonej nazwami stosowanymi przez konkretnych producentów lub dopuszczenie kolorystyki równoważnej i wskazanie kryteriów równoważności;

1.7. zarzutów dotyczących wymagań odnoszących się do umów podwykonawcami oraz zakazu zawierania umów z dalszymi podwykonawcami i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie postanowień punktów: 4.4-4.8, 4.10 i 4.12 SIWZ oraz § 2 ust. 3-4, 6 i 8-10, § 8 ust. 3 zd. 2, § 8 ust. 4-6 oraz § 2 ust. 11 wzoru umowy.

2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towaru SF01 oraz w zakresie zarzutu dotyczącego § 11 ust. 2 lit. b wzoru umowy;

3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;

4. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Pruszków w części % i wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. w części % i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.532 zł 35 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Gmina Miasto Pruszków - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa i montaż

mebli, urządzeń i sprzętu sportowego w ramach pierwszego wyposażenia obiektów

oświatowo-sportowych Gąsin w Pruszkowie - I etap. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 kwietnia

2019 r. pod nr 2019/S 066-153879.

W dniu 15 kwietnia 2019 r. wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 29 ust. 1-3, art. 30b ust. 4ustawy Pzp oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kc.

<u>Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia</u>

Brak dopuszczenia tolerancji wymiarów

Odwołujący podniósł, że Zamawiający sformułował opis przedmiotu zamówienia w części nr 1 i 2 ustalając w odniesieniu do wszystkich produktów i składających się na nie komponentów wymiary bez dopuszczenia żadnej tolerancji w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego świadczy to o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu wyłącznie do producentów istniejących towarów posiadających dokładnie takie wymiary, jak podane w SIWZ, albo do wykonawców, którzy dysponują takimi towarami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ustalenia dla każdego produktu oraz składających się na nie komponentów tolerancji wymiarów nie mniejszej niż +/- 10% w stosunku do wartości wskazanych w SIWZ.

Brak określenia warunków gwarancji na budynek

Odwołujący podniósł, że w zakresie części I i II zamówienia Zamawiający wprowadził obowiązek zachowania przy realizacji zamówienia warunków gwarancyjnych udzielonych przez generalnego wykonawcę budynku (Strabag) oraz obowiązek usunięcia szkód w tym zakresie, nie określając w SIWZ, jakie są warunki gwarancyjne udzielone przez generalnego wykonawcę. Z tego powodu Wykonawca tak na etapie przetargu, jak i na etapie realizacji pozostaje bez wiedzy umożliwiającej ocenę tego, np. jakie rozwiązania techniczne w zakresie montażu powinien uwzględnić, a tym samym, jakie są związane z tym koszty, które powinien uwzględnić przy ustalaniu ceny oferty. Tym samym naruszenia te wpływają na ograniczenie uczciwej konkurencji w postępowaniu, powodując po stronie wykonawców nieuzasadnione ryzyko ponoszenia odpowiedzialności względem Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ww. wymogu, ewentualnie przedstawienie w SIWZ warunków gwarancyjnych udzielonych przez generalnego wykonawcę budynku w zakresie, w jakim mogą mieć one znaczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia przez wykonawców.

Brak przewidzenia równoważnych metod dowodowych określonych w art. 30b ust. 4 ustawy

Pzp

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 30b ust. 4 ustawy Pzp poprzez

sformułowanie wymogu posiadania przez towary certyfikatów potwierdzających zgodność z normami, świadectw jakości, deklaracji zgodności, atestów higienicznych i innych atestów, bez przewidzenia możliwości potwierdzenia posiadania przez oferowany towar takich cech przez inne, równorzędne środki dowodowe. Wskazał, że dotyczy to postanowień przewidzianych w punktach 3.1.2, 8.1.3.1 i 9.5.4.1 SIWZ oraz w § 1 ust. 1 tiret 3 wzoru umowy. Ponadto zgodnie z pkt 8.1.3.1 SIWZ certyfikaty zgodności powinny być wydane przez jednostkę badawczą posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji (lub akredytację wystawioną przez jednostki posiadające akredytację odpowiednika PCA w innym kraju zrzeszonym w Unii Europejskiej). Zdaniem Odwołującego wymóg ten został sformułowany z naruszeniem zaskarżonych przepisów ustawy, uniemożliwiając oferowanie przedmiotu zamówienia, który nawet spełniając obiektywnie wymagania SIWZ, potwierdza to w inny, równorzędny sposób np. poprzez dokumentację producenta lub dokument (certyfikat, atest itp.) innej organizacji, albo też poprzez inne, równorzędne środki dowodowe w rozumieniu art. 30b ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym ww. zapisy SIWZ , podobnie nie uzasadnione żadnymi obiektywnymi potrzebami podmiotu zamawiającego, a takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia ma charakter dyskryminacyjny, ograniczając uprawnienia wykonawców, które wynikają wprost z przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że skorzystanie z tej procedury może być potrzebne w przypadku niniejszego zamówienia w szczególności ze względu na bardzo szczegółowe określenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych towarów, co może powodować konieczność ponownej certyfikacji niektórych produktów w związku z koniecznością ich dostosowania do wymogów Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego może okazać się, że przeprowadzenie takiej certyfikacji nie jest możliwe w terminie, który pozwoliłby na przedstawienie certyfikatów Zamawiającemu w wymaganym przez niego terminie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ postanowienia, zgodnie z którym gdziekolwiek w SIWZ postawiony jest wymóg posiadania przez towary certyfikatów potwierdzających zgodność z normami, świadectw jakości,

deklaracji zgodności, atestów higienicznych i innych atestów, Zamawiający będzie akceptował inne, równoważne środki dowodowe, w szczególności środki dowodowe przewidziane w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp.

Ograniczenie konkurencji w zakresie opisu konkretnych pozycji asortymentowych

Odwołujący podniósł, że Zamawiający opisując wymogi dla niektórych pozycji asortymentowych opisał konkretne produkty konkretnych producentów. Dotyczy to następujących pozycji:

1) w zakresie części nr 1 — towarów RA 10, RAI I , RA 18, RAI 9, RA20, RA21, które zostały opisane w sposób wskazujący wprost na produkt firmy Moje Bambino Sp. z o.o. Sp.k., model Regał jednostronny, Regał dwustronny.

2) w zakresie części nr 2:

a) towarów RA1, RA15, co do których ustalono wymóg łączenia korpusu szafy wyłącznie za pomocą złącz mimośrodowych,

b) towaru SFOI Sejf, który został opisany w sposób wskazujący wprost na produkt firmy

Infokasy W. P., sejf gabinetowy Individual TG-GBID Szkło IMP klasa I z uwagi na wymóg, aby korpus i drzwi wykończone były płytą szklaną lakierowaną oraz aby wnętrze oświetlone było narożnikowo listwami ledowymi,

c) towarów KS2, KA7, KA2, które zostały opisane w sposób wskazujący wprost na produkt firmy Bejot sp. z o.o., DUAL DU 103, z uwagi na ustalenie wymogu, aby z tyłu oparcie do wysokości 2/3 przykryte było panelem wykonanym z tworzywa w kolorze czarnym z ryflowaniem tworzącym poprzeczne pasy wymogu oparcia o zróżnicowanej grubości od 35 do 85 mm.

d) towarów SA5, KA6, KA8, KA9, KA10, które zostały opisane w sposób wskazujący wprost na produkt firmy Bejot sp. z o.o., PENTA, z uwagi na prowadzenie wymogu konstrukcji skrzyniowej otwartej, wzmocnienia wykonanego wyłącznie z rury stalowej oraz wymogu co do kolorystyki (szary VL 445 i VL 612) bez dopuszczenia kolorystyki równoważnej.

Zdaniem Odwołującego nie jest to uzasadnione żadnymi obiektywnymi względami.

Odwołujący zwrócił w szczególności uwagę na wymagane rozwiązania techniczne, kolorystykę czy zakresy regulacji, gdzie Zamawiający podaje wprost dane odpowiadające wskazanym powyżej produktom, bez przewidzenia nawet najmniejszej tolerancji tych wymagań. Zdaniem Odwołującego ma to charakter dyskryminacyjny, ograniczając możliwość ubiegania się o zamówienie wyłącznie do podmiotów oferujących produkty tego producenta. Wymagania Zamawiającego nie są związane z żadnymi obiektywnymi cechami produktu, wpływającymi na jego trwałość, funkcjonalność czy zwiększającymi właściwości użytkowe produktu. Choć w SIWZ nie padają nazwy producentów czy modele ww. towarów, to ma to jedynie charakter pozorny. Poprzez wyraźne odniesienia nie tylko do cech technicznych, ale także do cech estetycznych (np. opis kolorów czy kształtów elementów) odpowiadających dokładnie ww. produktom.

Odwołujący podniósł, że w części nr 2, w zakresie towarów RAI, RAI 5 Zamawiający dopuścił łączenie korpusu szafy wyłącznie za pomocą złącz mimośrodowych, wykluczając w ten sposób inne stosowane na rynku i równoważne rozwiązania techniczne, takie jak łączenie tych elementów za pomocą konfirmatów. Tym samym bez żadnego merytorycznego uzasadnienia Zamawiający zastosował dyskryminację wykonawców oferujących towary, w których zastosowane są złącza konfirmatowe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) w części nr 1 w zakresie towarów RA 10, RAI 1, RAI 8, RAI 9, RA20, RA-21 — dopuszczenia regałów wykonanych w całości z płyty lub konstrukcji z profili kwadratowych 30mmx30mm;

2) w części nr 2:

- w zakresie towarów RAI, RAI 5 - dopuszczenie łączenia korpusu szafy za pomocą

konfirmatów;

- w zakresie towaru SFOI Sejf - usunięcia wymagań, aby korpus i drzwi wykończone płytą szklaną lakierowaną i aby wnętrze oświetlone było narożnikowo listwami ledowymi,

- w zakresie towaru KS2, KA7, KA2 - usunięcia wymagań: aby z tyłu oparcie do wysokości 2/3 przykryte było panelem wykonanym z tworzywa w kolorze czarnymi i aby panel na całej swojej powierzchni posiadał ryflowanie tworzące poprzeczne pasy i dopuszczenie oparcia w całości tapicerowanego lub w całości z tworzywa, w kolorze czarnym bez ryflowań tworzących pasy poprzeczne; dopuszczenie oparcia o jednej grubości;

- w zakresie towarów SA5, KA6, KA8, KA9, KA10 - usunięcia wymagań: konstrukcji skrzyniowej otwartej i dopuszczenie konstrukcji zamkniętej; wykonania wzmocnienia wyłącznie z rury stalowej i dopuszczenia wzmocnienia z innego materiału; dopuszczenia kolorystyki równoważnej, opisanej nazwami handlowymi innych producentów.

Zarzuty dotyczące istotnych postanowień umowy

Zapisy odnoszące się do odbiorów i fakturowania

Odwołujący podniósł, że dokonanie odbioru przedmiotu umowy nie może być uzależnione od braku istnienia jakichkolwiek wad czy usterek w wydawanych rzeczach. Może ona być uzasadniona wyłącznie w przypadku, gdy rzeczy są dotknięte wadami istotnymi, czyli takimi, które powodują, że nie daje ono możliwości korzystania z niego zgodnie z przeznaczeniem. Zdaniem Odwołującego, ustalone w § 8 ust. 2 i § 9 ust. 5 wzoru umowy prawo Zamawiającego, zgodnie z którym jest on uprawniony do odmowy i odłożenia odbioru do czasu usunięcia przez Wykonawcę wszelkich wad i usterek, a więc także wad nieistotnych, zaburza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów prawa i zasad współżycia społecznego, w tym zasady uczciwości kupieckiej. Rodzi to tym bardziej istotne ryzyko dla wykonawców, gdyż co prawda SIWZ dopuszcza realizację zamówienia w częściach, to jednak nie przewiduje płatności za dostawy w zakresie wykonanych już elementów (odbiór końcowy i płatność mają mieć charakter jednorazowy). Odwołujący zgadza się z tym, że w ramach danego zamówienia wystawienie faktury i zapłata mogą nastąpić po dostawie wszystkich mebli objętych tym zamówieniem. Jednak sformułowania wzoru umowy umożliwiają Zamawiającemu odmowę przyjęcia częściowego świadczenia, czyli dostawy części mebli objętych zamówieniem, nawet jeżeli meble te są zgodne z wymaganiami SIWZ i ofertą, co jest sprzeczne z art. 450 Kc, zgodnie z którym wierzyciel nie ma prawa odmowy przyjęcia świadczenia częściowego. Sprzeczność ta jest tym bardziej istotna, gdyż dostawy objęte przedmiotowym zamówieniem są typowym przykładem świadczenia podzielnego, gdzie każdy dostarczany mebel ma charakter odrębnej rzeczy, zapewniając możliwość korzystania z niego w oderwaniu od pozostałych mebli objętych dostawą. Zdaniem Odwołującego wystarczającym mechanizmem ochrony interesów Zamawiającego w tym zakresie jest rękojmia za wady określona w art. 556-576 Kc i doprecyzowana w zapisach 10 wzoru umowy oraz gwarancja, uregulowana w art. 577-581 Kc i 10 wzoru umowy.

Odwołujący podniósł, że ta sama argumentacja znajduje zastosowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wprowadzenia do umowy zasady, że za datę wykonania danego zamówienia wchodzącego w zakres przedmiotu umowy przyjmować będzie się datę dostawy także w przypadku, gdy w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w odpowiednim terminie wyznaczonym przez Wykonawcę, nie krótszym niż 7 dni od dnia zawiadomienia o wadzie. W praktyce obrotu gospodarczego istotnym jest rozróżnienie pomiędzy wadami istotnymi, które mogą być identyfikowane jako niewykonanie zobowiązania, a wadami nieistotnymi, które nie uniemożliwiają korzystania z przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem i które mogą być rozpatrywane jedynie jako nienależyte wykonanie zamówienia. Jak zostało wskazane powyżej w przypadku realizacji zamówienia z wadami nieistotnymi, które następnie w odpowiednim terminie zostają usunięte lub gdy następuje wymiana towaru na niewadliwy, nie stanowią dla Zamawiającego poważnej dolegliwości i nie mają takiego znaczenia, jak niewykonanie zobowiązania. Z tego powodu zaniechanie sformułowania we wzorze umowy zasady, która w takim przypadku powodowałaby uznanie, że zamówienie zostało zrealizowane w terminie dostawy, narusza przepisy ustawy Pzp, przesądzając o zasadności odwołania w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

skreślenia w § 8 ust. 2 wzoru umowy frazy „po usunięciu wszystkich wad i usterek”
skreślenia w § 9 ust. 5 wzoru umowy frazy „i usunięciu stwierdzonych w trakcie odbioru usterek i wad”;

zastąpienia w § 1 ust. 8 wzoru umowy zmiany frazy „całej dostawy” frazą „części dostawy dotkniętej wadą istotną”;

wprowadzenie we wzorze umowy zapisu, zgodnie z którym za datę wykonania zamówienia przyjmować będzie się datę zakończenia dostaw także w przypadku, gdy w toku odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w odpowiednim terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym jednak niż 7 dni od dnia zawiadomienia Wykonawcy o wadzie.

Zapisy dotyczące prawa do odstąpienia od umowy

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastrzegł w § 10 ust. 1 pkt 3 lit. b oraz w § 11 ust. 2 lit. a uprawnienie do odstąpienia od umowy w razie stwierdzeni wad istotnych przedmiotu umowy oraz w przypadku stwierdzenia wykonywania robót niezgodnie z umową lub dokumentacją projektową bez akceptacji Zamawiającego i nie przystąpienie do właściwego wykonywania prac w ciągu 7 dni od daty wezwania. Zamawiający nie ograniczył jednak w ww. zapisach wzoru umowy ograniczenia tego prawa do odstąpienia od umowy wyłącznie do części umowy dotkniętej wadami lub opisanymi w § 11 ust. 2 lit. a naruszeniami umowy. Stanowi to naruszenie przepisów prawa cywilnego, w tym art. 565 Kc, który ogranicza co do zasady prawo do odstąpienia od umowy ze względu na wady wyłącznie do rzeczy wadliwych (i to dotkniętych wadami istotnymi — art. 560 Kc), tym bardziej, że przedmiotem zamówienia są świadczenia podzielne, gdzie wadliwość jednego dostarczonego mebla może nie mieć żadnego przełożenia na pozostałe i gdzie bez szkody dla Zamawiającego jest możliwość ich rozdzielenia, zwłaszcza że świadczenia w zakresie rękojmi takie, jak usunięcie wady, wymiana rzeczy czy odebranie jej w odstąpienia, leżą po stronie Wykonawcy i są realizowane na jego koszt. Powoduje to po stronie wykonawców niepewność co do zobowiązania, które mogłoby zostać wygaszone także z błahych powodów, odnoszących jedynie do części, nawet bardzo niewielkiej, dostarczanych mebli. Z tym z kolei wiąże się także niepewność co do prawa do wynagrodzenia za dostarczone prawidłowo, niewadliwe meble, a także niepewność co do zakresu ewentualnej odpowiedzialności względem Zamawiającego z tytułu kar umownych.

Odwołujący wskazał, że uprawnienie do odstąpienia od umowy ustalone w § 11 ust. 2 lit. b wzoru przewidujące możliwość odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w razie ogłoszenia upadłości bądź likwidacji Wykonawcy stoi w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły. Nie można uznać, aby zgodne z ustawą Pzp było kształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

wprowadzenia w § 10 ust. 1 pkt 3. lit. b wzoru umowy ograniczenie opisanego w nim prawa do odstąpienia od umowy do części przedmiotu umowy dotkniętej wadami istotnymi;

wprowadzenia w § 11 ust. 2 lit. a wzoru umowy ograniczenia opisanego w nim prawa do odstąpienia od umowy do części przedmiotu umowy, której opisane tam naruszenie dotyczy;

skreślenia § 11 ust. 2 lit. b wzoru umowy.

Podwykonawstwo

Odwołujący podniósł, że postanowienia punktów 4.4-4.8, 4.10 i 4.12 SIWZ oraz § 2 ust. 3-4, 6-10 oraz § 8 ust. 3 zd. 2 i § 8 ust. 4-6 wprowadzają wymagania obciążające wykonawców szeregiem istotnych obowiązków, za którymi nie stoi żadna istotna potrzeba Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że zakres zastosowania art. 143a-143d ustawy Pzp został

wyraźnie ograniczony do zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, co wynika ze specyficznego charakteru procesu realizacji inwestycji budowlanych. Zdaniem Odwołującego przenoszenie analogicznych zasad do zamówień o przedmiocie innym, niż roboty budowlane, w szczególności do zamówień obejmujących dostawy mebli, nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach ustawy Pzp, ani w zasadach zamówień publicznych. Nie znajduje ona uzasadnienia także w jakimkolwiek zasługującym na ochronę interesie prawnym Zamawiającego. Przede wszystkim w przypadku zamówienia na dostawy Zamawiający nie jest obciążony żadnym ryzykiem związanym z ewentualnymi roszczeniami podwykonawców w zakresie zapłaty ich wynagrodzeń. Co więcej, uzależnienie od Zamawiającego możliwości korzystania z podwykonawców, którymi (zgodnie z art. 2 pkt 9a ustawy Pzp) są m.in. dostawcy towarów, materiałów i komponentów składających się na przedmiot zamówienia, może mieć istotny wpływ na treść zobowiązania Wykonawcy powodując np. uniemożliwienie lub znaczne utrudnienie wykonania zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że także wprowadzone w pkt 4.12 SIWZ ograniczenie możliwości korzystania z dalszych podwykonawców również stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym art. 36a ust. 2 pn. Ograniczenie to zostało wprowadzone dla całego przedmiotu zamówienia, bez żadnego uzasadnienia, w szczególności bez odniesienia do którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Co więcej w przypadku korzystania z usług czy dostaw podwykonawców taki zakaz może de facto uniemożliwić wykonanie zamówienia, uniemożliwiając podwykonawcy nabywanie towarów, komponentów, części lub materiałów od innych kontrahentów. Ponadto jest to dla wykonawców znaczące utrudnienie w kalkulowaniu ceny oferty, ze względu na obarczenie ryzykami kontraktowymi, których nie ma możliwości rzetelnie oszacować.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktów pkt 4.4-4.8 i pkt 4.10 i 4.12 SIWZ oraz wykreślenia § 2 ust. 3-4 i ust. 6-10 i § 8 ust. 3 zdanie drugie oraz § 8 ust. 4-6.

Kary umowne

Odwołujący zakwestionował postanowienia § 2 ust. 11, § 11 ust. 1 lit. a i b oraz § 11 ust. 3 lit. a wzoru umowy, które jego zdaniem są niezgodne z przepisami Kc i Pzp. Podniósł, że Zamawiający stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest uprawniony do kształtowania istotnych postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne, jednak musi postępować w granicach wyznaczonych przepisami prawa, w tym określającymi granice swobody umów oraz zakazującymi nadużywania prawa podmiotowego. Dodatkowym ograniczeniem w tym zakresie są zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności zasada uczciwej konkurencji oraz zasada proporcjonalności. Odwołujący podkreślił, że wprowadzane do SIWZ postanowienia o karach umownych nie powinny zaprzeczać charakterowi prawnemu instytucji kary umownej, którego celem jest przede wszystkim zapewnienie naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Nie mogą one przyjmować sankcji oderwanej od wagi danego naruszenia obowiązków ani też prowadzić do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że możliwość żądania miarkowania kary umownej przez sąd nie oznacza, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania od początku ustalania treści stosunku prawnego w SIWZ kar umownych rażąco wygórowanych, w wysokości zaburzającej równowagę stron i ekwiwalentność świadczeń. Takie działanie należy traktować jako naruszenie natury stosunku prawnego i nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego do ustalenia w SIWZ istotnych postanowień umowy. Odwołujący dodał, że kompensacja ewentualnych szkód, których mógłby doznać Zamawiający w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę może nastąpić na ogólnych zasadach odpowiedzialności określonych w art. 471 Kc (służy temu m.in. ustalone w 11 ust. 5 wzoru umowy prawo żądania odszkodowania przewyższającego wysokość kar zastrzeżonych umownych).

Kary związane z podwykonawstwem

Odwołujący podniósł, że postanowienia dotyczące podwykonawstwa, określone w pkt 4.4-4.8, 4.10 i 4.12 SIWZ oraz § 2 ust. 3-4, 6-10, § 8 ust. 3 zd. 2 i §8 ust. 4-6, są niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w związku z czym także kary zastrzeżone w § 2 ust. 11 na okoliczności związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem ww. obowiązków stanowią naruszenie przepisów ustawy Pzp. Przede wszystkim kary te są przewidziane za czysto formalne naruszenia umowy, nie mające żadnych potencjalnych negatywnych skutków dla Zamawiającego, gdyż w przypadku zamówienia na dostawy Zamawiający nie jest objęty jakąkolwiek odpowiedzialnością względem podwykonawców.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, wysokość, w jakiej te kary są w SIWZ ustalone ma charakter rażąco wygórowany. Są one ukształtowane na poziomie oderwanym od istotności

ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie i jego potencjalnych konsekwencji dla Zamawiającego. Przykładowo określona w § 2 ust. 11 pkt 1 wzoru umowy kara umowna za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości 2000 zł za każdy dzień opóźnienia może przekroczyć wartość usług czy dostaw podwykonawcy. Tak samo kara w wysokości 15.000 zł za nieujawniony udział podwykonawcy w realizacji zadania, w sytuacji gdy za podwykonawcę w rozumieniu art. 2 ust. 9a ustawy Pzp może być uznany praktycznie każdy dostawca komponentów, którego umowa z wykonawcą ma nawet zupełnie minimalną wartość (np. może być za podwykonawcę uznany podmiot prowadzący market budowlany, w którym Wykonawca zakupił okucia czy śruby). Dodatkowo, w sytuacji, w której powstałyby opóźnienia płatnicze (co w przedmiotowym zamówieniu może wynikać m.in. nie ze złej woli wykonawcy, ale z przyjętego przez Zamawiającego bardzo niekorzystnego dla wykonawców systemu płatności) nakładanie kar umownych może trudności płatnicze wykonawcy wyłącznie powiększyć.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- wykreślenia § 2 ust. 11 pkt 1 wzoru umowy, względnie obniżenia wysokości określonej w nim kary umownej do kwoty 50 zł za każdy dzień opóźnienia;

- wykreślenia § 2 ust. 11 pkt 2, 3 i 4 wzoru umowy, względnie obniżenia wysokości określonych w nich kar umownych do kwoty 500 zł;

Kara za zwłokę w wykonaniu zamówienia

Odwołujący podniósł, że kary umowne ukształtowane w § 11 ust. 1 lit. a wzoru umowy odnoszą się do wartości całego zamówienia, a nie do części zamówienia, którego dotyczy ewentualna zwłoka. Tym samym Zamawiający wprowadził do SIWZ sankcję, która pozwala ukarać wykonawcę także za część dostaw, które zostały wykonane prawidłowo i terminowo. Prowadzi to w konsekwencji do niemożliwości oszacowania ryzyka utraty znacznej części wynagrodzenia za dostarczone meble, nawet w razie jedynie kilkudniowej zwłoki w jego wykonaniu, nawet gdy zwłoka dotyczy jedynie niewielkiej liczby mebli. Tak ukształtowane zapisy prowadzą de facto, przy uwzględnieniu prawa Zamawiającego do potrącania kar z wynagrodzenia, do możliwości wymuszenia na Wykonawcy dostawy mebli znacznie poniżej ich wartości rynkowej, w tym kosztów ich wytworzenia. Takie uprawnienia Zamawiającego nie dają się uzasadnić żadnym rozsądnie rozumianym interesem Zamawiającego, który miałby być chroniony przez kary umowne w tak drastycznej wysokości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 11 ust. 1 lit. a wzoru umowy poprzez zastąpienie frazy określającej wysokość kary umownej „.. ...% wartości brutto przedmiotu umowy ustalonej w 7 ust. 1 ” następującą „. ... % wartości brutto części przedmiotu umowy, której dotyczy zwłoka w dostawie” oraz analogiczna zmiana

powiązanych z § 11 ust. 1 lit. a zapisów pkt 18.2 SIWZ.

Kara za zwłokę w usuwaniu wad

Odwołujący podniósł, że określone w § 11 ust. 1 lit. b kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji zostały także ukształtowane z rażącym naruszeniem funkcji kary umownej. Wysokość tej kary została ustalona na 0,3% wartości umowy za każdy dzień zwłoki. Wartość ta została więc odniesiona do całej wartości realizowanych dostaw, bez jej odniesienia do wartości tej części przedmiotu umowy, której dotyczą wady. Biorąc pod uwagę wartość zamówienia, która wg planu postępowań o udzielenie zamówienia opublikowanego w BIP Zamawiającego wynosi 2.721.228,58 zł netto, może to powodować naliczanie kar umownych za zwłokę w usunięciu wady jednego mebla w wysokości nawet ok. 9.900 złotych za jeden dzień zwłoki. Jest to wartość większa od jednostkowej wartości rynkowej większości produktów objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 11 ust. lit. b wzoru umowy poprzez zastąpienie frazy określającej wysokość kary umownej „0,3% wartości brutto przedmiotu umowy ustalonej w § 7 ust. 1” następującą „0,3% wartości brutto części przedmiotu umowy, której dotyczy zwłoka w dostawie”.

Kara w przypadku odstąpienia od umowy

Odwołujący zakwestionował § 11 ust. 3 lit. a wzoru umowy, zgodnie z którym Zgodnie wykonawca ma zapłacić na rzecz Zamawiającego kary umowne z tytułu odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w 11 ust. 2 w wysokości 20% wartości umowy. Zdaniem Odwołującego ww. postanowienie zawiera rażąco wygórowaną stawkę kary umownej w stosunku do standardów stosowanych na rynku zamówień publicznych, gdzie kary umowne przewidziane na okoliczność niewykonania zobowiązania oscylują w wysokości do 10% wartości zobowiązania. Odwołujący powołał się na art. 150 ust. 2 ustawy Pzp określający maksymalny 10% próg wartości należytego wykonania umowy i stwierdził, że na taką właśnie wartość ustawodawca oszacował maksymalny poziom roszczeń odszkodowawczych, które w typowych przypadkach mogą wiązać się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań z umowy o zamówienie publiczne. Ewentualny wyższy poziom szkód jest dostatecznie zabezpieczony przez możliwość żądania odszkodowania przenoszącego wartość kar umownych czy prawo zatrzymania wynagrodzenia na poczet naprawienia szkody.

Ponadto Odwołujący podniósł, że nie znajduje żadnego uzasadnienia naliczanie kary umownej liczonej od całej wartości umowy w sytuacji, gdy odstąpienie dotyczyć może dostawy mebli o wartości nieznacznej w porównaniu do całej wartości umowy. Pozostawienie kary umownej liczonej wg określonego procenta wartości całej umowy stanowi poważne naruszenie równowagi praw stron umowy, prowadząc potencjalnie do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 11 ust. 3 lit. a wzoru umowy poprzez zastąpienie frazy określającej wysokość kary umownej „20% wartości określonej w § 7 ust. 1 niniejszej umowy" następującą „10% wartości części umowy, której dotyczy odstąpienie".

Zaniechanie wprowadzenia w § 11 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia

W odniesieniu do § 11 ust. 2 wzoru umowy Odwołujący podniósł dodatkowo, że zaniechanie wprowadzenia co do tych kar górnego limitu ich łącznej wysokości powoduje, że wykonawca wykonując zobowiązanie z naruszeniem wyszczególnionych przez Zamawiającego obowiązków umownych (nawet odnoszących się do nieistotnych, drugorzędnych bądź czysto formalnych naruszeń) może być obciążony karami umownymi przekraczającymi wartość kar umownych, jakie Zamawiający ustanowił z tytułu niewykonania zamówienia (§ 11 ust. 3 lit. a wzoru umowy). Zdaniem Odwołującego powoduje to rażącą dysproporcję między odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania, a sytuacją w której zobowiązanie zostałoby wykonane, ale ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego pewnych zapisów umowy np. z przekroczeniem terminu realizacji zamówienia. Zważywszy na to, że w sytuacji, w której Zamawiający w ogóle nie uzyskałby świadczenia zgodnego z umową Zamawiający żąda zapłaty kary umownej w wysokości 20% wartości zamówienia (a jak twierdzi Odwołujący, poziom ten powinien ponadto ulec obniżeniu do 10% wartości zamówienia), łączny poziom kar umownych z tytułu różnych przypadków nienależytego wykonania umowy także nie powinien być wyższy od kary zastrzeżonej za niewykonanie zamówienia choćby w najmniejszym zakresie. Brak wprowadzenia górnego limitu kar z tytułów powoduje także brak możliwości rzetelnej oceny ryzyk, z jakimi wykonawca może spotkać się w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Wpływa to negatywnie na możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji, uniemożliwiając rzetelne ustalenie ryzyk i kalkulację ceny oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w § 11 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem umowy w wysokości co najwyżej maksymalnej wysokości kary umownej na okoliczność niewykonania zamówienia, zastrzeżonej w § 11 ust. 3 lit. a wzoru umowy, tj. do 10% wartości umowy.

Ponadto Odwołujący podniósł w petitum odwołania zarzut dotyczący wprowadzenia w § 10 ust. 11 pkt 12 wzoru umowy obowiązku prowadzenia przez Wykonawcę raz w roku przeglądów gwarancyjnych w czasie obowiązywania gwarancji i wniósł o wykreślenie tego postanowienia, nie przedstawiając jednak w tym zakresie żadnego uzasadnienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towaru SF01 oraz w zakresie zarzutu dotyczącego § 11 ust. 2 lit. b wzoru umowy, Odwołujący złożył bowiem do protokołu oświadczenie o ich wycofaniu.

Izba uznała za zasadne następujące zarzuty:

1) zarzut dotyczący nieokreślenia warunków gwarancyjnych udzielonych przez generalnego wykonawcę budynku;

2) zarzut dotyczący niedopuszczenia w treści SIWZ możliwości wykazania zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego w sposób określony w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp;

3) zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w część 1 w odniesieniu do towarów RA 10, RA11 , RA 18, RAI 9, RA20, RA21;

4) zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towarów RA1, RA15;

5) zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towarów KS2, KA7, KA2;

6) zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w części 2 w odniesieniu do towarów KA6, KA8, KA9, KA10;

7) zarzut dotyczący wymagań odnoszących się do umów podwykonawcami oraz zakazu zawierania umów z dalszymi podwykonawcami.

Ad 1

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 3.1.3 SIWZ zamieścił następujące postanowienie: Zakres prac obejmuje również wykonanie wszystkich robót niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, a mianowicie: (...) - zabezpieczenie istniejącego, nowowybudowanego budynku (na zewnątrz oraz wewnątrz budynku) przed uszkodzeniami, które mogą wystąpić podczas transportu i montażu elementów stanowiących przedmiot dostawy. Przy czym Wykonawca na swój koszt naprawi wszelkie uszkodzenia, zachowaniem warunków gwarancyjnych udzielonych przez Generalnego Wykonawcę budynku - firmę STRABAG. W przypadku braku naprawy w terminie wyznaczonym przez zamawiającego Wykonawca upoważnia Zamawiającego do naprawy na koszt Wykonawcy.

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1), przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2). W ocenie Izby zakwestionowane wymaganie narusza przywołane przepisy.

Oceniając kwestię naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy mieć na uwadze, że celem tego przepisu jest wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty.

Podkreślenia wymaga, że Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do nałożenia na wykonawcę obowiązku przestrzegania warunków gwarancji udzielonej przez wykonawcę

budynku. Wprowadzenie takiego obowiązku jest celowe i zasadne, gdyż zabezpiecza interesy Zamawiającego związane z ewentualnymi szkodami. Konieczne jest jednak przekazanie wykonawcom informacji na temat warunków tej gwarancji. Nie sposób bowiem oczekiwać dostosowania sposobu wykonania zamówienia do nieznanych wymagań gwarancyjnych. Wykonawca powinien znać te warunki składając ofertę lub najpóźniej - przystępując do realizacji zamówienia. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje stały montaż mebli w pomieszczeniach budynku, co naraża wykonawców na ewentualne błędy mogące skutkować uchyleniem się generalnego wykonawcy budynku od roszczeń gwarancyjnych. Zamawiający ma więc możliwość żądania uwzględnienia przez wykonawcę tych wymagań, w takim jednak zakresie, w jakim przekaże je do wiadomości wykonawcy.

W związku z tym, że istotą zarzutu nie jest sama zasadność wymagania, aby wykonawca uwzględnił przy wykonywaniu zamówienia warunki gwarancji na budynek, ale niezakomunikowanie tych warunków wykonawcom, cały wywód Zamawiającego przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie, a dotyczący możliwości wprowadzenia takiego wymogu, jest bezprzedmiotowy. Istotą sporu jest bowiem nieprzekazanie wykonawcom informacji koniecznych do skalkulowania oferty i prawidłowego wykonania zamówienia.

O zasadności stanowiska Zamawiającego nie świadczy podniesiony przez niego argument, że ogólne warunki realizacji zamówienia publicznego przez firmę STRABAG były powszechnie znane i dostępne w ogłoszonym postępowaniu przetargowym w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Miasta Pruszkowa. Po pierwsze, dla kompletności opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien włączyć informacje w zakresie gwarancji do dokumentacji przedmiotowego postępowania, po drugie - nawet zapoznanie się przez wykonawcę z tymi informacjami we własnym zakresie może okazać się niewystarczające, jak bowiem wskazał sam Zamawiający - dokumentacja przetargowa i umowa ze spółką STRABAG nie zawierają szczegółowych informacji o warunkach gwarancji.

Nie zasługuje na akceptację stanowisko Zamawiającego, który usprawiedliwiał nieprzekazanie informacji w tym zakresie brakiem dokumentacji powykonawczej, w której będą opisane szczegółowe warunki gwarancji. Jakkolwiek Zamawiający ma prawo wymagać przestrzegania tych warunków, to może to zrobić tylko w takim zakresie, w jakim warunki te zakomunikował wykonawcom ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia.
W związku z tym Zamawiający zobowiązany jest udostępnić informacje, którymi dysponuje (lub co najmniej zobowiązać się do ich przekazania najpóźniej przy zawarciu umowy) i tylko w takim zakresie wymagać ich przestrzegania, albo - w przypadku braku możliwości ich udostępnienia - zrezygnować z wymogu przestrzegania nieznanych warunków gwarancji.

Ad 2

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 3.1.2 SIWZ dostarczone meble, urządzenia, sprzęt sportowy i materiały winny: (...) - posiadać wszystkie wymienione w dokumentacji projektowej dokumenty: certyfikaty, świadectwa jakości, deklaracje zgodności, atesty obowiązujące na terenie UE i spełniać wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa oraz być zgodne z obowiązującymi normami.

\N punkcie 8.3.1 SIWZ Zamawiający podał: Wszystkie wymienione w opisie dokumentacji projektowej certyfikaty potwierdzające zgodność z normami, świadectwa jakości, deklaracje zgodności, atesty higieniczne, atesty. Wiarygodność dokumentów oraz jednostek akredytujących będzie podlegać ocenie. Jeżeli w opisie jest mowa o certyfikacje zgodności to zgodnie z ustawą z 30.08.2002r. o systemie oceny zgodności, certyfikaty mają być wystawione przez niezależną jednostkę uprawnioną do wydawania tego rodzaju dokumentów. Jako jednostkę niezależną uznaje się każdą jednostkę badawczą i certyfikującą posiadającą akredytacje krajowego ośrodka certyfikującego - w przypadku Polski jest to Polskie Centrum Akredytacji (PCA), w przypadku certyfikatów wystawionych przez kraj zrzeszony w Unii Europejskiej, jako jednostkę niezależną uznaje się każdą jednostkę badawczą i certyfikującą posiadającą akredytację odpowiednika PCA w tym kraju.

Dokumenty te maja być opisane w sposób nie budzący wątpliwości do jakich mebli są dedykowane (nazwa widniejąca na certyfikacie musi być nazwą systemu w przedstawionym katalogu, folderze). Jeżeli w dokumentacji podana jest norma bez wskazania dokumentu

wymaganego celem weryfikacji, Zamawiający dopuszcza jako potwierdzenie zgodności z normami: certyfikat zgodności, deklaracje zgodności lub raport z badań.

Zgodnie z punktem 9.5.4.1: W celu potwierdzenia jakości oferowanych dostaw należy przedłożyć: Wszystkie wymienione w opisie dokumentacji projektowej certyfikaty

potwierdzające zgodność z normami, świadectwa jakości, deklaracje zgodności, atesty

higieniczne, atesty.

Stosownie do § 1 ust. 6 tiret 3: Dostarczone meble, urządzenia i materiały winny: posiadać atesty, certyfikaty, świadectwa jakości, deklaracje zgodności obowiązujące na terenie UE i spełniać wymagania wynikające z obowiązujących przepisów prawa oraz zgodne z obowiązującymi normami.

Art. 30b ustawy Pzp stanowi:

1. Zamawiający może wymagać od wykonawców przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

3. W przypadku wymagania przedstawienia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że poza wszelką wątpliwością jest uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawców przedłożenia stosownych certyfikatów dotyczących oferowanych dostaw. W związku z tym stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a zmierzające do wykazania takiego uprawnienia, nie ma wpływu na ocenę przedmiotowego zarzutu. Zaznaczyć jednak należy, że sposób oceny zgodności z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia, jest określony przepisem art. 30b ustawy Pzp i nie może być przez Zamawiającego modyfikowany. W świetle art. 30b ustawy Zamawiający ma prawo żądać stosownych certyfikatów (ust. 1), musi jednak dopuścić certyfikaty równoważne (ust. 3), a jeżeli wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, Zamawiający ma obowiązek poddać ocenie inne środki dowodowe (ust. 4). Natomiast ocena, czy brak możliwości przedstawienia certyfikatu lub raportu z badań jest niezależna od wykonawcy oraz czy wykonawca rzeczywiście udowodnił, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, odbywa się na etapie oceny ofert, kiedy to w zależności od konkretnych okoliczności wykazanych lub niewykazanych przez wykonawcę Zamawiający podejmuje decyzję, czy spełnianie wymagań zostało wykazane. Na etapie opracowania SIWZ, przedstawiając wykonawcom sposób oceny spełniania wymagań przez oferowane produkty, Zamawiający nie może natomiast nie uwzględnić dyspozycji art. 30b ust. 4 ustawy Pzp), stosowna informacja o możliwości przewidzianej tym przepisem powinna znaleźć się w postanowieniach SIWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, że uczynił on zadość wymogom określonym w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie punktu 8.3.1. SIWZ, w którym podano, że jeżeli w dokumentacji podana jest norma bez wskazania dokumentu wymaganego celem weryfikacji, Zamawiający dopuszcza jako potwierdzenie zgodności z normami: certyfikat zgodności, deklaracje zgodności lub raport z badań. Nie sposób uznać, że postanowienie to realizuje dyspozycję art. 30b ust. 3 ustawy Pzp, dotyczy ono bowiem tylko sytuacji, w której Zamawiający nie wskazał wymaganego dokumentu i dopuszcza potwierdzenie zgodności za pomocą enumeratywnie wymienionych dokumentów, co w oczywisty sposób ma zakres węższy niż norma przywołanego wyżej

przepisu ustawy.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ postanowienia uwzględniającego dyspozycję ww. przepisu.

Ad 3-6

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dokumencie Opisy mebli - Tabela wykończeń - Projekt wykonawczy wyposażenia budynku Szkoły w Pruszkowie, Gąsin przy ul. Pływackiej / Kaletniczej'.

1. w zakresie części 1 w odniesieniu do towarów RA 10 (Regał przyścienny), RA 11 (Regał dwustronny), RA 18 (3-modułowy regał dwustronny) Zamawiający zamieścił wymaganie, aby regały posiadały metalowy stelaż wykonany z profili zamkniętych okrągłych malowanych proszkowo w kolorze szarym, o gr.min32mirr,

2. w zakresie części 2 w odniesieniu do towarów RA1 (Regał/szafka) i RA15 (Regał - szafa aktowa niska żaluzjowa) Zamawiający zamieścił następujące wymaganie: Korpus szafy łączony za pomocą złącz mimośrodowych umożliwiających wymianę poszczególnych elementów w przypadku uszkodzenia;

3. w zakresie części 2 w odniesieniu do towarów KS2 - Krzesło obrotowe bez zagłówka (krzesło dla nauczyciela), KA7 - Krzesło obrotowe (pom. biurowe), KA2 - Krzesło obrotowe (pokój cichej pracy / biblioteka), Zamawiający zamieścił m.in. następujące wymagania: Z tyłu oparcie do wysokości 2/3 przykryte panelem wykonanym z tworzywa w kolorze czarnym. Oparcie o zróżnicowanej grubości 35-85mm;

4. w zakresie części 2 w odniesieniu do puf KA6, KA8, KA9, KA10 Zamawiający zamieścił m.in. następujące wymaganie: Konstrukcja skrzyniowa otwarta od dołu. Ponadto w odniesieniu do pufy KA6 Zamawiający wymagał wzmocnienia stelażem z rury stalowej. Ponadto Zamawiający określił następujące wymagania w zakresie kolorystyki:

KA 6: fioletowy VL 612 (Valencia) wg palety Bejot - 6szt. jasnoszary VL 440 (Valencia) wg palety Bejot - 4szt. pomarańczowy VL 612 (Valencia) wg palety Bejot - 1szt. W przypadku wybory innej palety materiałów próbki należy przedstawić do akceptacji projektanta.

KA 8: fioletowy VL 612 (Valencia) wg palety Bejot - 2szt. jasnoszary VL 440 (Valencia) wg palety Bejot - 3szt. szary VL 445 (Valencia) wg palety Bejot - 1szt. W przypadku wybory innej palety materiałów próbki należy przedstawić do akceptacji projektanta.

KA 9: fioletowy VL 612 (Valencia) wg palety NOTI - 1szt. jasnoszary VL 440 (Valencia) wg palety NOTI - Oszt. pomarańczowy VL 612 (Valencia) wg palety NOTI - 2szt. W przypadku wybory innej palety materiałów próbki należy przedstawić do akceptacji projektanta.

KA 10: Kolorystyka: szary VL 445 (Valencia) wg palety Bejot - 3szt. pomarańczowy VL 612 (Valencia) wg palety Bejot - 2szt. W przypadku wybory innej palety materiałów próbki należy przedstawić do akceptacji projektanta.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (ust. 3). Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech

produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

W ocenie Izby zamieszczający w opisie przedmiotu zamówienia przytoczone wyżej postanowienia, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy, a w zakresie kolorystyki zamawianych mebli - również art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający narzucił w kwestionowanych postanowieniach bardzo szczegółowe cechy zamawianych mebli, co niewątpliwie istotnie ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił przekonującego uzasadnienia, które usprawiedliwiałoby wprowadzenie takich wymagań. W świetle stanowiska Zamawiającego nie można uznać, że zakwestionowane parametry znajdują usprawiedliwienie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

W odniesieniu do regałów RA 10 (Regał przyścienny), RA 11 (Regał dwustronny), RA 18 (3-modułowy regał dwustronny) Zamawiający próbował usprawiedliwić wymóg dotyczący metalowego stelaża wykonanego z profili okrągłych względami bezpieczeństwa, wskazując, że takie regały są bezpieczne w użytkowaniu przez dzieci (brak kantów oraz solidne, trwałe podparcie). Powoływał się również na względy estetyczne. Odnosząc się do tego stanowiska należy uznać je za o tyle nieprzekonujące, że wymóg dotyczący profili okrągłych odnosi się do regałów przeznaczonych do biblioteki, podczas gdy w odniesieniu do innych pomieszczeń szkolnych Zamawiający takiego wymogu nie sformułował. Nie sposób przyjąć, że w innych pomieszczeniach szkolnych będą mogły być bezpiecznie użytkowane innego rodzaju meble, podczas gdy akurat w bibliotece jedynym bezpiecznym rozwiązaniem będą meble wykonane na profilach okrągłych.

Kwestia estetyki również nie została wykazana, nie przedstawiono żadnego przekonującego wyjaśniania, które pozwalałoby przyjąć, że dopuszczenie regałów z na profilach kwadratowych zaburzy estetykę wyposażenia szkoły. O ile można przyjąć, że regały z łączonych płyt mają inną stylistykę i mogą nie wpisywać się w nowoczesny wystrój pomieszczeń, o tyle trudno dojść do takiego wniosku w przypadku regałów ze stalowych profili - kształt tych profili nie zmienia istotnie estetyki mebli.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał również, że znajduje uzasadnienie w jego usprawiedliwionych potrzebach, aby regały RA1i RA15 posiadały korpus łączony za pomocą złącz mimośrodowych. Zamawiający tłumaczył wprowadzenie tego wymogu możliwością demontażu i wymiany uszkodzonych elementów oraz estetyką związaną z brakiem widocznych elementów łączeń, co mają zapewniać złącza mimośrodowe. Odnosząc się do tego stanowiska należy stwierdzić, że o ile wskazany przez Zamawiającego cel (możliwość demontażu, brak widocznych elementów) zasługuje na aprobatę, o tyle Zamawiający nie wykazał, że jego osiągnięcie możliwe jest jedynie przez użycie złącz mimośrodowych. Odwołujący natomiast wskazał, że połączenia za pomocą konfirmatów umożliwiają wielokrotny demontaż elementów, na co pozwala jednoczesne użycie muf stalowych, czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Jeśli natomiast chodzi i widoczne elementy takich złączy Odwołujący wskazał na możliwość ich zamaskowania.

W ocenie Izby, Zamawiający chcąc wskazywany przez siebie efekt (możliwość demontażu, brak widocznych elementów) powinien opisać przedmiot zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych, nie zaś wymagać wyłącznie konkretnego rodzaju złącza. Bez uszczerbku dla potrzeb Zamawiającego będzie rezygnacja z wymogu zastosowania złączy mimośrodowych i wprowadzenie wymogu, aby korpus szafy był łączony za pomocą złączy umożliwiających wymianę poszczególnych elementów w przypadku uszkodzenia oraz bez widocznych elementów tego złącza.

Podobnie, Zamawiający nie wykazał zasadności wymagań odnoszących się do krzeseł KS2, KA7 i KA2,a dotyczących wyposażenia oparcia z tyłu wysokości 2/3 przykryte panelem wykonanym z tworzywa w kolorze czarnym oraz zróżnicowania grubości oparcia od 35 do 85mm.

Jeśli chodzi o wymóg wyposażenia oparcia w tylny panel z tworzywa, z całą pewnością panel ten nie służy - co usiłował twierdzić Zamawiający - wyprofilowaniu oparcia,

zauważyć bowiem należy, że wprowadzony został odrębny wymóg dotyczący tego wyprofilowania. Można natomiast zgodzić się ze stanowiskiem, że panel spełnia funkcję ochronną przed uszkodzeniem mebla, w związku z czym Izba nie nakazała rezygnacji z wymogu dotyczącego tego panelu. Nie sposób jednak dopatrzeć się jakiejkolwiek racjonalnej przesłanki pozwalającej stwierdzić, że panel ten ma sięgać dokładnie do wysokości 2/3 oparcia. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnego przekonującego uzasadnienia, nie potrafił odpowiedzieć na pytanie o powody niedopuszczenia panelu na całej wysokości oparcia.

Zamawiający nie potrafił również przekonująco wyjaśnić, dlaczego wymaga oparcia o zróżnicowanej i określonej z dokładnością do milimetrów grubości oparcia. W odpowiedzi na odwołanie brak w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, również podczas rozprawy Zamawiający nie potrafił wykazać, czym kierował się ustalając tak dokładne wymagania dotyczące grubości oparcia. Nie można ich usprawiedliwiać koniecznością wyprofilowania oparcia, gdyż to wynika z innego wymagania. O ile zróżnicowanie grubości fotela może mieć określone względy estetyczne, to trudno stwierdzić dlaczego w najgrubszym miejscu ma mieć ono grubość akurat 85mm (+-1), a w najcieńszym dokładnie 35 mm (+-1) - a tak właśnie należy rozumieć przedmiotowy wymóg w świetle wyjaśnień Zamawiającego, który stwierdził na rozprawie, że krzesło o grubości oparcia jedynie mieszczącej się w ww. przedziale, ale nieodpowiadające konkretnym wartościom 85mm i 35 mm, nie będzie zgodne z SIWZ. Nie ma zdaniem Izby wątpliwości, że taki opis niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu. Nawet gdyby wykonawców oferujących fotel o wskazanych wyżej dokładnie określonych cechach było więcej niż jeden, to i tak wymóg ten istotnie i w sposób nieusprawiedliwiony ogranicza krąg wykonawców mogących złożyć ofertę.

Izba nie nakazała Zamawiającemu w tym zakresie - jak chciał Odwołujący - dopuszczenia foteli z oparciem o jednakowej grubości, nie dopatrzyła się bowiem zasadności akurat takiego rozwiązania. Istnieje bowiem możliwość, aby Zamawiający, chcąc chociażby ze względów estetycznych zakupić fotele o zróżnicowanej grubości oparcia, opisał ten parametr w sposób elastyczny, dopuszczając do złożenia oferty przez wykonawców oferujących fotele o grubości oparcia innej obecnie wymagana z dokładnością do milimetrów.

W ocenie Izby niezasadnym ograniczeniem konkurencji są wymagania konstrukcji skrzyniowej otwartej w odniesieniu do puf KA6, KA8, KA9, KA10, jak również wymaganie w odniesieniu do pufy KA6 (nie zaś - jak podał Odwołujący - w odniesieniu do wszystkich ww. towarów) wzmocnienia stelażem z rury stalowej. Nieprzekonujące są wyjaśnienia przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, jakoby element otwartość skrzyni zapewniał możliwość łączenia puf w większe/dłuższe siedziska. Zamawiający w żadnej mierze nie uzasadnił, czy i dlaczego nie można łączyć puf o konstrukcji skrzyniowej zamkniętej. Zamawiający powoływał się jedynie na to, że zamknięcie konstrukcji skrzyniowej wpływa na zwiększenie wagi mebla, co jest argumentem o tyle nieprzekonującym, że nie zostały określone wymagania dotyczące tej wagi.

W odniesieniu do wymogu stalowego stelaża Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że umożliwia to ograniczenie materiałów łatwopalnych, nie wykazał jednak w jaki sposób element ten pozwala uzyskać taki efekt ani nie przedstawił żadnego argumentu negującego możliwość wykonania stelażu z innego materiału niż stal. Na rozprawie z kolei podkreślał znaczenie takiego stelażu dla stabilności mebla, nie wiadomo jednak, czy i dlaczego takiej stabilności nie pozwala uzyskać inny stelaż.

Za oczywiście niezgodny z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp należy uznać sposób, w jaki Zamawiający opisał wymaganą kolorystykę mebli. Zamawiający posłużył się w tym zakresie nazwami własnymi kolorów stosowanymi przez konkretnych producentów. O prawidłowości takiego opisu w żadnej mierze nie świadczy zamieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia postanowienia, że w przypadku wybory innej palety materiałów próbki należy przedstawić do akceptacji projektanta. Postanowienie to nie daje wykonawcom żadnej wiedzy co do tego, na jakich zasadach taka akceptacja nastąpi oraz jakimi kryteriami projektant będzie się kierował. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu wyeliminowanie tego nazewnictwa z opisu przedmiotu zamówienia, a gdyby opisanie wymaganej kolorystyki okazało się niemożliwe bez wskazania na nazewnictwo stosowane przez konkretnych wykonawców - dopuszczenie rozwiązań równoważnych i opisanie kryteriów równoważności.

Ad 7

Izba ustaliła, że Zamawiający zamieścił w SIWZ oraz projekcie umowy następujące wymagania dotyczące podwykonawców:

Pkt 4.4 SIWZ: W przypadku gdy Wykonawca przewidział do wykonania zamówienia udział

podwykonawców, ma obowiązek przestawić Zamawiającemu umowy z podwykonawcami o treści zgodnej z projektem umowy.

Pkt 4.5 SIWZ: Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy faktury potwierdzającej wykonanie zleconej podwykonawcy dostawy/usługi.

Pkt 4.6 SIWZ: Wynagrodzenie należne podwykonawcy z tytułu wykonania powierzonej przez Wykonawcę części przedmiotu zamówienia nie może przewyższać wynagrodzenia za wykonanie tego samego przedmiotu zamówienia należnego Wykonawcy od Zamawiającego.

Pkt 4.7 SIWZ: Jeżeli Zamawiający nie zgłosi pisemnych zastrzeżeń do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy/usługi, w terminie określonym w umowie o zamówienie publiczne, uważa się za akceptację umowy przez Zamawiającego.

Pkt 4.8 SIWZ: Wykonawca zamówienia na dostawy/usługi przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy/usługi w terminie 7 dni od jej zawarcia.

Pkt 4.10 SIWZ: Zapłata wynagrodzenia należnego Wykonawcy za zrealizowanie części należnego wynagrodzenia za odebrane dostawy/usługi nastąpi po przedstawieniu dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych dostawy/usługi.

Pkt 4.12 SIWZ: Zamawiający nie wyraża zgody na zawieranie umów przez podwykonawców z dalszymi podwykonawcami.

§ 2 wzoru umowy:

ust. 3. W przypadku zamiaru zawarcia umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi, Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego.

ust. 4. Zmiana Podwykonawcy w zakresie wykonania dostaw lub usług stanowiących przedmiot umowy nie stanowi zmiany umowy, ale jest wymagana zgoda Zamawiającego na zmianę Podwykonawcy.

ust. 6. Obowiązkiem Wykonawcy jest przedkładanie Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi i jej zmian.

ust. 8. Wykonawca w terminie 7 dni dostarczy Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, i jej zmian.

ust. 9. Zapłata wynagrodzenia Wykonawcy będzie następować w ciągu 30 dni od daty dostarczenia faktury końcowej do siedziby Zamawiającego wraz z dowodami (oświadczeniami podwykonawców i wykonawcy) potwierdzającymi terminową zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom.

ust. 10. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez wykonawcę nie może być dłuższy niż terminy określone w ust. 9.

§ 8 wzoru umowy:

ust. 3. Należność Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy będzie płatna na konto wskazane przez Wykonawcę w terminie 30 dni od daty złożenia faktury VAT do siedziby Zamawiającego. Do faktury należy dołączyć oświadczenia podwykonawców/cy, o których mowa w ust. 4 i 5. Wymagane do faktury są oryginały oświadczeń oraz zestawienie należności dla wszystkich podwykonawców.

ust. 4. Zapłata wynagrodzenia nastąpi po przedstawieniu dowodu dokonania zapłaty lub złożeniu oświadczenia Wykonawcy o terminowym zapłaceniu Podwykonawcom należnego wynagrodzenia wraz z oświadczeniami Podwykonawców o terminowym zapłaceniu przez Wykonawcę należnego Podwykonawcom wynagrodzenia.

ust. 5. W przypadku odmowy przez Wykonawcę zapłaty wynagrodzenia zaakceptowanemu przez Zamawiającego podwykonawcy dostawy lub usług, dany podwykonawca dostaw lub usług może zwrócić się bezpośrednio do Zamawiającego o zapłatę należnego wynagrodzenia. Wynagrodzenie to zostanie wypłacone w ciągu 30 dni od zgłoszenia informacji o uchyleniu się od zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy dostawy lub usług, jednak nie wcześniej niż po upływie terminu zapłaty przez podmiot, z którym podwykonawca dostaw lub usług ma zawartą umowę. Termin ten może ulec odpowiedniemu wydłużeniu w związku z procedurą określoną w art. 143c ust. 4 ustawy Pzp w przypadku zgłoszenia uwag przez Wykonawcę lub podwykonawcę dostaw lub usług pomocniczych. W tym przypadku zastosowanie będzie miał art. 143c ust. 5 ustawy Pzp. Wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszym ustępie, obejmuje tylko wynagrodzenie bez odsetek należnych podwykonawcy dostaw lub usług.

ust. 6. Strony zgodnie ustalają, że załącznikiem do faktury Wykonawcy będą oryginały oświadczenia podwykonawcy dostaw lub usług potwierdzające, że wszelkie należności z tytułu wykonywanych przez podwykonawcę dostawy lub usług zostały przez Wykonawcę zapłacone -(lub rozliczone w inny sposób skutkujący zaspokojeniem roszczeń podwykonawców dostaw lub usług). W przypadku braku takiego oświadczenia Zamawiający ma prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy do czasu przedstawienia ww. oświadczeń lub zatrzymania odpowiedniej części wynagrodzenia Wykonawcy w celu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń podwykonawców dostaw lub usług.

§ 2 ust. 11 wzoru umowy:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu:

1) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości 2000 zł. za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w umowie z podwykonawcą.

2) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy

o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 0,5 % wartości brutto przedmiotu umowy ustalonej w § 7 ust. 1., niniejszej umowy.

3) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty pomimo zastrzeżeń zamawiającego w wysokości 0,5 % wartości brutto przedmiotu umowy ustalonej w § 7 ust. 1

niniejszej umowy.

4) za realizację umowy przy udziale nieujawnionych podwykonawców, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 15 000 zł. za każdorazowy fakt nieujawnienia

podwykonawcy.

Izba ustaliła, że przywołane wyżej postanowienia nakładają na wykonawcę obowiązki

analogiczne do przewidzianych w art. 143a-143d ustawy Pzp. Podkreślić jednak należy, że ww. przepisy odnoszą się wyłącznie do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane. Ustawa Pzp nie przewiduje natomiast analogicznych regulacji dotyczących

zamówień na dostawy. W związku z tym powstaje pytanie, czy Zamawiający uprawniony jest nałożyć na wykonawców nieprzewidziane w ustawie obowiązki w zakresie podwykonawstwa. Możliwość taka w ocenie Izby jest wątpliwa. Po pierwsze stwierdzić należy, że wprowadzenie ww. regulacji z ograniczeniem wprost do zamówień na roboty budowlane pozwala zakładać, że ustawodawca w odniesieniu do tego właśnie rodzaju zamówień dostrzegł potrzebę wprowadzenia dodatkowych rozwiązań, ze względu na potrzebę ochrony podwykonawców oraz interesów zamawiających. Ograniczenie ww. przepisów do robót budowlanych wskazuje na zamiar ustawodawcy, aby zamówieniom na dostawy i usługi nie towarzyszyły dodatkowe obowiązku i formalności związane z podwykonawstwem. Przede wszystkim jednak zauważyć należy, że postanowienia te stanowią daleko idącą ingerencję w stosunki prawne łączące wykonawcę z podmiotem trzecim. Wydaje się więc, że ingerencja taka powinna mieć wyraźną podstawę w ustawie.

Niezależnie od powyższego - w ocenie Izby - nałożenie takich obowiązków

w przedmiotowym postępowaniu godzi w wyrażoną w art. 7 ust. 1 zasadę proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał, że w przypadku przedmiotowego zamówienia, z uwagi na jakieś szczególne uwarunkowania czy specyfikę zamówienia, konieczne jest wprowadzenie tak daleko idących obowiązków, jak to ma miejsce w przypadku robót budowlanych. Nie wiadomo na czym polega wskazywane przez Zamawiającego znaczenie takich obowiązków dla jednostki samorządu, na której ciąży odpowiedzialność za należyte wykonanie zadania publicznego. Odpowiedzialność taka ciąży co do zasady na zamawiających, będących w zdecydowanej większości podmiotami publicznymi, trudno więc dopatrzeć się w tym jakiejkolwiek specyfiki.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie zakwestionowanych postanowień z SIWZ i wzoru umowy. W konsekwencji konieczne jest również wykreślenie postanowień o karach umownych za niedopełnienie obowiązków związanych z podwykonawstwem.

Dodatkowego odniesienia się wymaga zakwestionowany przez Odwołującego zakaz zawierania umów z dalszymi podwykonawcami. Zauważyć bowiem należy, że w przypadku zamówień na dostawy umowy takie nie są umowami o podwykonawstwo w rozumieniu ustawy Pzp. Jak stanowi przepis art. 2 pkt 9b ustawy, ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Z powyższego wynika, że umowa podwykonawcy z dalszym podwykonawcą jest umową o podwykonawstwo tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane, z kolei w przypadku zamówień na dostawy i usług umowy takie nie są umowami o podwykonawstwo i pozostają poza regulacją ustawową. Brak jest zatem podstawy prawnej do ingerowania przez Zamawiającego w możliwość zawierania takich umów.

Izba uznała za niezasadne następujące zarzuty:

1) zarzut dotyczący niedopuszczenia tolerancji wymiarów mebli;

2) zarzuty dotyczące postanowień wzoru umowy w zakresie:

2.1. odbiorów i fakturowania,

2.2. prawa odstąpienia od umowy,

2.3. kar umownych

2.4. postanowień umowy w zakresie przeglądów gwarancyjnych.

Ad 1

Izba ustaliła, że w dokumencie Opisy mebli - Tabela wykończeń - Projekt wykonawczy wyposażenia budynku Szkoły w Pruszkowie, Gąsin przy ul. Pływackiej / Kaletniczej Zamawiający określił wymiary poszczególnych towarów. Jednocześnie w opisie do wyposażenia (str. 10) Zamawiający podał: Zamawiający dopuszcza tolerancję wymiarów w zakresie +/- 1 chyba, że w treści opisu podany jest inny dopuszczalny zakres tolerancji. Nie dopuszcza się zmiany szerokości i głębokości stołów i szaf oraz zmiany zakresu regulacji wysokości stołów, biurek, szaf, przy czym podane odchyły procentowe i tolerancje wymiarowe nie mogą być stosowane wyłącznie do poszczególnych wymiarów, należy je rozpatrywać całościowo z pozostałymi elementami tj.: pod względem licowania się z meblami sąsiednimi/przylegającymi, zgodnie z warunkami zabudowy pomieszczenia oraz zgodnie ze schematami wynikającymi z rysunków głównych.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do części towarów Zamawiający dopuścił większą tolerancję wymiarów. Przykładowo:

w odniesieniu do towaru KS7: 58-77cm x 45-58cm x wys.35cm,

w odniesieniu do towaru KS6: fi 60-65cm wys.63cm ± 5%,

w odniesieniu do towaru RS8: wymiary korpusu: szer.106-112cm x gł.39-42cm x wys.87-93cm,

w odniesieniu do towaru RS6: szer.84-87cm x gł.39-42cm x wys.131-165cm,

w odniesieniu do towaru RS5: szer. 84-90 cm, gł. 39-42 cm, wys.87-112 cm.

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego zauważyć należy, że twierdzenie Odwołującego, jakoby w odniesieniu do wszystkich towarów w części nr 1 i 2 Zamawiający ustalił wymagania dotyczące wymiarów produktów oraz składających się na nie komponentów, bez dopuszczenia tolerancji tych wymiarów, nie ma oparcia w dokumentacji postępowania. Po pierwsze, Zamawiający zawarł w SIWZ generalne zastrzeżenie, że dopuszcza tolerancję wymiarów w zakresie +/- 1, a Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu tego, że nie określono jednostki tej tolerancji. Okoliczność ta została podniesiona dopiero na rozprawie i nie mogła mieć wpływu na ocenę przedmiotowego zarzutu. Niezależnie jednak od tego Zamawiający wyjaśnił, że ww. tolerancja odnosi się do jednostek, w jakich zostały wyrażone wymiary poszczególnych produktów. W ocenie Izby taka interpretacja jest logiczna i uzasadniona, a nawet jeśli wykonawca miał wątpliwości w tym zakresie, mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, ewentualnie zakwestionować to we wniesionym odwołaniu. Ponadto zauważyć należy, że w odniesieniu do znacznej części produktów Zamawiający określił wyższą tolerancję, zawierając takie informacje w opisie poszczególnych towarów. Zatem zarzuty odwołania zostały oparte na nieprawdziwych okolicznościach faktycznych.

Podkreślić również należy, że oczywistym prawem Zamawiającego jest zakup towarów dostosowanych wymiarami do pomieszczeń oraz założeń dotyczących ustawienia mebli. W związku z tym niezasadne jest żądanie Odwołującego, aby dopuścić 10-procentową tolerancję wymiarów w odniesieniu do wszystkich produktów. Rozwiązanie takie mogłoby doprowadzić do tego, że dostarczony przedmiot zamówienia nie zrealizuje potrzeb Zamawiającego.

W związku z tym brak jest podstaw do twierdzenia, że sposób, w jaki Zamawiający określił wymiary produktów narusza art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 2

Izba ustaliła, że Zamawiający zamieścił we wzorze umowy następujące postanowienia:

1) w odniesieniu do odbiorów i fakturowania:

§ 1 ust. 8: Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji dostarczanych mebli na etapie realizacji zamówienia i w przypadku stwierdzenia niezgodności, do wstrzymania całej dostawy wraz z nakazem natychmiastowej wymiany na koszt i odpowiedzialność Wykonawcy

§ 8 ust. 2: Faktura zostanie wystawiona po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy, na podstawie protokołu odbioru końcowego, po usunięciu wszystkich wad i usterek.

§ 9 ust. 5: Wykonawca przekaże przedmiot zamówienia Zamawiającemu, po zakończeniu odbioru końcowego i usunięciu stwierdzonych w trakcie odbioru usterek i wad.

2) w odniesieniu do prawa odstąpienia od umowy:

§10 ust. l.3 lit. b: Jeżeli w toku czynności odbioru lub w okresie rękojmi za wady zostaną stwierdzone wady nie nadające się do usunięcia Zamawiający może: (...) b) przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem: Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać ponownego wykonania przedmiotu umowy po raz drugi zachowując prawo domagania się od Wykonawcy naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia.

§11 ust. 2 lit. a: Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku: a) wykonywania robót niezgodnie z umową lub dokumentacją projektową bez

akceptacji Zamawiającego i nie przystąpienie do właściwego wykonywania prac w ciągu 7 dni od daty wezwania.

3) w odniesieniu do kar umownych:
§11 ust. 1. Wykonawca zapłaci kary umowne:

a) z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy .....% wartości brutto przedmiotu

umowy ustalonej w §7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki względem terminu określonego w §3,

b) z tytułu nieterminowego usuwania wad 0,3% wartości brutto przedmiotu umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do uzgodnionego terminu w okresie rękojmi za wady i gwarancji.

§11 ust. 3. W przypadkach określonych w ust. 2 Wykonawca: a) zapłaci Zamawiającemu kary umowne z uwzględniające postanowienia ust. 1 w wysokości 20% wartości określonej w §7 ust. 1 niniejszej umowy.

4) w odniesieniu do przeglądów gwarancyjnych:

§ 10 ust. 1.12. W czasie obowiązywania gwarancji wykonawca zobowiązuje się do przeprowadzenia nieodpłatnie raz w roku przeglądów gwarancyjnych.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących projektu umowy w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ (w tym postanowień przyszłej umowy), tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W ocenie Izby ww. zarzut nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom SIWZ treści korzystnej dla wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie przepisów art. 5 i art. 353^1 Kc. Zgodnie z art. 5 Kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Art. 353^1 Kc stanowi, że 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.

\J\I ocenie Izby wszystkie zakwestionowane postanowienia przyszłej umowy objęte są przepisami względnie obowiązującymi, a Odwołujący nie wykazał, aby swoboda

Zamawiającego w ich kształtowaniu przekraczała granice wyznaczone przytoczonymi wyżej przepisami Kc. Wniosek jaki wynika z uzasadnienia tych zarzutów jest tylko taki, że zakwestionowane postanowienia stanowią dla wykonawcy określoną dolegliwość i są dla niego niekorzystne, czego jednak nie można utożsamiać z naruszeniem przepisów ustawowych.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej sprawie.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów w postanowieniach wzoru umowy dotyczących fakturowania i odbioru. Zauważenia wymaga, że żaden przepis o takich charakterze nie zobowiązuje Zamawiającego do odbioru przedmiotu zamówienia zawierającego wady. Chociaż postanowienie takie jest z punktu widzenia wykonawców restrykcyjne, to nie zostało wykazane, aby stanowiło ono ze strony Zamawiającego nadużycie prawa podmiotowego lub przekroczenie którejkolwiek z granic określających zasadę swobody umów.

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w świetle art.450 Kc wierzyciel jest uprawniony do odmowy przyjęcia świadczenia częściowego, jeżeli przyjęcie takiego świadczenia narusza jego uzasadniony interes. Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, orzecznictwo na gruncie art. 642 i 643 Kc dopuszcza odmowę odbioru dzieła, także wtedy gdy jest ono dotknięte wadami nieistotnymi (m.in. postanowienie Sądu Najwyższego III CZP 8/15). Jakkolwiek w praktyce co do zasady racjonalne jest brać pod uwagę istotność wad i od ich charakteru uzależniać odbiór przedmiotu umowy, to w ocenie Izby zasadność odmiennych postanowień nie powinna być oceniana w oderwaniu od specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia i jego znaczenia dla zamawiającego. W przypadku przedmiotowego zamówienia przyjęcie świadczeń z wadami, które nie są istotne, zwłaszcza przy dużej skali tych wad, może przesądzić o tym, że dostarczony przedmiot zamówienia nie zrealizuje potrzeb Zamawiającego polegających na kompletnym wyposażeniu nowo oddawanego do użytku budynku szkoły. Jak wskazał Zamawiający, (...) nawet zarysowanie mebla może być niebezpieczne dla korzystającego z mebla dziecka, bo np. może spowodować jego skaleczenie. Usuwanie wad w ramach gwarancji w czasie roku szkolnego jest utrudnione ze względu na korzystanie z wyposażenia przez uczniów i nauczycieli — jest to element niezbędny do zrealizowania podstawy programowej. Obowiązkiem Zamawiającego jest eliminacja tego rodzaju niebezpieczeństw i zagrożeń.

Wobec powyższego nie można dopatrzeć się naruszenia przepisów prawa postanowieniu wskazującym, że wystawienie faktury nastąpi po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy, na podstawie protokołu odbioru końcowego, po usunięciu wszystkich wad i usterek. Jest to konsekwencją postanowień określających zasady odbioru przedmiotu umowy.

Analogiczna argumentacja znajdzie zastosowanie w odniesieniu do postanowień dotyczących prawa odstąpienia od umowy. Również w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Mimo że stanowią one dla wykonawcy określone ryzyko, to jednak nie można tego utożsamiać ani z nadużyciem prawa podmiotowego, ani z przekroczeniem zasady swobody umów. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę charakter przedmiotowego zamówienia, zakwestionowane postanowienia zabezpieczają uzasadnione interesy Zamawiającego. Mimo że przedmiot zamówienia jest podzielny, to w sytuacji gdy celem zamówienia jest kompletne wyposażenie nowego budynku szkoły, niezrealizowanie określonej części prawidłowo może powodować, że z punktu widzenia Zamawiającego założony przez niego cel nie zostanie osiągnięty. Zauważyć należy, że uwzględnienie żądania, aby prawo odstąpienia od umowy ograniczyć do części przedmiotu umowy dotkniętej wadami lub której dotyczą naruszenia, mogłoby powodować, że interesy Zamawiającego nie będą zabezpieczone przez ewentualnymi praktykami wykonawców polegającymi na jedynie częściowym prawidłowym wykonaniu umowy i zaprzestaniu wywiązywania się z obowiązków w odniesieniu do określonej części, która może mieć dla Zamawiającego istotne znaczenie.

W zakresie zakwestionowanych kar umownych również nie zostało wykazane naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów ustawy (z wyjątkiem kar umownych dotyczących niewywiązania się z obowiązków dotyczących podwykonawców, na co wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia). Odwołujący nie wykazał, aby poziom kar umownych był na tyle rażąco wygórowany, że zakłóca lub uniemożliwia konkurencję w postępowaniu. Ustalenie wynagrodzenia za wykonanie całej umowy jako podstawy obliczenia procentowej kary umownej należy uznać za dopuszczalne, natomiast karę w wysokości 20% wartości umowy - za adekwatną do wagi naruszenia obowiązków umownych, skutkujących odstąpieniem od umowy w trybie natychmiastowym. Podobnie nie sposób dopatrzeć się naruszenia przepisów prawa w fakcie nieokreślenia górnego limitu kar umownych, żaden bowiem przepis prawa nie zobowiązuje do ustalenia takiego limitu. Zauważyć należy, że funkcją kar umownych jest nie tylko naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu (co wynika z art. 480 § 1 Kc), kary te pełnią również funkcję prewencyjną, motywując wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu umowy i minimalizując ryzyko niedotrzymania jej postanowień. W ocenie Izby zastrzeżone przez Odwołującego kary pozwalają zrealizować te funkcje, a żądania Odwołującego zmierzają jedynie do ukształtowania kwestionowanych postanowień w sposób dla niego korzystniejszy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przeglądów gwarancyjnych stwierdzić należy,

że został on sformułowany wadliwie pod względem formalnym, Odwołujący wskazał bowiem jedynie w petitum odwołania, że kwestionuje przedmiotowe postanowienie jako sprzeczne z charakterem przedmiotu umowy i sformułował żądanie jego wykreślenia, nie przedstawił jednak w tym zakresie żadnych okoliczności faktycznych określających podstawę zarzutu oraz argumentacji stanowiącej jego uzasadnienie. Z tego powodu zarzut należało uznać za niekompletny i niepoddający się weryfikacji, a jego doprecyzowanie na rozprawie byłoby niedopuszczalne, jako dokonane po terminie na wniesienie odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

W odniesieniu do kosztów postępowania wskazać należy, ze zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy Ś5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku % z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł i koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę w kwocie 64,70 oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.264,70 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.664,70 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę (15.000 + 3.600 + 64,70), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości

11.132,35 zł (22.264,70,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.532,35 zł (18.664,70 - 11.132,35), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: .....