

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa  
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 sierpnia 2019 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26.07.2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL Ś. A., SMGL Cleaning D. Ś., Zakład Usługowo Handlowy WAYT T. W., Zakład Porządkowo-Budowlany M. W., Firma Usługowa GREG G. H., Firma Usługowa PERFECT J. H. Opole; adres pełnomocnika konsorcjum- Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe ANN-POL Ś. A., 45-260 Opole

ul. Olsztyńska 25, w postępowaniu prowadzonym przez 44 WOG, ul. Słubicka 10, 66-600 Krosno Odrzańskie,

orzeka

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 6;7;9;17;19;22;23;24 ;27;28;29 uwzględnionych przez zamawiającego i wycofanych przez odwołującego,
2. uwzględni zarzut nr 1 i nakazuje zamawiającemu dopuszczenie możliwości wykonywania zamówienia przez osoby fizyczne prowadzące samodzielną działalność gospodarczą. Jednocześnie nakazuje zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz siwz wraz z załącznikami.
3. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
4. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
5. uznaje, że odwołujący uzyskał pozytywne rozstrzygnięcie w zakresie 20% podniesionych zarzutów.
6. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 216, 00 (dwieście szesnaście) złotych, tytułem zwrotu części poniesionych kosztów stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019r. poz. 730) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący .....

## UZASADNIENIE

44 Wojskowy Oddział Gospodarczy (WOG), ul. Słubicka 10, 66-600 Krosno Odrzańskie, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach art 11 ust. 8 ustawy Pzp, na wykonywanie obsługi kotłów wodnych i parowych kotłowni sezonowych na paliwo stałe wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi przynależnymi do kotłowni celem zapewnienia dostawy energii cieplnej do odbiorców - Sprawa nr54/PN/2019.

Postępowanie jest na etapie podania wykonawcom treści SIWZ wraz z załącznikami. Od treści opisu realizacji przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego w tym zakresie grupa podmiotów gospodarczych zamierzająca ubiegać się o to zamówienie w formie konsorcjum, którego liderem jest A. Ś., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe ANN-POL Ś. A., z/s w Opolu 45-260 przy ul. Olsztyńskiej 25, dalej zwany „Odwołującym” wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzuty co do opisu warunków udziału w postępowaniu, oraz opisu przedmiotu zamówienia zawarł w 30 zarzutach. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie część zarzutów uwzględnił w całości, część uwzględnił w części oraz 11 zarzutów nie uwzględnił. Wobec tej sytuacji Odwołujący na etapie rozprawy cofnął zarzuty uwzględnione w całości przez Zamawiającego, a także zarzuty wskazane pod nr 22 i 28, które mimo tego, że zostały uwzględnione w części, to zdaniem Odwołującego dokonana zmiana spełniła jego oczekiwania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za zasadne przedstawienie stanowisk stron, tylko w zakresie zarzutów co do których nadal istniał spór pomiędzy stronami.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przy braku zachowania zasady bezstronności i obiektywizmu,
2. przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. przepisu art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 58 i 3531 Kodeksu Cywilnego przez sformułowanie ww. postanowień w sposób sprzeczny z przepisami prawa, zasadami współzycia społecznego i dobrymi obyczajami i w związku z tym nieważnymi.

Precyzując powyższe naruszenia wskazał na nieprawidłową treść SIWZ w zakresie postanowień podtrzymanych przez Zamawiającego (numery zarzutów przeniesiono z odwołania):

1. rozdział IV pkt 1 SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający przy realizacji zamówienia wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia na okres trwania umowy (z wyłączeniem nadzoru),
2. rozdział IV pkt. 4 SIWZ, zgodnie z którym „Obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę stosuje się do podwykonawców z zastrzeżeniem, że świadczenia wynikające z tych postanowień obciążają wykonawcę, który jest zobowiązany zawrzeć w umowach z podwykonawcami stosowne postanowienia umożliwiające realizację tych obowiązków. W przypadku niewykonania tych obowiązków do wykonawcy stosuje się postanowienia pkt 6”.
3. rozdział IV ust. 5 SIWZ zgodnie z którym: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę na pełny okres wykonywania zamówienia”,
4. rozdział VI pkt 2 ppkt 3 ust 2 SIWZ, który stanowi, że „Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (1) nie podlegają wykluczeniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 5 Pzp, (2) spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ dotyczące (3) zdolności technicznej lub zawodowej (2) wykonawca oświadczy, że posiada osoby zdolne do wykonania zamówienia, które posiadają — co najmniej 1 osobę

posiadającą Świadectwo Kwalifikacyjne Serii D grupa 2 pkt. I, 2, 10.- osobę nadzorującą obsługę kotłowni, — co najmniej 34 osoby posiadające Świadectwo Kwalifikacyjne Serii E grupa 2 pkt. 1, 2, 10. uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci ciepłych na stanowisku eksploatacji dla urządzeń, instalacji i sieci, w tym co najmniej 4 osobami posiadającymi aktualne zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego, będących na wyposażeniu kotłowni wydane zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Przemysłu i Technologii z dnia 21 maja 2019 r. w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych,

5. postanowienie § 2 ust. 1 pkt. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wykazu osób delegowanych do każdej kotłowni w terminie 5 dni przed rozpoczęciem każdego miesiąca dla każdej kotłowni. Wykaz powinien zawierać nazwiska i imiona osób na każdej zmianie w okresie miesiąca. W przypadku konieczności zmian danych w wykazie Wykonawca zobowiązany jest zgłosić je najpóźniej w terminie 1 dnia roboczego w formie elektronicznej i telefonicznej zgodnie z opisem zawartym w OPZ p. 5.4 ppkt 3. Nie dostarczenie wykazów w terminie lub praca obsługi kotłowni niezgodnie z dostarczonymi wykazami (bez zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu) będzie podstawą do naliczenia kar umownych,

8. postanowienie § 3 pkt 6 wzoru umowy, zgodnie z którym przedstawiciel Zamawiającego wyznacza terminy rozpoczęcia i zakończenia wytwarzania energii ciepłej składając Wykonawcy powiadomienie pisemnie, faksem lub za pomocą poczty elektronicznej na 2 dni robocze przed rozpoczęciem lub zakończeniem świadczenia usługi. W tym przypadku Wykonawcy należy się zapłata tylko za dni wykonywania usługi polegającej na wytworzeniu energii ciepłej. Za okres przed rozpaleniem oraz po wygaszeniu kotłów i wykonaniu obsługi kotłowni nie należy się Wykonawcy wynagrodzenie. Decyzja o rozpoczęciu wytwarzania energii ciepłej może nastąpić po terminie umownym 16.09.2019 r. a o zakończeniu wytwarzania energii ciepłej może nastąpić przed terminem umownym 15.05.2020 r.,

10. postanowienie § 5 wzoru umowy dotyczący zatrudnienia osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę - art. 29. ust. 3a Pzp.

11. postanowienie § 10 ust. 1 pkt. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust. 1 umowy w przypadku stwierdzenia przez osobę lub osoby odpowiedzialne za prawidłową realizację niniejszej umowy ze strony Zamawiającego, zaniedbań, uchybień i braku staranności w wywiązywaniu się z przedmiotu umowy, w tym nieprzestrzegania przepisów i zasad BHP lub niestosowania wymaganych przepisami środków ochrony osobistej,

12. postanowienie § 10 ust. 1 pkt. 6 wzoru umowy zgodnie z którym, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust. 1 za każdorazowe nie dostarczenie wykazów osób delegowanych dla każdej kotłowni lub niezgodność obsady obsługi kotłowni z dostarczonym wykazem, przy czym za dostarczenie w terminie uważa się dostarczenie 100% wymaganych przez Zamawiającego wykazów.

13. postanowienie § 10 ust. 5 pkt. 2 wzoru umowy zgodnie z którym, strony ustalają, że w przypadku nałożenia kar finansowych przez uprawnione organy na Zamawiającego z tytułu przekroczenia dopuszczalnych norm emisji zanieczyszczeń wynikłych na skutek niewłaściwej obsługi kotłowni; Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kwotę odpowiadającą nałożonym karom tytułem odszkodowania,

14. postanowienie § 11 ust. 1 pkt. 3 wzoru umowy zgodnie z którym, Zamawiającemu

przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy w szczególności gdy Wykonawca narusza przepisy BHP, pož., ochrony środowiska i warunki techniczne realizacji usługi,

15. postanowienie § 11 ust. 1 pkt. 4 wzoru umowy zgodnie z którym, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy w szczególności gdy wystąpi trzykrotne stwierdzenie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy odnotowanego w protokole odbioru wykonywanej usługi,

16. postanowienie § 12 ust. 3 wzoru umowy zgodnie z którym Wykonawca zobowiązuje się z wyprzedzeniem, co najmniej 7 dniowym uzgadniać wszelkie zmiany osobowe, jakie nastąpią w trakcie trwania niniejszej umowy oraz uaktualniać wykaz pracowników realizujących przedmiot zamówienia,

18. postanowienia załącznika nr 8 — informacja BHP w całości z taryfikatorem włącznie,

20. postanowienie pkt. 5.4 ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia w całości, w którym Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę co najmniej: 1 osoby nadzorującej obsługę kotłowni posiadającej aktualne świadectwo kwalifikacyjne serii D grupa II pkt 1,2,10 uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci ciepłych na stanowisku dozoru dla urządzeń, instalacji i sieci oraz 34 osoby wykonujące obsługę kotłowni posiadające aktualne świadectwa kwalifikacyjne E grupa II pkt 1,2,10 uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci ciepłych na stanowisku eksploatacji dla urządzeń, instalacji i sieci, w tym co najmniej 4 osoby posiadające aktualne zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego, będących na wyposażeniu kotłowni wydane zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Przemysłu i Technologii z dnia 21 maja 2019 r. w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych - dot. kotłowni nr 2 w Czerwieńsku, kotłowni nr 4 w Nowogrodzie Bobrzańskim:

Wykonawca deleguje do obsługi każdej kotłowni minimum 4 osoby posiadające uprawnienia zgodnie z p.5.4 ppkt 3.

Wykonawca zatrudni w/w osoby zgodnie z obowiązującą na dzień podpisania umowy ustawą z dnia 26 czerwca 1974r., Kodeks Pracy (Dz.U 2019 poz. 1040).

Wykonawca w terminie 5 dni przed rozpoczęciem każdego miesiąca przedstawi przedstawicielowi Zamawiającego wykaz osób delegowanych dla każdej kotłowni. Wykaz powinien zawierać nazwisko i imię osoby na każdej zmianie w okresie miesiąca. W przypadku konieczności zmian danych w wykazie, Wykonawca zobowiązany jest zgłosić je w terminie 1 dnia roboczego w formie elektronicznej,

21. postanowienie pkt. 5.4. ust. 6 opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym obowiązkiem Wykonawcy jest udostępnienie osobom upoważnionym przez Zamawiającego do kontroli powierzonego mienia oraz dokumentów osób wykonujących czynności obsługowe (uprawnienia do obsługi, aktualne badania lekarskie dla stanowiska palacz c.o., szkolenia bhp i ppoż.),

25. postanowienie pkt. 6 ust. 1—8 opisu przedmiotu zamówienia dotyczące zatrudnienia osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę — art. 29. ust. 3a Ustawy pzp,  
26. postanowienie pkt. 7 ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym „w

trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w punkcie 1 czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełnienia ww. wymogów, przeprowadzenia kontroli na miejscu wykonywania świadczenia,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że z zarzutami Odwołującego Zamawiający zgadza się jedynie częściowo podnosząc, iż w zasadniczej kwestii jaką jest posiadanie przez Wykonawcę statusu pracodawcy w rozumieniu przepisów prawa pracy wobec wszystkich osób wykonujących usługę (z wyłączeniem nadzoru) nie uwzględnia w tym zakresie zarzutów dotyczących dopuszczenia możliwości wykonywania umowy przez osoby prowadzące jednoosobowe działalności gospodarcze lub na podstawie umów zlecenia. Zważywszy na ochronę pracowniczego rynku pracy, bezpieczeństwo i higienę pracy pracowników Wykonawcy, należyte wykonanie zamówienia, rozumiane jako prawidłową obsługę kotłowni, zapewniającą m.in. zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni, utrzymanie właściwej temperatury pomieszczeń w ogrzewanych budynkach jak i bezpieczeństwo osób w nich przebywających, w końcu - na uniknięcie sytuacji dyżerowania podmiotów gospodarczych lub osób działających na zlecenie tzw. " umowach śmieciowych " nieprzerwanie przy obsłudze w jednej kotłowni, bez zachowania pracowniczych norm czasu pracy wynikających z kodeksu pracy, Zamawiający podtrzymuje w tym względzie zapisy SIWZ jako niezmiennie.

W zakresie nieuwzględnionego zarzutu pierwszego i drugiego Zamawiający podał, że Zamawiający przy realizacji zamówienia wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace objęte przedmiotem zamówienia na okres trwania umowy (z wyłączeniem nadzoru) - wnoszącego o jego usunięcie lub ewentualne nakazanie Zamawiającemu rozszerzenie tego postanowienia o możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przez podmioty prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą oraz umowy zlecenia do prac doraźnych (wywóz szlaku, naprawa, transport opału, konserwacja kotłów, prace wykonywane okresowo bądź incydentalnie) -

Zamawiający nie uznaje zgłoszonego zarzutu. Zamawiający nie wyraża zgody na dopuszczenie realizacji przedmiotu umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą lub przez osoby na podstawie umów zlecenia z Wykonawcą. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: 1) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy (praca palacza jest pracą określonego rodzaju), 2) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy (w pracy palacza występował będzie obejmujący nadzór, obejmujący kontrolę prawidłowości jego czynności obejmujący możliwość zaingerowania w tym zakresie), 3) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę (palacz ma przypisane miejsce pracy), 4) i w czasie przez niego wyznaczonym (praca na zmiany w związku z koniecznością stałej obsługi kotłowni 24 h/ 7 dni w tygodniu), a Pracodawca - do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem i tym cechom stosunku pracy Zamawiający przyporządkował czynności w zakresie obsługi kotłowni. Zamawiający wskazuje, że wyspecyfikował w OPZ tak katalog czynności palacza, który poprzez swój szczegółowy opis wyczerpuje cechy właściwe dla stosunku pracy. Wykonawca ma obowiązek zabezpieczyć obsługę kotłowni jako pracę w systemie zmianowym, ciągłym, 24/7 dni w tygodniu, z zapewnieniem swoim pracownikom zgodnie z przepisami prawa pracy odpoczynku dobowego oraz tygodniowego, co ma bezpośredni wpływ na właściwą higienę i bezpieczeństwo pracy pracownika wykonującego obowiązki palacza, jak i komfort fizyczny i psychiczny osób przebywających w ogrzewanych godzinami budynkach, o łącznej kubaturze 191 525,90 m<sup>3</sup>. Na nieprawdzie polegają też twierdzenia Odwołującego, że m.in. czynności takie jak transport opału, czy wywóz szlaki są czynnościami wykonywanymi okresowo, gdyż czynności te są wykonywane przez palaczy w sposób powtarzalny, nieincydentalny. Zamawiający nie wyobraża sobie sytuacji, w której osoba wykonująca pracę palacza np. osoba pracująca na umowie zleceniu po 12 godzinnym dyżurze w kotłowni „A”, jedzie do kolejnej kotłowni „B” celem podjęcia następnej zmiany. Co więcej Zamawiający - nie dopuszcza wystąpienia takiej możliwości, że Przedsiębiorca będący Wykonawcą osobiście wykonuje obsługę jako palacz w systemie " non - stop ", przy podanym na str. 14 odwołania wymiarze odpowiadającym 1,5 etatu, co dawałoby pracę codziennie po 9 godzin, kosztem snu i odpoczynku, ze zwielokrotnionym narażeniem na wystąpienie błędów i omyłek. Powstają otwarte pytania : jak wyglądać miałby nadzór nad taką osobą skoro Wykonawcą byłaby jednocześnie osoba obsługująca kotłownię i samemu sprawująca nadzór, lub zlecającą wykonanie nadzoru nad samym sobą (?). Zamawiający nie dopuszcza tym samym takiej możliwości aby osoby prowadzące działalność gospodarczą lub na zlecenie wykonywały czynności palacza.

Odnosnie kolejnego zarzutu dotyczącego rozdziału IV pkt. 4 SIWZ, zgodnie z którym „Obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę stosuje się do podwykonawców z zastrzeżeniem, że świadczenia wynikające z tych postanowień obciążają Wykonawcę, który jest zobowiązany zawrzeć w umowach z Podwykonawcami stosowne postanowienia umożliwiające realizację tych obowiązków. W przypadku niewykonania tych obowiązków do Wykonawcy stosuje się postanowienia pkt 6” i w związku z tym nakazanie usunięcia postanowienia rozdziału IV pkt. 4 SIWZ, zgodnie z którym „Obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę stosuje się do podwykonawców z zastrzeżeniem, że świadczenia wynikające z tych postanowień obciążają Wykonawcę, który jest zobowiązany zawrzeć w umowach z Podwykonawcami stosowne postanowienia umożliwiające realizację tych obowiązków. W przypadku niewykonania tych obowiązków do wykonawcy stosuje się postanowienia pkt 6 - ewentualne nakazanie Zamawiającemu rozszerzenie tego postanowienia jak w pkt 1, tj. o możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przez podmioty prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą oraz umowy zlecenie do prac doraźnych (wywóz szlaki, naprawa kotłów, transport opału, konserwacja kotłów, prace wykonywane okresowo bądź incydentalnie) - Zamawiający stwierdził, że nie uznaje zgłoszonego zarzutu wskazując, iż zakres podmiotowy umowy obejmuje zatrudnianie pracownicze osób przez wykonawcę oraz przez podwykonawcę.

Uwzględniając po części zarzuty wskazane w pozycji 3 i 4 Zamawiający podał, że „Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę na pełny okres wykonywana zamówienia” i w związku z tym żądanie usunięcia postanowienia rozdział IV ust. 5 SIWZ zgodnie z którym: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę na pełny okres wykonywania zamówienia”, - Zamawiający uznaje zgłaszany zarzut w części i dokona modyfikacji rozdziału IV ust. 5 SIWZ. który otrzyma brzmienie: "Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę w okresie od 07.10.2019r. do 30.04.2020r."

Natomiast w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego rozdział VI pkt 2 ppkt 3 ust. 2 SIWZ zgodnie z którym wykonawca oświadczy, że posiada osoby zdolne do wykonania zamówienia, którzy posiadają — co najmniej 1 osobę posiadającą Świadectwo Kwalifikacyjne Serii D grupa 2 pkt. 1,2,10. — osobę nadzorującą obsługę kotłowni, — co najmniej 34 osoby posiadające Świadectwo Kwalifikacyjne Serii E grupa 2 pkt. 1, 2,10 uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci ciepłych na stanowisku eksploatacji dla urządzeń, instalacji i sieci, w tym co najmniej 4 osobami posiadającymi aktualne zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego, będących na wyposażeniu kotłowni wydane zgodnie z zapisami

Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 maja 2019r. w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych Zamawiający zmieni postanowienia rozdział VI pkt 2 ppkt 3 ust 2 SIWZ - Zamawiający uznaje zarzut i wprowadzi zapis w Rozdz. VI pkt 2 ppkt 3 ust.2 SIWZ, który otrzyma brzmienie:

„ Wykonawca oświadczy, że posiada osoby zdolne do wykonania zamówienia, które posiadają co najmniej: - 1 osobę nadzorującą obsługę kotłowni posiadającą świadectwo kwalifikacyjne seria D grupa II pkt. 1, 2,10, oraz jedną osobę na każdą zmianę na każdej kotłowni wykonującą obsługę kotłowni, posiadającą świadectwa kwalifikacyjne serii E grupa II pkt. 1, 2,10 oraz co najmniej 4 osoby posiadające zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego, będących na wyposażeniu kotłowni. Posiadanie przez Wykonawcę osób posiadających zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego będzie fakultatywne i wymagane jedynie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie korzystał z tych urządzeń, pozostających na wyposażeniu każdej kotłowni.”

Natomiast w zakresie zarzutu podanego w pkt 5, dotyczącego postanowienia § 2 ust. 1 pkt. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wykazu osób delegowanych do każdej kotłowni w terminie 5 dni przed rozpoczęciem każdego miesiąca dla każdej kotłowni. Wykaz powinien zawierać nazwiska i imiona osób na każdej zmianie w okresie miesiąca. W przypadku konieczności zmian danych w wykazie Wykonawca zobowiązany jest zgłosić je najpóźniej w terminie 1 dnia roboczego w formie elektronicznej i telefonicznej zgodnie z opisem zawartym w OPZ p, 5.4 ppkt 3. Nie dostarczenie wykazów w terminie lub praca obsługi kotłowni niezgodnie z dostarczonymi wykazami (bez zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu) będzie podstawą do naliczenia kar umownych - Zamawiający nie uznaje zarzutu, wskazując, że Odwołujący bagatelizuje, jeśli pomija kwestie organizacyjne związane z ochroną obiektów wojskowych, systemem przepustkowym, koniecznością zgłaszania każdorazowo wejść na obiekty zamknięte, całodobową ochroną fizyczną obiektów, które nakładają na każdego wykonawcę realizującego zamówienie publiczne na rzecz wojska bez względu na ich rodzaj określone obowiązki wynikające ze specyfiki Zamawiającego i jednostek wojskowych, które jako Wojskowy Oddział Gospodarczy logistycznie zaopatruje. Stanowi o tym § 8 Statutu 44 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krośnie Odrzańskim, iż zadaniem Oddziału jest realizacja zabezpieczenia finansowego i logistycznego jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej przydzielonych mu na zaopatrzenie zgodnie z planem przydziałów gospodarczych resortu obrony narodowej. (Dz. Urz. MON z 2013r. poz. 291 załącznik 23). Jedyne celem bardziej przejrzystego zapisu § 2 ust. 1 pkt. 4 wzoru umowy, Zamawiający wprowadził jego nową treść (która nie oznacza uwzględnienia zarzutu), która otrzyma brzmienie:

„ 1.4. Przedłożenie Zamawiającemu wykazu osób delegowanych do każdej kotłowni w terminie 5 dni przed rozpoczęciem każdego miesiąca dla każdej kotłowni. Wykaz winien zawierać nazwiska i imiona osób na każdej zmianie w okresie miesiąca. W przypadku konieczności zmian danych w wykazie Wykonawca zobowiązany jest zgłosić je najpóźniej w terminie 1 dnia roboczego od dnia uzyskania informacji o okolicznościach wymagających wprowadzenia tych zmian, w formie elektronicznej i telefonicznej zgodnie z opisem zawartym w OPZ p. 5.4 ppkt 3. Nie dostarczenie wykazów w terminie lub praca obsługi kotłowni niezgodnie z dostarczonymi wykazami (bez zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu) będzie podstawą do naliczenia kar umownych. W celu możliwości realizacji przedmiotu umowy od dnia 07.10.2019r. pierwsze wykazy osób (uwzględniające realizację przedmiotu zamówienia w miesiącu październiku 2019r.) Wykonawca dostarczy w terminie 5 dni roboczych przed datą wyznaczoną przez Zamawiającego na podpisanie umowy.”

W zakresie zarzutu zamieszczonego pod pkt 8 częściowo uwzględnionego przez Zamawiającego, Odwołujący nie kwestionował tego zarzutu po dokonanej zmianie wymagań. Odnośnie zarzutu 10 dotyczącego postanowienia § 5 wzoru umowy dotyczącego zatrudnienia osób realizujących zamówienie na podstawie umowy o pracę - art. 29. ust. 3a Ustawy Pzp- Zamawiający nie uznaje zarzutu jako konsekwencja swojego ww. stanowiska.

W kolejnym zarzucie dotyczącym kar umownych Odwołujący kwestionował brak precyzji w użytym określeniu „braku należytej staranności” mającego być także podstawą w naliczaniu kary umownej. Zamawiający oświadczył, że nada nowe brzmienie § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy:

„2) w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 4 ust. 1 umowy w przypadku stwierdzenia przez osobę lub osoby odpowiedzialne za prawidłową realizację niniejszej umowy ze strony Zamawiającego, zaniedbań, uchybień i braku staranności w wywiązywaniu się z przedmiotu umowy, w tym nieprzestrzegania przepisów i zasad BHP lub niestosowania wymaganych przepisami środków ochrony osobistej ponad przepisy

powszechnie obowiązujące;"

Odnosząc się do zarzutu 12 i 13 Zamawiający podał, że nie zmniejszy podstawy naliczenia kar, gdyż dokona proponowanej przez Odwołującego zmiany argumentując, że ww. kara umowna ma dyscyplinować Wykonawcę w dopełnieniu tego obowiązku, co jest istotne z punktu widzenia zasady systemu ochrony oraz polityki imiennych przepustek obowiązującej w 44 WOG i jednostkach wojskowych będących na jego zaopatrzeniu. Nadto podkreślił, że nałożenie kar na Wykonawcę ma ścisły związek ze sposobem obsługi i eksploatacji kotłowni. Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na rodzaj obsługiwanych urządzeń, bardzo ważna jest ich prawidłowa eksploatacja. Tylko wówczas, gdy Wykonawca zastosuje opał inny niż powierzony przez Zamawiającego, lub parametry fizyczne procesów spalania będą nieodpowiednie (np. zbyt mała ilość dostarczanego i zadawanego powietrza do kotła) a co w konsekwencji może spowodować zapchanie substancjami smolistymi komina, Zamawiający nałoży kary na Wykonawcę, po uprzednim stwierdzeniu uchybień przez kontrolne jednostki zewnętrzne.

W zarzucie 14 i 15 Odwołujący oczekiwał nakazania Zamawiającemu podania zamkniętego katalogu sytuacji kiedy Zamawiający może odstąpić od umowy. Zamawiający doprecyzował wymaganie poprzez stwierdzenie, że Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, gdy „3) Wykonawca narusza przepisy BHP, ppoż., ochrony środowiska i warunki techniczne realizacji usługi ponad przepisy powszechnie obowiązujące.” Nadto podał, że

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem nie wyrażając zgody na zdefiniowanie kazuistycznie obszarów niewykonania lub należytego wykonania umowy.

Zamawiający nie uznał także zarzutu 16 wskazując, że obowiązek uzgadniania z Zamawiającym z wyprzedzeniem, co najmniej 7 dniowym wszelkich zmiany osobowych w grafikach pracy, gdyż istnieje zasadnicza różnica pomiędzy uzgadnianiem a zgłaszaniem incydentalnych zmian w grafikach.

Zarzut 18 Zamawiający uznała na rozprawie i oświadczył, że dokona zmiany oczekiwanej przez Odwołującego, gdyż dokona usunięcia wymagania możliwości kontroli, czy pracownik posiada aktualne badania lekarskie.

W zakresie zarzutu 20 Zamawiający uwzględnił tylko po części zarzut Odwołującego wskazując, iż potrzeba zgłoszenia z wyprzedzeniem grafików pracy na dany miesiąc jest w tego typu zakładzie jak Zamawiający niezbędne. Ponadto jak konsekwencje wcześniejszego stanowiska Zamawiającego co do konieczności zatrudnienia wszystkich (oprócz pracownika nadzoru) palaczy na podstawie umowy o pracę.

W zakresie zarzutu nr 21 Zamawiający przychylając się do argumentów Odwołującego uznaje zarzut częściowo w ten sposób, że usuwa z pkt 5.4 ust. 6 OPZ zwrot : „aktualne badania lekarskie dla stanowiska palacz c.o.”, wskazując jednocześnie, że w sytuacji powzięcia uzasadnionej wątpliwości co do stanu zdrowia pracownika Wykonawcy będzie korzystał z innych dopuszczalnych prawnie narzędzi do sprawdzenia, czy osoba zatrudniona przez Wykonawcę (podwykonawcę) ma dopuszczenie do pracy przez lekarza medycyny pracy.

Odnosząc się do zarzutu nr 25 podtrzymał swoje stanowisko co do potrzeby zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę.

Natomiast odnosząc się do zarzutu nr 26 podał, że przywołany zapis przez Odwołującego dotyczy pkt. 6 ust. 7 opisu przedmiotu zamówienia. Dla Zamawiającego niedopuszczalna jest sytuacja, w której realizacja przedmiotu zamówienia odbywać by się miała bez możliwości sprawowania kontroli nad prawidłową realizacją przedmiotu umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie podzieliła zasadności większości podniesionych zarzutów

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że Odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.,

Podkreślić należy, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. Jednakże nie można tracić z pola widzenia treści art. 180 ust.1 Pzp wskazującego, że odwołanie wnosi się tylko od czynności bądź ich zaniechania przez Zamawiającego, jeżeli czynności te są niezgodne z przepisami ustawy. Tym samym ocena zasadności podniesionych zarzutów i żądań następuje nie tylko przez pryzmat utrudniania danemu wykonawcy możliwości złożenia oferty, ale także poprzez pryzmat, czy stosowny zapis SIWZ jest naruszeniem prawa przez Zamawiającego.

Na wstępie oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba wskazuje na ich mnogość i zbieżność tematyczną. Tym samym niejednokrotnie stanowisko Zamawiającego co do zasadności np. zarzutu nr 1 i 2 odnosi się także do szeregu innych zarzutów wskazanych w dalszej części odwołania. Wobec powyższego sam Odwołujący na etapie rozprawy omawiał podniesione i nie cofnięte zarzuty łącząc je w trzy bloki tematyczna: tj. 1) możliwość wykonywania zamówienia także przez samych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a więc nie będących zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, 2) kwestie dotyczące zasadności i możliwości naliczania kar umownych, oraz 3) możliwości swobodnego dysponowania pracownikami przez wykonawcę poprzez nakazanie Zamawiającemu możliwości zmian grafików w oderwaniu od ustalonych w SIWZ terminów.

Zasadnym jest także podkreślenie, że wykonywanie przedmiotowego zamówienia będzie miało miejsce na terenie jednostek wojskowych, gdzie obowiązują szczególne unormowania co do zachowania względów bezpieczeństwa, a także potrzeby sprawdzenia przez odpowiednie służby osób, które będą wykonywały zamówienie. Każda osoba wchodząca na teren jednostki musi być zweryfikowana przez służby wojskowe i ten obowiązek jest wynikiem realizacji przepisów obowiązujących Zamawiającego. Tym samym według Zamawiającego nie jest możliwe wprowadzania na dyżury osób wcześniej nie zgłoszonych i niezwyfikowanych.

Dodać należy także, że wymagania Zamawiającego wobec wykonawcy stanowią odniesienie do warunków pracy jakie występują w kotłowniach Zamawiającego. Zamawiający podkreślał wielokrotnie, że kotłownie nie są zautomatyzowane i wymagają od zatrudnionych palaczy odpowiedniej sprawności psychofizycznej, a to jest możliwe do osiągnięcia tylko poprzez zapewnienie zachowania odpowiedniego czasu pracy pracowników.

Odnosząc się do grupy zarzutów dotyczących możliwości wykonywania umowy przez osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą lub na podstawie umów zlecenia, Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie ograniczył możliwość osób - przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą do brania osobistego udziału w wykonywaniu zamówienia. Zdaniem Izby Zamawiający niezasadnie założył, że wyrażając zgodę na wykonywanie umowy przez osoby nie będące zatrudnionymi na umowę o pracę spowoduje sytuację, że osoby takie będą wykonywały czynności odpowiadające np. 1,5 etatu, co z kolei umożliwiłoby pracę codziennie po 9 godzin, kosztem snu i odpoczynku, skutkującym wielokrotnym narażeniem na wystąpienie błędów i omyłek przy wykonywaniu czynności palacza. Izba zgodziła się w pełni ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 24 listopada 2016 roku sygn. KIO 2101/16, gdzie Izba uznała, że „że osoba prowadząca działalność gospodarczą nie jest w stanie spełnić wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a więc nie może wziąć udziału w przetargu. Z drugiej jednak strony, trudno dyskryminować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Artykuł 29 ust. 3a ustawy Pzp, dotyczy stosunków między wykonawcą a pracownikami. W powyższym zakresie Izba wskazuje, iż w zakresie spółki osobowej, w której wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego, brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takich osób na umowę o pracę”.

Osoba fizyczna wykonująca działalność gospodarczą to najprostsza forma prowadzenia działalności gospodarczej i w rzeczywistości jest to forma samozatrudnienia. Osoba fizyczna może rozpocząć działalność w formie samozatrudnienia z chwilą złożenia wniosku o wpis do CEIDG.

Izba wskazuje, że niniejsze uwzględnienie zarzutu odwołania dotyczy tylko

umożliwienia osobom prowadzącym działalność gospodarczą możliwości udziału w realizacji zamówienia. Taka osoba nie ma możliwości zawarcia umowy o pracę (sama z sobą). Natomiast brak jest zdaniem Izby przeszkód w postawieniu wymagań, aby każda osoba wykonująca przedmiotowe zamówienie była zobowiązana do takich samych obowiązków jakie dotyczą zespołu zatrudnionego w kotłowni. Zamawiający może ustalić sposób wykonywania zamówienia tak, aby wszystkie osoby - czy to pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę czy też przedsiębiorcy wykonujący samodzielnie zamówienie byli zobowiązani do przestrzegania ustalonych reguł w tym i czasu pracy. Tym samym osoba prowadząca działalność gospodarczą tak samo jak osoba zatrudniona na umowę o pracę winna posiadać, stosowne uprawnienia, badania lekarskie, była zgłaszana w grafikach miesięcznych, przestrzegała ustalonej normy czasu pracy dla pałaczy c.o., itd. Nie jest zasadne utożsamianie w każdym przypadku możliwości, dopuszczalności wykonywania określonej pracy przez osoby prowadząc działalność gospodarczą ze zupełną dowolnością w tym zakresie. To Zamawiający biorąc pod uwagę uzasadnione jego potrzeby w zakresie spełniania warunków prawidłowej realizacji zamówienia może ustalać i kształtować sposób jego wykonywania. Nadto Zamawiający może zdaniem Izby ustalić, iż przykładowo na jednej zmianie w kotłowni nie może być w składzie zmiany więcej niż np. jedna czy dwie osoby prowadzące działalność gospodarczą. Podobne odniesienie należy także zdaniem Izby odnieść do podwykonawcy realizującego czynności obsługi kotłowni w zakresie świadczenia usług grzewczych.

Izba nie kwestionuje stanowiska Odwołującego, że osoby prowadzące działalność gospodarczą na własny rachunek nie są związane normami czasu pracy wynikającymi z Kodeksu Pracy, co oznacza, że będą mogły wykonywać obsługę kotłowni w przeliczeniu np. 1,5 etatu pracownika. Jednakże są to tylko uprawnienia takich osób, ale jeśli dana osoba prowadząca działalność gospodarczą zamierza realizować określone zamówienie to musi się stosować do zasadnych obostrzeń postawionych przez Zamawiającego w tym zakresie. Takie przypadki są znane w gospodarce, jak chociażby kierowcy samochodów ciężarowych prowadzących samodzielną działalność gospodarczą, którzy pomimo dowolności co do formy wykonywania działalności, muszą przestrzegać ustalonych norm czasu pracy.

Swoboda działalności gospodarczej na którą wielokrotnie powoływał się Odwołujący dotyczy swobody w prowadzeniu takiej działalności - Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców. Art. 2 teże ustawy stanowi, iż „Podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach”. Tym samym należy rozgraniczyć swobodę w prowadzeniu działalności gospodarczej od sposobu jej wykonywania w konkretnym zamówieniu, np. świadczenia usług, który to sposób może ustalić Zamawiający.

Reasumując powyższe Izba uznaje dopuszczalność osobistego wykonywania zamówienia przez podmiot - osobę prowadzącą działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji, jednakże powyższe w żadnej mierze nie uprawnia takiej osoby do narzucania zamawiającemu sposobu i formy realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający nie może wymagać od tych osób wykazania się zatrudnieniem na umowę o pracę, natomiast ma prawo ustalić uzasadnione swoimi potrzebami reguły wykonywania zamówienia.

W zakresie drugiej grupy zarzutów odnoszących się do możliwości naliczania kar umownych to wskazać należy, że tą grupę zarzutów Izba oddaliła.

Podkreślić należy, że rolą kar umownych jest danie zamawiającemu możliwości kompensacji poniesionej szkody jako surrogatu odszkodowania. Sama kara umowna, stanowiąc swoistą, zryczałtowaną formę naprawienia szkody nie wymaga stwierdzenia i ustalenia wysokości szkody, jest więc od niej o tyle niezależna. Konsekwencją tego jest, że dopiero jednoznacznie, w sposób odpowiedni ustalona między stronami szkoda powinna pociągać za sobą obowiązek jej naprawienia lub zobowiązania się do jej naprawienia. Tym samym kara umowna ma pełnić zarówno funkcję kompensującą straty zamawiającego jak i funkcję dyscyplinującą skłaniającą wykonawcę do realizacji zamówienia zgodnie z umową. Kara umowna zastępuje odszkodowanie za niewykonanie bądź nienależyte wypełnienie warunków umowy.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zwracał szczególną uwagę na kwestie braku precyzyjnego wskazania katalogu naruszeń za jakie Zamawiający będzie mógł nałożyć karę na wykonawcę oraz, kiedy będzie mógł odstąpić od umowy z powodu naruszeń w jej wykonywaniu. W szczególności podkreślał, że użyte w SIWZ stwierdzenie „braku staranności”, jako podstawy do nałożenia kary umownej jest pojęciem niedookreślonym, mogącem zawierać każdą sytuację uznaną przez Zamawiającego, jako zasłużoną na udzielenie kary. Stwierdził, że przypadki w których możliwe jest naliczenie kar umownych, powinny być wyraźnie skonkretyzowane w umowie. Wyraźne sprecyzowanie przypadków, w których możliwe jest nałożenie kar umownych jest podstawą prawidłowej realizacji umowy i prowadzi do uniknięcia sporów pomiędzy stronami umowy.

Podobne zastrzeżenia Odwołujący podniósł w zakresie możliwości odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonywania zamówienia. Podał, że w takim przypadku Zamawiający powinien wyraźnie określić przypadki w których ma możliwość odstąpienia od umowy, a nie odwołać się do ogólnych przepisów BHP, ppoż., ochrony środowiska lub warunków technicznych realizacji usługi, które umożliwiają Zamawiającemu naliczenie kar umownych i złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Natomiast w zakresie możliwości nałożenia kar finansowych na Zamawiającego przez uprawnione organy administracyjne z tytułu przekroczenia dopuszczalnych norm emisji zanieczyszczeń wynikłych na skutek niewłaściwej obsługi kotłowni, podał, że nie może ponosić odpowiedzialności z tego tytułu gdyż kotły są własnością Zamawiającego, Zamawiający również dostarcza opał, którego jakość determinuje możliwość powstania przekroczenia dopuszczalnej norm emisji spalin.

Izba oddaliła przedmiotowe zarzuty uznając, że zastrzeżenia Odwołującego dotyczą sytuacji czysto hipotetycznych, że Zamawiający będzie dążył do nakładania na wykonawcę kar. Trudno nie przyznać racji Zamawiającemu, który wskazał iż wykonawcy mają zagwarantowane prawo odniesienia się do zastrzeżeń Zamawiającego co do prawidłowości realizacji umowy. Każdy przypadek będzie dokumentowany pisemnie i również wykonawca uzyska w tym zakresie pisemne stanowisko Zamawiającego, które będzie mógł zakwestionować. Nadto Izba uznała, że brak jest możliwości enumeratywnego wyliczenia sytuacji, kiedy Zamawiający może nałożyć na wykonawcę karę umowną. W zakresie kary za przekroczenie norm emisji zanieczyszczeń Izba uznała, że wpływ na ten fakt może mieć nie tylko stan kotłów i opału, ale także przestrzeganie zasad właściwej eksploatacji kotłów.

Izba nie stwierdziła w oparciu o stanowisko Odwołującego, że wskazana możliwość naliczenia kar umownych w jakikolwiek sposób ograniczałaby wykonawcy możliwość skalkulowania ceny oferty, gdyż niewątpliwym jest iż nałożenie kar na wykonawcę ma ścisły związek ze sposobem obsługi i eksploatacji kotłowni. Nadto zaznaczyć należy, że w zakresie powyższych zarzutów Zamawiający po części uwzględnił rację Odwołującego i dokonał częściowych zmian postanowień SIWZ w tym zakresie. Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający ustalając przypadki w których będzie możliwe nałożenie na wykonawcę kary umownej naruszył stosowane w tym zakresie przepisy prawa.

W zakresie trzeciej grupy zarzutów dotyczącej tego, że Zamawiający wprowadza w SIWZ zapisy dotyczące kontroli pracowników Wykonawcy i obowiązku przekazywania danych osobowych pracowników w zakresie sprzecznym z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Izba podkreśla, że Zamawiający w tym zakresie dokonał zmiany Informacji BHP, a także dokonał częściowego uwzględnienia zarzutów, które Izba uznaje za idące w korzystnym dla Odwołującego kierunku. Nadto wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał sprzeczności z prawem postawionych przez Zamawiającego wymagań. Podkreślić należy, że zarzutami odwołania mogą być objęte Odwołujący nie wykazał sprzeczności z prawem postawionych przez Zamawiającego wymagań. Podkreślić należy, że zarzutami odwołania mogą być objęte wyłącznie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego pod warunkiem, że są one niezgodne z przepisami ustawy.

Odnosząc się także do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 58 i 3531 Kodeksu Cywilnego przez sformułowanie ww. postanowień w sposób spreczny z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami i w związku z tym nieważnymi, Izba uznaje niezasadność takiego zarzutu wskazując, iż nie zostało wykazane naruszenie tych przepisów, a w szczególności ich swobody kontraktowania. Za wyrokiem SO Sygn. akt: XXIII Ga 924/14 wskazać należy, że "w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów p.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle p.z.p. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczonych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czym go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych."

Również niezasadne jest przywoływanie naruszenia zasad współżycia społecznego, gdyż jest to instytucja wyjątkowa na gruncie prawa cywilnego. Wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta w tym przepisie ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie

można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłyby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami.

W zakresie kosztów Izba orzekła biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust.10 Pzp tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uznała - biorąc pod uwagę wzajemne powiązania pomiędzy zarzutami, iż Odwołujący wygrał sprawę w 20%, co skutkowało procentowym rozliczeniem kosztu wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika i zakwaterowania pełnomocników Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba orzekła jak w sentencji orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący.....