

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Luiza Łamejko
Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2012 r. przez **Odwolującego** – BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Skarb Państwa-Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20; 35-959 Rzeszów,

przy udziale **wykonawców:**

A. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-900 Pruszków,
B. BUNTE Polska Sp. z o.o., ul. Raduńska 6, 01-681 Warszawa,
C. Bilfinger Berger Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa,
zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie: subklauzuli 4.4 przez wykreślenie części dotyczącej dostawców i usługodawców, subklauzuli 8.13 przez wykreślenie wyrazu „zaakceptowane” i wprowadzenie zapisu „Wykonane wszystkie roboty wskazane w kosztorysie ofertowym wykonawcy i w tabeli wartości elementów scalonych pod pozycją: Obwód Utrzymania Autostrady z terminem wykonania: 65 dni od daty rozpoczęcia”, subklauzuli 11.12 i 11.13 oraz 1.1.3.7 (f)**

4

i 1.1.3.7 (g) przez ujednolicenie w ten sposób, iż za datę początkową biegu okresu rękojmi i gwarancji należy przyjąć datę wydania Świadectwa Przejęcia, subklauzuli 15.2 (e) przez wykreślenie zapisu w zakresie uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji stwierdzenia upadłości wykonawcy, formularza 2.1. (załącznik do oferty) 1 pkt 1.1.3.3 (czas na ukończenie) przez wykreślenie dotychczasowego zapisu i wprowadzenie zapisu „Czas na ukończenie – do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy. Do czasu realizacji umowy wlicza się również okresy zimowe”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Skarb Państwa-Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad i Warszawie – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20; 35-959 Rzeszów, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Skarb Państwa-Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad i Warszawie – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20; 35-959 Rzeszów, na rzecz **Odwolującego** – BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, kwotę **20**

000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

5

KIO 1570/12

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

6

KIO 1570/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa-Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20; 35-959 Rzeszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Kontynuację budowy autostrady A4 odcinek węzeł Rzeszów Zachód - węzeł Rzeszów Centralny*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 14 lipca 2012 roku, pod numerem 2012/S 134-222970.

Dnia 23 lipca 2012 roku wykonawca: BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40; 01-040 Warszawa (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedmiot zamówienia został ponadto opisany w sposób odbiegający od wytycznych ujętych w art. 29 ust. 1 ustawy PZP, a w szczególności za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Tym samym wskazana czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy -PZP, tj art. 14 i art. 139 ust. 1, które to przepisy odsyłają do przepisów Kodeksu cywilnego, art. 7 ustawy PZP, który statuuje zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia

I. Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Warunków Szczególnych Kontraktu, tj.:

1) punktu 1.2. Rozdziału 2 Tomu II SIWZ, Gwarancja Jakości przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności niedotyczące wykonawcy czyli za roboty i części zrealizowane przez poprzedniego wykonawcę i w tym zakresie odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 559 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP,

2) subklauzuli 1.1.3.7 (c), (f) i (g) Rozdziału 4 Warunki Szczególne Kontraktu (CZĘŚĆ II), w części definiującej wadę jako „obniżenie walorów estetycznych” Przedmiotu Zamówienia przez wprowadzenie kryterium całkowicie nieostrego i nieokreślonego zależnego od subiektywnych odczuć zamawiającego oraz w części określającej rozpoczęcie

7

KIO 1570/12

biegu okresu rękojmi za wady i gwarancji jakości od daty wstawienia Świadcstwa Wykonania,

3) subklauzuli 1.10 w części przewidującej przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do dokumentów wykonawcy oraz niewykonaniu autorskich praw osobistych, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ wykonanie powyższego obowiązku umownego przez wykonawcę jest nadmiernie utrudnione, jeśli nie niemożliwe, biorąc pod uwagę rozległy zakres pojęcia „*Dokumenty Wykonawcy*” (klauzula 1.1.6.1),

4) subklauzli 4.2, akapit czwarty w zakresie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej aktem umowy przez cały okres obowiązywania umowy wobec czego odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 150 PZP i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP,

5) subklauzuli 4.4, w części dotyczącej dostawców i usługodawców, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 647(1) k.c. w zw., z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP,

6) subklauzli 4.28, w części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za uszkodzenia infrastruktury, która nie była zidentyfikowana na dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji, oraz obowiązku uzyskania koniecznych zgód i zezwoleń, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 31 PZP ust. 2 i art. 140 PZP w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 PZP oraz art. 647 kc i art. 471 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP,

7) subklauzli 8.7 i subklauzli 15.2 odnośnie wysokości kar umownych i braku takich kar nałożonych na zamawiającego oraz ponieważ w wymienionych zapisach na rzecz zamawiającego zostało przyznane prawo do odszkodowania uzupełniającego, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy kar umownych z wyjątkiem kary za odstąpienia od umowy, i odszkodowania uzupełniającego, co jest sprzeczne z właściwością, wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki, której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 484 §2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP,

8) subklauzuli 8.10 wobec usunięcia, której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 471 kc i 473 §2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP,

9) subklauzuli 8.13 w zakresie określonej tam Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania. W tym zakresie odwołujący zrzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 14 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1

KIO 1570/12

pkt 4 pzp w zw. z art. 41 pkt 6 PZP, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zamawiający pozbawił zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia,

10) subklauzuli 11.12 i subklauzuli 11.13 oraz subklauzli 1.1.3.7 i 1.1.3.7a, w części wskazującej wystawienie Świadcstwa Wykonania i wskazanej tam daty jako początek biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi oraz w zakresie braku określenia granicznego terminu dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu w kontekście zakończenia go podpisaniem Świadcstwa Wykonania uniemożliwiającym zdefiniowanie daty, od której uzależniony jest termin obowiązywania zabezpieczenia wykonania, wobec treści których odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 31 PZP ust. 2, art. 140 PZP i art. 151 PZP w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 PZP oraz art. 353(1) kc, art. 548 kc, art. 559 kc, art. 576 kc, art. 577 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, ponieważ zapisy zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, którego odpowiedzialność z powyższych tytułów ulega faktycznemu przedłużeniu i rozpoczyna się w trakcie eksploatacji obiektu przez zamawiającego (użytkowników drogi), a nie z chwilą jego przejścia przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach o roboty budowlane. Nadto odwołujący zwrócił uwagę, że zapisy subklauzuli 11.13 w zakresie okresu trwania rękojmi za wady są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, lecz również są sprzeczne i innymi zapisami SIWZ np., załącznika 2.1 do

oferty,

11) subklauzuli 15.2 pkt (e), w zakresie uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji stwierdzenia upadłości wykonawcy, wobec czego odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 83 prawa upadłościowego i naprawczego, oraz pkt (f) ppkt (ii) w części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za działania nie zdefiniowanych „agentów” lub podwykonawców w zakresie zachęty lub nagrody, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 647(1) kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP.

II. Ponadto odwołujący, przedmiotowym odwołaniem, objął także punkt 6 Tomu I SIWZ, Rozdziału I, Instrukcji dla Wykonawców oraz punktu 4. Formularza OFERTA, warunku 1.1.3.3. Formularza 2.1 Załącznik do oferty, oraz punktu 5 Tomu II SIWZ, Formularza Umowy, gdzie termin wykonania zamówienia został określony na 8 miesięcy od daty zawarcia umowy wliczając w to okresy zimowe, poprzez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym zakresie odwołujący rzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 14 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 pzp, w zw. z art. 41 pkt 6 PZP, „gdyż umowa o świadczenie niemożliwe

9

KIO 1570/12

jest nieważna. Zamawiający pozbawił zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych zapisów SIWZ w sposób podany w odwołaniu;

w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku:

2. Unieważnienie postępowania, gdyż zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania umowa będzie nieważna z mocy prawa;

3. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W związku z treścią żądania z punktu I odwołujący wniósł o zmodyfikowanie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:

Ad. 1) poprzez zmianę wskazanych tam zapisów poprzez wykreślenie nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności nie dotyczące wykonawcy czyli za roboty i części zrealizowane przez poprzedniego wykonawcę,

Ad. 2) wykreślenie zwrotu „obniżenie walorów estetycznych”,

Ad. 3) wykreślenie zapisu przewidującego przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do dokumentów wykonawcy oraz niewykonywaniu autorskich praw osobistych,

Ad. 4) wykreślenie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej aktem umowy przez cały okres obowiązywania umowy a w szczególności wykreślenie akapitu czwartego z subklauzuli 4.2,

Ad. 5) wykreślenie części dotyczącej Dostawców i Usługodawców,

Ad. 6) wykreślenie części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za uszkodzenia infrastruktury, która nie była zidentyfikowana na dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji, oraz obowiązku uzyskania koniecznych zgód i zezwoleń, dodanie w akapicie trzecim zwrotu „uwidocznionych na stosownych planach” oraz dodanie na końcu akapitu czwartego zdania „Jeżeli Wykonawca doznaje opóźnień i/lub ponosi Koszt na skutek konieczności uzyskania stosownych zgód i zezwoleń, Wykonawca będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub zmiany terminu osiągnięcia Kamieni Milowych oraz prawa do żądania zwiększenia Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej.”;

Ad. 7) poprzez istotne obniżenie wysokości kar umownych przewidzianych w subklauzuli 8.7 w szczególności w punkcie lit. (a) do 0,02%, w punkcie lit. (g) do 5 000 PLN, w punkcie lit. (h) do 5%, a ponadto wykreślenia ostatniego akapitu subklauzuli 8.7 i w to miejsce dodania zapisu o treści: „Zamawiający zapłaci Wykonawcy Kary umowne: a) za opóźnienie

KIO 1570/12

w wykonaniu jakiegokolwiek obowiązku przewidzianego w niniejszych Warunkach w wysokości 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, za każdy dzień";

Ad. 8) poprzez przywrócenie brzmienia klauzuli 8.10 w brzmieniu oryginalnym FIDIC,

Ad. 9) poprzez usunięcie zapisów dotyczących Wymagalnej Minimalnej Ilości Wykonania jako niemożliwych do wykonania,

Ad. 10) wskazanie w Załączniku do Oferty oraz Warunkach Szczegółowych jako datę początkową biegu okresu rękojmi i gwarancji datę wydania Świadectwa Przejęcia oraz przywrócenie subklauzli 1.1.3.7 oraz wykreślenie dodanych subklauzli 1.1.3.7 (f) i (g),

Ad. 11) wykreśleniu zapisu w zakresie uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji stwierdzenia upadłości wykonawcy,

W związku z treścią żądania z punktu II odwołujący wniósł o zmodyfikowanie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę wskazanego terminu na wykonanie zamówienia na 14 miesięcy, od Daty Rozpoczęcia, bez uwzględnienia kolejnych okresów zimowych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz wniesieniu środka ochrony prawnej. odwołujący jest podmiotem zajmującym się profesjonalnie realizacją robót budowlanych stanowiący przedmiot niniejszego postępowania. Jest w związku z tym zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu. Utrzymanie kwestionowanych przez odwołującego postanowień może narazić wykonawcę na szkodę w dwójakiej sytuacji, tj., zarówno wtedy gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane zapisy. Wobec wadliwego opisu zamówienia odwołujący nie może w sposób racjonalny i poprawny przygotować oferty, gdyż między innymi nie może antycypować całkowicie hipotetycznych i niemożliwych do oszacowania okoliczności. W sytuacji gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Treść Warunków Kontraktu objętych SIWZ została ukształtowana przez zamawiającego w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podpisanie umowy w jej obecnym brzmieniu naraża odwołującego na szkodę m.in. wskutek zapisów dyskryminujących wykonawcę lub uniemożliwiających ocenę niego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia. Z kolei, zaniechanie przez odwołującego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, także podyktowane rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy zapisami umowy oraz niemożliwym do dotrzymania terminem wykonania zamówienia będzie oznaczać, że odwołujący został

11

KIO 1570/12

pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w niniejszym postępowaniu, a tym samym narażony na szkodę.

Tym samym odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia co uzasadnia skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, a powyższe wypełnia materialno-prawną przesłankę do rozpoznania odwołania, wynikającą z treści art. 179 ust. 1 ustawy PZP.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 23 lipca 2012 roku.

Zamawiający dnia 24 lipca 2012 roku przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom, jednocześnie zamieszczając kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Dnia 27 lipca 2012 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) BUNTE Polska sp. z o.o., ul. Raduńska 6; 01-681 Warszawa,
 - 2) STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10; 05-900 Pruszków,
 - 3) BILFINGER BERGER Budownictwo S.A., ul. Domaniewska 50A; 02-672 Warszawa.
- Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu Nr 1 dotyczącego punktu 1.2. Rozdziału 2 Tomu II SIWZ, Gwarancja Jakości przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności niedotyczące wykonawcy czyli za roboty i części zrealizowane przez poprzedniego wykonawcę i w tym zakresie naruszenie przepisu art. 559 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

12

KIO 1570/12

Izba wskazuje, że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie zobowiązany będzie do przeprowadzenia inwentaryzacji przedmiotu kontraktu w związku z czym wszelkie prace, które będą wymagały uzupełnienia czy też poprawy po poprzednim wykonawcy, podmiot realizujący przedmiotowe zamówienie będzie zobligowany wykonać i jako ostateczny wykonawca będzie musiał objąć własną Gwarancją Jakości. W powyższym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów przez zamawiającego, tym samym zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu Nr 2 dotyczącego subklauzuli 1.1.3.7 (c), (f) i (g) Rozdziału 4 Warunki Szczególne Kontraktu (CZĘŚĆ II), w części definiującej wadę jako „obniżenie walorów estetycznych” Przedmiotu Zamówienia przez wprowadzenie kryterium całkowicie nieostrego i nieokreślonego zależnego od subiektywnych odczuć zamawiającego oraz w części określającej rozpoczęcie biegu okresu rękojmi za wady i gwarancji jakości od daty wstawienia Świadectwa Wykonania, Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący subklauzuli 1.1.3.7 (c) jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego zdefiniowanej przez zamawiającego części odnoszącej się do „obniżenia walorów estetycznych” stwierdzić należy, że odwołujący niesłusznie wskazuje i zarzuca zamawiającemu wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, gdyż kwestie związane z ustaleniem ostatecznych walorów estetycznym (wizualnych) ustalane są na bieżąco pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w trakcie realizacji kontraktu i w ocenie Izby brak jest podstaw do zarzucania zamawiającemu złych intencji w powyższym zakresie. Nadto zarzut powyższy nie wywołuje po stronie odwołującego niemożności złożenia oferty, tym samym pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

W pozostałym zakresie, tj. subklauzuli 1.1.3.7 (f) i (g), Izba wskazuje, że zarzut powyższy został uznany za zasadny, gdyż rozstrzygając zarzut Nr 10 Izba nakazała zamawiającemu ujednolicenie postanowień w zakresie terminów rękojmi i gwarancji w ten sposób, iż za datę początkową biegu okresu rękojmi i gwarancji należy przyjąć datę wydania Świadectwa Przejęcia. Powyższe wynika ze stanowiska zamawiającego, który przy jednoczesnym oświadczeniu o nieuwzględnieniu zarzutów odwołania zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wynikający z żądania odwołania.

W zakresie zarzutu Nr 3 dotyczącego subklauzuli 1.10, w części przewidującej przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do dokumentów wykonawcy oraz niewykonywaniu autorskich praw osobistych, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 16, 17, 46 i 49 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ wykonanie powyższego obowiązku umownego przez wykonawcę jest nadmiernie utrudnione, jeśli nie niemożliwe, biorąc pod uwagę rozległy i w istocie otwarty zakres pojęcia „Dokumenty Wykonawcy”

KIO 1570/12

Wskazać bowiem należy, że „nadmierne utrudnienie”, które stanowi podstawę zarzutu odwołującego nie może wywoływać skutków w postaci uznania zarzutu za zasadnego. Nadto wskazać należy, że roboty będą odbierane systematycznie do postępu ich wykonania i w myśl subklauszuli 1.10 warunków kontraktowych wykonawca przeniesie na zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji przedmiotu umowy, w szczególności takich jak raporty mapy, wykresy, rysunki, plany, dane statystyczne, ekspertyzy, obliczenia i inne dokumenty powstałe przy realizacji umowy oraz broszury, tj. takie dokumenty, które i tak muszą powstać by przedmiot umowy mógł zostać odebrany.

W zakresie zarzutu Nr 4 dotyczącego subklauszli 4.2, akapit czwarty, w zakresie zobowiązania do utrzymywania zabezpieczenia w wysokości określonej aktem umowy przez cały okres obowiązywania umowy wobec czego odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 150 PZP i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny, jednakże pozostający bez wpływu na wynik postępowania. Izba w powyższym zakresie nie nakazywała zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2012 roku samodzielnie dokonał stosownej zmiany, przez co nastąpiła konsumpcja zarzutu odwołującego.

W zakresie zarzutu Nr 5 dotyczącego subklauszuli 4.4, w części dotyczącej dostawców i usługodawców, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 647(1) k.c. w zw., z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie sformułował postanowienia kontraktowe w odniesieniu do dostawców i usługodawców ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty za wykonane dostawy i usługi bez wcześniejszego zaakceptowanego przez zamawiającego zakresu robót, obejmującego wykonane dostawy i usługi. Sytuacja powyższa powoduje ujemną sytuację po stronie wykonawcy, który niejako zobowiązany byłby do kredytowania inwestycji uzależnionej od prawidłowego odbioru wykonanych prac (dostaw i usług) przez zamawiającego. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę pozostawał zarzut odnoszący się jedynie do dostawców i usługodawców, dlatego też Izba utrzymała w mocy postanowienia kontraktowe dotyczące podwykonawców.

W zakresie zarzutu Nr 6 dotyczącego subklauszli 4.28, w części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za uszkodzenia infrastruktury, która nie była zidentyfikowana na dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji, oraz obowiązku uzyskania koniecznych zgód i zezwoleń, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 647 kc i art. 471 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

KIO 1570/12

W powyższym zakresie Izba podtrzymuje argumentację jak w uzasadnieniu do zarzutu Nr 1, dodatkowo podnosząc, iż wykonawca będzie w stanie dokładnie z zabezpieczeniem odpowiedniego zapasu czasowego przeprowadzić szczegółową inwentaryzację obejmowanego przedmiotu kontraktu, w związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia.

W zakresie zarzutu Nr 7 dotyczącego subklauszli 8.7 i subklauszuli 15.2 odnośnie wysokości kar umownych i braku takich kar nałożonych na zamawiającego oraz ponieważ w wymienionych zapisach na rzecz zamawiającego zostało przyznane prawo do odszkodowania uzupełniającego, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia na rzecz wykonawcy kar umownych z wyjątkiem kary za odstąpienie od umowy, i odszkodowania uzupełniającego, co jest sprzeczne z właściwością, wzajemnego stosunku zobowiązaniowego opartego na zasadzie równowagi stron, wyrażającej się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób

równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki, której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 484 §2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1019/12 wskazać należy, że poddając analizie kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającego się na nią wzoru umowy) dostrzeżenia wymaga, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stroni podlegającym negocjacjom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdą do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu

15

KIO 1570/12

zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ograniczenie stosowania wskazanych zasad prawa cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest przy tym podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyroki z dnia 4 października 2010 r. w spr. KIO 2036/10, z dnia 28 lutego 2012r. w spr. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12).

Także nie można uznać, by naruszony został przepis art. 484 § 1 KC, zgodnie z którym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Śądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Niewątpliwie, wskazany przepis ma charakter dyspozytywnego, pozostającego w sferze woli stron. W powyższej mierze inicjatywa w zakresie ukształtowania warunków umowy należy do zamawiającego, nie sposób zatem stawiać zarzutu naruszenia w tej mierze. Należy także pamiętać o dalszych regulacjach dotyczących kary umownej, to jest art. 483 1 KC, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), przy czym dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Zgodnie zaś z treścią § 2 art. 484 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przez pryzmat powyższych przepisów a także ryzyk obciążających zamawiającego oraz wykonawcę należy rozważać kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że:

„Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie

16

KIO 1570/12

z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”. Podobne wnioski płyną z treści wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

Z powyższego wynika, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie. Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić

17

KIO 1570/12

jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

W zakresie zarzutu Nr 8 dotyczącego subklauzuli 8.10 wobec usunięcia, której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 471 kc i 473 § 2 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający jako dysponent środków publicznych zobowiązany jest do wykazania maksimum dbałości w wydatkowaniu tychże środków. Powyższe oznacza, że zamawiający nie może być zobligowany do dokonywania płatności za urządzenia i materiały zgromadzone przez wykonawcę, a nie użyte do realizacji przedmiotu

kontraktu w wypadku zawieszenia realizacji przedmiotowego kontraktu. To na wykonawcy bowiem spoczywa obowiązek racjonalnego przygotowania i takiego zorganizowania logistycznie procesu inwestycyjnego, który pozwoli na minimalizację ewentualnych strat w przypadku zawieszenia realizacji przedmiotowej inwestycji.

W zakresie zarzutu Nr 8 dotyczącego subklauzuli 8.13 w zakresie określonej tam Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania. W tym zakresie odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 14 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 41 pkt 6 PZP, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zdaniem odwołującego, zamawiający pozbawił zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia. Izba uznała powyższy zarzut za zasadny.

Izba uznając zarzut za zasadny nakazała zamawiającemu wykreślenie z kwestionowanego postanowienia wyrazu „zaakceptowane” i wprowadzenie zapisu „Wykonane wszystkie roboty wskazane w kosztorysie ofertowym wykonawcy i w tabeli wartości elementów scalonych pod pozycją: Obwód Utrzymania Autostrady z terminem wykonania: 65 dni od daty rozpoczęcia” stwierdzając, iż odwołujący wykazał, że we wskazanym przez zamawiającego terminie wykonania brak jest możliwości jednoczesnego wykonania i przekazania (zaakceptowania przez zamawiającego) przedmiotu OUA. Utrzymanie w mocy dotychczasowego brzmienia kwestionowanego postanowienia kontraktowego powodowałoby bowiem ponoszenie odpowiedzialności przez za na wykonawcę czynności zamawiającego polegające zaakceptowaniu wykonanych prac bez jednoczesnego określenia terminu, w jakim zamawiający obowiązany jest wykonać te czynności. W tych warunkach wykonawca ponosiłby odpowiedzialność za zdarzenia, z których część pozostaje poza jego zakresem i wpływem.

W zakresie zarzutu Nr 10 dotyczącego subklauzuli 11.12 i subklauzuli 11.13 oraz subklauzli 1.1.3.7 i 1.1.3.7a, w części wskazującej wystawienie Świadcstwa Wykonania i

18

KIO 1570/12

wskazanej tam daty jako początek biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi oraz w zakresie braku określenia granicznego terminu dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu w kontekście zakończenia go podpisaniem Świadcstwa Wykonania uniemożliwiającym zdefiniowanie daty, od której uzależniony jest termin obowiązywania zabezpieczenia wykonania, wobec treści których odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2, art. 140 i art. 151 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 353(1) kc, art. 548 kc, art. 559 kc, art. 576 kc, art. 577 kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zapisy zostały ukształtowane z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy, którego odpowiedzialność z powyższych tytułów ulega faktycznemu przedłużeniu i rozpoczyna się w trakcie eksploatacji obiektu przez zamawiającego (użytkowników drogi), a nie z chwilą jego przejęcia przez zamawiającego, co stanowi powszechne rozwiązanie w umowach o roboty budowlane. Nadto odwołujący zwrócił uwagę, że zapisy subklauzuli 11.13 w zakresie okresu trwania rękojmi za wady są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, lecz również są sprzeczne i innymi zapisami SIWZ np., załącznika 2.1 do oferty, Izba uznała zarzut za zasadny nakazując zamawiającemu ujednolicenie postanowień warunków kontraktowych w ten sposób, iż za datę początkową biegu okresu rękojmi i gwarancji należy przyjąć datę wydania Świadcstwa Przejęcia.

Powyższe stanowisko wynika z faktu, iż zamawiający nie uwzględniając zarzutów odwołania, jednocześnie pismem z dnia 1 sierpnia 2012 roku zmodyfikował treść spornych zapisów, tym samym niejako przyznał rację odwołującemu, co do słuszności stawianego zarzutu. W powyższym zakresie Izba uznała, że oświadczenie zamawiającego w powyższym zakresie kompensuje zasadność zarzutu. W celu ujednolicenia obowiązujących postanowień Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany w punktach, w których zamawiający pominął, a winien dokonać stosownej zmiany wskazując, iż terminy początkowe, od których będzie biegł okres rękojmi i gwarancji należy liczyć od daty wydania Świadcstwa Przejęcia.

W zakresie zarzutu Nr 11 dotyczącego subklauzuli 15.2 pkt (e), w zakresie uprawnień

zamawiającego do odstąpienia od umowy w sytuacji stwierdzenia upadłości wykonawcy, wobec czego odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 83 prawa upadłościowego i naprawczego, oraz pkt (f) ppkt (ii) w części dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za działania nie zdefiniowanych „agentów” lub podwykonawców w zakresie zachęty lub nagrody, wobec treści której odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 353(1) k.c. i 647(1) kc w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zasadność stawianego zarzutu potwierdził na rozprawie zamawiający oświadczając, iż „W zakresie dotyczącym naruszenia subklauzuli 15.2 wskazuje, że przepisy szczególnie regulujące powyższą kwestię w takim przypadku mają decydujące znaczenie”. Tym samym,

19

KIO 1570/12

zamawiający potwierdził, że skarżony zapis został bezprawnie ustanowiony w warunkach kontraktowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego punkt 6 Tomu I SIWZ, Rozdziału I, Instrukcji dla Wykonawców oraz punktu 4. Formularza OFERTA, warunku 1.1.3.3. Formularza 2.1 Załącznik do oferty, oraz punktu 5 Tomu II SIWZ, Formularza Umowy, gdzie termin wykonania zamówienia został określony na 8 miesięcy od daty zawarcia umowy wliczając w to okresy zimowe, poprzez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym zakresie odwołujący zrzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 41 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”, Izba uznała zarzut za zasadny.

Uznając zasadność zarzutu Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie dotychczasowego zapisu i wprowadzenie zapisu „Czas na ukończenie – do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy. Do czasu realizacji umowy wlicza się również okresy zimowe”.

Powyższe stanowisko Izba podjęła uznając argumentację odwołującego za zasadną wskazując, iż celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest przeprowadzenie postępowania w oderwaniu od rzeczywistych możliwości faktycznych wykonania przedmiotu zamówienia ale z uwzględnieniem realnych i możliwych do osiągnięcia rezultatów z uwzględnieniem zasobu i potencjału wykonawców. Nie można bowiem uznać, iż odwołujący i przystępujący wykonawcy są laikami i niedoświadczonymi podmiotami, którzy nie posiadają stosownej wiedzy i doświadczenia w realizowaniu podobnych kontraktów. Ustanowienie przez zamawiającego nierealnego terminu wykonania inwestycji, w ocenie Izby, powodować musiałoby niepotrzebne komplikacje na etapie realizacji zamówienia, które z całą pewnością swój koniec znalazłoby przez wniesienie powództwa do sądu powszechnego. Sam fakt wydłużenia terminu realizacji inwestycji nie powoduje jeszcze sytuacji braku możliwości wcześniejszej realizacji przedmiotu umowy. Przyjmując bowiem prawidłową relację między stronami i zakładając, że będą sprzyjające warunki pogodowe, termin wykonania zamówienia może zostać osiągnięty dużo wcześniej, bez niepotrzebnych napięć i nerwowości pomiędzy stronami umowy. W powyższym zakresie Izba podziela stanowiska Izby wyrażone w wyrokach KIO z dnia 19 września 2011 r., sygn. akt KIO 1910/11, z dnia 27 maja 2011 roku, sygn. akt KIO 1006/11, z dnia 27 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1255/12.

Tym samym orzeczono jak w sentencji.

20

KIO 1570/12

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....