

WYROK
z dnia 25 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2012 r. przez wykonawcę **HOCHTIEF POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 (adres do korespondencji: HOCHTIEF POLSKA S.A. Oddział w Poznaniu, 60-967 Poznań, al. Niepodległości 6)** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, 61-875 Poznań, al. Niepodległości 10,**

przy udziale:

1. wykonawcy **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 974/12 po stronie odwołującego,
2. wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 974/12 po stronie odwołującego,
3. wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 974/12 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala **odwołanie,**

1

2. kosztami postępowania obciąża **HOCHTIEF POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 (adres do korespondencji: HOCHTIEF POLSKA S.A. Oddział w Poznaniu, 60-967 Poznań, al. Niepodległości 6)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HOCHTIEF POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 (adres do korespondencji: HOCHTIEF POLSKA S.A. Oddział w Poznaniu, 60-967 Poznań, al. Niepodległości 6)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **HOCHTIEF POLSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 (adres do korespondencji: HOCHTIEF POLSKA S.A. Oddział w Poznaniu, 60-967 Poznań, al. Niepodległości 6)** na rzecz **Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, 61-875 Poznań, al. Niepodległości 10** kwotę **369 zł 00 gr** (słownie: trzysta sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Poznaniu.**

Sygn. akt: KIO 974/12

Uzasadnienie

Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Centrum Edukacyjne Usług Elektronicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 maja 2012 r., nr 2012/S, nr 85-139912, a Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej „SIWZ”, została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 4 maja 2012 r.

W dniu 14 maja 2012 r. (pismem z dnia 11 maja 2012 r.) HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 11 maja 2012 r.) wobec czynności zamawiającego dotyczących zapisów zawartych w SIWZ, w Załączniku Nr 1 do SIWZ - formularzu oferty przetargowej, Załączniku Nr 3 do SIWZ - wzorze umowy w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. przepisów ustawy Pzp, tj.: art. 7, art. 14, art. 29, art. 31, art. 32, art. 33, art. 36 ust. 4 i ust. 5, art. 139, art. 140;
2. przepisów kodeksu cywilnego, tj.: art. 58, art. 353¹, art. 632, art. 647, art. 651;
3. przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, tj.: art. 32 i art. 22 w zw. z art. 59 ust. 7 ustawy Prawo budowlane.

Jednocześnie odwołujący wskazał, iż naruszenie powyższych przepisów prawa występuje w przypadkach następujących zapisów:

1) SIWZ:

- I. SIWZ Rozdział III pkt. 2.1: „W ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać: b) wymagane projekty i rysunki wykonawcze lub warsztatowe uzgodnione z Nadzorem Autorskim oraz Zamawiającym”,
- II. SIWZ Rozdział IIU pkt. 3.5.16: „Złożyć w imieniu Zamawiającego prawidłowy wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu (wymagane w art. 56 i art. 57 Prawa budowlanego),
- III. SIWZ Rozdział III pkt. 3.14 zdanie drugie: „Dobór osprzętu, materiałów meblowego wymaga wykończeniowych, technologicznego wyposażenia wyprzedzających uzgodnień z Nadzorem Autorskim i Zamawiającym.”,

-
- IV. SIWZ Rozdział III pkt. 3.18 Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w wynagrodzeniu ryczałtowym kosztów: g) „wymaganych projektów i rysunków wykonawczych lub warsztatowych uzgodnionych z Nadzorem Autorskim oraz Zamawiającym”,
 - V. SIWZ Rozdział IV zdanie drugie: „Przewidywany termin rozpoczęcia prac budowlanych - niezwłocznie po przekazaniu Wykonawcy terenu budowy, przewidywany termin zakończenia robót budowlanych potwierdzony protokołem odbioru końcowego -15.12.2014r.”,
 - VI. SIWZ Rozdział VIII pkt. 2: „Wykonawca, ze względu na oświadczenie, iż nie wnosi zastrzeżeń do dokumentacji projektowej, zobowiązuje się do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy bez względu na ewentualne wady, błędy i braki projektowe możliwe do zauważenia przy dochowaniu należytej staranności i nie będzie wnosił o dodatkowe wynagrodzenie.”
 - VII. SIWZ Rozdział XIV pkt. 2: „Do dnia podpisania umowy Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć:
f) kompletny wykaz podwykonawców, wraz z kwotami należnych im

wynagrodzeń; przy czym wysokość wynagrodzeń należnych poszczególnym podwykonawcom musi być przez nich potwierdzona własnoręcznym podpisem,

- g) umowy zawarte z podwykonawcami (lub ich projekty), wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w umowie z podwykonawcą.",

VIII. SIWZ Rozdział XVIII:

„5. Przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, jest on zobowiązany przedstawić Zamawiającemu:

- a) kompletny wykaz podwykonawców, wraz z kwotami należnych im wynagrodzeń; przy czym wysokość wynagrodzeń należnych poszczególnym podwykonawcom musi być przez nich potwierdzona własnoręcznym podpisem;
- b) umowy zawarte z podwykonawcami (lub ich projekty), wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w umowie z podwykonawcą.

6. Zamawiający nie dopuszcza do realizacji zamówienia Podwykonawców, którzy byli Wykonawcą dokumentacji projektowo-kosztorysowej jako Podwykonawcy biura projektów Atrium Autorskie Studio Architektury Marian Urbański."

- 2) Załącznik nr 1 do SIWZ wzór oferty przetargowej pkt. 10: „W przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się dostarczyć do dnia podpisania umowy:

5

- a) kopię opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż wartość kontraktu i na czas trwania umowy;
- b) kompletny wykaz podwykonawców, wraz z kwotami należnych im wynagrodzeń; przy czym wysokość wynagrodzeń należnych poszczególnym podwykonawcom musi być przez nich potwierdzona własnoręcznym podpisem;
- c) umowy zawarte z podwykonawcami (lub ich projekty), wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w umowie z podwykonawcą."

3) Umowa - Załącznik nr 3 do SIWZ:

- § 4 ust. 3: „Wynagrodzenie to, określone jako ryczałtowe zgodnie z art. 632 KC zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia w zakresie podanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami, Prawem Budowlanym, sztuką budowlaną, wydanymi decyzjami, pozwoleniami i uzgodnieniami itp., z zastrzeżeniem postanowień §16."
- § 5 ust. 3: „Termin zakończenia robót budowlanych zwanych w dalszej części „robotami" potwierdzony protokołem odbioru końcowego: 15.12.2014 roku, natomiast pozwolenie na użytkowanie obiektu musi być wydane do 30.11.2014 r. (data prawomocności pozwolenia)."
- § 6 ust. 1.3: „Wykonawca wystawi faktury częściowe za roboty budowlane, łącznie do 80% wartości całkowitego wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 2 lp. 1 kol. 5."
- § 6 ust. 1.5: "Pozostałe 20% wartości zostanie wypłacone wraz z rozliczeniem faktury końcowej."
- § 6 ust. 1.6: „Złożenie faktury końcowej może nastąpić po zakończeniu czynności odbiorowych, wywiązaniu się Wykonawcy ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy z wyłączeniem opisanych w § 4 ust. 2 lp. 3 umowy, podpisaniu protokołu końcowego i uzyskaniu pozwolenia zgodnie z art. 56 i 57 ustawy Prawo budowlane."
- § 6a ust. 2: „Wykonawca oświadcza, że wykaz, który dostarczył Zamawiającemu w dniu 2012 roku obejmuje wszystkich Podwykonawców wykonujących przedmiot umowy wraz z całym zakresem prac powierzonych im do wykonania."

6

-
- § 6a ust. 5: „W celu uzyskania zgody, której mowa w ust. 4, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu:
 - a) kompletny wykaz podwykonawców, wraz z kwotami należnych im wynagrodzeń; przy czym wysokość wynagrodzeń należnych poszczególnym podwykonawcom musi być przez nich potwierdzona własnoręcznym podpisem;
 - b) umowy zawarte z podwykonawcami (lub ich projekty), wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w umowie z podwykonawcą.”
 - § 7 ust. 4: „Za datę zapłaty uważać się będzie datę polecenia przelewu pieniędzy na rachunek Wykonawcy.”
 - § 7a ust. 2: „Dowodem tym jest oryginał oświadczenia Podwykonawcy złożony zgodnie z załączonym wzorem (załącznik nr 11 do umowy) o otrzymaniu należności wraz z uwierzytelnioną kopią faktury Podwykonawcy. Kopia faktury powinna być potwierdzona „za zgodność z oryginałem” przez uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy.”
 - § 7a ust. 3: „Wykonawca składa fakturę za kwartał rozliczeniowy wraz z kopią faktury Podwykonawcy i oświadczeniem Podwykonawcy, że Wykonawca uregulował należności wynikające z tej faktury.”
 - § 7a ust. 4: „W uzasadnionych okolicznościach Zamawiający może wyrazić zgodę na zapłatę należności na rzecz Wykonawcy, mimo braku oświadczenia Podwykonawcy i z potrąceniem kosztów tego Podwykonawcy.”
 - § 9 ust. 13: „Dostarczenia, w okresach miesięcznych, przed złożeniem własnej faktury, kopii faktur i oświadczeń Podwykonawców, o wywiązaniu się Wykonawcy ze zobowiązań finansowych wynikających z realizacji zawartych z nimi umów.”
 - § 9 ust. 14: „Dostarczenia wraz ze złożeniem faktury końcowej oświadczeń, zgodnie z załączonym wzorem, od wszystkich Podwykonawców, o wywiązaniu się Wykonawcy wobec nich ze zobowiązań finansowych wynikających z zawartych z nimi umów dotyczących wykonania niniejszego przedmiotu umowy.”
 - § 14 ust. 1: „c) Za przekroczenie terminu usunięcia wad i usterek w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 lp. 1 kol. 5 umowy, za każdy dzień opóźnienia,”
 - § 14 ust. 6: „Ze względu na finansowanie inwestycji ze środków Unii Europejskiej Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy jeżeli Wykonawca nie zakończy robót budowlanych w terminie określonym w § 5 ust 3, albo pozwolenie

7

na użytkowanie obiektu nie zostanie wydane w terminie wskazanym w tym ustępie.”

- § 15 ust. 3: „Polisa (polisy), o których mowa w ust. 1, będą zawierać zrzeczenie się przez ubezpieczyciela wszelkich ewentualnych roszczeń regresowych w stosunku do Zamawiającego, przedstawiciela Zamawiającego i ich pracowników oraz klauzulę stwierdzającą, że umowa ubezpieczenia może zostać rozwiązana za uprzednim pisemnym powiadomieniem Zamawiającego, za co najmniej jednomiesięcznym wypowiedzeniem, z zastrzeżeniem postanowień ustępu 4 poniżej.”
- § 16 ust. 2.2: „Zmiany wskazywane w lit b) i e) będą wprowadzane wyłącznie w zakresie umożliwiającym oddanie przedmiotu umowy do użytkowania, a Zamawiający może ponieść ryzyko zwiększenia wynagrodzenia z tytułu takich zmian wyłącznie w kwocie równej zwiększonym z tego powodu kosztom.”
- § 16 ust. 3.2: „Zmiana osób, przy pomocy których Zamawiający realizuje przedmiot umowy na inne osoby legitymujące się co najmniej równoważnymi uprawnieniami, o których mowa w ustawie Prawo budowlane.”

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ przez:

1. wykreślenie pkt. 2.1 rozdziału III SIWZ,
1. wykreślenie pkt. 3.5.16 rozdziału III SIWZ,
2. wykreślenie pkt. 3.14 rozdziału III SIWZ,

3. wykreślenie pkt. 3.18 rozdziału III SIWZ,
4. wykreślenie pkt. 2 rozdziału VIII SIWZ,
5. wykreślenie pkt. 2 f) rozdziału XIV SIWZ,
6. wykreślenie pkt. 2 g) rozdziału XIV SIWZ,
7. wykreślenie pkt. 5 a) i b) rozdziału XVIII SIWZ,
8. wykreślenie pkt. 6 rozdziału XVIII SIWZ,
9. wykreślenie § 6 ust. 1.3 wzoru umowy,
10. wykreślenie § 6 ust. 1.5 wzoru umowy,
11. wykreślenie § 6a ust. 2 wzoru umowy,
12. wykreślenie § 6a ust. 5 wzoru umowy,
13. wykreślenie § 14 ust. 3 wzoru umowy,
14. wykreślenie § 15 ust. 1 wzoru umowy zdania: „Umowa ubezpieczenia musi zostać rozszerzona o odpowiedzialność cywilną za szkodę osób trzecich.”,
15. wykreślenie § 15 ust. 3 wzoru umowy,
16. wykreślenie § 16 ust. 2.2 wzoru umowy,
17. wykreślenie § 16 ust. 3.2 wzoru umowy,

8

oraz:

1. zmianę treści zdania drugiego rozdziału IV SIWZ i nadanie mu następującej treści:
„Przewidywany termin rozpoczęcia prac budowlanych - niezwłocznie po przekazaniu Wykonawcy terenu budowy, przewidywany termin zakończenia robót budowlanych, za który to termin uznaje się datę zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego robót, o ile odbiór został dokonany, co Strony potwierdzą w protokole odbioru końcowego 15.12.2014r., złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie przez Zamawiającego do dnia 15.12.2014r., przewidywany termin ostatecznego rozliczenia inwestycji między Zamawiającym a Instytucją Zarządzającą WPRO na lata 2007-2012 oraz MNISW - 30.06.2015.”
2. zmianę treści § 4 ust. 3 wzoru umowy Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez wykreślenie jej części:
„jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia w zakresie podanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia...”
3. zmianę treści § 5 ust. 3 wzoru umowy Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez nadanie następującej treści:
„Termin zakończenia robót budowlanych to jest data zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego Przedmiotu Umowy, o ile odbiór został dokonany, co Strony potwierdzą w protokole odbioru końcowego: 15.12.2014r., złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie przez Zamawiającego do dnia 15.12.2014r. Przewidywana data uprawnienia się decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.”
4. zmianę treści § 6 ust. 1.6 wzoru umowy Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez wykreślenie:
„i uzyskaniu pozwolenia zgodnie z art. 56 i 57 ustawy Prawo budowlane.”
5. zmianę treści § 7 ust. 4 wzoru umowy Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez nadanie mu następującej treści: „Za datę zapłaty uważa się dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy.” Kodeksowi cywilnemu nie jest znane pojęcie „data polecenia przelewu”, gdyż nie świadczy to o fakcie złożenia przelewu do realizacji i samego obciążenia rachunku Zamawiającego, a zatem i uznania rachunku Wykonawcy.
6. zmianę treści § 7a ust. 2 wzoru umowy - Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez nadanie mu nowej treści: „Dowodem tym jest kopia obciążenia rachunku Wykonawcy wraz z kopią Faktury Podwykonawcy. W przypadku rozbieżności pomiędzy kwotą przelewaną kwoty a kwotą wynikającą z wymagalnej kwoty z Faktury Podwykonawcy, Wykonawca załączy stosowne wyjaśnienie.”
7. zmianę treści § 7a ust. 3 wzoru umowy - Załącznik nr 3 do SIWZ poprzez nadanie mu nowej treści: „Wykonawca składa fakturę za kwartał rozliczeniowy wraz z kopiami faktur Podwykonawców za roboty objęte tym okresem oraz dowodami określonymi w § 7a ust. 2 Umowy.”

9

-
8. zmianę treści § 9 ust. 14 na treść następującą: „Dostarczenia wraz ze złożeniem Faktury końcowej dowodów zapłaty wymagalnych kwot z faktur Podwykonawców wynikających

z umów o realizację przedmiotowej inwestycji."

9. zmianę treści § 14 ust. 1 pkt. c) wzoru umowy na następującą: „za przekroczenie terminu usunięcia wad lub usterek w wysokości 0,1% wartości brutto wadliwego elementu lub wadliwego przedmiotu (mebla, komputera) za każdy dzień opóźnienia."

W dniu 14 maja 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 17 maja 2012 r. (pismem z dnia 16 maja 2012 r.) wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Warbud”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 17 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwany dalej „wykonawcą MIRBUD”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 17 maja 2012 r. (pismem z dnia 15 maja 2012 r.) wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą BUDIMEX”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 21 maja 2010 r. (pismem z dnia 18 maja 2012 r.) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 22 maja 2012 r. odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w następującym zakresie:

- 1) żądania wykreślenia pkt. 2.1 rozdziału III SIWZ – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
- 2) żądania wykreślenia pkt. 3.14 rozdziału III SIWZ – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
- 3) żądania wykreślenia pkt. 3.18 rozdziału III SIWZ – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
- 4) żądania wykreślenia pkt. 2 f) rozdziału XIV SIWZ – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
- 5) żądania wykreślenia pkt. 5 a) i b) rozdziału XVIII SIWZ – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
- 6) żądania wykreślenia pkt. 6 rozdziału XVIII SIWZ – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,

10

-
- 7) żądania wykreślenia pkt. § 6a ust. 2 wzoru umowy – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
 - 8) żądania wykreślenia pkt. § 6a ust. 5 wzoru umowy – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
 - 9) żądania wykreślenia pkt. § 15 ust. 3 wzoru umowy – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
 - 10) żądania zmiany treści § 4 ust. 3 wzoru umowy – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego,
 - 11) żądania zmiany treści § 7 ust. 4 wzoru umowy – wobec jego zmiany przez zamawiającego w zakresie oczekiwanym przez odwołującego.

W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał żądania zawarte w odwołaniu, podtrzymując argumentację zawartą w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia i SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż

11

z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze *iuris cogentis* zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353 ¹ k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Zakwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, jak i umowy Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami stwierdzając, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów stwierdzić należy, iż:

12

- zarzut dotyczący rozdziału III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3.5.16.

Izba ustaliła, iż w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt. 3.5.16. zamawiający wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest na koszt własny i własnym staraniem „złożyć w imieniu Zamawiającego, prawidłowy wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu (wymagane w art. 56 i art. 57 Prawa Budowlanego)”.

Nadto w projekcie umowy - § 8 „Obowiązki Zamawiającego”, ust. 1 lit. h) - zamieścił postanowienie, iż „zamawiający zobowiązuje się do wykonania wszystkich wymaganych przepisami czynności związanych z realizacją przedmiotu umowy, w szczególności do:

(...)

h) Przekazania Wykonawcy niezbędnych upoważnień do reprezentowania go w sprawie uzyskania wymaganych prawem decyzji, zgłoszeń itp.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż „stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie inwestor” (art. 59 ust. 7 ustawy Prawo budowlane). Bezspornym jest także, iż „strona może działać przez pełnomocnika, chyba że charakter czynności wymaga jej osobistego działania” (art. 32 k.p.a.), jak również, iż pełnomocnikiem w postępowaniu administracyjnym może być wyłącznie osoba fizyczna posiadająca zdolność do czynności. Oznacza to, iż skoro stroną postępowania administracyjnego jest inwestor to przedmiotowy wniosek zobowiązany jest złożyć zamawiający, przy czym może on działać przez pełnomocnika. W niniejszym stanie faktycznym – jak wynika z postanowień SIWZ – zamawiający zobowiązany jest do przekazania wykonawcy niezbędnych upoważnień do reprezentowania go w sprawie uzyskania wymaganych prawem decyzji, zgłoszeń itp., a więc także pełnomocnictw (dla osób fizycznych a nie dla wykonawcy jako przedsiębiorcy) niezbędnych do uzyskania decyzji, w tym pozwolenia na użytkowanie, zwłaszcza że – jak podniósł zamawiający – złożenie takiego wniosku jest poprzedzone dopełnieniem innych obowiązków ciążyących właśnie na wykonawcy i fakt ten poprzedzających. Nieuzasadniona, wobec braku jakichkolwiek podstaw i argumentów, jest także obawa odwołującego, iż otrzymane przez zamawiającego pozwolenie na budowę (prawomocne – co oświadczył zamawiający na rozprawie) jest wydane z naruszeniem prawa. Brak jest więc podstaw do kwestionowania powyższego postanowienia.

- zarzut dotyczący rozdziału IV SIWZ „Termin wykonania zamówienia”, zdanie drugie i § 5 „Termin realizacji”, ust. 3 projektu umowy

Izba ustaliła, iż w rozdziale IV SIWZ „Termin wykonania zamówienia” zawarte jest postanowienie o następującej treści „przewidywany termin rozpoczęcia prac budowlanych – niezwłocznie po przekazaniu Wykonawcy terenu budowy, przewidywany termin zakończenia robót budowlanych potwierdzony protokołem odbioru końcowego – 15.12.2014r.; pozwolenie

13

na użytkowanie obiektu musi być wydane do 30.11.2014r. (data prawomocności pozwolenia), przewidywany termin ostateczny rozliczenia inwestycji między Zamawiającym a Instytucją Zarządzającą WPRO na lata 2007-2013 oraz MNiSW – 31.06.2015”, które zakwestionował odwołujący, żądając jego zmiany.

W § 5 „Termin realizacji”, ust. 3 projektu umowy zawarte jest postanowienie „Termin zakończenia robót budowlanych zwanych w dalszej części „robotami” potwierdzony protokołem odbioru końcowego: 15.12.2014 roku, natomiast pozwolenie na użytkowanie obiektu musi być wydane do 30.11.2014 r. (data prawomocności pozwolenia)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w dniu 20 kwietnia 2012 r. zawarł z Zarządem Województwa Wielkopolskiego „Umowę o dofinansowanie Projektu pt.: Centrum Edukacyjne Usług Elektronicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu” nr UDA-RPWP.0501.00-30-001/12-00 współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Priorytetu V – Infrastruktura dla kapitału ludzkiego Działania 5.1.- Infrastruktura szkolnictwa wyższego Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013”, w treści której określono okres realizacji Projektu objętego przedmiotową umową. Zakończenie rzeczowe i finansowe realizacji Projektu ustalono na „31.12.2014 r.” (§ 3 ust. 1 umowy), zaznaczając przy tym, iż terminy te mogą być zmienione wyłącznie na uzasadniony pisemny wniosek Beneficjenta. Nie dopuszczona jest więc dowolna zmiany przedmiotowej umowy. Odwołujący żądając zmiany umowy w zakresie przesunięcia terminu „ostatecznego rozliczenia inwestycji” na dzień „30.06.2015”, w istocie żąda zmiany terminu, który to termin nie jest terminem dotyczącym wykonawcy. Odwołujący błędnie bowiem utożsamia okres realizacji Projektu, o którym mowa w § 3 ww. umowy z „ostatecznym rozliczeniem inwestycji”, a więc terminem, który odnosi się tylko i wyłącznie do rozliczeń zamawiającego z Instytucją Zarządzającą (stron umowy o dofinansowanie). Odwołujący nie podał również żadnych argumentów, które żądanie to (zmianę terminu realizacji umowy przez wykonawcę) by uzasadniały, odnosząc jedynie datę wskazaną w ww. umowie (datę zakończenia rzeczowego i finansowego realizacji Projektu) do daty zgłoszenia gotowości do odbioru robót końcowych. Dlatego też Izba mając na uwadze treść wyżej powołanej umowy, w tym

obowiązki – zgodnie z jej treścią - ciążące na zamawiającym, jak również zmiany dokonane przez zamawiającego w treści SIWZ, doprecyzowujące kwestionowane terminy, nie znalazła podstaw do zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

- zarzut dotyczący rozdziału VIII „Sposób obliczenia ceny ofertowej”, pkt 2 SIWZ

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VIII SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty” pkt 2 zamieścił postanowienie kwestionowane przez odwołującego, tj. „Wykonawca, ze względu na oświadczenie, iż nie wnosi zastrzeżeń do dokumentacji projektowej, zobowiązuje

14

się do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy bez względu na ewentualne wady, błędy i braki projektowe możliwe do zauważenia przy dochowaniu należytej staranności i nie będzie wnosił o dodatkowe wynagrodzenie”.

W wyniku modyfikacji dokonanej przez zamawiającego postanowienie to otrzymało brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się z dokumentacją projektową z należytą starannością z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie pierwotne postanowienie SIWZ było nieprawidłowe, gdyż zobowiązywało wykonawcę – jak słusznie podniósł odwołujący – do skalkulowania w cenie oferty ceny elementów, które nie zostały ujęte w projekcie. Dokonana modyfikacja treści SIWZ wyeliminowała jednak możliwość uznania prac nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej za przedmiot zamówienia objęty ceną ofertową. Niemniej jednak już sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określa uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miarę wymaganej staranności. Brak jest więc podstaw do kwestionowania obecnego brzmienia tego postanowienia.

- zarzut dotyczący postanowień rozdziału XIV SIWZ „Formalności dotyczące podpisania umowy”, ust. 2 lit. g) i załącznika nr 1 do SIWZ „Oferta Przetargowa” pkt 10, lit. g) oraz § 7a „Warunki płatności w przypadku wykonywania części robót przez Podwykonawców”, ust. 2, 3 i 4 projektu umowy i § 9 „Obowiązki Wykonawcy” ust. 13 i 14 projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale XIV SIWZ „Formalności dotyczące podpisania umowy” ust. 2 pkt g) zamieścił postanowienie, iż do dnia podpisania umowy wykonawca zobowiązany jest dostarczyć „umowy zawarte z podwykonawcami (lub ich projekty), wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w umowie z podwykonawcą”.

Natomiast w załączniku nr 1 do SIWZ „Oferta Przetargowa” pkt 10 lit. g) zamieścił postanowienie, iż „w przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się dostarczyć do dnia podpisania umowy: (...) umowy zawarte z podwykonawcami (lub ich projekty), wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania prac określonych w umowie z podwykonawcą”.

Odwołujący wnosząc odwołanie podniósł m.in., w zakresie tego zarzutu, iż przy skomplikowanym charakterze zamówienia wykonawca nie ma żadnych szans na zawarcie wiążących umów z wszystkimi podwykonawcami, a ponieważ mają potwierdzić cenę to musi to być umowa a nie projekt.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w projekcie umowy dotyczącym robót budowlanych, a przedmiotem niniejszego postępowania są roboty budowlane, powinny się znaleźć ustalenia w zakresie realizacji zamówienia przez podwykonawcę, w tym m.in. nazwa i adres

15

podwykonawcy oraz zakres powierzonych mu prac zgodnie z deklaracją wykonawcy zawartą w ofercie. Jest to istotne ze względu na kwestie dotyczące płatności za prace powierzone w ramach podwykonawstwa. Art. 647 (1) k.c. wprowadza bowiem solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia. Podwykonawca może bowiem żądać zapłaty wynagrodzenia nie tylko od wykonawcy, z którym zawarł umowę ale także od zamawiającego. Przepis ten miał na celu stworzenie ochrony prawnej podwykonawców na wypadek braku zapłaty należnego im wynagrodzenia przez wykonawców, jak również miał zapewnić ochronę inwestorów. A ponieważ dla powstania odpowiedzialności solidtarnej inwestora konieczne jest wystąpienie dwóch przesłanek, tj. ustalenia w umowie zawartej pomiędzy nim

(inwestorem) a wykonawcą zakresu robót powierzanych podwykonawcom oraz wyrażenie przez niego zgody na zawarcie umowy z danym podwykonawcą to właśnie na jego żądanie – zgodnie z art. 647 (1) § 2 zd. 2 k.c. – winno nastąpić przedłożenie inwestorowi umowy z podwykonawcą albo jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie. Jest to uprawnienie inwestora, które wynika wprost z przywołanego przepisu, z którego ma on prawo skorzystać.

Niezwykle istotnym jest także uregulowanie kwestii związanych z rozliczeniem płatności podwykonawców. Tak więc w umowie o roboty budowlane dopuszczalne jest uregulowanie trybu realizacji płatności za wykonane roboty. „Powinno ono przewidywać, że wykonawca będzie przedkładać inwestorowi faktury własne wraz z załącznikami obejmującymi:

- 1) upoważnienie do zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawców, w części dla nich przypadającej, na zasadzie przekazu (art. 921 ¹ -921 ⁵ KC), zgodnie z załączonymi ich fakturami;
- 2) faktury podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz ich oświadczenia, że zapłata za te faktury wyczerpuje ich roszczenia z tytułu wykonanych robót;
- 3) kopie upoważnień udzielonych przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) podwykonawcom (i odpowiednio dalszym podwykonawcom przez podwykonawców) do odbioru należnych wynagrodzeń bezpośrednio od inwestora, na zasadzie przekazu (art. 921 ¹ -921 ⁵ KC)” (K.Pietrzykowski, Kodeks cywilny, Komentarz do art. 450 – 1088, Tom II. 2011).

Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania powyższych postanowień.

- zarzut dotyczący pkt. 10 lit. c) załącznika nr 1 do SIWZ „Oferta Przetargowa”

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 10 załącznika nr 1 do SIWZ „Oferta Przetargowa” zamieścił następujące postanowienia:

16

„10.W przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się dostarczyć do dnia podpisania umowy:

c) kopię opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż wartość kontraktu i na czas trwania umowy”.

Odwolujący zakwestionował powyższe postanowienie, zwracając uwagę na sprzeczność z postanowieniami rozdziału XIV.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, celem ujednolicenia terminologii stosowanej w SIWZ i umowie zastąpił słowa „na kwotę nie mniejszą niż wartość kontraktu” słowami „wartość wynagrodzenia brutto wykonawcy wynikającego z umowy.

Mając na uwadze powyższe, tj. dostosowanie treści tego postanowienia do treści pozostałych postanowień SIWZ i projektu umowy oraz braku stanowiska odwołującego w tej kwestii Izba uznała, iż dostosowanie tych treści zniwelowało kolizję pojęć zawartych w dokumentacji przetargowej. Tym samym na obecnym etapie postępowania zarzut ten nie potwierdził się.

- zarzut dotyczący § 6 „Sposób rozliczania” ust. 1.3. i 1.5. projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 6 „Sposób rozliczania” ust. 1.3. i 1.5 projektu umowy zamieścił następujące postanowienia:

„1.3.Wykonawca wystawi faktury częściowe za roboty budowlane, łącznie do 80% wartości całkowitego wynagrodzenia określonego § 4 ust. 2 lp. 1 kol. 5.

1.5.Pozostałe 20% wartości zostanie wypłacone wraz z rozliczeniem faktury końcowej”.

Odwolujący wniósł o wykreślenie tych postanowień, podnosząc w piśmie procesowym złożonym w dniu 22 maja 2012 r., iż zamawiający żądając od wykonawcy fakturowania częściowego do kwoty 80% wartości całkowitego wynagrodzenia i zapłaty 20% dopiero po dokonaniu odbioru końcowego wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na użytkowanie wymaga de facto do tego zabezpieczenia o wartości znacznie przekraczającej ustawowy limit zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie, jak wynika z treści umowy o dofinansowanie Projektu dofinansowanie ma być udzielone w formie zaliczki „maksymalnie do wysokości 80% kwoty dofinansowania w

jednej lub kilku transzach, a pozostałe 20% dofinansowania (...) w formie refundacji poniesionych przez Beneficjenta wydatków kwalifikowanych". Sposób płatności określony w projekcie umowy determinuje treść umowy zawartej przez zamawiającego z instytucją zarządzającą. Wykonawca – zgodnie z § 6 ust. 1.1. projektu umowy, który to przepis nie był przez odwołującego kwestionowany - „będzie wystawiał faktury częściowe raz na kwartał (na koniec kwartału) za wykonane etapy robót”, przy czym zgodnie z harmonogramem płatności,

17

stanowiącym załącznik do oferty. Tak więc otrzyma on (wykonawca) pełną kwotę wynikającą z każdej faktury częściowej, co faktycznie – jak podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - pozwoli wykonawcy na uregulowanie wynikającej z niej kwoty podatku VAT.

Zdaniem Izby, w niniejszym stanie faktycznym, nie doszło do naruszenia art. 150 ustawy Pzp, gdyż kwestionowane postanowienie dotyczy w istocie wynagrodzenia wykonawcy, a więc kwoty należnej mu za wykonane roboty budowlano-montażowe. Natomiast zabezpieczenie należytego wykonania umowy, będące rodzajem kaucji przekazywanej przez wykonawcę celem zabezpieczenia ewentualnego zabezpieczenia roszczeń (w tym przypadku „roszczenia wynikającego z tytułu nienależytego wykonania umowy, ewentualnych odszkodowań, kar umownych i kosztów zastępczego usunięcia wad oraz kosztów zastępczego wykonywania przeglądów, serwisu, konserwacji i napraw gwarancyjnych” - § 13 projektu umowy) czemu innemu służy. Tak więc są to dwie różne instytucje, kwot wynikających z których nie można łączyć. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

- zarzut dotyczący § 6 „Sposób rozliczania” ust. 1.6. projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 6 „Sposób rozliczania” ust. 1.6. projektu umowy zamieścił postanowienie, iż „złożenie faktury końcowej może nastąpić po zakończeniu czynności odbiorowych, wywiązaniu się wykonawcy ze wszystkich zobowiązań wynikających z umowy z wyłączeniem opisanych w § 4 ust. 2 lp. 3 umowy, podpisaniu protokołu końcowego i uzyskaniu pozwolenia zgodnie z art. 56 i 57 ustawy Prawo budowlane”.

Odwołujący wniósł o wykreślenie sformułowania „(...)” i uzyskaniu pozwolenia zgodnie z art. 56 i 57 ustawy Prawo budowlane”.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego uznając, iż dopiero uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu daje zamawiającemu potwierdzenie wykonania obiektu w sposób zgodny z jego przeznaczeniem. A ponieważ odwołujący nie podniósł żadnych argumentów uzasadniających postawiony wniosek nie jest możliwe precyzyjne odniesienie się do tak lakonicznie postawionego zarzutu.

- zarzut dotyczący § 14 „Kary umowne” ust. 1 lit c) projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 14 „Kary umowne”, ust. 1 lit. c) projektu umowy zamieścił postanowienie, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne „za przekroczenie terminu usunięcia wad i usterek w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, określonego odpowiednio w § 4 ust. 2 lp. 1 kol. 5 umowy, za każdy dzień opóźnienia”.

Odwołujący podniósł, iż jest to sprzeczne z wszelkimi zasadami współzycia społecznego art. 5 k.c., jak również z art. 487 § 2 k.c. oraz 353 (1) k.c.

18

Zamawiający powyższe uwzględnił, zmieniając podstawę obliczenia kary umownej na „0,02% wynagrodzenia brutto (...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zawarcie umowy zwykle niesie za sobą ryzyko wystąpienia szeregu okoliczności, których następstwem może być jej niewykonanie. Zabezpieczeniem w takim właśnie przypadku są kary umowne. Istotnym jest przy tym, aby kara umowna była adekwatna do skutków powstałych w przypadku uchybienia w wykonaniu przedmiotu zamówienia. A ponieważ w niniejszym stanie faktycznym zamawiający zmienił treść SIWZ, odnosząc kwestionowane postanowienia do konkretnych sytuacji, obniżając i jednocześnie dostosowując wysokość kary umownej do charakteru wad i usterek, poprzez ustalenie tej wysokości na poziomie „0,02%”, brak jest więc – zdaniem Izby - podstaw do dalszego kwestionowania tak określonej wysokości. Kary umowne zastrzeżone przez zamawiającego

nie pozostają w kolizji z zasadą swobody umów. Kary umowne wiążą się bowiem z należytym wykonaniem zamówienia, tym samym mają służyć zdyscyplinowaniu wykonawcy do prawidłowego wykonania umowy, a ich wysokość w niniejszym stanie faktycznym nie jest – przy tak określonym przedmiocie zamówienia – wygórowana. Zarzut ten nie potwierdził się.

- zarzut dotyczący § 14 „Kary umowne, ust. 6 projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 14 „Kary umowne”, ust. 6 projektu umowy zamieścił postanowienie, iż „ze względu na finansowanie inwestycji ze środków Unii Europejskiej zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy, jeżeli wykonawca nie zakończy robót budowlanych w terminie określonym w § 5 ust. 3, albo pozwolenie na użytkowanie obiektu nie zostanie wydane w terminie wskazanym w tym ustępie”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie – jak wynika to z umowy o dofinansowanie Projektu – zakończenie inwestycji pod względem rzeczowym i finansowym musi zakończyć się do dnia 31 grudnia 2014 r. Tak więc do tego dnia muszą być dokonane wszelkie płatności przewidziane w umowie z instytucją zarządzającą. Niedotrzymanie terminów wskazanych w powołanej wyżej umowie skutkować będzie odstąpieniem przez instytucję zarządzającą od umowy o dofinansowanie przedmiotowego Projektu i tym samym żądanie zwrotu przekazanych zamawiającemu środków. Tak więc wobec terminów jednoznacznie określonych w umowie zawartej przez zamawiającego z instytucją zarządzającą i wynikającymi z tego konsekwencjami zamieszczenie takiego postanowienia i związanych z nimi konsekwencji było uzasadnione.

- zarzut dotyczący § 15 „Ubezpieczenie”, ust. 1. projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 15 „Ubezpieczenie”, ust. 1. projektu umowy zamieścił postanowienie „Wykonawca zobowiązuje się zawrzeć umowę ubezpieczenia prac

19

budowlano – montażowych określonych niniejszą umową na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż wartość wynagrodzenia wykonawcy brutto, określonego w § 4 ust. 1. umowy. Umowa ubezpieczenia musi zostać rozszerzona o odpowiedzialność cywilną za szkody wobec osób trzecich”.

Odwołujący zażądał wykreślenia zdania drugiego powyższego postanowienia, podnosząc iż „co innego jest ubezpieczenie CAR, a co innego ubezpieczenie OC”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania, podzielając jednocześnie stanowisko zamawiającego, że ze względu na to, iż inwestycja ma być realizowana na terenie trudnym zarówno pod względem geologicznym, hydrologicznym, jak i z uwagi na położenie miejsca inwestycji (pomiędzy zabudowanymi działkami i ruchliwych ulicach), a tym samym podwyższone ryzyko wystąpienia szkód w mieniu osób trzecich koniecznym i zasadnym jest rozszerzenie ubezpieczenia wykonawcy także o odpowiedzialność cywilną za szkody wobec osób trzecich. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

- zarzut dotyczący § 16 „Zmiana postanowień umowy”, ust. 2.2. projektu umowy

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 16 „Zmiana postanowień umowy”, ust. 2.2. projektu umowy zamieścił postanowienie „Zmiany wskazywane w lit. b) i e) będą wprowadzane wyłącznie w zakresie umożliwiającym oddanie przedmiotu umowy do użytkowania, a zamawiający może ponieść ryzyko zwiększenia wynagrodzenia z tytułu takich zmian wyłącznie w kwocie równej zwiększonym z tego powodu kosztom”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W zakresie postawionego zarzutu odwołujący nie podał żadnych argumentów uzasadniających wykreślenie tego postanowienia. Nie można więc do nich się odnieść. Niemniej jednak, w ocenie Izby, kwestionowane postanowienie, nie pozostaje w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami czy to ustawy Pzp, czy też k.c., gdyż reguluje ono jedynie sposób ustalenia kosztów zastosowania innych rozwiązań niż wskazane w dokumentacji projektowej, bądź też wynikających ze zmiany obowiązującego prawa lub postępu technologicznego. Wskazane zmiany mogą bowiem wynikać tylko z okoliczności określonych w umowie, a zamawiający poniesie koszt „zastosowania innego rozwiązania” stanowiący jedynie różnicę między kosztem „zastosowania innego rozwiązania” a kosztem rozwiązania przewidzianego w dokumentacji projektowej, przy czym wyłącznie w

zakresie umożliwiającym oddanie przedmiotu umowy do użytkowania. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

20

- zarzut dotyczący § 16 „Zmiana postanowień umowy”, ust. 3.2. projektu umowy
Izba ustaliła, iż zamawiający w § 16 „Zmiana postanowień umowy”, ust. 3.2. projektu umowy zamieścił postanowienie „Zmiana osób, przy pomocy których Zamawiający realizuje przedmiot umowy na inne osoby legitymujące się co najmniej równoważnymi uprawnieniami, o których mowa w Prawie Budowlanym”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W zakresie tak postawionego zarzutu odwołujący nie podał żadnych argumentów uzasadniających wykreślenie tego postanowienia. Nadto kwestionowane postanowienie dotyczy osób przy pomocy, których to zamawiający, a nie odwołujący będzie realizował przedmiot umowy. Uprawnień osób, przy pomocy których to wykonawca (a więc i odwołujący) będzie realizował zamówienie dotyczy bowiem § 16 ust 3.1. projektu umowy. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż oczywistym jest, iż w sytuacji, gdy zamawiający wymagał aby osoba wskazana do pełnienia danej funkcji posiadała konkretne i ściśle określone uprawnienia to w przypadku zmiany tej osoby jej następca powinien posiadać co najmniej takie same uprawnienia.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

21

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o niezasądzanie kosztów dojazdu na posiedzenia Izby przez trzech pełnomocników zamawiającego z uwagi na to, iż odwołujący poza zgłoszeniem przedmiotowego wniosku nie podniósł żadnych argumentów okoliczność tę uzasadniających.

Przewodniczący:

22