

Sygn. akt: KIO 1910/11

WYROK
z dnia 19 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **5 września 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SNC Lavalin Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/11 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910 i oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/11 po stronie odwołującego;
- D. wykonawcy **Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- E. wykonawcy **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910/ 11 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego;
- F. wykonawcy **Babcock & Wilcox Volund A/S, Falkevej 2 DK-6705 Esbjerg Ø Denmark** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1910 oraz KIO 1918/11 po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawionym szczegółowo w uzasadnieniu.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin** na rzecz wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i **Nr 87, poz. 484**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Kontrakt nr 1 „Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i **Nr 87, poz. 484**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

26.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 163-269197.

05.09.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, **wykonawca Korporacja Budowlana**

DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) na:

- 1) treść punktu 4.4.16 specyfikacji Opis przedmiotu zamówienia, co odpowiada treści sekcji II.2.1.4.16 Ogłoszenia Wielkość lub zakres zamówienia, całkowita wielkość lub zakres;
- 2) treść punktu 8 specyfikacji Termin wykonania zamówienia, co odpowiada treści sekcji VI.3.2. Ogłoszenia Informacje dodatkowe;
- 3) treść punktu 9.2.3 specyfikacji Wykluczenie wykonawcy z postępowania, warunku udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co odpowiada treści sekcji III.2.3.4.3 Ogłoszenia, w zakresie: lit. b –Ekspert nr 2 (Koordynator ds. Termicznego przekształcania odpadów komunalnych), lit. g – Ekspert nr 7 (Technolog 1 Kierownik zespołu projektowego), lit. h – Ekspert nr 8 (Technolog 2 proces oczyszczania spalin), lit. j – Ekspert nr 10 (Technolog 4 odzysk energii), lit. n – Ekspert nr 14 (Specjalista ds. ochrony środowiska);
- 4) treść punktu 25.2.1.b.1.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Zużycie energii elektrycznej Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów (dalej ZTUO);

- 5) treść punktu 25.2.1.b.1.1.2 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia reagenta(ów) do redukcji kwaśnych zanieczyszczeń w spalinach łącznie z kosztami przygotowania reagenta do procesu (o ile wystąpią);
- 6) treść punktu 25.2.1.b.1.1.3 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia reagenta do redukcji substancji organicznych, dioksyn, furanów i metali ciężkich;
- 7) treść punktu 25.2.1.b.1.1.4 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia reagenta do redukcji NOx;
- 8) treść punktu 25.2.1.b.1.5 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Zużycie wody technologicznej;
- 9) treść punktu 25.2.1.b.1.6 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia paliwa płynnego rozruchu instalacji ze stanu zimnego;
- 10) treść punktu 25.2.2.a.1.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Pojemność bunkra;
- 11) treść punktu 25.2.2.a.1.3 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Ilość stanowisk rozładunku pojazdów;
- 12) treść punktu 25.2.2.a.4.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Palniki rozruchowo-wspomagające;
- 13) treść punktu 25.2.2.a.5.4 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Ilość wtryskowych schładzaczy pary zainstalowanych w zespołach pęczków przegrzewaczy;
- 14) treść punktu 25.2.2.a.5.5 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Powierzchnia zabezpieczenia zmian z Inconelu;
- 15) treść punktu 25.2.2.a.6.2 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Maksymalna temperatura zewnętrzna, przy której możliwe jest awaryjne wyprowadzenie całej pary (wytwarzanej w warunkach nominalnych) do powietrznego kondensatora;
- 16) treść punktu 25.2.2.a.8.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Możliwość pełnej obsługi instalacji ZTUO z centralnej sterowni;
- 17) treść punktu 25.2.2.a.8.4 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Serwer archiwizowania danych i wyników;
- 18) treść punktu 25.2.2.b specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koncepcja;
- 19) treść punktu 6 Załącznika nr 1d do specyfikacji Gwarancja jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych;
- 20) treść punktu 1.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 21) treść punktu 1.8. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 22) treść punktu 1.10. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 23) treść punktu 1.12. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 24) treść punktu 2.1. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 25) treść punktu 2.4. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 26) treść punktu 3.2. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;

- 27) treść punktu 5.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 28) treść punktu 8.3. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 29) treść punktu 8.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 30) treść punktu 10.1. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 31) treść punktu 11.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 32) treść punktu 11.12. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 33) treść punktu 11.13. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 34) treść punktu 12.5.b. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 35) treść punktu 12.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 36) treść punktu 12.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 37) treść punktu 12.9. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 38) treść punktu 13.1. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 39) treść punktu 14.2. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 40) treść punktu 14.3. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 41) treść punktu 14.16. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 42) treść punktu 14.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 43) treść punktu 15.2. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 44) treść punktu 15.5. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy;
- 45) treść punktu 17.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu:

- 1) 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, przez 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 równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, zamawiający pozbawia zatem wykonawców możliwości uzyskania zamówienia;
- 2) naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – przez zawarcie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowych warunków udziału – w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nakładając tym samym na wykonawców nadmierne warunki dotyczące

dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji;

- 3) naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wybrakowany, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert;
- 4) naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wskazanie kryterium oceny w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty, naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania;
- 5) naruszenie przepisów art. 7 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego wynikającego z treści postanowień tej umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w specyfikacji w następującym zakresie:

- 1) punkt 4.4.16 specyfikacji przez wykreślenie usług serwisowych w Okresie Usuwania Wad oraz w okresie rękojmi z zakresu zamówienia;
- 2) punkt 8 specyfikacji Termin wykonania zamówienia przez przedłużenie terminu wykonania zamówienia z 1160 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy na 1600 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy;
- 3) punkt 9.2.3.b specyfikacji przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 2 Koordynator ds. Termicznego przekształcania odpadów komunalnych mógł się legitymować co najmniej 8 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji przedstawiciela wykonawcy, Kierownika Kontraktu w tym zarządzanie co najmniej jednym kontraktem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj, którego przedmiotem była budowa lub modernizacja instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub

osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok;

- 4) punkt 9.2.3.g specyfikacji przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 7 Technolog 1 Kierownik zespołu projektowego mógł się legitymować co najmniej 8 letnim doświadczeniem zawodowym w charakterze kierującego zespołem projektowym, w tym udział w opracowywaniu dokumentacji projektowej dla co najmniej jednej instalacji termicznego przekształcania opadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok;
- 5) punkt 9.2.3.h specyfikacji przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 8 Technolog 2 proces oczyszczania spalin mógł się legitymować co najmniej 8 letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie projektowania układów oczyszczania spalin oraz udział w opracowywaniu projektu systemów oczyszczania spalin metodą morą dla co najmniej jednej zrealizowanej instalacji termicznego przekształcania opadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok;
- 6) punkt 9.2.3.j specyfikacji przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 10 Technolog 4 odzysk energii mógł się legitymować udziałem jako technolog w opracowywaniu dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) co najmniej jednej instalacji termicznego przekształcania opadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok ze skojarzonym wytwarzaniem energii cieplnej i elektrycznej, z produkcją pary 50 Mg/h,
- 7) punkt 9.2.3.n specyfikacji przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 14 Specjalista do spraw ochrony środowiska mógł się legitymować uczestnictwem w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej oceny oddziaływania na środowisko dla budowy co najmniej jednej instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności 100 000 Mg/rok zakończonej wydaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji o wartości minimum 100 000 000 PLN netto objętej decyzją środowiskową, punkt 25.2.1.b.1.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Zużycie energii elektrycznej ZTUO przez podanie jednostki, w jakiej ma zostać wyrażone zużycie energii elektrycznej oraz uzupełnienie kryterium przez podanie, do

jakiej jednostki czasu ma się odnosić zużycie energii (czy ma to być dzień, godzina, rok);

- 8) punkt 25.2.1.b.1.1.2 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia reagenta (ów) do redukcji kwaśnych zanieczyszczeń w spalinach łącznie z kosztami przygotowania reagenta do procesu (o ile wystąpią) przez zmianę tego warunku w ten sposób, że zamawiający poda ceny reagentów, a wykonawca ich zużycie;
- 9) punkt 25.2.1.b.1.1.3 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia reagenta do redukcji substancji organicznych, dioksyn, furanów i metali ciężkich przez zmianę tego warunku w ten sposób, że zamawiający poda ceny reagentów, a wykonawca ich zużycie;
- 10) punkt 25.2.1.b.1.1.4 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia reagenta do redukcji NO_x przez zmianę tego warunku w ten sposób, że zamawiający poda ceny reagentów, a wykonawca ich zużycie;
- 11) punkt 25.2.1.b.1.5 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Zużycie wody technologicznej przez zmianę warunku podania przez wykonawcę zużycia w zł/na rok na m³/rok;
- 12) punkt 25.2.1.b.1.6 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koszt zużycia paliwa płynnego rozruchu instalacji ze stanu zimnego przez zmianę warunku podania kosztów zużycia w zł na podanie zużycia w tonach;
- 13) punkt 25.2.2.a.1.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Pojemność bunkra przez zmianę tego warunku przez wprowadzenie maksymalnej pojemności bunkra przewidzianej w Decyzji Środowiskowej, tzn. pojemności pozwalającej na pomieszczenie odpadów z 6 dni;
- 14) punkt 25.2.2.a.1.3 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Ilość stanowisk rozładunku pojazdów przez wykreślenie tego warunku lub jego zmianę przez określenie maksymalnej liczby stanowisk rozładunku pojazdów;
- 15) punkt 25.2.2.3.4.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Palniki rozruchowo-wspomagające przez wykreślenie tego warunku lub jego zmianę przez określenie maksymalnej liczby palników rozruchowo-wspomagające;
- 16) punkt 25.2.2.a.5.4 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Ilość wtryskowych schładzaczy pary zainstalowanych w zespołach pęczków przegrzewaczy przez wykreślenie tego warunku lub jego zmianę przez określenie maksymalnej liczby wtryskowych schładzaczy pary zainstalowanych w zespołach pęczków przegrzewaczy;
- 17) punkt 25.2.2.a.5.5 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Powierzchnia zabezpieczenia ścian z Inconelu przez wykreślenie tego warunku lub jego zmianę przez określenie maksymalnej powierzchni zabezpieczenia ścian z Inconelu;
- 18) punkt 25.2.2.a.6.2 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Maksymalna temperatura zewnętrzna, przy której możliwe jest awaryjne wyprowadzenie całej pary

(wytwarzanej w warunkach nominalnych) do powietrznego kondensatora przez wykreślenie tego warunku lub jego zmianę przez określenie maksymalnej temperatury zewnętrznej, przy której możliwe jest awaryjne wyprowadzenie całej pary (wytwarzanej w warunkach nominalnych);

- 19) punkt 25.2.2.a.8.1 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Możliwość pełnej obsługi instalacji ZTUO z centralnej sterowni przez jego wykreślenie lub zmianę przez określenie definicji pełnej obsługi instalacji i jej zakresu;
- 20) punkt 25.2.2.a.8.4 specyfikacji Kryteria oceny ofert. Serwer archiwizowania danych i wyników przez jego doprecyzowanie w ten sposób, że zamawiający wskaże, że maksymalna zdolność archiwizacji, którą może zaproponować wykonawca wynosi 720 godzin miesięcznie;
- 21) punkt 25.2.2.b specyfikacji Kryteria oceny ofert. Koncepcja przez uzupełnienie tego warunku o podanie dokładnego sposobu przyznawania punktów z tytułu tego kryterium,
- 22) punkt 1.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez nadanie mu brzmienia: „Żadna ze stron nie sceduje realizacji Kontraktu na osobę trzecią. [...]”;
- 23) punkt 1.8. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez nadanie mu brzmienia: Jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to wykonawca dostarczy inżynierowi dwa egzemplarze każdego z Dokumentów wykonawcy w formie „papierowej” i 2 egzemplarze w formie elektronicznej (edytowalne: doc, xls, dwg, mpp oraz tylko do odczytu: PDF) zapisane na płycie CD/DVD, z zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany jest dostarczać dodatkowe egzemplarze Dokumentów wykonawcy na żądanie Inżyniera”;
- 24) punkt 1.10. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez zastąpienie postanowień o przeniesieniu autorskich praw majątkowych do Dokumentów wykonawcy postanowieniami o udzieleniu licencji do Dokumentów wykonawcy oraz przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP;
- 25) punkt 1.12. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez zmniejszenie kary umownej za naruszenie poufności przez wykonawcę i usunięcie obostrzenia, że wykonawca nie będzie publikował ani pozwał na publikowanie, ani ujawniał żadnych szczegółów robót w żadnym periodyku zawodowym czy technicznym lub gdziekolwiek indziej, bez uprzedniej zgody zamawiającego, tym samym przez naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp, art. 353¹ Kc;
- 26) punkt 2.1. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez zmianę tego postanowienia w ten sposób, że brak terminowego przekazania wykonawcy Placu Budowy będzie skutkowało automatycznym przedłużeniem czasu realizacji

- zamówienia i nie będzie uzależniony od wystąpienia przez wykonawcę o wydłużenie tego czasu, a także przez uzupełnienie, że przekazanie Placu Budowy nastąpi najpóźniej w ciągu 7 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę;
- 27) punkt 2.4. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez przywrócenie wynikającej z FIDIC pierwotnej treści tego punktu zakładającej, że zamawiający przedstawi dowody, że posiada środki finansowe umożliwiające zapłatę Ceny Kontraktowej w ciągu 28 dni, a nie 180 dni;
- 28) punkt 3.2. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez nadanie lit. a) następującego brzmienia: „brak odrzucenia jakiegokolwiek Roboty, Urządzenia lub Materiałów będzie równoznaczny z zaakceptowaniem Roboty, Urządzenia, Materiałów.”;
- 29) punkt 5.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „Najpóźniej w dniu zakończenia Prób Końcowych wykonawca dostarczy Inżynierowi ustaloną przez Inżyniera liczbę i rodzaj egzemplarzy Dokumentacji Powykonawczej zgodnie z Wymaganiami zamawiającego z ręcznymi adnotacjami umożliwiającą przejście i eksploatację przedmiotu Umowy, a w ciągu 30 dni od zakończenia Prób Końcowych dostarczy Inżynierowi oryginały Dokumentacji Powykonawczej.”;
- 30) punkt 8.3. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca w ciągu 21 dni po Dacie Rozpoczęcia dostarczy Inżynierowi Program robót niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę, a w ciągu 21 dni od otrzymania pozwolenia na budowę przygotuje Program robót uwzględniający wykonawstwo.”;
- 31) punkt 8.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez dodanie postanowienia, że wartość wszystkich kar umownych i odszkodowań wynikających z umowy nie może przekroczyć wysokości Ceny Kontraktowej za wykonanie przedmiotu Umowy oraz dodanie zastrzeżenia, że łączna wysokość wszystkich kar nie może przekroczyć 10% Ceny Kontraktowej, a tym samym przez naruszenie art. 14 Pzp, art. 139 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc.
- 32) punkt 10.1. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez przywrócenie wynikającego z FIDIC pierwotnego brzmienia tego punktu przez dodanie ostatniego akapitu tego punktu określonego w FIDIC;
- 33) punkt 11.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez przywrócenie wynikającego z FIDIC pierwotnego brzmienia tego punktu przez dodanie ostatniego zdania pierwszego akapitu tego punktu określonego w FIDIC,

- 34) punkt 11.12. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez modyfikację tego punktu w ten sposób, że bieg okresu gwarancji rozpoczyna się w dniu wydania Świadectwa Przejęcia;
- 35) punkt 11.13. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez modyfikację tego punktu w ten sposób, że bieg okresu rękojmi za wady rozpoczyna się w dniu wydania Świadectwa Przejęcia;
- 36) punkt 12.5.b. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez usunięcie wymogu złożenia przez wykonawcę gwarancji procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych;
- 37) punkt 12.6. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez wykreślenie postanowień, że próby i kontrola materiałów określonych w tej klauzuli będą prowadzone w ciągu całego Okresu Zgłaszania Wad i zastąpienie go postanowieniem ustalającym maksymalny czas prowadzenia prób i kontroli materiałów określonych w tej klauzuli w czasie prób eksploatacyjnych;
- 38) punkt 12.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez naruszenie art. 14 PZP, art. 139 PZP w zw. Art. 353 ¹ KC oraz art. 483 § 1 Kc przez nakazanie wykreślenia klauzuli 12.7 oraz klauzuli 12.9 Warunków Szczególnych Kontraktu;
- 39) punkt 12.9. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez jego modyfikację w ten sposób, że wykonawca będzie gwarantował jedynie zużycie reagentów i to tylko w czasie prób eksploatacyjnych, dodanie postanowienia, że wartość kar umownych wynikających z tej klauzuli nie może przekroczyć wysokości Ceny Kontraktowej za wykonanie przedmiotu Umowy, zmniejszenie kar umownych przewidzianych w tej klauzuli, ujednoczenie sposobu naliczania kar w postaci wprowadzenia wzorów, których formuła wykazywać będzie faktyczną wielkość uchybienia i określać wysokość kar w zależności od wielkości przekroczenia gwarantowanych parametrów;
- 40) punkt 13.1. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez przywrócenie wynikającego z FIDIC pierwotnego brzmienia tej klauzuli przez dodanie punktu (ii) pierwszego akapitu określonego w FIDIC;
- 41) punkt 14.2. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez przywrócenie wynikającego z FIDIC pierwotnego brzmienia tej klauzuli przez dodanie klauzuli 14.2. Zaliczka określonej w FIDIC;
- 42) punkt 14.3. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez zmodyfikowanie tej klauzuli w ten sposób, aby rozliczenia następowały co miesiąc,
- 43) punkt 14.16. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez naruszenie art. 14 Pzp, art. 139 Pzp w zw. z art. 353 ¹ Kc przez nakazanie wykreślenia punktu a w klauzuli 14.16 Warunków Szczególnych Kontraktu

- 44) punkt 14.7. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez nadanie mu treści: „Zapłata faktur nastąpi w terminie 30 dni od ich doręczenia zamawiającemu na numer rachunku wykonawcy umieszczony na fakturze VAT”;
- 45) punkt 15.2. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 Kc przez nakazanie wykreślenia ostatniego akapitu klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu
- 46) punkt 15.5. II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez dodanie postanowienia, że w razie odstąpienia zamawiającego od Kontraktu z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wykonawcy, oprócz wynagrodzenia z tytułu wykonania części Kontraktu, przysługuje także prawo do domagania się od zamawiającego odszkodowania na zasadach ogólnych Wynikających z Kodeksu cywilnego i rozliczenia kosztów faktycznie poniesionych przez Wykonawcę na realizację zamówienia, wykreślenie lub zmianę postanowienia określającego, że sankcją za podzlecenie przez wykonawcę robót niez zaakceptowanemu przez zamawiającego zgodnie z klauzulą 4.4. Podwykonawcy może być rozwiązanie Kontraktu przez zamawiającego, tym samym naruszenie art. 145 Pzp;
- 47) punkt 17.6 II Części specyfikacji Formularz Aktu Umowy przez przywrócenie wynikającego z FIDIC pierwotnego brzmienia tej klauzuli przez dodanie klauzuli 17.6 Ograniczenie odpowiedzialności określonej w FIDIC.

Odwołujący wnosi także o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści załączników do specyfikacji w następującym zakresie:

- 1) punkt 6 Załącznika nr 1d do specyfikacji Gwarancja jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych przez wykreślenie warunku przedstawienia przez wykonawcę gwarancji jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych lub zmianę tego warunku w ten sposób, aby wykonawca składał wyżej wymienioną gwarancję tylko w przypadku wykonania instalacji stabilizacji i zestalania odpadów.

Ponadto odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie:

- 1) punkt II.2.1.4.16 Ogłoszenia Wielkość lub zakres zamówienia, całkowita wielkość lub zakres przez wykreślenie usług serwisowych w Okresie Usuwania Wad oraz w okresie rękojmi z zakresu zamówienia;
- 2) punkt III.2.3.4.3.b Ogłoszenia przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 2 Koordynator ds. Termicznego przekształcania odpadów komunalnych mógł się legitymować co najmniej 8 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji przedstawiciela wykonawcy, Kierownika Kontraktu w tym zarządzanie co najmniej jednym kontraktem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj”, którego

przedmiotem była budowa lub modernizacja instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok;

- 3) punkt III.2.3.4.3.g Ogłoszenia przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 7 Technolog 1 Kierownik zespołu projektowego mógł się legitymować co najmniej 8 letnim doświadczeniem zawodowym w charakterze kierującego zespołem projektowym, w tym udział w opracowywaniu dokumentacji projektowej dla co najmniej jednej instalacji termicznego przekształcania opadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok;
- 4) punkt III.2.3.4.3.h Ogłoszenia przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 8 Technolog 2 proces oczyszczania spalin mógł się legitymować co najmniej 8 letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie projektowania układów oczyszczania spalin oraz udział w opracowywaniu projektu systemów oczyszczania spalin metodą morą dla co najmniej jednej zrealizowanej instalacji termicznego przekształcania opadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok;
- 5) punkt III.2.3.4.3.j Ogłoszenia przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 10 Technolog 4 odzysk energii mógł się legitymować udziałem jako technolog w opracowywaniu dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i wykonawczego) co najmniej jednej instalacji termicznego przekształcania opadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności co najmniej 100 000 Mg/rok ze skojarzonym wytwarzaniem energii cieplnej i elektrycznej, z produkcją pary 50 Mg/h;
- 6) punkt III.2.3.4.3.n Ogłoszenia przez zmianę – uzupełnienie tego warunku, tak aby Ekspert nr 14 Specjalista do spraw ochrony środowiska mógł się legitymować uczestnictwem w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej oceny oddziaływania na środowisko dla budowy co najmniej jednej instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych o wydajności 100 000 Mg/rok zakończonej wydaniem ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz udział w realizacji co najmniej jednej inwestycji o wartości minimum 100 000 000 PLN netto objętej decyzją środowiskową;

- 7) punkt VI.3.2. Ogłoszenia Informacje dodatkowe przedłużenie terminu wykonania zamówienia z 1160 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy na 1600 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy i nadanie mu brzmienia: „Termin realizacji zamówienia od dnia podpisania umowy do 16.03.2017 (Czas na Wykonanie) nie dłuższy niż 1600 dni liczonych od dnia podpisania umowy (Daty Rozpoczęcia) i 180 dni Okresu Zgłaszania Wad liczone od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia.

Odwołujący wnosi również o nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Argumentacja odwołującego

I. Uzasadnienie w zakresie zarzutu z punktu 1 – niemożliwy do dotrzymania termin wykonania zamówienia

Z art. 7 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie odwołującego, przepis ten został przez zamawiającego naruszony m.in. przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na wykonanie zamówienia, który uniemożliwia złożenie rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty, a tym samym zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania uczestników. Zamawiający ustalił bowiem, że przedmiot zamówienia wykonawca ma zrealizować w ciągu 1160 dni kalendarzowych (38,7 miesiąca) liczonych od dnia podpisania umowy.

Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie pierwszej w Polsce spalarni odpadów komunalnych o wielkiej wartości i pokaźnych gabarytach.

W ocenie odwołującego termin wykonania spalarni jest niemożliwy do spełnienia i tym samym godzi w zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zrealizowanie inwestycji w zakresie wybudowania obiektu spalarni w ciągu 38 miesięcy jest obiektywnie niemożliwe oraz sprzeczne z zasadami sztuki budowlanej.

Samo uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (niezbędne dla wykonania tego etapu) zajmuje około 3 miesięcy. Tym samym roboty budowlane musiałyby być wykonane w okresie 35 miesięcy, podczas gdy z doświadczenia i informacji zdobytych przez odwołującego wynika, że budowę tego typu obiektu można zrealizować najszybciej w ciągu 52 miesięcy, a więc termin wykonania zamówienia powinien zostać bezwzględnie przedłużony co najmniej o 440 dni (14,7 miesiąca).

Jeżeli doszłoby do zawarcia umowy w niezmienionym kształcie, na zasadzie przepisów art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc (*Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna*) była by to umowa nieważna, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Konieczne jest zatem wydłużenie terminu wykonania zamówienia do 1600 dni (53,3 miesiąca).

Niewątpliwie doszło do naruszenia przez zamawiającego 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, przez 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 równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zamawiający pozbawia wykonawców możliwości uzyskania zamówienia.

II. Uzasadnienie w zakresie zarzutów z pkt 2 – bezzasadnie wysokie, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, warunki dotyczące dysponowania przez wykonawców odpowiednim potencjałem osobowym

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, wykonawca musi spełnić warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Art. 22 ust. 4 Pzp wymaga, by opis dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył oba cytowane przepisy, doprowadzając równocześnie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania uczestników postępowania. Wymogi stawiane przez zamawiającego w stosunku do osób – ekspertów, mających kluczową rolę w wykonaniu zamówienia – stanowią ograniczenie zasady konkurencyjności. Zamawiający w stosunku do ekspertów nr 2, 7, 8, 10 oraz 14 przewidział konieczność legitymowania się tylko i wyłącznie doświadczeniem (szczegółowo opisanym w specyfikacji) zdobytym w inwestycjach dotyczących termicznego przekształcania odpadów komunalnych, podczas gdy wszyscy pozostali eksperci powinni wykazać się bądź to właśnie odpowiednimi kwalifikacjami odnośnie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, bądź to względem instalacji termicznego przekształcania odpadów lub osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych.

Na tej podstawie uznać należy, że zamawiający, formułując bezzasadnie wysokie warunki, które w szczególności muszą spełnić Eksperti nr 2, 7, 8, 10 oraz 14, doprowadził

do niezmiernie istotnego ograniczenia liczby osób mogących wykonać przedmiot zamówienia, gdyż w Polsce brakuje osób spełniających tego typu wymagania.

Nie brak natomiast osób, które, w ocenie odwołującego, dają rękojmię rzetelnego i wiarygodnego wykonania przedmiotu zamówienia. Osobami takimi są eksperci, którzy brali udział w inwestycjach pokrewnych do tej, której dotyczy zamówienie.

W szczególności dotyczy to termicznego przetwarzania innych niż odpady komunalne elementów, którymi mogą być w szczególności osady ściekowe, czy biomasa. Za bardzo zbliżone należałoby również uznać doświadczenie przy budowie bądź modernizacji bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, czy zakładów chemicznych. Osoby legitymujące się takim doświadczeniem, w ocenie odwołującego, zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Co więcej stopień skomplikowania wymienionych tu budowli jest porównywalny (bądź wyższy) od stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest podstaw do wykluczenia takich osób z kręgu ekspertów wymaganych przez zamawiającego, zwłaszcza że zamawiający przewiduje i stwierdza – odnośnie ekspertów innych niż eksperci nr 2, 7, 8, 10 oraz 14 – że kwalifikacje dotyczące instalacji termicznego przekształcania osadów ściekowych, bloków energetycznych opalanych paliwem stałym, oczyszczalni ścieków, zakładów chemicznych są adekwatne dla takich samych kwalifikacji dotyczących instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Nakładanie na wykonawców obowiązku dysponowania osobami, które będą się legitymowały tylko i wyłącznie kompetencjami odnośnie instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, jest nieuzasadnione, a także nie jest ani związane z przedmiotem zamówienia ani nie jest proporcjonalne do jego przedmiotu.

Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, których przytoczenie w tym miejscu należy uznać za uzasadnione. I tak, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 4 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 104/10) wyraźnie stwierdzono, że:

„1. Art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że opis sposobu spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonując opisu powinien więc zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a jednocześnie nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Doświadczenie zawodowe i wiedza wykonawcy powinna być bowiem odnoszona do przedmiotu zamówienia, natomiast opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien pozostawać proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz być związany z jego przedmiotem.

2. Opis warunków udziału oraz sposób oceny powinien być adekwatny, a więc proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co jednak nie upoważnia zamawiającego do

takiego stawiania wymagań, które nie mają związku z przedmiotem zamówienia. Opis ten powinien być także adekwatny do osiągnięcia celu, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, jak i być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć. Nie można bowiem opisywać warunku w sposób, który wykracza poza realizację tego celu”.

Natomiast w wyroku z 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2770/10) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in., że: „Za niezbędne (...) należy uznać takie doświadczenie w realizacji robót budowlanych, które stopniem skomplikowania i wielkością (nie tylko w znaczeniu gabarytów, ale i wartości) odpowiada robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia”, a w wyroku z 24 września 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1947/10) skonstatowała, że „Sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, dlatego też punktem odniesienia dla zamawiającego powinien być przedmiot zamówienia oraz jego wartość. Wprowadzenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału nieadekwatnego do wielkości przedmiotu zamówienia może doprowadzić do wyeliminowania wykonawców niespełniających warunku wiedzy i doświadczenia, którzy *de facto* byłiby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. (...). Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel, jakiemu służy i do jakiego został powołany w postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie”. W wyroku z 18 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 29/11) Krajowa Izba Odwoławcza uznała zaś, że: „Izba stoi na stanowisku, że celem opisu warunków podmiotowych jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Innymi słowy, zamawiający, określając szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, a jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują odpowiedni poziom pewności, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Swoboda zamawiającego w sporządzaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków doznaje jednak ograniczenia. Granice tej swobody wyznacza z jednej strony art. 7 ust. 1 Pzp, z drugiej zaś art. 22 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie może bowiem określać w postępowaniu szczegółowych warunków udziału w nim w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie może również sporządzić opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w taki sposób, aby tenże opis nie był związany z przedmiotem zamówienia lub był nieproporcjonalny do tegoż przedmiotu. Zamawiający nie może doprowadzić do nieuzasadnionego i nadmiernego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie im zamówienia publicznego. W świetle powołanych przepisów kierować się on musi zasadą, zgodnie z którą,

określając wartości progowe ujęte w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków, musi zachować właściwe proporcje do wielkości zamówienia, do jego zakresu, wartości i stopnia skomplikowania. Koniecznym jest również, aby uwzględniał cel, jakiemu ma służyć dookreślenie przez niego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji szczegółowych warunków udziału w postępowaniu, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko Izba wyraziła w sprawach o sygn. KIO/844/10, KIO/1202/10, KIO/1574/10, KIO/1600/10, KIO/1612/10, KIO/1627/10, KIO/2144/10, a także Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. sygn. VIII Ga 58/09.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że opis przedstawionych powyżej warunków dokonany w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego, nie został dokonany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, natomiast opis przedmiotowych warunków wykracza poza realizację tego celu. Badanie zdolności wykonawcy posługiwania się osobami, które posiadają szczegółowo określoną kompetencję w sytuacji, gdy ze względu na specyfikę zamówienia, jego zakres oraz złożoność sam zamawiający traktuje ją zamiennie z innymi kompetencjami, jest niedopuszczalne. Analogicznie przedmiotowy opis oceny spełnienia przez wykonawców warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie jest adekwatny do celu, jakiemu ma służyć – wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. O nieproporcjonalności sposobu dokonywania oceny przedmiotowego warunku, świadczy najlepiej powyżej wykazane wewnętrznie sprzeczne stanowisko samego zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności uznać należy, że niewątpliwie doszło od naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przez zawarcie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowych warunków udziału, w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nakładając tym samym na wykonawców nadmierne warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji.

Na marginesie odwołujący podnosi również i to, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16 czerwca 2010 r. (sygn. akt: 1108/10) oceniła, iż: „Nie można żądać, aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać się na potwierdzenie spełniania warunku zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w specyfikacji. Wynika to z faktu, że zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień”. W związku z tym przedmiotowe zarzuty odwołującego należy uznać za tym bardziej uzasadnione.

III. Uzasadnienie w zakresie zarzutu z punktu 3 – wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Naruszenie zasady wyrażonej w tym przepisie prowadzić może równocześnie do naruszenia zasad wymienionych w cytowanym już przepisie art. 7 Pzp.

Regulacja art. 29 Pzp została poddana gruntownej analizie w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych, gdzie stwierdzono, że zamawiający jest obowiązany do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (tak skonstatował Zespół Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 3 sierpnia 2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-937/07). Stanowisko to potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 listopada 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2350/10) uznając, iż: „Stosownie do brzmienia art. 29 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy stwierdzić, że niewystarczająco jasno wyartykułowane intencje zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Wynika z tego, że bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby umożliwiał on złożenie ofert porównywalnych, zawierających urządzenia spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „jednoznaczny” należy rozumieć jako „niebudzący wątpliwości”, wyrażenie „wyczerpujący” zaś oznacza nakaz przedstawienia zagadnienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Określenie „jednoznaczny” należy natomiast rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, niebudzący wątpliwości. Pojęcie „dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” należy odnosić do określeń technicznych obowiązujących w danej branży, w której działają

zainteresowane przedmioty (J.E. Nowicki, Opis przedmiotu zamówienia, Zam. Pub. Dor. 2008, nr 7, s. 26).

W ocenie odwołującego, w przedmiotowej sprawie zamawiający nie zrealizował swego podstawowego, opisanego powyżej obowiązku w zakresie przygotowania postępowania przetargowego. Doszło do naruszenia zarówno art. 29 Pzp, jak i art. 7 Pzp, gdyż zamawiający dopuścił się opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, wybrakowany, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnych, konkurencyjnych i prawidłowo skalkulowanych ofert.

Ewidentnym przykładem niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i istnienia wewnętrznej sprzeczności w specyfikacji są punkty 4.3. oraz 4.4.16 specyfikacji. W punkcie 4.3 specyfikacji zamawiający określił, że zakres zamówienia obejmuje projektowanie, wytyczenie, roboty, uzyskanie wszystkich niezbędnych pozwoleń wymaganych przepisami prawa, szkolenia, próby końcowe, próby eksploatacyjne, uprzątnięcie placu budowy, usunięcie wad, niewymienione wyżej wszelkie działania niezbędne do przejęcia robót objętych zamówieniem. W punkcie 4.4 specyfikacji zamawiający uszczegółowił zakres zamówienia, między innymi stwierdzając w punkcie 4.4.16 specyfikacji, że zakres zamówienia obejmuje w szczególności przeglądy i usługi serwisowe w Okresie Usuwania Wad oraz w okresie rękojmi. O ile wątpliwości nie budzi zasadność przeprowadzania przeglądów w Okresie Usuwania Wad oraz w okresie rękojmi, to w opinii odwołującego wskazanie, że wykonawcy są zobowiązani do świadczenia usług serwisowych nie tylko jest sprzeczne z punktem 4.3. specyfikacji, który nie przewiduje, aby zakres zamówienia dotyczył także realizacji usług serwisowych (tym bardziej, że usługi serwisowe nie mieszczą się w ramach „niewymienionych wyżej wszelkich działań niezbędnych do przejęcia robót objętych zamówieniem”), ale także powoduje nałożenie na wykonawcę obowiązków nie związanych z przedmiotem zamówienia. Punkt 4.4.16 specyfikacji powoduje, że wykonawca może zostać przez zamawiającego zobligowany do wykonywania prostych prac serwisowych, takich jak np. wymiana żarówek, uszczelek, itp., pomimo faktu, że zakończył realizację przedmiotu zamówienia i otrzymał od zamawiającego Świadectwo Wykonania potwierdzające, że wykonawca wywiązał się ze wszystkich swoich zobowiązań będących przedmiotem zamówienia. Tym samym należy uznać, że wyeliminowanie z specyfikacji obowiązku realizacji przez wykonawcę prac serwisowych jest zasadne.

Zamawiający, zarówno w punkcie 4.3. specyfikacji, jak i 4.4.16 specyfikacji nie przewidział, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca ma wykonać instalację stabilizacji i zestalania odpadów poprocesowych. Jednakże w punkcie 6 Załącznika nr 1d do specyfikacji zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia gwarancji jakości procesu

stabilizacji i zestalania odpadów procesowych. Niezależnie od powyższej sprzeczności pomiędzy punktami 4.3 specyfikacji i 4.4.16 specyfikacji z Punktem 6 Załącznika nr 1d do specyfikacji, skutkującej niedokładnością i niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia, zauważyć należy, że w punkcie 4 programu funkcjonalno-użytkowego skonstatowano, że segment stabilizowania i zestalania popiołów lotnych z kotła, pyłów z odpylania spalin i stałych pozostałości z oczyszczania ścieków technologicznych można wykonać alternatywnie, zamiast segmentu kwaśnego ekstrahowania popiołów lotnych z kotła oraz pyłów z odpylania spalin. Powyższe okoliczności niekorzystnie wpływają na jednolitość przedmiotu zamówienia i nie pozwalają wykonawcy jednoznacznie stwierdzić, czy jest on zobligowany do wykonania instalacji stabilizacji i zestalania odpadów, wobec czego zasadne jest usunięcie wymogu przedstawienia gwarancji jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych wymienionej w punkcie 6 Załącznika nr 1d do specyfikacji.

Przy formułowaniu odwołania nie można pominąć tego, że z treści Załącznika nr 1d do specyfikacji wynika, że zamawiający oczekuje od wykonawcy spełnienia wszystkich parametrów gwarantowanych już na etapie Prób Końcowych całkowicie w oderwaniu od faktu, że na tym etapie – podczas rozruchu całej instalacji – technicznie niemożliwe jest uzyskanie docelowych parametrów. Pełne obciążenie i dostrojenie wszystkich procesów technologicznych może bowiem trwać kilka miesięcy. Należy wskazać, że Próby Końcowe mają umożliwić przejście i eksploatację Zakładu przez zamawiającego, co wiąże się z tym, że należy doprowadzić wszystkie parametry środowiskowe do stanu, aby możliwe było spełnienie wymogów określonych w stosownych przepisach dotyczących emisji. Niemniej jednak optymalizację zakładu i uzyskanie parametrów gwarantowanych przez wykonawcę można wykonać dopiero w trakcie prób eksploatacyjnych mających na celu pełną optymalizację procesów oraz potwierdzenie gwarancji wynikających ze złożonej przez wykonawcę oferty. W związku z powyższym uznać należy, że zamawiający stworzył specyfikacji w oderwaniu od typowych okoliczności związanych z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, a więc z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Konkludując, wszystkie przedstawione w niniejszym punkcie uzasadnienia okoliczności jednoznacznie przesądzają o tym, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niespójny, niejednorodny, wybrakowany, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc wbrew spoczywającemu na zamawiającym obowiązkowi przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Skutkuje to naruszeniem przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 – 2 Pzp w zw. z art.

31 ust. 2 – 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp.

IV. Uzasadnienie zarzutu z punktu 4 – określenie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że ww. kryteria oceny zostały opisane w sposób niejednoznaczny, a co za tym idzie – uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty oraz w sposób znacząco ograniczający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania. W wyroku Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z dnia 21 czerwca 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-1742/06) wyraźnie wskazano, że „Brak określenia w sposób wyczerpujący znaczenia wszystkich kryteriów oceny oferty, jak również wadliwie sformułowany sposób obliczania kryteriów powodują, że postępowanie o zamówienie publiczne obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym powinno ono być unieważnione”.

W punkcie 25.1 specyfikacji zamawiający określił, że oferty zostaną przez niego ocenione w oparciu o kryterium Ceny i Kosztów oraz kryterium Oceny technicznej. W dalszych postanowieniach specyfikacji zamawiający uszczegółowił poszczególne części tych kryteriów, jednak w opinii odwołującego dokonał tego w sposób niejednoznaczny i niedokładny, co uniemożliwia wykonawcy złożenia kompletnej oferty, a w konsekwencji powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania.

I tak, w pkt 25.2.1.b.1.1 specyfikacji zamawiający zażądał od wykonawcy podania zużycia energii elektrycznej, natomiast nie wskazał jednostki, w jakiej to zużycie ma zostać wyrażone, podobnie jak nie określił, do jakiej jednostki czasu (dzień, godzina, rok) ma się odnosić podane zużycie energii. Wobec braku doprecyzowania tego kryterium, wykonawca narażony jest na złożenie oferty nieodpowiadającej bliżej nieokreślonym wymogom zamawiającego, co niekorzystnie kształtuje sytuację wykonawcy w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Podobnie, w punkcie 25.2.1.b.1.5. oraz 25.2.1.b.1.6 specyfikacji zamawiający niepoprawnie zdefiniował jednostki zużycia materiałów, takich jak np. woda i paliwo. W przypadku kryterium zużycia wody na potrzeby technologiczne zamawiający wymaga, aby wykonawca podał zużycie w zł/rok, podczas gdy zużycie powinno być oceniane w m³/rok. Przy kryterium zużycia paliwa płynnego dla rozruchu instalacji ze stanu zimnego zamawiający zobowiązuje wykonawców do podania kosztów zużycia w złotych, podczas gdy powinien żądać wskazania liczba ton paliwa na rozruch instalacji ze stanu zimnego.

Zamawiający w punkcie 25.2.1.b.1.2, 25.2.1.b.1.3, 25.2.1.b.1.4 specyfikacji jako jedno z podkryterium oceny ofert, wskazał koszt zużycia reagenta(ów) do redukcji kwaśnych

zanieczyszczeń w spalinach łącznie z kosztami przygotowania reagenta do procesu (o ile wystąpią), koszt zużycia reagenta do redukcji substancji organicznych, dioksan, furanów i metali ciężkich oraz koszt zużycia reagenta do redukcji NOx ustalając, że można łącznie zdobyć 2 punkty za spełnienie tych kryteriów. Ze szczegółowego opisu kryteriów wynika, że wykonawca ma podać cenę zużywanych reagentów, bez wskazywania ich ilości. Zdaniem odwołującego kryterium to prowadzić może do nadużyć ze strony wykonawców, którzy mogą zaniżyć wartość reagentów i pomimo gorszej technologii (większego zużycia) uzyskać większą liczbę punktów, a wykonawcy oferujący mniejsze zużycie reagentów po wyższej cenie mogą otrzymać mniej punktów. Tym samym, to zamawiający powinien określić cenę reagentów, od wykonawców wymagając wyłącznie podania ich ilości. Za powyższym przemawia również to, że wykonawca nie może zagwarantować stałej ceny reagentów przez cały rok, zważywszy na to, że nie jest ich producentem.

Koniecznym jest także wskazanie, że zamawiający dookreślając podkryteria objęte kryterium określonym w punkcie 25.2.2.a specyfikacji – ocena techniczna, wprowadził postanowienia, które w swym obecnym brzmieniu mogą przyczynić się do wyłonienia niekorzystnej oferty, której elementy będą co prawda zgodne z zakładanymi kryteriami oceny ofert, ale nie będą miały waloru funkcjonalności. Odwołujący podnosi, że Decyzja Środowiskowa zakłada, że bunkier będzie miał pojemność pozwalającą na pomieszczenie odpadów z 6 dni, natomiast opisane w punkcie 25.2.2.a.1.1 specyfikacji podkryterium nie wymaga podania pojemności bunkra, tak więc skutkuje to nie tylko niejednoznacznością kryteriów oceny ofert, ale także i tym, że wybrana przez zamawiającego na podstawie obecnych postanowień specyfikacji oferta może być niezgodna z postanowieniami Decyzji Środowiskowej (zakładać mniejszą pojemność bunkra). Nie można również wykluczyć sytuacji, że dany wykonawca – w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów za kryterium, w którym oceniania jest największa pojemność bunkra – złoży ofertę proponując pojemność bunkra, która znacznie przewyższy wszelkie możliwe potrzeby. Doprowadzi to do sytuacji, że założenie takich rozmiarów bunkra, choć będzie zgodne z wymogami zamawiającego, będzie całkowicie niefunkcjonalne.

Taka sama sytuacja zachodzi w punkcie 25.2.2.a. 1.3 specyfikacji stanowiącym, że zamawiający będzie premiował wysoką punktacją ofertę przewidującą największą liczbę stanowisk rozładunku pojazdów, podczas gdy liczba ta powinna być określona na podstawie analizy ruchu, liczby i rodzaju pojazdów dowożących odpady oraz całkowitej ilości odpadów trafiających do spalarni. Przyjęcie zatem podkryterium liczby rozładunku pojazdów jest więc zdaniem odwołującego nieprawidłowe i pozostające niejako w oderwaniu od faktycznych potrzeb zamawiającego, zatem powinno zostać zweryfikowane.

Podobne zarzuty można zresztą sformułować wobec punktu 25.2.2.a.4.1. specyfikacji, punktu 25.2.2.a.5.4. specyfikacji, punktu 25.2.2.a.5.5. specyfikacji, punktu 25.2.2.a.6.2.

zakładających, że maksymalną liczbę punktów za poszczególne podkryteria można zdobyć podając w ofercie jak największą, odpowiednio – liczbę palników rozruchowo-wspomagających, liczbę wtryskowych schładzanych pary zainstalowanych w zespołach pęczków przegrzewaczy, powierzchnię zabezpieczenia ścian z Inconelu, maksymalną temperaturę zewnętrzną, przy której możliwe jest awaryjne wyprowadzenie całej pary (wytwarzanej w warunkach nominalnych) do powietrznego kondensatora. Tym samym skonstatować należy, że po raz kolejny zamawiający artykułuje kryteria oceny ofert w sposób nieprecyzyjny, bez uwzględnienia swoich faktycznych potrzeb i skutków wprowadzenia elementów w nadmiernej liczbie.

Zamawiający niejednoznacznie opisał również podkryterium wynikające z punktu 25.2.2.a.8.1. specyfikacji, wymagając podania przez wykonawcę możliwości pełnej obsługi stacji ZTUO z centralnej sterowni. Zamawiający nie sprecyzował bowiem definicji pełnej obsługi instalacji, co w praktyce powoduje, że określenie zakresu pełnej obsługi instalacji pozostawia się w gestii wykonawcy, który może właściwie dowolnie opisać tę kwestię w składanej przez siebie ofercie. Konsekwencją powyższych okoliczności jest to, że podkryterium to jest praktycznie bezprzedmiotowe wobec pozostawienia jego zakresu uznaniowości wykonawcy.

Zarzuty należy także podnieść wobec treści punktu 25.2.2.a.8.4 specyfikacji – serwer archiwizowania danych i wyników, gdyż podkryterium to jest określone w sposób umożliwiający zdobycie przez wykonawców dowolnej liczby punktów. Zamawiający wskazuje, że celem przez niego zakładanym jest maksymalna zdolność archiwizacji średnich 10-sekundowych, odpowiadająca 1 miesiącowi, wynosząca 720 godzin, jednocześnie nie statuuje, że jest to maksymalna zdolność archiwizacji, jaką może zaoferować wykonawca. Biorąc pod uwagę konstrukcję wzoru, na którego podstawie dokonuje się wyliczenia liczby punktów przysługujących wykonawcy z tytułu spełnienia tegoż kryterium, wykonawca wykazujący w swej ofercie zdolność do archiwizacji większą niż 720 godzin, otrzyma większą liczbę punktów niż jest możliwa do uzyskania. Przeto w opinii odwołującego, jeżeli wola zamawiającego jest osiągnięcie zdolności archiwizacji na poziomie 720 godzin miesięczne, powinien określić to w swoich wymaganiach co do realizacji przedmiotu zamówienia, jednakże nie czyniąc z tego parametru kryterium oceny ofert.

Natomiast odnośnie do punktu 25.2.2.b specyfikacji – koncepcja architektoniczna wskazać należy, że zamawiający niedokładnie opisał to kryterium nie podając sposobu przyznawania punktów z tego tytułu, lecz jedynie ogólne wymagania.

W związku z powyższym w opinii odwołującego konieczna jest dokonanie stosownej zmiany opisanych w niniejszym punkcie kryteriów w celu osiągnięcia ich jednoznaczności i dokładności oraz celowości, tak aby możliwy był wybór najkorzystniejszej oferty, czego zdaniem odwołującego nie można będzie dokonać przy zachowaniu kryteriów oceny ofert w

ich dotychczasowym, sprzecznym z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, brzmieniu.

V. Uzasadnienie zarzutu z punktu 5 – niedopuszczalne postanowienia umowne

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa prawa zamówień publicznych, wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia odwołania na treść specyfikacji – zarówno na całą treść dokumentu, jak i na każde z jego postanowień, tak więc także na będące częścią specyfikacji postanowienia umowy, a w szczególności jeżeli zostały one ukształtowane z naruszeniem zasad zawierania umów wynikających z Kodeksu cywilnego, określonej art. 7 Pzp zasady poszanowania uczciwej konkurencji i uregulowanej w art. 29 ust. 1 Pzp zasady odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia. Powyższa argumentacja znajduje potwierdzenie chociażby w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29 października 2003 r. w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/0-1736/03.

Zaskarżone w przedmiotowym odwołaniu postanowienia umowy zostały stworzone z naruszeniem art. 353¹ Kc, bowiem pozostają w niezgodności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc przekraczają dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów. Abstrahując więc od niejednoznaczności i niedokładności postanowień umownych, należy dobitnie stwierdzić, że szereg z nich prowadzi do zaburzenia zasady równości stron umowy, w sposób niesymetryczny kształtując ich prawa i obowiązki, co, zgodnie z utrwalonym zapatrywaniem judykatury (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt: II CK 739/04), narusza zasady współżycia społecznego.

W klauzuli 1.7 Umowy zamawiający – modyfikując tym samym Ogólne Warunki Kontraktowe FIDIC – uwzględnił postanowienie, że: „Wykonawca nie sceduje realizacji Kontraktu na osobę trzecią. Wykonawca nie może dokonać przelewu wierzytelności wynikających z niniejszego Kontraktu na rzecz osób trzecich, bez zgody zamawiającego.” W żadnym miejscu Umowy nie przewidziano jednak tożsamego postanowienia wobec zamawiającego, co w efekcie skutkuje powstaniem znacznej nierówności stron umowy. Zdaniem odwołującego celowe jest zatem przywrócenie w Umowie pierwotnych uregulowań FIDIC statuujących, że żadna ze stron umowy nie może scedować realizacji Kontraktu na osobę trzecią.

Natomiast w klauzuli 1.8 Umowy zamawiający zawarł regulację stanowiącą, że: „[...] Jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to wykonawca dostarczy Inżynierowi sześć egzemplarzy każdego z dokumentów wykonawcy w formie „papierowej” i 2 egzemplarze w formie elektronicznej (edytowalne: doc, xls, dwg, mpp oraz tylko do odczytu: PDF) zapisane na płycie CD/DVD, z zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany jest dostarczać dodatkowe

egzemplarze dokumentów wykonawcy na żądanie Inżyniera”. O ile odwołujący w żadnym razie nie kwestionuje zasadności przygotowania dwóch egzemplarzy każdego z Dokumentów w formie elektronicznej, to według odwołującego zobowiązanie wykonawcy do złożenia sześciu egzemplarzy dokumentacji w formie „papierowej” jest przejawem nałożenia na wykonawcę nadmiernych i zbędnych obowiązków, których wykonanie może niekorzystnie wpłynąć na realizację całości przedmiotu Umowy i spowodować nierówność stron Umowy. Nie powinno budzić wątpliwości, że inwestycja będąca przedmiotem zamówienia jest złożona i w jej toku zostanie sporządzona ogromna liczba Dokumentów wykonawcy, których przygotowanie w wersji „papierowej” wymaga zaangażowania kadry wykonawcy biorącej udział w realizacji zamówienia, w tym Kierownika Budowy, który musi własnoręcznie podpisać i opieczetować każdą ze stron rozbudowanej dokumentacji. Praktyczną konsekwencją powyższego będzie odrywanie kluczowej kadry wykonawcy od prowadzenia budowy spalarni i obligowanie jej do poświęcenia czasu na wykonanie zbędnych czynności. Odwołujący uważa, że przekazanie dwóch egzemplarzy Dokumentów wykonawcy w formie „papierowej” i dwóch egzemplarzy w wersji elektronicznej będzie wystarczające dla należytego wykonania zamówienia, zatem postanowienia Umowy należy odpowiednio zweryfikować, tak aby nie nakładały one na wykonawców nadmiernych obowiązków.

Także określony w klauzuli 1.10 Umowy wymóg przekazania autorskich praw majątkowych do dokumentów wykonawcy w ocenie wykonawcy, zamawiający w sposób bezpodstawny oczekuje przeniesienia na jego rzecz autorskich praw majątkowych do dokumentów wykonawcy, w bardzo szerokim zakresie pól eksploatacji, które to oczekiwanie jest niewspółmierne do istoty i zakresu zamówienia publicznego. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie stanowił utrudnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji.

W postanowieniach klauzuli 1.10 zamawiający zastrzegł konieczność przeniesienia na jego rzecz autorskich praw majątkowych do dokumentów wykonawcy (dokumentacja projektowa i techniczna), w bardzo szerokim zakresie pól eksploatacji. Wykonawca wyjaśnia, że przedmiot zamówienia jest inwestycją o charakterze nowatorskim na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, cechującym się dużym stopniem zaawansowania technologicznego i technicznego. Mając na uwadze konieczność użycia przy projektowaniu oraz realizacji przedmiotu zamówienia zaawansowanych technologii oraz z uwagi na całkowity brak podmiotów polskich realizujących tego rodzaju inwestycje, konieczne będzie nawiązanie przez wykonawcę kooperacji międzynarodowej i utworzenie w celu złożenia oferty i wykonania zamówienia konsorcjum z podmiotem zagranicznym. Wkład podmiotów zagranicznych w realizacji zamówienia sprowadzać się będzie do udostępnienia wiedzy technicznej, know-how, technologii. Elementy te stanowią dobra każdego z przedsiębiorców,

który właściwą technologię wytworzył. Żaden z przedsiębiorców, którzy posiadają zaawansowane technologie, nie wyrazi zgody na to, aby pozbyć się tych technologii na rzecz klienta – zamawiającego.

Postanowienia klauzuli 1.10 Warunków Szczególnych Kontraktu sprowadzają się do oczekiwania zamawiającego, że on nabędzie autorskie prawa majątkowe do dokumentów wykonawcy. W ocenie wykonawcy, mając na uwadze charakter zamówienia, wystarczającą formą prawną, jest udzielenie zamawiającemu niewyłącznej i nieprzenaszalnej licencji do dokumentów wykonawcy. Zasadnicza różnica pomiędzy przeniesieniem autorskich praw majątkowych, czego oczekuje zamawiający, a licencją, co sugeruje wykonawca, sprowadza się do uniemożliwienia zamawiającemu dalszego rozporządzania prawami do dokumentów wykonawcy, oraz umożliwieniu wykonawcy korzystania z tych praw autorskich (technologii), przy realizacji innych inwestycji. Wykonawca wskazuje, że przedmiotem i celem przedmiotowego zamówienia publicznego nie jest nabycie przez zamawiającego praw autorskich praw majątkowych celem dalszego ich wprowadzania do obrotu i uzyskiwania z tego tytułu korzyści. Celem zamawiającego winno być posiadanie praw do dokumentów wykonawcy w zakresie związanym z eksploatacją przedmiotu zamówienia, a cel ten jest zapewniony przez przyznanie licencji.

Wykonawca wskazuje, że żaden z podmiotów zagranicznych nie wyrazi zgody na pozbycie się autorskich praw majątkowych. Dlatego też, proponowane przez zamawiającego postanowienie istotnie uniemożliwi wykonawcy złożenie oferty i realizację zamówienia, czym naruszony zostanie przepis art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Postanowieniami klauzuli 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu, zamawiający wprowadza obowiązek zachowania w poufności szczegółów Kontraktu oraz informacji dotyczących jego realizacji i zastrzega jednocześnie obowiązek zapłaty kary umownej równej 10% Ceny Kontraktowej w przypadku, gdy wykonawca ujawni poufne szczegóły Kontraktu oraz informacje dotyczące jego realizacji.

Wykonawca wskazuje, że zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jak i jego realizacja są jawne. Jawne są postanowienia Kontraktu (art. 8 ust. 1 Pzp). W tej sytuacji, w ocenie wykonawcy wprowadzenie obowiązku zachowania w poufności postanowień (szczeólów) Kontraktu oraz Informacji dotyczących jego realizacji, jako sprzeczne z przepisami ustawy (art. 8 Pzp) są nieważne – art. 353¹ Kc. Nadto wykonawca wskazuje, że przedmiotowa klauzula nie konkretyzuje, jakie „szczegóły” Kontraktu są poufne i jakie informacje dotyczące jego realizacji wykonawca nie może ujawniać. Wykonawca wskazuje, że do zakresu jego obowiązków należy poza wykonaniem Robót i projektowaniem, uzyskanie na rzecz zamawiającego dużej liczby pozwoleń zewnętrznych.

Niewątpliwie, do realizacji tych obowiązków niezbędne będzie udzielanie różnym podmiotom i instytucjom różnych informacji dotyczących realizacji Kontraktu.

W związku z powyższym wykonawca wnosi o nakazanie usunięcia klauzuli 1.12.

Odwołujący stwierdza, że także postanowienie klauzuli 2.1 Umowy zostało ukształtowane niekorzystnie dla wykonawcy, czego konsekwencją jest naruszenie równości stron Umowy. Zamawiający w Umowie zawarł postanowienie, iż: „W przypadku, gdy zwłoka w przekazaniu Placu Budowy nastąpi z winy zamawiającego to wykonawca, powiadomi o tym Inżyniera i będzie miał prawo do wystąpienia o wydłużenie czasu z powodu takiego opóźnienia na mocy klauzuli 8.4, jeżeli ukończenie jest lub zostanie opóźnione”. Odwołujący uważa, że wyrazem równouprawnienia stron Umowy byłaby odpowiednia modyfikacja powyżej zacytowanego postanowienia, tak aby w razie wystąpienia zwłoki w przekazaniu Placu Budowy powstałej z winy zamawiającego, przedłużenie czasu na wykonanie przedmiotu zamówienia następowało automatycznie, bez konieczności artykułowania przez wykonawcę roszczenia. Poza tym zauważyć należy, że w klauzuli 2.1 Umowy przewidziano, że przekazanie Placu Budowy nastąpi w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, przy czym w żaden sposób nie ograniczono uznaniowości zamawiającego w określaniu tego terminu. W opinii odwołującego zasadne jest ograniczenie swobody zamawiającego w ustalaniu terminu przekazania Placu Budowy, tak aby przekazanie to nie nastąpiło później niż w ciągu 7 dni od uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę. Obecnie funkcjonujące w Umowie postanowienia pozwalają bowiem na wydłużenie realizacji Kontraktu w nieskończoność, a co za tym idzie – znacznie uniemożliwiają zaangażowanie się wykonawcy w realizację innych przedsięwzięć inwestycyjnych.

W klauzuli 2.4 Umowy zamawiający dokonał istotnej modyfikacji treści FIDIC zmieniając czas, w którym zamawiający ma przedstawić dowody na posiadanie środków finansowych umożliwiających zapłatę Ceny Kontraktowej z 28 dni na 180 dni. Jest to niewątpliwie postanowienie rażąco naruszające interes wykonawcy i równość stron Umowy, gdyż w praktyce wykonawca przez pół roku nie będzie miał możliwości zweryfikowania, czy zamawiający będzie w stanie uregulować płatności na jego rzecz.

Zamawiający w klauzuli 3.2 Umowy stwierdził, że: „Wszelkie zatwierdzenia, sprawdzenia, świadectwa, zgody, badania, inspekcje, polecenia, powiadomienia, propozycje, żądania, próby lub podobne działania specjalisty lub asystenta dokonane zgodnie z pełnomocnictwem będą miały taki sam skutek, jak gdyby były dokonane przez Inżyniera. Przy tym jednak brak odrzucenia jakiegokolwiek Roboty, Urządzenia lub Materiałów nie będzie uznawany za zatwierdzenie i z tego powodu nie ograniczy prawa Inżyniera do odrzucenia danej Roboty, Urządzenia lub Materiałów.” Należy skonstatować, że obecne brzmienie powyższego postanowienia sprawia, że Inżynier może w nieskończoność przedłużać terminy

przyjęcia Robót, Urządzeń lub Materiałów, uniemożliwiając wykonawcy realizację dalszych etapów przedsięwzięcia, co rażąco naruszałoby interes wykonawcy i powodowałoby nierówność stron Umowy. Tym samym celowe jest zredagowanie tego postanowienia w ten sposób, aby brak odrzucenia Robót, Urządzeń lub Materiałów przez zamawiającego w ciągu 14 dni był jednoznaczny z ich przyjęciem.

Klauzula 5.6 Umowy zakłada, że: „Najpóźniej łącznie z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przejęcia wykonawca dostarczy Inżynierowi ustaloną przez Inżyniera liczbę i rodzaj egzemplarzy Dokumentacji zgodnie z Wymaganiami zamawiającego. Roboty nie zostaną uznane za ukończone dla celów przejęcia na mocy klauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] dopóki Inżynier nie otrzyma tych dokumentów”. W opinii odwołującego powyższe postanowienie nakłada na wykonawcę niemożliwy do zrealizowania obowiązek, kształtując tym samym nierówno prawa i obowiązki stron Umowy. Pozytywne zakończenie prób końcowych powinno być jednoznaczne z uzyskaniem protokołu przejęcia, gdyż z praktyki wynika, że po próbach końcowych nie gasi się pieca spalarni i całej instalacji, tylko automatycznie elementy te przejmuje do eksploatacji zamawiający. Powyższe sprawia, że nie ma fizycznej możliwości przygotowania pełnej dokumentacji powykonawczej, gdyż w trakcie wykonywania prób dojdzie do zmian, które z pewnością będzie należało uwzględnić w dokumentacji powykonawczej. W celu wyrównania sytuacji stron i umożliwienia wykonawcy spełnienia świadczenia, do Umowy powinno się dodać postanowienie, że wykonawca na zakończenie prób końcowych przekaze zamawiającemu Dokumentację Powykonawczą z ręcznymi adnotacjami umożliwiającą Przejęcie Robót i eksploatację Zakładu, a w ciągu 30 dni od ich zakończenia – oryginały Dokumentacji Powykonawczej.

Równie rażącym przykładem na naruszenie równości stron Umowy jest przewidziane w 8.3 Umowy zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia szczegółowego Programu w formie uzgodnionej z Inżynierem najpóźniej 21 dni po Dacie Rozpoczęcia, gdyż jest to żądanie od wykonawcy realizacji świadczenia niemożliwego. W ciągu 21 dni od Daty Rozpoczęcia wykonawca nie jest w stanie przygotować pełnego Programu robót chociażby z tego względu, że nie zna on dokładnej daty otrzymania pozwolenia na budowę – niezbędnego dla wykonawstwa robót. Wobec tego jak najbardziej uprawnione jest wprowadzenie zaproponowanych przez odwołującego zmian, że w ciągu 21 dni wykonawca dostarczy Program robót niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę, a w ciągu 21 dni od otrzymania pozwolenia na budowę przygotowuje kolejny Program robót uwzględniający wykonawstwo.

Zgodnie z treścią zakwestionowanej niniejszym odwołaniem Umową – klauzulą 8.7, jeżeli kara umowna za zwłokę nie pokrywa poniesionej szkody, to zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego, na zasadach ogólnych określonych przepisami Kodeksu cywilnego, w wysokości przewyższającej wartość kar umownych.

Zdaniem odwołującego ukształtowanie w ten sposób warunków Umowy jest sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego, jakiego przedmiotowe postanowienie miałoby dotyczyć. Zgodnie z treścią Kontraktu, mającego łączyć zamawiającego z wykonawcą, na rzecz zamawiającego została zastrzeżona kara umowna, której to instytucji elementarną cechą jest zwolnienie uprawnionego z konieczności wykazywania wysokości szkody oraz zawinienia dłużnika. Zatem skorzystanie jeszcze przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 484 § 1 zd. 2 Kc, oraz umożliwienie mu żądania od wykonawcy odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej winno zostać limitowane zgodnie z zasadą równości faktycznej i kontraktowej stron stosunku obligacyjnego przez dodanie zastrzeżenia, że: „Całkowita odpowiedzialność wykonawcy względem zamawiającego z tytułu niniejszej Umowy nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu niniejszej Umowy”. Poza tym, ze względu na wartość przedmiotu zamówienia, niezbędne jest według odwołującego ograniczenie łącznej wysokości kar umownych do 10% Ceny Kontraktowej, tak aby wykonawca nie był zobowiązany niewspółmiernie do dokonanego naruszenia Umowy.

W opinii odwołującego zamawiający w klauzuli 10.1 Umowy dokonał generującej nierówność stron Umowy zmiany pierwotnej treści FIDIC. W obecnych postanowieniach Umowy dotyczących Przejęcia Robót i Odcinków brak jest ostatecznej daty, do kiedy Inżynier/zamawiający ma przejść zakład od momentu złożenia kompletnej dokumentacji przez wykonawcę. Może to skutkować Nielimitowanym przedłużeniem dokonania powyższej procedury, której realizacja zakończona podpisaniem Protokołu Przejęcia jest istotna dla rozpoczęcia biegu gwarancji, ewentualnego naliczania kar umownych. Z uwagi na powyższe okoliczności konieczne jest zmodyfikowanie tego postanowienia.

Wskazać należy także, że zamawiający w klauzuli 11.6 Umowy wykreślił istotne postanowienie FIDIC dotyczące ograniczenia czasu, jaki Inżynier ma na żądanie powtórzenia każdej z prób. Aktualne brzmienie Umowy pozwala Inżynierowi na dowolne żądanie powtórzenia próby, jeżeli przy któryś z elementów były prowadzone jakiegokolwiek prace po przeprowadzeniu prób, niezależnie od czasu kiedy te prace zostały zrealizowane. Zdaniem odwołującego konieczne jest przywrócenie klauzuli 11.6 FIDIC przez wzgląd na wyrównanie praw i obowiązków stron Umowy.

W klauzulach 11.12 oraz 11.13 Umowy zamawiający przewidział, że bieg gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od daty wydania Świadectwa Wykonania. W opinii odwołującego rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi za wady winno bezwzględnie następować od daty wydania Świadectwa Przejęcia, ponieważ to właśnie z chwilą wydania Świadectwa Przejęcia zamawiający przejmuje obiekt w użytkowanie. Tak więc rozpoczęcie biegu gwarancji i rękojmi za wady nie może rozpocząć się w trakcie eksploatacji obiektu, co znajduje zresztą potwierdzenie w klauzuli 12.9 Umowy, który określa okres gwarancyjny jako

36 miesięcy po wystawieniu przez Inżyniera Świadczenia Przejęcia. Na podstawie powyższego uznać należy, że zamawiający niedokładnie sformułował treść Umowy, a niejednoznaczność ta powinna być wyeliminowana w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości niekorzystnych dla wykonawcy.

W klauzuli 12.5.b Umowy zamawiający obliuguje wykonawcę do złożenia gwarancji jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych w celu przeprowadzenia prób i badań określających spełnianie gwarancji bezwzględnych, mimo tego, że w punkcie 4 programu funkcjonalno-użytkowego skonstatowano, że segment stabilizowania i zestalania popiołów lotnych z kotła, pyłów z odpylania spalin i stałych pozostałości z oczyszczania ścieków technologicznych można wykonać alternatywnie, zamiast segmentu kwaśnego ekstrahowania popiołów lotnych z kotła oraz pyłów z odpylania spalin. Dobitnie więc stwierdzić należy, że formułowanie wymogu przekazania przez wykonawcę gwarancji na roboty, które de facto może, ale nie musi wykonać stanowi przykład nakładania na wykonawcę nadmiernych, nie związanych z przedmiotem Umowy obowiązków, a więc naruszeniem zasady równości stron Umowy.

Zamawiający nakłada na wykonawcę nazbyt duże obowiązki – zaburzające symetryczność praw i obciążeń stron Umowy – również w klauzuli 12.6 Umowy, zgodnie z którym: „Próby i kontrola powyższych materiałów będą prowadzone w ciągu całego Okresu Zgłaszania Wad”. Odwołujący wskazuje, że próby eksploatacyjne powinny trwać kilka dni, maksymalnie tygodni. Wykonawca nie powinien być bowiem obarczany odpowiedzialnością za eksploatację obiektu przez cały Okres Zgłaszania Wad, jako że nie ma wpływu na późniejsze wykorzystanie spalarni, a jedynie za okres, w którym prowadzone są próby eksploatacyjne potwierdzające uzyskanie parametrów gwarantowanych.

Co więcej, według odwołującego wykonawca nie powinien być obligowany do gwarantowania cen reagentów, jak to ma miejsce w obecnym brzmieniu klauzuli 12.9 Umowy, gdyż nie ma na nie żadnego wpływu, a jedynie do zagwarantowania ich zużycia i to tylko i wyłącznie w trakcie trwania prób eksploatacyjnych. Nałożenie na wykonawcę obowiązku gwarantowania zużycia reagentów w innym okresie niż czas prowadzenia prób eksploatacyjnych rażąco narusza interes wykonawcy, gdyż po zrealizowaniu przedmiotu zamówienia wykonawca nie będzie posiadał informacji o eksploatacji Zakładu i związanego z tym zużycia reagentów. Ponadto zauważyć należy, że wymienione w klauzuli 12.9 Umowy kary za przekroczenie gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych podczas Prób Eksploatacyjnych są nazbyt wygórowane w stosunku do naruszenia Umowy, nazbyt zróżnicowane, a ich łączna wysokość nie podlega żadnemu limitowi. W związku z tym w opinii odwołującego zachodzi konieczność ujednoczenia sposobu naliczania kar w postaci wprowadzenia wzorów, których formuła wykazywać będzie faktyczną wielkość uchybienia i określać wysokość kar w zależności od wielkości przekroczenia gwarantowanych

parametrów. Przykładowo, w przypadku, kiedy wykonawca przekroczy dany parametr gwarantowany o 3%, to poniesie taką samą karę, jak w przypadku przekroczenia parametru o 30% lub 60%, co stanowi znaczną różnicę kosztów dla zamawiającego i tym bardziej uzasadnia postulowaną zmianę. Dodatkowo w postanowieniach klauzuli 12.7 oraz 12.9 Ogólnych Warunków Kontraktu, zamawiający zastrzegł i wprowadził obowiązek zapłaty kary umownej, wprowadzając formułę obliczenia kwoty tej kary. Przyjęta każdorazowo przez zamawiającego formuła ustalenia wysokości kary umownej sprowadza się do ustalenia wartości różnicy pomiędzy wartościami rzeczywistymi (WR) różnych gwarantowanych parametrów, a wartościami gwarantowanymi (WG). Tak ustalona różnica, pomnożona przez stawkę w PLN, w ocenie zamawiającego winna być pomnożona przez 10 letni okres eksploatacji, który będzie miał miejsce w przyszłości w stosunku do daty ustalenia tej różnicy.

W ten sposób, ustalona w pierwszym roku eksploatacji różnica pomiędzy WR a WG, będzie automatycznie przez kolejnych następnych 10 lat stanowiła podstawę ustalenia kwoty kary umownej, niezależnie od sytuacji, która będzie miała miejsce w tych kolejnych latach, a więc niezależnie od tego, czy w kolejnych latach różnica tych wielkości wystąpi, czy też nie.

Wykonawca wskazuje, że realizacja parametrów rzeczywistych (WR) przy obiekcie, który stanowi przedmiot zamówienia ma charakter dynamiczny. Wykonawca spodziewa się, że w początkowym okresie eksploatacji wartości rzeczywiste parametrów określonych w Kontrakcie przez zamawiającego będą niższe, niż w kolejnych latach, co jest zjawiskiem normalnym, związanym z wdrożeniem zakładu do eksploatacji. Niedopuszczalne jest w tej sytuacji wprowadzenie automatyzmu, nakazującego ustalenie kary umownej w kwocie stanowiącej 10 krotność różnicy parametrów WR i WG uzyskanych w pierwszym okresie, niezależnie od faktycznie uzyskanych wyników w kolejnych latach.

Wykonawca wskazuje, że taki sposób ustalenia wysokości kar umownych, de facto rozszerza odpowiedzialność wykonawcy za przedmiot zamówienia o kolejne 10 lat. Takie rozszerzenie odpowiedzialności wykracza poza wszystkie terminy odpowiedzialności wykonawcy przewidziane zarówno postanowieniami Kontraktu, jak i przepisami prawa.

Wykonawca wskazuje również, że uzyskanie wskazanych w klauzulach 12.7 oraz 12.9 parametrów może być niezależne od wykonawcy. Dlatego też, w ocenie wykonawcy pozostawienie opisanych wyżej klauzul, może sprowadzić się do obowiązku zapłaty przez wykonawcę gigantycznych kar umownych w stosunku do przedmiotu zamówienia, całkowicie niewspółmiernych do jego zakresu.

Niezależnie od powyższego, wykonawca podnosi, że realizacja i ocena spełnienia parametrów gwarantowanych w rozumieniu klauzuli 12.7 oraz 12.9 Warunków Szczególnych Kontraktu następować będzie po zakończeniu Robót przez wykonawcę, po Przejęciu przez zamawiającego – a więc w okresie, w którym wykonawca ponosi odpowiedzialność za wady

(rękojmia i gwarancja za wady). W tej sytuacji, zamawiającemu i tak, z mocy udzielonej przez wykonawcę gwarancji i odpowiedzialności z tytułu rękojmi, która to odpowiedzialność ma charakter absolutny, przysługiwać będą wobec wykonawcy różnego rodzaju roszczenia i uprawnienia. Niczym nie uzasadnione jest dodatkowe obciążanie wykonawcę gigantycznymi karami umownymi, niezależnymi często od jego winy, które zostały określone w klauzulach 12.7 oraz 12.9.

Tak ukształtowane postanowienia Kontraktu, w ocenie wykonawcy naruszają właściwość stosunku prawnego, przez wprowadzenie postanowień, które jednoznacznie i jednostronnie są niekorzystne dla jednej ze stron (wykonawcy), wprowadzając zagrożenie przyszłego istnienia wykonawcy. Tym samym, postanowienia te jako naruszające przepis art. art. 353¹ Kc są nieważne.

Wobec powyższego, wykonawca wnosi o nakazanie wykreślenia klauzul 12.7 oraz 12.9 Warunków Szczególnych Kontraktu.

Podnieść także należy, że zamawiający dokonując modyfikacji klauzuli 13.1 FIDIC przez wykreślenie klauzuli (ii) pozbawił wykonawcę możliwości odmowy wykonania narzuconej Zmiany w przypadku, kiedy wprowadzana przez zamawiającego zmiana „zmniejszy bezpieczeństwo pracy lub pogorszy właściwość robót”. Wspomniane okoliczności powodują, że wykonawca musi bezwzględnie dostosować się do Zmian wprowadzonych przez zamawiającego, choćby miały one skutkować zwiększeniem odpowiedzialności wykonawcy, tak kontraktowej, jak i deliktowej. Niewątpliwą konsekwencją tej modyfikacji FIDIC jest więc rażące naruszenie interesu wykonawcy i zasady równości stron Umowy, jako że w świetle aktualnej treści klauzuli 13.1 Umowy wykonawca praktycznie nie może wyrazić swego sprzeciwu wobec przygotowanej przez zamawiającego Zmiany.

Odwołujący stwierdza także, że celowe jest przywrócenie do Umowy wykreślonego przez zamawiającego klauzuli 14.2 FIDIC dotyczącego zaliczek ze względu na duże koszty prowadzenia inwestycji i konieczność dokonywania płatności kwartalnych, a także konieczność wpłacania zaliczek dostawcom urządzeń technologicznych. Pozbawienie wykonawcy możliwości otrzymywania zaliczek od zamawiającego skutkuje naruszeniem równowagi stron kontraktu, gdyż tym samym wykonawca jest zobowiązany do wydatkowania na prowadzenie inwestycji wyłącznie swoich środków finansowych. Dodać przy tym należy, że odwołujący widzi możliwość braku dodawania klauzuli 14.2 FIDIC do Umowy w przypadku odpowiedniej zmiany klauzuli 14.3 Umowy zakładającej miesięczne rozliczanie kosztów.

Wykonawca wskazuje, że treść klauzuli 14.16 Warunków Szczególnych Kontraktu jest sprzeczna z przepisem art. 649² § 1 Kc oraz 649⁴ § 1 Kc. W postanowieniach klauzuli 14.16 lit. a zamawiający oznaczył termin wyznaczony przez wykonawcę do uzyskania gwarancji jako nie krótszy niż 180 dni, co jest sprzeczne z przepisem art. 649⁴ § 1 Kc, a tym samym

jest z mocy art. 649² § 1 Kc nieskuteczne. Wobec powyższego, wykonawca wnosi o nakazanie wykreślenia w klauzuli 14.16 Warunków Szczególnych Kontraktu lit. a.

W klauzuli 14.7 Umowy zamawiający zawarł regulację, iż: „Zapłata faktur nastąpi w terminie 63 dni od ich doręczenia zamawiającemu na numer rachunku wykonawcy umieszczony na fakturze VAT.” Zdaniem odwołującego ustalenie tak długiego terminu zapłaty faktury VAT świadczy o braku równości stron Umowy. Nie ma bowiem powodów, aby płatność wynagrodzenia na rzecz wykonawcy następowała z takim opóźnieniem, zwłaszcza że po wystawieniu przez wykonawcę faktury VAT nie zachodzi konieczność analizowania tak jej treści, jak i wykonania robót, za których realizację została ona wystawiona. Wystawienie przez wykonawcę faktury VAT jest bowiem poprzedzone odpowiednią procedurą, finalizowaną przyjęciem odpowiedniego Świadectwa Płatności, w której wszelkie okoliczności realizacji Kontraktu i zasadności kwot, których domaga się wykonawca, są dogłębnie zanalizowane. Postanowienie to jest również sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi postanowieniami ustawy z 12 czerwca 2004 o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, które ograniczają termin zapłaty maksymalnie do 30 dni. Ustawa stanowi, że jeżeli strony w umowie przewidziały termin płatności dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku – do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego.

Klauzula 15.2 Umowy stanowi, że w razie jej rozwiązania przez zamawiającego z winy wykonawcy, zamawiającemu przysługuje prawo do odszkodowania przewyższającego karę umowną. Natomiast w klauzuli 15.5 Umowy zastrzeżono, że w razie rozwiązania Umowy przez zamawiającego z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wykonawcy będzie przysługiwało jedynie prawo do żądania należnej mu zapłaty z tytułu wykonania części Kontraktu. Z porównania tych dwóch klauzul wynika rażąca dysproporcja pomiędzy uprawnieniami zamawiającego w razie rozwiązania Umowy z winy wykonawcy, a uprawnieniami wykonawcy w razie rozwiązania Umowy z przyczyn od niego niezależnych. Obecne postanowienia umowne nierówno kształtują więc prawa stron Umowy, tak więc nieodzowna jest ich zmiana, aby wykonawca również miał prawo do uzyskania odszkodowania, a również zwrotu faktycznie poniesionych kosztów. Na marginesie dodać należy, że w opinii odwołującego sankcja w postaci prawa do rozwiązania Umowy przez zamawiającego za podzlecenie robót niez zaakceptowanemu przez zamawiającego podwykonawcy jest niewspółmierna do dokonanego naruszenia, zatem powinna zostać zweryfikowana. Dodatkowo w klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający dodał ostatni akapit, zgodnie z którym, w przypadku rozwiązania Kontraktu wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty zamawiającemu kary umownej równej wysokości kwoty

dofinansowania zamawiającego, jakiej zamawiający został pozbawiony oraz karą umowną równej kwocie dofinansowanie, jaką zamawiający zobowiązany będzie zwrócić instytucji dofinansującej.

Po pierwsze, zakwestionowane wyżej postanowienia, w ocenie wykonawcy naruszają przepis art. 483 § 1 Kc, gdyż nie oznaczają one sumy kary umownej. Z przedmiotowego postanowienia nie wiadomo jaka jest kwota tej kary umownej, jak też nie wskazano precyzyjnie sposobu ustalenia tej kwoty. Wykonawca nie zna postanowień umów, jakie zamawiający zawarł lub zawrze z instytucjami dofinansującymi. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na treść i wykonanie tych umów. Tym samym, wykonawca nie zna kwoty dofinansowania, przesłanek jego utraty przez zamawiającego.

Tym samym, kwota kary umownej w żaden sposób nie jest w Kontrakcie oznaczona, co w ocenie wykonawcy narusza przepis art. 483 § 1 Kc.

Nadto, kwestionowane wyżej postanowienia, wprowadzają kolejną, zastrzeżoną wyłącznie na korzyść zamawiającego sankcję w postaci obowiązku zapłaty kary umownej. Tym samym po raz kolejny naruszona jest zasada równości stron stosunku cywilnoprawnego i tym samym naruszona jest właściwość zobowiązania art. 353¹ Kc.

Wobec powyższego, wykonawca wnosi o wykreślenie ostatniego akapitu klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu.

W zdaniu drugim klauzuli 15.5, zamawiający zastrzegł, że okolicznościami uzasadniającymi uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu na podstawie z art. 145 ust. 1 Pzp jest również znacząca zmiana umowy o dofinansowanie, jaką zamawiający zawarł lub zawrze oraz wstrzymanie finansowania.

Wykonawca wskazuje, że przepis art. 145 ust. 1 Pzp precyzyjnie określa przesłanki uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy, a przepis ten jest niewątpliwie przepisem *ius cogens*. Niewątpliwie przesłankami uprawniającymi zamawiającego do odstąpienia od umowy, są okoliczności niezależne od zamawiającego, których zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili zawarcia umownej, a wyniku czego realizacja zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W zdaniu drugim klauzuli 15.5 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający próbuje określić, że zmiana umowy, która zamawiający zawarł o dofinansowanie, lub wstrzymanie dofinansowania, jest jedną z okoliczności określonych w przepisie art. 145 Pzp. Wykonawca wskazuje jednak, że zmiana umowy o dofinansowanie będzie spowodowana okolicznościami innymi niż okoliczności nie leżące po stronie zamawiającego. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku wstrzymania takiego finansowania. Nadto, opisane w zdaniu drugim akapitu pierwszego klauzuli 15.5 Warunków Szczególnych Kontraktu sytuacje nie są tożsame z sytuacją wyczerpującą przesłankę „interesu publicznego”.

W ocenie wykonawcy ustawodawca zapewnił w przepisie art. 145 Pzp wystarczającą, ustawową ochronę interesów zamawiającego, w przypadku wystąpienia zdarzeń nagłych i niespodziewanych. Niewątpliwie przepis art. 145 Pzp stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanta*. Dlatego też jako sprzeczne z tym przepisem w ocenie wykonawcy należy uznać próbę rozszerzenia przez zamawiającego w klauzuli 15.5 przesłanek jego stosowania.

Wobec powyższego, wykonawca wnosi o wykreślenie klauzuli 15.5 Warunków Szczególnych Kontraktu.

Wykreślenie przez zamawiającego klauzuli 17.6. FIDIC z Umowy wiąże się z przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności za utracone korzyści, szkody następcze oraz usunięciem limitu całkowitej odpowiedzialności wykonawcy do wartości Kontraktu, a więc nadmiernie zobowiązuje wykonawcę i niekorzystnie kształtuje jego sytuację kontraktową w stosunku do sytuacji zamawiającego. Niezbędne jest zatem przywrócenie treści klauzuli 17.6. FIDIC, tak aby wykonawca nie ponosił bliżej nieograniczonej odpowiedzialności.

Doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez ukształtowanie warunków Umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego wynikającego z treści postanowień Umowy i zasadami współżycia społecznego, zatem niezbędne jest dokonanie odpowiednich zmian.

VI. Argumentacja dotycząca nakazania zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji

W opinii odwołującego, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z przyczyn omówionych w niniejszym odwołaniu.

Zgodnie z podstawowym i fundamentalnym nakazem zawartym w art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający w poszukiwaniu oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności podczas określania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nakaz ten oznacza, że zamawiający ma ustalać tak te warunki, aby umożliwić obiektywnie jak najszerszej liczbie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia złożenie oferty, czego celem jest ochrona tak interesu zamawiającego, jak i optymalne wykorzystanie środków publicznych. Należy przy tym podkreślić, że zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest

również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym.

Za uzasadniony należy zatem uznać wniosek o nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, w szczególności przez określone w odwołaniu zmodyfikowanie specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu, co zapewni jak największej liczbie wykonawców możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

05.09.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

06.09.2011 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

06.09.2011 r. wykonawca **SNC Lavalin** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

08.09.2011 r. wykonawca **Erbud SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Energopol-Szczecin SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Hochtief Polska SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Polimex-Mostostal SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Warbud SA** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

09.09.2011 r. wykonawca **Babcock & Wilcom Volund AS Dania** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) lista podobnych robót realizowanych w Europie, gdyż w Polsce tego typu spalarnie nie były realizowane, na wykazanie trwania podobnych inwestycji od 57 miesięcy [1.710 dni] do 88 miesięcy [2.640 dni] i wyjątkowo (inna technologia) – 47 miesięcy [1.410 dni];

oraz dowodu złożonego przez zamawiającego:

2) (dowód nr 2) plik dokumentów na wskazanie, jakie są długości terminów wykonania podobnych zamówień w Europie, w tym również podobnej inwestycji, w której ofertę złożył Polimex-Mostostal
Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone przez strony.

W uzasadnieniu wyroku Izba kierowała się układem argumentów przytoczonych w odwołaniu na uzasadnienie zarzutów.

Odwołujący w każdym zarzucie wskazywał naruszenie art. 7 i art. 7 ust. 1 Pzp. Jednak w żadnym wypadku odwołujący nie wykazał lub nawet nie starał się wykazać, że zamawiający naruszył te przepisy, mimo każdorazowego powoływania się na naruszenie art. 7 lub art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający nierówno traktował wykonawców, gdyż w przypadku specyfikacji jej postanowienia w takim samym stopniu dotyczą wszystkich wykonawców. Ponadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający miał wiedzę o jakimś wykonawcy i z myślą o nim tworzył poszczególne postanowienia specyfikacji.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza ogólnie, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 7 ani art. 7 ust. 1 Pzp i w dalszej części uzasadnienia skład orzekający Izby nie będzie odnosić się do tych przepisów.

Jednak każdorazowo odwołujący wskazywał na naruszenie przez zamawiającego również innych przepisów i odwołujący oprócz przywołania uchybień tych przepisów także uzasadnił te zarzuty, dlatego Izba rozpatrzyła zarzuty jak niżej.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 41 pkt 6 Pzp (w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc), przez 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 równe traktowanie wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna i zamawiający pozbawia wykonawców możliwości uzyskania zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sekcji VI.3.2 ogłoszenia o zamówieniu i w ust. 8 na str. 7 specyfikacji ustanowił termin wykonania zamówienia na 1.160 dni [38,7 miesiąca] i zamawiający powiększył ten termin o 180 dni [6 miesięcy] okresu zgłaszania wad.

Z oświadczeń i dowodów przedstawionych na rozprawie wynika, że zamówienie opiewa na niespotykany w Polsce przedmiot zamówienia. Również z porównań do innych tego typu inwestycji wynika, że zamawiający stawiając wymóg terminu wykonania wziął pod uwagę tylko bardzo optymistyczne wykazania na innych przetargach, ale przedstawianie w innym zakresie niż przedmiot zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu.

Nie można przewidzieć z należyłą dozą pewności postępu technologicznego i zdolności organizacyjnych wykonawców, które mogą doprowadzić do wykonania przedmiotu zamówienia w terminach innych niż wynikających z dotychczasowych doświadczeń. Jednak, jak wynika z przedstawionych doświadczeń europejskich, a w tym z doświadczeń wykonawców uczestniczących w rozpoznawanym odwołaniu, zamawiający nie miał podstaw do bezwzględnego ustanawiania tak krótkiego terminu wykonania przedmiotu zamówienia, wynoszącego tylko 1.160 dni [38,7 miesiąca].

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający ma określić termin wykonania zamówienia. Jednak termin ten nie może być przyjęty przez zamawiającego dowolnie bez powiązania z możliwościami realizacyjnymi wykonawców. Powoływanie się przez zamawiającego na same wyroki nie zwiększy możliwości wykonawczych podmiotów, a zamawiający powołał się tylko na orzecznictwo i nie przedstawił żadnych argumentów na obronę swojego stanowiska, że ustanowiony termin 1.160 dni [38,7 miesiąca] jest właściwie ustalony na podstawie znajomości technologii, możliwości zapotrzebowań i wytworzenia specjalistycznych urządzeń, których zamówienia jest konieczne aby wykonać przedmiot zamówienia. Również zamawiający nie wziął pod uwagę terminów koniecznych do uzyskania niezbędnych decyzji organów administracji.

Samo przewidzenie wielu sytuacji niesprzyjających terminowemu wykonaniu zamówienia i dozwolenie na wydłużenie czasu na ukończenie zamówienia (umożliwienia wydłużenia czasu na ukończenie w 7 klauzulach: 4.7, 4.12, 4.24, 7.4, 8.4, 8.5 i 8.9) ze względu na zdarzenia niezależne od wykonawcy nie zastąpi analizy możliwości wykonania zamówienia w określonym terminie i tej analizy zamawiający nie przedstawił. Odwołujący i przystępujący uprawdopodobnili, że żaden podmiot nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie uprawdopodobnił w należyтым zakresie, że jakkolwiek podmiot jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w wymaganym terminie 1.160 dni [38,7 miesiąca]. Zamawiający tylko stwierdził, że cyt. »zdaniem zamawiającego jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 1.160 dni [38,7 miesiąca]«.

Przedstawiony przez zamawiającego dowód – plik dokumentów na wskazanie, jakie są długości terminów wykonania podobnych zamówień w Europie, w tym również podobnej inwestycji, w której ofertę złożył Polimex-Mostostal – nie może uzyskać w oczach składu orzekającego Izby wiarygodności, gdyż zamieszczone tam dane zostały sporządzone w zakresie innych inwestycji niż przedmiot zamówienia i winnym celu niż przedstawienie obiektywnych danych, czyli były obciążone dużym subiektywizmem sporządzających, co w przypadku danych sporządzonych przez Polimex-Mostostal zostało wykazane przez przystępującego Polimex-Mostostal na rozprawie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 41 pkt 6 Pzp przez ustanowienie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – przez zawarcie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia przedmiotowych warunków udziału – w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nakładając tym samym na wykonawców nadmierne warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ograniczając możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił – zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp – w ust. 9.2 pkt 3 lit. a do n specyfikacji wymagania dotyczące dysponowania przez wykonawcę czternastoma

ekspertami, z których odwołujący zakwestionował nadmierne wymagania w stosunku do sposobu dokonania oceny spełniania warunków przez ekspertów oznaczonych nrami 2, 7, 8, 10 i 14.

Odwołujący zarzuca, że nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia wymagania odnośnie ekspertów:

- 1) ekspert nr 2 – Koordynator ds. Termicznego przekształcania odpadów komunalnych;
- 2) ekspert nr 7 – Technolog 1 Kierownik zespołu projektowego;
- 3) ekspert nr 8 – Technolog 2 proces oczyszczania spalin;
- 4) ekspert nr 10 – Technolog 4 odzysk energii;
- 5) ekspert nr 14 – Specjalista ds. ochrony środowiska.

Odwołujący uznał, że zamawiający sformułował do wskazanych ekspertów bezzasadnie wysokie warunki, co doprowadzi do istotnego ograniczenia liczby osób mogących wykonać przedmiot zamówienia, gdyż w Polsce brakuje osób spełniających tego typu wymagania. Dalej odwołujący stwierdził, że nie brak osób, które – w ocenie odwołującego – dają rękojmię rzetelnego i wiarygodnego wykonania przedmiotu zamówienia. Osobami takimi są eksperci, którzy brali udział w inwestycjach pokrewnych do tej, której dotyczy zamówienie.

W art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków cyt. »powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia«. W przepisie tym ustawodawca dał zamawiającemu luz decyzyjny, gdyż nie ma możliwości w pełni precyzyjnego stwierdzenia w jakim stopniu podobieństwa do przedmiotu zamówienia znajduje się ustawowo wymagana proporcjonalność i związek z przedmiotem zamówienia. Mimo przytoczenia bogatego orzecznictwa, odwołujący nie wykazał, że wymagane przez zamawiającego cechy ekspertów są nieproporcjonalne i nie odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Samo wskazanie przez odwołującego mniej lub bardziej podobnych przedmiotów nie może wykluczyć umożliwienia zamawiającemu kreowania warunków zgodnie z zapatrywaniem zamawiającego. Odwołujący nie dowiódł, że zamawiający postawił wymagania nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia lub niezwiązane z tym przedmiotem.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący wskazał innych specjalistów, ale nie wykazał, że zaproponowani eksperci będą lepiej odpowiadać swoimi specjalnościami podczas wykonania przedmiotu zamówienia niż wymagani przez zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 41 pkt 7 Pzp przez zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji konkretyzacji warunków udziału wykonawców dotyczących dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia złożenie przez wykonawców rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ust. 4 specyfikacji zawarł opis przedmiotu zamówienia. Jednak z uwagi na przedmiot zamówienia, który obejmuje zaprojektowanie i wybudowanie obiektu, zgodnie z formułą »zaprojektuj i wybuduj«, zamawiający – zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp – opisał przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Przepis nie wprowadził gradacji znaczeń czy wagi tych dokumentów, a więc przepis art. 31 ust. 2 Pzp (a także żadne inne przepisy) nie zwalnia zamawiającego od stosowania należytej staranności w stosunku do postanowień specyfikacji, ale rozciąga ten obowiązek na dodatkowy element specyfikacji, którym jest program funkcjonalno-użytkowy.

Ze względu na brak wyróżnienia i gradacji ważności któregokolwiek z tych dokumentów (specyfikacja i program funkcjonalno-użytkowy), zamawiający musi zadbać, aby te dokumenty były ze sobą zgodne w całej rozciągłości. Jednak odwołujący wskazał, że między tymi dokumentami istnieją sprzeczności.

Realizacja przedmiotowego zamówienia, jako umowy rezultatu powinna się kończyć na jakimś jednoznacznie określonym zdarzeniu. Odwołujący sugeruje, że takim faktem powinno być sporządzenie przez obie strony Świadectwa Przejęcia. Natomiast ze specyfikacji wynika, że zdarzeniem tym będzie niedookreślone zakończenie całkowitej odpowiedzialności za wady.

Zamawiający w ust. 4.3 str. 6 specyfikacji określił, że zakres zamówienia obejmuje szereg czynności oraz w tiret dziesiątym tego ustępu cyt. »niewymienione wyżej wszelkie działania niezbędne do przejścia robót objętych zamówieniem«. Natomiast w ust. 4.4 pkt 16 str. 7 specyfikacji zamawiający stwierdza, że zakres zamówienia obejmuje w szczególności cyt. »przeeglądy i usługi serwisowe w Okresie Usuwania Wad oraz w okresie rękojmi«.

Jak z tego wynika, zamawiający włącza w zakres wykonania przedmiotu zamówienia usługi serwisowe, a te wykraczają poza etap realizacji zamówienia, szczególnie że sam zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ostatecznego kształtu przedmiotu zamówienia, który to przedmiot w formule »zaprojektuj i wybuduj« nie może być na tym etapie jeszcze określony. Dlatego zamawiający zamierzający włączyć serwisowanie w zakres wykonania przedmiotu zamówienia musi określić czego ono będzie dotyczyć i w jakich terminach ma być wykonywane, a także na czyj koszt będzie się odbywać.

Zamawiający nie przewidział w ust. 4.3 ani w ust. 4.4 pkt 16 specyfikacji, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca ma wykonać instalację stabilizacji i zestania odpadów poprocesowych. Mimo to na karcie 6 (str. 84) Załącznika nr 1d do specyfikacji zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia gwarancji jakości procesu stabilizacji i zestania odpadów procesowych. Również w części A.I rozdz. 4 kropka ósma i dziewiąta str. 17 programu funkcjonalno-użytkowego zamawiający ustanowił, że inwestycja obejmuje segment kwaśnego ekstrahowania popiołów lotnych z kotła oraz pyłów z odpylania spalin lub segment stabilizowania i zestania popiołów lotnych z kotła, pyłów z odpylania spalin i stałych pozostałości z oczyszczania ścieków technologicznych.

Przytoczone wyżej rozbieżne postanowienia nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić czy wykonawca jest zobligowany do wykonania instalacji stabilizacji i zestania odpadów. Dlatego skład orzekający Izby przychyła się do postulatu odwołującego usunięcie bezwzględnego wymogu przedstawienia gwarancji jakości procesu stabilizacji i zestania odpadów procesowych wymienionej na karcie 6 (str. 84) Załącznika nr 1d do specyfikacji.

Poza tym skład orzekający Izby przychyła się do wniosku odwołującego skoro podczas rozruchu całej instalacji – technicznie nie jest możliwe uzyskanie docelowych parametrów, gdyż pełne obciążenie i dostrojenie wszystkich procesów technologicznych może trwać kilka miesięcy, to z treści załącznika nr 1d do specyfikacji nie może wynikać, że zamawiający oczekuje od wykonawcy spełnienia wszystkich parametrów gwarantowanych już na etapie Prób Końcowych. Z technologicznego punktu widzenia Próby Końcowe mają umożliwić przejęcie i eksploatację Zakładu przez zamawiającego, co wiąże się z tym, że należy doprowadzić wszystkie parametry środowiskowe do stanu, aby możliwe było spełnienie wymogów określonych w stosownych przepisach w szczególności dotyczących emisji. Jednak uzyskanie parametrów gwarantowanych przez wykonawcę może nastąpić dopiero w trakcie prób eksploatacyjnych mających na celu pełną optymalizację procesów oraz potwierdzenie gwarancji wynikających ze złożonej przez wykonawcę oferty. Dlatego zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający tworząc specyfikację nie w pełni brał pod uwagę typowe okoliczności związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia.

Jak z tego wynika w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i niespójnych określeń – zasługuje na uwzględnienie. Jednak skład orzekający Izby nie nakazuje zamawiającemu wprowadzenie do specyfikacji konkretnych postanowień, gdyż to zamawiający jest gospodarzem postępowania i to do zamawiającego należy sformułowanie poszczególnych jednostek redakcyjnych specyfikacji aby odzwierciedlały zamierzenia zamawiającego, a jednocześnie nie były sprzeczne z przepisami prawa i były należyście jednoznacznie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez wskazanie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ust. 25 str. 22-51 specyfikacji zawarł opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp. Mimo obszernego opisu kryteriów i sposobu oceny ofert, bo zawartego na 30 stronach specyfikacji, odwołujący zarzuca, że kryteria oceny zostały opisane w sposób niejednoznaczny, a co za tym idzie – uniemożliwiający wykonawcy złożenie oferty, a zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty.

W ust. 25.2.1.b.1.1 str. 25 specyfikacji zamawiający zażądał podania zużycia energii elektrycznej na potrzeby Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów, ale zamawiający nie określił jednostek, w jakich to zużycie ma zostać wyrażone, i nie określił, do jakiej jednostki czasu (rok, miesiąc, dzień, godzina) ma się odnosić podane zużycie energii. Zamawiający stwierdził, że uzupełnieniem postanowienia ust. 25.2.1.b.1.1 str. 25 specyfikacji jest załącznik nr 1b na str. 64-66 specyfikacji. W tym załączniku zamawiający wskazuje w jaki sposób ma być podane zużycie energii elektrycznej i za jaki okres czy jaki kurs walut ma stosować wykonawca.

Skład orzekający Izby podkreśla, że dokument specyfikacji jest całością i jeżeli w odpowiednio wyeksponowanym miejscu są wskazane kwestionowane elementy, to wykonawca mają możliwość wystarczająco jasnego odczytania zamiarów zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie na pewno takimi miejscami do odpowiedniej ekspozycji są tabele zawarte w ust. 25 specyfikacji, gdzie zamawiający prezentuje swoje wymagania, oraz w załączniku 1b do specyfikacji, gdzie zamawiający daje możliwość wpisania przez wykonawcę oferowanych wartości. Wystarczy, że w jednej z tych tabel znajdują się postulowane jednostki miar. W związku z tym skład orzekający Izby nie może w poruszonym zakresie przychylić się do zarzutów odwołującego.

Zamawiający podał jednostkę miary w wierszu 5 tabeli odnoszącym się do kosztów zużycia wody – m³, natomiast zaniechał tego w stosunku do pozostałych kosztów, co wobec precyzji pozostałych postanowień zamawiającego może nasunąć wykonawcom nieuzasadnione trudności. Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp zasługuje na uwzględnienie i zamawiający powinien zastosować podobnie precyzyjne podejście do formułowania wszystkich postanowień wskazanych elementów specyfikacji i wpisać wymagane jednostki miar, aby cała specyfikacja była jednoznaczna.

Zamawiający w ust. 25.2.1.b.1.5. oraz 25.2.1.b.1.6 specyfikacji niejednolicie zdefiniował jednostki zużycia wody i paliwa. W przypadku kryterium zużycia wody na potrzeby technologiczne zamawiający wymagał, aby wykonawca podał zużycie w zł/rok, a w rubryce 5 tabeli nr 1 załącznika nr 1b do specyfikacji wymagał zastosowania jako jednostki miary m³. Natomiast w przypadku kryterium zużycia paliwa zamawiający wymagał, aby wykonawca podał zużycie w zł/rok. Dodatkowo zamawiający nie wyjaśnił dlaczego w poszczególnych przypadkach zamawiający wstawił nazwę »zł.«, »zł« i »PLN«. Zamawiający mógłby tak sformułować swój wymóg, jednak tylko w przypadku gdyby wszystkie te jednostki miar zostały ustanowione jednolicie i wtedy wykonawcy mogliby z całkowitą pewnością wpisać odpowiednie wartości, zgodnie z opisem zawartym nad tabelą nr 1 na str. 64 specyfikacji.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp zasługuje na uwzględnienie i zamawiający powinien wszystkie jednostki miar ustanowić jednolicie, aby cała specyfikacja była jednoznaczna.

Zamawiający w punkcie 25.2.1.b.1.2, 25.2.1.b.1.3, 25.2.1.b.1.4 specyfikacji jako jedno z podkryteriów oceny ofert, wskazał koszt zużycia reagenta(ów) do redukcji kwaśnych zanieczyszczeń w spalinach łącznie z kosztami przygotowania reagenta do procesu (o ile wystąpią), koszt zużycia reagenta do redukcji substancji organicznych, dioksan, furanów i metali ciężkich oraz koszt zużycia reagenta do redukcji NO_x. Wykonawca mieli podać cenę zużywanych reagentów, bez wskazywania ich ilości. Zdaniem odwołującego kryterium to prowadzić może do nadużyć ze strony wykonawców, którzy mogą zaniżać wartość reagentów i pomimo gorszej technologii (większego zużycia) uzyskać większą liczbę punktów, a wykonawcy oferujący mniejsze zużycie reagentów – otrzymać mniej punktów. Odwołujący wnosi, aby zamawiający wymagał od wykonawców wyłącznie podania ilości reagentów. Dodatkowym argumentem odwołującego jest to, że wykonawca nie może zagwarantować stałej ceny reagentów, gdyż nie jest ich producentem.

Jednak skład orzekający Izby musi wziąć pod uwagę, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i określa m.in. poszczególne kryteria zgodnie ze swoimi zamierzeniami, możliwościami i uwarunkowaniami w sposób skrępowany tylko przepisami prawa. W związku z tym skład orzekający Izby nie stwierdza, że zamawiający sformułowaniem wskazanych postanowień uchybił jakimkolwiek przepisom prawa i dlatego nie może nakazać zmiany postanowień specyfikacji w sposób sugerowany przez odwołującego.

Zamawiający dookreślił podkryteria objęte kryterium określonym w punkcie 25.2.2.a str. 34 specyfikacji – ocena techniczna. Zdaniem odwołującego postanowienia te mogą przyczynić się do wyłonienia niekorzystnej oferty, której elementy będą co prawda zgodne z

zakładanymi kryteriami oceny ofert, ale nie będą miały waloru funkcjonalności. Odwołujący podnosi, że Decyzja Środowiskowa zakłada, że bunkier na odpady będzie miał pojemność pozwalającą na pomieszczenie odpadów z 6 dni. Natomiast opisane w punkcie 25.2.2.a.1.1 str. 34 specyfikacji podkryterium i na str. 67 w pierwszej tabeli od dołu w rubryce 2.a nie ogranicza niczym wykonawcy, co byłoby uczynione gdyby zamawiający podał maksymalną i minimalną pojemność bunkra.

Natomiast zamawiający stwierdził na rozprawie do protokołu jedynie, że kryterium 25.2.2.a.1.1 cyt. »nie wymaga podania pojemności bunkra. Kryterium jest zdefiniowane właściwie«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w tym przypadku zamawiający nie zabezpieczył właściwie swoich interesów, gdyż w przypadku zaoferowania przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, wymiarów bunkra mniejszych niż wymagania postawione w Decyzji Środowiskowej, to i tak będzie musiał zawrzeć umowę w opisywanym zakresie niekorzystną i będzie musiał później ten problem rozwiązać i to zapewne zwiększając swoje nakłady finansowe. Czyli kwestionowane postanowienia są niezgodne z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez niewłaściwe sformułowanie kryteriów, gdyż kryteria nie mogą być formułowane w sposób całkowicie dowolny, ale tak, aby w wyniku ich właściwego zastosowania zamawiający mógł dokonać wyboru rzeczywiście najkorzystniejszej oferty. Dlatego zamawiający powinien zawrzeć wymóg minimalnej pojemności bunkra na odpady.

Jednak brak odgórnego limitowania zaoferowania objętości bunkra nie stanowi zagrożenia dla interesów i dlatego skład orzekający Izby nie może nakazać wprowadzenia do specyfikacji jakiegokolwiek postanowienia w tym zakresie.

W punkcie 25.2.2.a.1.3 specyfikacji zamawiający ustanowił, że przyzna najwięcej punktów za zaoferowanie największej liczby stanowisk rozładunku pojazdów. Zamawiający nie określił minimalnej ani maksymalnej liczby stanowisk rozładunku pojazdów, a zdaniem odwołującego liczba ta powinna być określona na podstawie analizy ruchu, liczby i rodzaju pojazdów dowożących odpady oraz całkowitej ilości odpadów trafiających do spalarni.

Odwołujący nie wykazał, jakie interesy lub potrzeby zamawiającego zostały naruszone bądź pominięte ani które przepisy zostały naruszone przez kwestionowane postanowienie i również skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie w tym zakresie musi podlegać oddaleniu.

Odwołujący sformułował podobne zarzuty wobec ust. 25.2.2.a.4.1, 25.2.2.a.5.4, 25.2.2.a.5.5, 25.2.2.a.6.2, 25.2.2.a.8.1, 25.2.2.a.8.4 oraz 25.2.2.b na str. 34, 35 i 50 odnośnie wielu kryteriów, które zdaniem odwołującego zostały opracowane przez

zamawiającego w sposób nieprecyzyjny, bez uwzględnienia swoich faktycznych potrzeb i skutków wprowadzenia elementów w nadmiernej liczbie.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę postanowień specyfikacji zawartych na stronach 40, 44, 45, 48, 49 i 50 oraz 69, 70 i 72 w analogicznych numerach jednostek redakcyjnych, gdzie zamawiający w sposób dostateczny określił sposoby oceny kryteriów i w związku z tym zdaniem składu orzekającego Izby zarzuty dotyczące tych ustępów nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez wskazanie kryterium oceny w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty – zasługuje na uwzględnienie we wskazanych wyżej miejscach specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 353¹ Kc przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku obligacyjnego wynikającego z treści postanowień tej umowy – zasługuje na uwzględnienie.

W ust. 34.1-34.11 specyfikacji zamawiający zawarł istotne postanowienia dotyczące umowy. Ponadto w II części specyfikacji zamawiający zawarł w szczególności »Wzór aktu umowy« i w rozdz. 2 »Warunki ogólne kontraktu« oraz w rozdz. 3 »Warunki szczególne kontraktu«. Z treści rozdz. 2 »Warunki ogólne kontraktu« wynika, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany, cyt. »zgodnie z WARUNKAMI KONTRAKTOWYMI DLA URZADZEŃ ORAZ PROJEKTOWANIA I BUDOWY [...]«, potocznie zwany FIDIC. W rozdz. 3 »Warunki szczególne kontraktu« zamawiający zamieścił zmiany, uzupełnienia i dodatkowe klauzule do Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego uargumentowane m.in. wyrokiem Zespołu Arbitrów z 29 października 2003 r. sygn. UZP/ZO/0-1736/03, że wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia odwołania na treść specyfikacji – zarówno na całą treść dokumentu, jak i na każde z jego postanowień, tak więc także na będące częścią specyfikacji postanowienie wzoru umowy. Również skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska zamawiającego, wniesionego ustnie do protokołu, cyt. »zamawiający musi zabezpieczyć się przed nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę i może dowolnie kształtować poszczególne postanowienia umowy, oczywiście, jeżeli nie są one niezgodne z przepisami prawa. Zamawiający wskazuje na wyrok SN z 18 marca 2008 r. o sygn. IV CSK 478/07 i KIO o sygn. 1876/09 oraz następnych«.

Także skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że w trakcie rozprawy odwołujący wycofał zarzuty dotyczące klauzul 1.7, 2.4, 13.1, 14.2 i 14.7.

W ramach szczegółowych zarzutów dotyczących treści umowy skład orzekający Izby stwierdza jak niżej:

W klauzuli 1.8 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający zawarł regulację stanowiącą, że: „[...] Jeżeli w Kontrakcie nie ustalono inaczej, to wykonawca dostarczy Inżynierowi sześć egzemplarzy każdego z dokumentów wykonawcy w formie „papierowej” i 2 egzemplarze w formie elektronicznej [...]”.

Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że tak duża liczba egzemplarzy dokumentacji i w opisanych formach jest mu niezbędna.

Postanowienie to znalazło się w specyfikacji przed upływem terminu składania ofert i nie jest sprzeczne z przepisami prawa, dlatego wykonawca może wziąć pod uwagę koszty związane ze sporządzaniem wymaganej liczby egzemplarzy kopii dokumentacji.

W związku z tym zarzut wymagania w klauzuli 1.8 nadmiernie dużej liczby egzemplarzy kopii dokumentacji – nie może być uznany za zasadny.

Klauzula 1.10 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczyła wymogu przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentów wykonawcy w bardzo szerokim zakresie pól eksploatacji, które to oczekiwanie – zdaniem odwołującego – jest niewspółmierne do istoty i zakresu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że cyt. »wystarczającą formą prawną, jest udzielenie zamawiającemu niewyłącznej i nieprzenaszalnej licencji do dokumentów wykonawcy«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i sam zamawiający stwierdza które jego potrzeby i w jakim zakresie powinny zostać zaspokojone przez zawarcie umowy. Również zamawiający wie jakie kwoty może przeznaczyć na finansowanie zamówienia i w związku z tym może rozszerzać bądź zawężać przedmiot zamówienia, m.in. w zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych lub udzielenia licencji. Nadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepisy prawa kwestionowanymi postanowieniami klauzuli 1.10. W związku z tym zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Klauzula 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczyła obowiązku zachowania w poufności szczegółów Kontraktu oraz informacji dotyczących jego realizacji. Zamawiający zastrzegł karę umowną – 10% Ceny Kontraktowej w przypadku, gdy wykonawca ujawni poufne szczegóły Kontraktu lub informacje dotyczące jego realizacji.

Skład orzekający Izby stwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a w tym i sama umowa jest jawna, co wynika z art. 8 ust. 1 Pzp. W związku z tym nakładanie na jedną stronę umowy, na wykonawcę, obowiązku zachowania poufności jest naruszeniem tego przepisu. Również postanowienia umowy o nakładaniu kar umownych za naruszenie klauzuli poufności kontraktu nie mogą być uznane za realizację praw zamawiającego.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut – naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku zachowania poufności postanowień Kontraktu oraz informacji dotyczących jego realizacji – jest zasadny i nakazuje zamawiającemu usunięcie klauzuli 1.12 Warunków Szczególnych Kontraktu.

Klauzula 2.1 Warunków Szczególnych Kontraktu dotyczyła prawa dostępu do placu (terenu) budowy.

Odwołujący wskazuje, że zamawiający przewidział tylko rozwiązanie sytuacji opóźnienia w przekazaniu placu (terenu) budowy z winy zamawiającego, a nie przewidział sytuacji opóźnienia w przekazaniu placu (terenu) budowy z przyczyny zamawiającego (bez winy zamawiającego).

Także w razie wystąpienia zwłoki w przekazaniu Placu Budowy powstałej z winy zamawiającego, przedłużenie czasu na wykonanie przedmiotu zamówienia powinno według odwołującego następować automatycznie, bez konieczności artykułowania przez wykonawcę roszczenia, co zdaniem składu orzekającego Izby nie jest zasadne, gdyż w przypadku takiego opóźnienia mogą zajść okoliczności uprawniające wykonawcę do ubiegania się o dłuższe lub krótsze przesunięcie terminu oddania robót.

Również w rozpoznawanej klauzuli 2.1 zamawiający przewidział tylko, że przekazanie placu budowy nastąpi w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, przy czym zamawiający w żaden sposób nie ograniczył uznaniowości zamawiającego w określaniu tego terminu. Zamawiający stwierdza, że w takim przypadku znajdzie zastosowanie art. 455 Kc i roszczenie będzie wymagane niezwłocznie po wezwaniu przez wykonawcę o wydanie placu budowy. Przepis ten zdaniem składu orzekającego Izby nie ma zastosowania, gdyż wydanie terenu budowy nie jest świadczeniem. Zamawiający nie przedstawił żadnego innego argumentu, na którego podstawie zamawiający byłby zwolniony z określenia terminu przekazania terenu budowy. Należy wziąć pod uwagę, że od tego terminu zależą inne terminy, np. termin wykonania zamówienia czy ustalenie terminu zwłoki w przejęciu placu budowy przez wykonawcę.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza słuszność zarzutu w tak skomplikowanym kontrakcie i nakazuje zamawiającemu określenie terminu przekazania placu budowy.

W klauzuli 3.2 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający ustanowił, że cyt. »brak odrzucenia jakiegokolwiek Roboty, Urządzenia lub Materiałów nie będzie uznawany za zatwierdzenie i z tego powodu nie ograniczy prawa Inżyniera do odrzucenia danej Roboty, Urządzenia lub Materiałów«.

Zdaniem odwołującego brzmienie tego postanowienia sprawia, że Inżynier może w nieskończoność przedłużać terminy przyjęcia Robót, Urządzeń lub Materiałów,

uniemożliwiając wykonawcy realizację dalszych etapów przedsięwzięcia, co rażąco naruszałoby interes wykonawcy. Jednak odwołujący nie wskazał przepisu, który naruszyłby zamawiający przez pominięcie kwestii terminu przyjęcia Robót, Urządzeń lub Materiałów. Podobnie skład orzekający Izby nie znajduje unormowania, które zostałyby naruszone przez taką redakcję postanowienia klauzuli 3.2. Również klauzula 3.2 w oryginalnym brzmieniu sformułowanym w wydawnictwie FIDIC nie zawiera postulowanego postanowienia, co jest jedynie argumentem dopełniającym. W związku z tym zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Klauzula 5.6 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi, że cyt.: »Najpóźniej łącznie z wnioskiem o wystawienie Świadectwa Przejęcia wykonawca dostarczy Inżynierowi ustaloną przez Inżyniera liczbę i rodzaj egzemplarzy Dokumentacji zgodnie z Wymaganiami zamawiającego. Roboty nie zostaną uznane za ukończone dla celów przejęcia na mocy klauzuli 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] dopóki Inżynier nie otrzyma tych dokumentów«.

W opinii odwołującego postanowienie nakłada na wykonawcę niemożliwy do zrealizowania obowiązek. Pozytywne zakończenie prób końcowych powinno być jednoznaczne z uzyskaniem protokołu przejęcia. Po próbach końcowych nie gasi się pieca spalarni i całej instalacji, tylko zamawiający przejmuje te elementy do eksploatacji automatycznie. Dlatego wykonawca nie ma fizycznej możliwości przygotowania pełnej dokumentacji powykonawczej, gdyż w trakcie wykonywania prób dochodzi do zmian, które będzie należało uwzględnić w dokumentacji powykonawczej. Dalej odwołujący postuluje, aby w Umowie zostało zawarte postanowienie, że wykonawca na zakończenie prób końcowych przekaze zamawiającemu Dokumentację Powykonawczą z ręcznymi adnotacjami umożliwiającą Przejęcie Robót i eksploatację Zakładu, a w ciągu 30 dni od ich zakończenia – oryginały Dokumentacji Powykonawczej.

Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że w XXI wieku, w dobie powszechnego stosowania komputerów wnioski o ręczne nanoszenie poprawek na dokumentacji mającej stanowić podstawę do Przejęcia Robót i eksploatacji Zakładu – nie może zyskać akceptacji, a poza tym wniosek taki nie wynika z żadnego przepisu. Także określenie terminu 30 dni na przekazanie oryginałów Dokumentacji Powykonawczej nie wynika z żadnego przepisu, a w dodatku nawet w tekście klauzuli 5.6 FIDIC nie ma takich postanowień. W związku z tym zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Klauzula 8.3 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi, że wykonawca dostarczy szczegółowy Program robót w formie uzgodnionej z Inżynierem najpóźniej 21 dni po Dacie Rozpoczęcia.

Odwołujący stwierdza, że jest to wymóg niemożliwy do spełnienia chociażby z tego względu, że wykonawca nie zna dokładnej daty otrzymania pozwolenia na budowę – niezbędnego dla wykonawstwa robót. Wobec tego odwołujący wnosi o uwzględnienie, że w ciągu 21 dni wykonawca dostarczy Program robót niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę, a w ciągu 21 dni od otrzymania pozwolenia na budowę przygotuje kolejny Program robót uwzględniający wykonawstwo.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w przypadku skrócenia terminów wynikających ze zwyczaju czy z odpowiednich postanowień FIDIC, zamawiający musi brać pod uwagę nie tylko własne potrzeby (szybkiego wykonania robót), ale także możliwości i uwarunkowania wykonawcy (brak znajomości dokładnej daty otrzymania pozwolenia na budowę). Ponadto lakoniczna argumentacja zamawiającego, cyt.: »zamawiający uważa, że jest to odpowiedni czas – 21 dni« nie daje podstaw do podważenia umotywowania odwołującego.

W związku z tym skład orzekający Izby przychylił się do zarzutu odwołującego. Jednak ze względu na brak precyzyjnego uzasadnienia wprowadzenia wskazanych przez odwołującego terminów na dostarczenie przedmiotowych Programów skład orzekający Izby pozostawia skonkretyzowanie tych terminów do decyzji zamawiającego.

Klauzula 8.7 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi, że jeżeli kara umowna za zwłokę nie pokrywa poniesionej szkody, to zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego, na zasadach ogólnych określonych przepisami Kodeksu cywilnego, w wysokości przewyższającej wartość kar umownych.

Postanowienie to nie narusza żadnego przepisu prawa. Mimo, że różni zamawiający wprowadzają pewne ograniczenia to nie wynikają te ograniczenia z nakazów lub zakazów zawartych w unormowaniach prawa. Odwołujący również nie powołał się na żadne przepisy uzasadniające zarzut.

W związku z tym, że zamawiający nie naruszył żadnego przepisu ani odwołujący nie wskazał naruszenia przez zamawiającego konkretnego unormowania – skład orzekający Izby nie może uznać zasadności tego zarzutu.

Klauzula 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu pokazuje, że zamawiający w postanowieniach Umowy dotyczących Przejęcia Robót i Odcinków nie wprowadził ostatecznej daty, do kiedy Inżynier (zamawiający) ma przejąć przedmiot zamówienia od momentu złożenia kompletnej dokumentacji przez wykonawcę.

Słusznie zauważa odwołujący, że może to skutkować Nielimitowanym przedłużeniem dokonania przejęcia, którego realizacja zakończona podpisaniem Protokołu Przejęcia jest istotna dla rozpoczęcia biegu gwarancji i ewentualnego naliczania kar umownych.

Z uwagi na to, że termin przejęcia jest istotny dla rozpoczęcia biegu gwarancji – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i zamawiający musi wprowadzić taki termin.

Klauzula 11.6 Warunków Szczególnych Kontraktu pomija postanowienie FIDIC dotyczące ograniczenia czasu, który Inżynier ma na żądanie powtórzenia każdej z prób. W brzmieniu zaproponowanym przez zamawiającego Inżynier może dowolnie żądać powtórzenia próby, jeżeli przy którymś z elementów były prowadzone jakiegokolwiek prace po przeprowadzeniu prób, niezależnie od czasu, kiedy te prace zostały zrealizowane.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie tylko wykonawca musi wywiązywać się ze swoich obowiązków, ale także zamawiający musi wykonywać swoje uprawnienia z należytą starannością. Oznacza to również, że zamawiający musi wykonywać swoje uprawnienia w skonkretyzowanych, realnych terminach. Wynika to zwłaszcza z art. 654 Kc – inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo. Przepis nie normuje terminu wykonania tego obowiązku, jednak nie oznacza to, że można ten termin pomijać lub odkładać *ad calendas graecas*.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny, jednak termin, do którego zamawiający może skorzystać ze swoich uprawnień musi być ustalony autonomicznie, chociaż uzasadnienie, przez samego zamawiającego.

Klauzule 11.12. i 11.13 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowią, że bieg gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od daty wydania Świadczenia Wykonania.

W opinii odwołującego rozpoczęcie biegu terminu gwarancji i rękojmi za wady powinno następować od daty wydania Świadczenia Przejęcia, ponieważ to właśnie z chwilą wydania Świadczenia Przejęcia zamawiający przejmuje obiekt w użytkowanie. Podobnie stanowią przepisy art. 568 § 1 Kc (rękojmia) i art. 577 § 2 Kc (gwarancja). Mimo możliwości rozszerzenia odpowiedzialności z tytułu rękojmi (art. 558 § 1 Kc), nie można stwierdzić, że rozszerzenie odnosi się do zdarzenia, od którego następuje rozpoczęcie biegu terminu rękojmi, ale do długości tego terminu. Podobnie art. 577 § 2 Kc stanowi o zdarzeniu, którego zaistnienie powoduje rozpoczęcie biegu terminu gwarancji. W przypadku rękojmi i gwarancji faktem tym jest wydanie rzeczy kupującemu (zamawiającemu).

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i skład orzekający Izby nakazuje zamawiającemu zmodyfikowanie postanowień Warunków Szczególnych Kontraktu tak, aby stanowiły one, że bieg terminu rękojmi i gwarancji rozpoczyna się od wydania rzeczy zamawiającemu, zgodnie z art. 568 § 1 Kc (rękojmia) i art. 577 § 2 Kc (gwarancja), przy czym zamawiający zgodnie ze swoimi uprawnieniami może ten termin ustalić zależnie od swoich potrzeb.

W klauzuli 12.5 lit. b Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający obliguje wykonawcę do złożenia gwarancji jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów procesowych w celu przeprowadzenia prób i badań określających spełnianie gwarancji bezwzględnych, mimo że w punkcie 4 programu funkcjonalno-użytkowego zamawiający dał wybór wykonawcom stabilizowania i zestalania popiołów lotnych z kotła, pyłów z odpylania spalin i stałych pozostałości z oczyszczania ścieków technologicznych albo kwaśnego ekstrahowania popiołów lotnych z kotła oraz pyłów z odpylania spalin.

Dlatego formułowanie wymogu przekazania przez wykonawcę gwarancji na roboty, których nie musi wykonać może nie być związane z przedmiotem Umowy, jeżeli wykonawca wybierze inny wariant kwaśnego ekstrahowania popiołów lotnych oraz pyłów.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i zamawiający musi dostosować treść klauzuli 12.5 lit. b Warunków Szczególnych Kontraktu do możliwości wyboru technologii przez wykonawcę.

Zgodnie z klauzulą 12.6 Warunków Szczególnych Kontraktu cyt.: »Próby i kontrola [...] materiałów będą prowadzone w ciągu całego Okresu Zgłaszania Wad«.

Odwołujący wskazuje, że próby eksploatacyjne powinny trwać maksymalnie kilka tygodni i wykonawca nie powinien być obarczany odpowiedzialnością za eksploatację obiektu przez cały Okres Zgłaszania Wad, jako że nie ma wpływu na późniejsze wykorzystanie spalarni, a jedynie za okres, w którym prowadzone są próby eksploatacyjne potwierdzające uzyskanie parametrów gwarantowanych.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył żadnego przepisu prawnego i odwołujący nie wykazał przepisu, który naruszył zamawiający przez postanowienie klauzuli 12.6 Warunków Szczególnych Kontraktu. W związku z tym skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu odwołującego.

W klauzuli 12.7 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający pośrednio żąda od wykonawcy gwarantowania cen reagentów poprzez nałożenie kar umownych za przekroczenie gwarantowanych rocznych kosztów eksploatacyjnych.

Odwołujący stwierdza, że wykonawca nie ma wpływu na ceny, a jedynie może być zobligowany do zagwarantowania zużycia reagentów i to wyłącznie w trakcie trwania prób eksploatacyjnych.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca może być obciążony karą umowną za wystąpienie czynników, za które jest odpowiedzialny, gdyż zgodnie z art. 483 § 1 Kc strony mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. W przypadku

zwiększenia cen za reagenty, wodę technologiczną czy paliwo nie występuje czynnik niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wykonawcy. Dlatego zamawiający może żądać ustanowienia kar umownych tylko za przekroczenie rzeczywistego zużycia wyżej przytoczonych czynników w stosunku do zużycia oferowanego (gwarantowanego).

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i zamawiający powinien zrezygnować z nakładania na wykonawcę kar umownych za gwarantowanie cen reagentów i innych kosztów eksploatacyjnych niezależnych od wykonawcy.

W klauzuli 12.9 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający zawarł kary za przekroczenie gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych podczas Prób Eksploatacyjnych.

Zdaniem odwołującego kary te są nazbyt wygórowane w stosunku do naruszenia Umowy, nazbyt zróżnicowane, a ich łączna wysokość nie podlega żadnemu limitowi.

Skład orzekający Izby stwierdza, podobnie jak w wyroku Izby z 31 sierpnia 2011 r. o sygnaturze KIO 1758/11, że w polskim prawie nie istnieją przepisy zakazujące stanowienia jakiejś wielkości kar umownych czy zakazujących odnoszenia tych kar do jakiejś podstawy. Również odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepisy prawa stanowiąc o wysokości kar umownych i podstawach ich naliczania.

Kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń.

Podczas rozprawy zamawiający stwierdził, że cyt; »zamierza dzięki umowie ochronić się przed złym wykonaniem tak technologicznym np. nieosiągnięcie odpowiednich parametrów, jak i terminowym«, a odwołujący nie dowiódł, że zamawiający ustanawiając postanowienia o tak zróżnicowanych karach umownych miał na celu co innego niż zdyscyplinowanie przyszłego wykonawcy.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut dotyczący niewłaściwego naliczania kar umownych i w wygórowanej wysokości – nie może być uznany za zasadny.

W klauzuli 14.16 lit. a Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający oznaczył termin wyznaczony przez wykonawcę do uzyskania gwarancji jako nie krótszy niż 180 dni.

Zdaniem odwołującego jest to sprzeczne z przepisem art. 649⁴ § 1 Kc, na którego podstawie wykonawca może żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, jednak nie krótszym niż 45 dni. Tym samym, zdanie odwołującego kwestionowane postanowienie jest z mocy art. 649² § 1 Kc nieskuteczne.

Zamawiający stwierdził do protokołu, że cyt. »postanowienie to nie wyłącza prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty od inwestora, a jedynie określa, w jaki sposób prawo to będzie mogło być wykonywane, gdyż gwarancja zapłaty będzie musiała być uzyskana w zamówieniu publicznym, którego uzyskanie wymaga swego czasu – wartość zamówienia ok. 500 000 milionów złotych i będą musiały być zachowane reżimy unijne«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że termin ustanowiony w art. 649⁴ Kc jest ustanowiony w interesie obu stron umowy. Nie naraża wykonawcy na zbyt długą niepewność, co do możliwości zapłaty zobowiązania pieniężnego przez zamawiającego, a również daje możliwość zamawiającemu odpowiedniego przeprowadzenia postępowania zgodnego z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Skład orzekający Izby wskazuje na jedną z wielu możliwości wywiązania się z obowiązku przedstawienia dokumentu w terminie 45 dni: Zamawiający, na podstawie art. 13 Pzp, może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścić na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, w tzw. „profilu nabywcy”, wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych. Ogłoszenie to nie obliuguje do wszczęcia zamówienia, ale w przypadku wszczęcia takiego zamówienia uprawnia zamawiającego, na podstawie art. 43 ust. 3 Pzp, do wyznaczenia terminu składania ofert na 22 dni od momentu publikacji ogłoszenia, czyli cała procedura może zmieścić się w 45 dniach wyznaczonych w art. 649⁴ Kc.

Wobec tego, przy zachowaniu należytej staranności, zamawiający jest w stanie dotrzymać 45 dniowego terminu, wyznaczonego w art. 649⁴ Kc, na złożenie wykonawcy gwarancji zapłaty.

Klauzula 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu stanowi, że w razie rozwiązania umowy z winy wykonawcy, zamawiającemu przysługuje prawo do odszkodowania przewyższającego karę umowną. Natomiast w klauzuli 15.5 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający zastrzegł, że w razie rozwiązania umowy przez zamawiającego z przyczyn niezależnych od wykonawcy, wykonawcy będzie przysługiwało jedynie prawo do żądania należnej mu zapłaty z tytułu wykonania części Kontraktu.

Odwołujący wskazuje na rażącą dysproporcję pomiędzy uprawnieniami zamawiającego w razie rozwiązania Umowy z winy wykonawcy, a uprawnieniami wykonawcy w razie rozwiązania Umowy z przyczyn od niego niezależnych.

Jednak odwołujący nie przedstawił żadnego przepisu, który zostałby naruszony kwestionowanym postanowieniem. W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że nie może uznać zarzutu za zasadny.

Również odwołujący postuluje, aby wykonawca miał również prawo do uzyskania odszkodowania i zwrotu faktycznie poniesionych kosztów. I w tym przypadku odwołujący nie przedstawił żadnego przepisu, który zostałby naruszony kwestionowanym postanowieniem. Wobec tego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie jest zasadny.

Dodatkowo w klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający dodał ostatni akapit, że w przypadku rozwiązania Kontraktu wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty zamawiającemu kary umownej równej wysokości kwoty dofinansowania zamawiającego, jakiej zamawiający został pozbawiony oraz karą umowną równej kwocie dofinansowania, jaką zamawiający zobowiązany będzie zwrócić instytucji dofinansującej.

Odwołujący stwierdził, że zakwestionowane postanowienia, w ocenie wykonawcy naruszają przepis art. 483 § 1 Kc, gdyż nie oznaczają sumy kary umownej. Wykonawca nie zna postanowień umów, jakie zamawiający zawarł lub zawrze z podmiotami dofinansującymi. Wykonawca nie ma żadnego wpływu na treść i wykonanie tych umów. Tym samym, wykonawca nie zna kwoty dofinansowania ani przesłanek jego utraty przez zamawiającego.

Art. 483 § 1 Kc nakazuje oznaczenie sumy kary umownej. Może ona być oznaczona kwotowo bądź przez podanie algorytmu, na którego podstawie ta kara zostanie wyliczona. Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że odniesienie się do bliżej niesprecyzowanych umów, które zostały zawarte lub które będą zawarte nie daje możliwości wykonawcy do oceny ryzyka i wyliczenia ceny ofertowej oraz złożenia na tej podstawie oferty.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i nakazuje zamawiającemu wykreślenie postanowienia o karze umownej wyliczanej na podstawie nieznanych umów zamawiającego z podmiotami dofinansującymi.

Nadto odwołujący stwierdza, że kwestionowane postanowienie klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu, wprowadzając kolejną sankcję w postaci obowiązku zapłaty kary umownej i tym samym naruszona jest zasada równości stron stosunku cywilnoprawnego i właściwość zobowiązania art. 353¹ Kc. Jednak odwołujący nie wskazał konkretnego przepisu, który został naruszony przez postanowienie klauzuli 15.2 Warunków Szczególnych Kontraktu. W związku z powyższym oraz ze względu na niemożność nakładania kar umownych na stronę zobowiązaną do świadczeń pieniężnych skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył przepisów i w tym zakresie odwołanie nie jest zasadne.

W opinii odwołującego sankcja – zawarta w klauzuli 15.2 lit. d Warunków Szczególnych Kontraktu – w postaci prawa do rozwiązania Umowy przez zamawiającego za podzlecenie

robót niezaakceptowanemu przez zamawiającego podwykonawcy jest niewspółmierna do dokonanego naruszenia.

Jednak odwołujący nie wskazał żadnego przepisu naruszonego kwestionowanym postanowieniem, dlatego skład orzekający Izby nie stwierdza zasadności zarzutu.

W klauzuli 15.5 zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający zastrzegł, że okolicznościami uzasadniającymi uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu na podstawie z art. 145 ust. 1 Pzp jest również znacząca zmiana umowy o dofinansowanie, jaką zamawiający zawarł lub zawrze, oraz wstrzymanie finansowania.

Odwołujący wskazuje, że przepis art. 145 ust. 1 Pzp precyzyjnie określa przesłanki uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy, a przepis ten jest przepisem *ius cogens*.

Odwołujący wskazuje, że zmiana umowy o dofinansowanie będzie spowodowana okolicznościami innymi niż okoliczności niebędące po stronie zamawiającego. Analogiczna sytuacja wystąpi w przypadku wstrzymania takiego finansowania. Ponadto, sytuacje opisane w klauzuli 15.5 akapit pierwszy zdanie drugie Warunków Szczególnych Kontraktu nie są sytuacjami wyczerpującymi przesłankę »interesu publicznego«.

Skład orzekający Izby stwierdza za odwołującym, że przepis art. 145 Pzp stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanta*. Jednocześnie w przepisie tym nie ustawodawca nie przewidział możliwości rozszerzenia przesłanek stosowania tego przepisu. Skład orzekający Izby podkreśla, że interes publiczny jest kategorią niezależną i nie może wynikać z faktu finansowania z jakichkolwiek źródeł.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut jest zasadny i nakazuje zamawiającemu wykreślenie postanowienia dotyczącego możliwości rozszerzenia przesłanek stosowania art. 145 Pzp.

Klauzulą 17.6 Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający postanowił o wykreśleniu klauzuli 17.6 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC. Wiąże się to z przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności za utracone korzyści, szkody następcze oraz usunięciem limitu całkowitej odpowiedzialności wykonawcy.

Odwołujący postuluje o przywrócenie treści klauzuli 17.6 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, tak aby wykonawca nie ponosił bliżej nieograniczonej odpowiedzialności.

Jednak odwołujący nie przedstawił przepisu prawa, który to przepis mógłby zostać naruszony przez wykreślenie klauzuli 17.6 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC. W związku z tym wykonawca może uznać, że jego ryzyko jest zbyt duże i odstąpić od złożenia oferty, ale ze względu na brak naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa skład orzekający Izby musi stwierdzić brak zasadności zarzutu.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, przez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny ze wskazanymi przepisami prawa – zasługuje we wskazanych miejscach Warunków Szczególnych Kontraktu na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....