

Sygn. akt: KIO 164/12

**WYROK**  
**z dnia 9 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WSOP Sp. z o.o. , IT WORKS S.A., 44 – 100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50 – 411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14**

przy udziale wykonawcy **Gildia Sp. z o.o., 20 – 135 Lublin, ul. Dworska 15B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zmianę postanowień istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik do SIWZ poprzez uregulowanie paragrafu 3 punkt 24 w zakresie wprowadzenia zapisu regulującego kwestię dokonywania czynności odbioru sprzętu (wyposażenia dydaktycznego) w przypadku realizacji dostawy do pomieszczenia zastępczego, w tym także kwestię odbioru prac instalacji i uruchomienia tego sprzętu, w szczególności w zakresie uznania dostawy za wykonaną i zaistnienia przesłanki do wystawienia faktury.
2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50 – 411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WSOP Sp. z o.o., IT WORKS S.A., 44 – 100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306**, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2** zasądza od **Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego, 50 – 411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WSOP Sp. z o.o. , IT WORKS S.A., 44 – 100 Gliwice, ul. Pszczyńska 306** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu dla projektu „Modernizacja centrów kształcenia zawodowego na Dolnym Śląsku” (sprawa nr DU-Z.272.85.2011). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 147-244576.

Odwołujący IT WORKS S.A złożył odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy poprzez wadliwe określenie sposobu oceny ofert (a właściwie zaniechanie dokonania tej czynności przed wyborem najkorzystniejszej oferty) ergo poprzez wadliwe sporządzenie informacji o formalnościach, jakie powinny zostać wykonane po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji finalne naruszenie art. 2 pkt 5, tj. niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, naruszenie art. 5, 58 § 1 i 2 oraz 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również ewentualnie w konsekwencji naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy tj. bezprawne wprowadzenie do projektu umowy, warunków nieekwiwalentnych dla stron umowy tj. abuzywnych, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c, a w konsekwencji z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikację istotnych warunków zamówienia w sposób opisany szczegółowo poniżej, co pozwoli doprowadzić jej tekst oraz czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu do stanu zgodnego z prawem.

**1. Sposób dokonania wyboru oferty**

Odwołujący zakwestionował zapis SIWZ (rozdział XII pkt 3) wedle którego wykonawca miałby przedstawić ofertę tylko z cenami łącznymi, z podziałem na kwoty przypadające na poszczególne powiaty i osobno branże.

Zamawiający po wyborze oferty wzywa tego spośród oferentów, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą do przedstawienia w ciągu 3 dni wykazu sprzętu z parametrami. Zdaniem Odwołującego, w ten sposób Zamawiający dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej zamierza wykonać obowiązek, który nałożył na niego ustawodawca przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a mianowicie na podstawie art. 87 PZP dokona badania i oceny ofert. Odwrócona została logika przetargu i zamawiający wyłączył z ustawy takie obszary jak np. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 87 ust. 1, które mogą być zastosowane tylko przed rozstrzygnięciem postępowania, a nie po czy art. 89 ust. 1.

Nadto wykonawca został zobowiązany do złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym, że : „jesteśmy świadomi, że gdyby z naszej winy nie doszło do zawarcia umowy, wniesione przez nas wadium zatrzymuje Zamawiający”. Odwołujący podniósł, iż w ten sposób Zamawiający jednocześnie pozbawia podmioty składające oferty wglądu w oferty konkurencji, a na podmiot, który złożył najkorzystniejszą ofertę nakłada ryzyko utraty wadium w sytuacji innej niż zwykle (tj. np. kiedy to wykonawca odmawia podpisania umowy, itp.). Odwołujący wnosił o wykreślenie zakwestionowanego zapisu z postanowień SIWZ i nakazanie oceny ofert zgodnie z art. 87 PZP, tj. przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

2. Obciążenie Wykonawcy obowiązkiem stwierdzenia stopnia przygotowania placówek do realizacji przetargu

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek, by przed zawarciem umowy dokonał wizji lokalnej wszystkich placówek i zadeklarował, że przed zawarciem umowy szczegółowo zapoznał się z treścią SIWZ, a także Opisem Przedmiotu Zamówienia i oświadczył, że warunki w nich zawarte są dla niego zrozumiałe i nadające się do wykonania bez konieczności wykonania jakichkolwiek dalszych świadczeń ze strony Zamawiającego poza wymienionymi w umowie. Ponadto aby oświadczył, iż zapewnia, że przed zawarciem umowy sprawdził miejsca usytuowania Centrów Kształcenia Zawodowego i ich Filii, zapoznał się z dostępnością do nich i ich aktualnym stanem, a następnie stwierdził, że utworzenie i wyposażenie Pracowni w Sprzęt wymieniony szczegółowo w Załączniku nr 1 do tej umowy jest możliwe i wykonalne bez dalszych świadczeń ze strony Zamawiającego, a także zapewnia, że zapoznał się ze wszystkimi warunkami, które niezbędne są do wykonania przedmiotu umowy bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów. W umowie Zamawiający wprowadził także zapis, iż organizacja placówki, w której usytuowane jest Centrum lub Filia i przystosowanie pod względem konstrukcyjnym i infrastrukturalnym obciążą Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego spełnienie tak „wymodelowanych” obowiązków jest nieuzasadnione, nadmierne i niemożliwe do spełnienia. W części produktów konieczne jest wykonanie prac budowlanych dostosowujących podłoże do zamontowania urządzeń, lub wyposażenie

pomieszczeń w specjalne systemy wentylacyjne (piece hartownicze). Prawdopodobność tych prac można stwierdzić na końcowym etapie realizacji przetargu, w niektórych przypadkach dopiero w momencie montowania urządzeń (czyli trwałego przymocowywania go do podłoża). Wykonawca nie jest w stanie wcześniej stwierdzić, czy placówka jest właściwie przygotowana do realizacji przetargu, czy będzie musiała ponosić jeszcze jakieś dodatkowe koszty.

Przytoczone wyżej zapisy umowy przenoszą obowiązki, leżące w normalnej praktyce gospodarczej na inwestorze. Jeżeli to bowiem inwestor podejmuje decyzje zakupowe (a Zamawiający określił bardzo precyzyjnie swoje potrzeby przy pomocy grona ekspertów), do niego powinna należeć ocena, czy jest możliwe utworzenie placówek (Centrów i Filii) w wybranych przez siebie miejscach.

Odwołujący wnoszą o to, aby Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie zapisów SIWZ o zaangażowaniu Wykonawcy w audytowanie placówek, wprowadzenie zapisu o obowiązku dostarczenia do placówek dokumentacji techniczno-ruchowej do urządzeń będących w zakresie dostawy, które takiej dokumentacji wymagają w kontekście przygotowania miejsca do posadowienia urządzeń.

### 3. Planowanie dostaw i związane z tym kary umowne

Zamawiający w SIWZ w treści istotnych postanowień umowy wprowadził wymaganie, aby Dostawca w terminie 20 dni od podpisania umowy przedstawił plan dostaw, z uwzględnieniem obowiązku wykonania 30% ogólnej ilości dostaw w ciągu 4 miesięcy. Plan ten będzie wskazywał co najmniej terminy poszczególnych dostaw, miejsce docelowe (tj. lokalizację Centrum lub Filii) oraz zakres dostawy. Zmiany w planie dostaw mogą być wprowadzane tylko za zgodą Lidera (pkt 5). Za każdy dzień opóźnienia w sporządzeniu planu zarządzania dostawami Dostawca jest obciążony karą w wysokości 0,002% całkowitego wynagrodzenia, za niezrealizowanie progu 30% dostaw 0,03% od całości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki, a za opóźnienie w rozpoczęciu dostaw lub ich wykonaniu w stosunku do terminów przyjętych w planie zarządzania dostawami więcej niż 10 dni powiększonych o 7 dni wezwania do usunięcia tego uchybienia, Lider może odstąpić od umowy.

Odwołujący zauważył, iż przy tak złożonej materii dostaw, organizowanych do 415 pracowni, opracowanie precyzyjnego planu dostaw z kilkumiesięcznym wyprzedzeniem będzie bardzo trudne. W procesie produkcji i logistycznym obejmującym kilkanaście tysięcy sztuk produktów mogą zajść opóźnienia ze strony producentów. Może zaistnieć więc konieczność zmian i dostosowywania planu dostaw do zmieniających się warunków produkcyjnych, transportowych i wykonawczych.

Nałożenie restrykcyjnych warunków, zagrożonych karami lub nawet odstąpieniem przez

Zamawiającego od umowy (obciążonego kolejną sankcją 10% od wartości umowy) stanowi wprowadzenie nadmiernego ryzyka po stronie Dostawcy.

Odwołujący wnioskował o dokonanie modyfikacji zapisów SIWZ poprzez odstąpienie od zapisu kar umownych związanych z realizacją planu dostaw (wykreślenie ich) ewentualnie pozostawienie zapisów brzegowych określających tylko 2 punkty kontrolne (4 miesiące i 7 miesięcy) jako momenty, od których naliczają się kary umowne za przekroczenie terminu dostawy, zmniejszenie wysokości obowiązkowej pierwszej transzy z 30% do 20% pracowni ze względu na złożoność dostaw, naliczanie kar umownych od wartości niezrealizowanej, a nie całościowej (tzn. jeżeli w ramach 30% nie zrealizowano 2% wyposażenia pracowni, kara powinna być naliczana od tych 2% z 30%, a nie od 100% całego kontraktu).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wprowadzając zapisy o karach umownych stosuje tym samym tzw. zapisy abuzywne i stawiające strony w jawnej nierówności (jawna dyskryminacja wykonawcy).

Art. 58 kc, stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający do umów stosuje odpowiednio przepisy kc. Wobec powyższego, iż treść umowy należy oceniać przede wszystkim pod kątem jej zgodności z przepisami ogólnymi, wprowadzając takowy zapis, Zamawiający wymusza na wykonawcach w przyszłej umowie warunki, które naruszają ich interes prawny i gospodarczy. Zdaniem Odwołującego podstawową wadą takiej umowy będzie: 1/niezachowanie w niej równości stron, 2/naruszenie wysłownionych przepisów k.c, a w konsekwencji przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, 3/ dokonanie przez zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c, tj. zasady swobody umów określonej w art. 353<sup>1</sup> k.c.

Strony układające stosunek prawny wg własnego uznania, muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, zasadom współżycia społecznego. Zapisy umowy, zdaniem Odwołującego naruszają zasady współżycia społecznego - nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c, który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

#### 4. Realizacja dostaw - dostawy, odbiory i fakturowania

Zamawiający określił, że na całość przedmiotu umowy składa się dostarczenie sprawnego Sprzętu właściwej jakości, stanowiącego pełne wyposażenie wszystkich Pracowni w Centrach Kształcenia Zawodowego i ich Filiach wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy, usunięcie zabezpieczeń chroniących przed uszkodzeniem w czasie przewozu i wniesienie

Sprzętu do pomieszczeń docelowych wskazanych przedstawiciela Dyrektora placówki, przekazanie związanych - dostarczonym Sprzętem dokumentów, w szczególności instrukcji obsługi, kart gwarancyjnych, licencji itd. zainstalowanie dostarczonego Sprzętu i przygotowanie go do użycia, próbne uruchomienie Sprzętu, udział w Odbiorze oraz podpisanie Protokołów Dostaw i Protokołów Odbioru, ponowna dostawa - w razie odmowy Odbioru albo usunięcie uchybień w razie Odbioru warunkowego, dostarczenie Liderowi przeznaczonych dla niego egzemplarzy protokołów lub notatek, sporządzenie końcowych Protokołów z wykonania dostaw. Jest to rozwinięcie zapisu wcześniejszego (par. 1 pkt 3):

W ramach dostawy (...) Dostawca zobowiązuje się dostarczyć do wskazanych lokalizacji Centrów i Filii, zainstalować, uruchomić oraz wydać Sprzęt do wyposażenia Pracowni, tj. przedmioty (rzeczy i prawa) szczegółowo oznaczone w zał. nr 1 do Umowy. § 3 pkt 24 stwierdza: Jeśli w chwili planowanych dostaw placówka nie będzie zaadoptowana do utworzenia Centrum (Filii) Lider lub Partner zobowiązany jest wskazać pomieszczenie zastępcze na terenie powiatu, do których zostaną wykonane dostawy. Taka zmiana lokalizacyjna nie stanowi zmiany umowy ani nie daje podstaw do podwyższenia wynagrodzenia. Wskazanie pomieszczeń zastępczych powinno nastąpić w formie pisemnej, najpóźniej 10 dni przed planowanymi dostawami. Odwołujący podniósł, iż w dalszym określeniu warunków, które Dostawca musi spełnić, aby zadanie zostało uznane przez Zamawiającego za należycie spełnione, nie ma żadnego odniesienia do tej sytuacji, przewidzianej przez Zamawiającego. Zakwestionowane zapisy obciążają wykonawcę nadmiernym, niczym nie uzasadnionym ryzykiem gospodarczym. Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu prawidłowego sporządzenia SIWZ w taki sposób, że zamawiający wprowadzi zapis, że w przypadku realizacji dostawy do pomieszczenia zastępczego dostawę uznaje się za wykonaną, co stanowi podstawę do spełnienia przesłanki upoważniającej do wystawienia faktury, natomiast Dostawca zobowiązuje się do wykonania uruchomienia na swój koszt w terminie wskazanym przez placówkę.

##### 5. Termin realizacji umowy i fakturowania

Zamawiający określił 7 miesięcy jako czas realizacji umowy. Doprecyzował jednak, że w tym czasie Dostawca jest zobowiązany nie tylko dostarczyć Sprzęt, ale także przejść procedurę odbioru oraz składania całości dokumentacji. Jednocześnie zarezerwował dla siebie kilkustopniowy proces kontrolny, obejmujący sprawdzania kompletności dostaw przez Dyrektora placówki (3 dni robocze) - protokół Dostawy, sprawdzenie zgodności dostaw pod względem jakościowym oraz weryfikacja poprawności instalacji i próbne uruchomienie (10 dni roboczych dla Eksperta, 3 dni dla przedstawiciela Lidera lub Partnera), sporządzenie protokołów końcowych (brak wzoru).

To powoduje, że faktyczny czas realizacji logistycznej części umowy (pozyskanie

asortymentu dla 415 placówek, rozwiezienie, w części zamontowanie, uruchomienie, przygotowanie całej dokumentacji odbiorczej) skraca się o około miesiąc. Tym samym rośnie ryzyko niewykonania umowy w terminie, co zagrożone jest karami umownymi.

Zamawiający przewiduje dla siebie możliwość wydłużenia terminu płatności 30-dniowej faktury, stanowiąc, iż w przypadku opóźnienia płatności faktury Dostawca zawiadomi o tym Lidera oraz odbiorcę faktury listem poleconym i wyznaczy dodatkowy, co najmniej 14 dniowy termin do jej zapłaty. Po bezskutecznym upływie tego terminu Dostawca może kierować roszczenie bezpośrednio do Lidera lub Partnera dla którego była wystawiona faktura -jako dłużników solidarnych. Odwołujący wnosil, aby Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie niniejszego zapisu SIWZ o wyznaczaniu dodatkowego terminu płatności faktury. A także, aby Izba nakazała modyfikację SIWZ, poprzez skrócenie czasu całej procedury odbiorczej do 1 tygodnia.

#### 6. Polisa oc

Odwołujący zakwestionował treść §14 projektu umowy, tj. obowiązek posiadania polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności co najmniej na kwotę brutto umowy. Wymóg taki, zdaniem Odwołującego, jest wygórowany, nadmierny i nieproporcjonalny do ponoszonych ryzyk oraz jako odmienny dla każdego z potencjalnych wykonawców, naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji. Realizacja zamówienia nie jest związana z wysokim stopniem ryzyk. Odwołujący wnioskował, aby Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację zapisów projektu umowy w taki sposób, że maksymalna wartość żądanej polisy oc nie może być większa niż 30 mln złotych niezależnie od wartości oferty.

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Odwołującego złożył wykonawca Gildia sp. z o.o.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołania. w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy otrzymali treść Specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu.



Izba w zakresie zarzutu w zakresie dokonywania odbioru przedmiotu umowy, uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to artykuł stanowi, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Izba uznała, iż przedmiot umowy nie został dostatecznie opisany i może powodować trudności, niejasności przy realizacji zamówienia. Przedmiotem umowy jest dostawa wyposażenia dydaktycznego (sprzętu) do 415 pracowni. Zamawiający przedstawił wykaz pracowni, do których należy dostarczyć sprzęt, jak również uregulował proces dokonywania odbioru przedmiotu umowy; wskazał także (w §5) podstawę do wystawienia faktury. Zamawiający w §3 ust. 24 przewidział sytuację wyjątkową, a więc możliwość zmiany przez Zamawiającego lokalizacji placówki, do której należy dostarczyć sprzęt. W ocenie Izby brak uregulowania przez Zamawiającego procedury odbioru w przypadku dostarczenia sprzętu do placówki „zastępczej” może powodować kłopoty z ustaleniem terminu realizacji dostawy przez wykonawcę do danej lokalizacji. Zamawiający nie określił, czy w tej zastępczej lokalizacji sprzęt ma być instalowany, czy jedynie dostarczony bez instalacji. Co więcej, Zamawiający nie potrafił tego określić w trakcie rozprawy. W przypadku gdyby sprzęt miał być tylko dostarczony, postanowienia umowy nie określają, w jakim terminie i w jakim trybie miałyby nastąpić instalacja i uruchomienie sprzętu w lokalizacji docelowej. Fakt, iż opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest niejednoznaczny może powodować kłopoty w trakcie realizacji zamówienia przez wykonawców i negatywne skutki dla wykonawcy z przyczyn, które leżą wyłącznie po stronie Zamawiającego. W dotychczasowym brzmieniu umowy zatem sytuacja wykonawców jest niejasna i nieprecyzyjna, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba uznała, iż niezbędne jest wprowadzenie zapisu regulującego kwestię dokonywania czynności odbioru sprzętu (wyposażenia dydaktycznego) w przypadku realizacji dostawy do pomieszczenia zastępczego, w tym także kwestię odbioru prac instalacji i uruchomienia tego sprzętu, w szczególności w zakresie uznania dostawy za wykonaną i zaistnienia przesłanki do wystawienia faktury.

W zakresie zawartego we wzorze umowy wymogu posiadania polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności co najmniej na kwotę brutto umowy Izba uznała, że treść istotnych postanowień umowy (załącznik do SIWZ) nie narusza ani przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też innych obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący, kwestionując ten zapis postanowień umowy, nie wskazał, z jakim konkretnie przepisem prawa zapis ten miałby być sprzeczny. Zamawiający uprawniony jest do postawienia wykonawcom wymogu posiadania ubezpieczenia prowadzonej przez nich działalności. Wskazać przy tym należy, że zawarty we wzorze umowy wymóg ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę co najmniej równą wartości brutto umowy nie

dotyczy ubezpieczenia na tę kwotę odpowiedzialności wynikającej wyłącznie umowy, jaka miałaby być zawarta z Zamawiającym, lecz całej działalności prowadzonej przed wykonawcą. Takie sformułowanie warunku ubezpieczenia we wzorze umowy nie pozwala na uznanie, że Zamawiający nakłada na wykonawcę dodatkowe wymogi, które związane są wyłącznie z umową, jaka zawarta ma być z Zamawiającym i nieadekwatne do zakresu i wartości tej umowy. Jednocześnie w ocenie Izby wymóg posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia prowadzonej przez niego działalności od odpowiedzialności cywilnej ułatwia dochodzenie od tego wykonawcy ewentualnych roszczeń związanych z prowadzoną przez wykonawcę działalnością. Przy czym zapis ten może być wprowadzony niezależnie od stopnia ryzyka związanego z wykonaniem danej umowy, gdyż każda umowa łączy się z ryzykiem jej niewykonania lub nienależytego wykonania. Zwrócić przy tym należy uwagę, że Odwołujący formułując zarzuty związane z terminem wykonania planu dostaw sam podkreślał stopień komplikacji umowy oraz konieczność wykonywania dostaw do kilkuset placówek – a są to okoliczności podnoszące ryzyko związane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

Zdaniem Izby wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest wymogiem powszechnie spotykanym w obrocie gospodarczym, nie tylko w umowach w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Wymóg ten nie narusza zasad ogólnych związanych z zaciąganiem zobowiązań umownych, w szczególności zasady równości stron umowy. Brak jest także podstaw do uznania, że wymóg ten prowadzi do naruszenia art. 5 kodeksu cywilnego, zwłaszcza, że Odwołujący nie wskazał, jakie konkretne zasady współżycia społecznego wymóg ten miałby, zdaniem Odwołującego, naruszać.

Domagając się usunięcia zapisu przewidującego obowiązek zapłaty kar umownych Odwołujący nie wskazał, z jakimi przepisami zapis ten miałby być sprzeczny. Odwołujący nie wykazywał, że zastrzeżone kary umowne są rażąco wygórowane.

Usunięcie zapisu przewidującego obowiązek zapłaty kar umownych prowadziłoby do znaczącego ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Kary umowne są instrumentem powszechnie spotykanym w obrocie, służącym wzmocnieniu więzi zobowiązaniowej między stronami. Nałożenie obowiązku ich zapłaty wzmacnia gwarancję prawidłowego wykonania umowy przez stronę zobowiązaną do ich zapłaty.

W niniejszej sprawie Odwołujący wskazując na krótki termin wykonania dokumentu planu dostaw, nie domagał się wydłużenia tego terminu, lecz jedynie usunięcia zapisów wzoru umowy przewidującego obowiązek zapłaty kar umownych. Z uwagi na treść zarzutu i żądania Odwołującego Izba nie badała więc, czy określone we wzorze umowy termin wykonania takiego dokumentu jest realny. Izba wzięła pod uwagę argumentację

Zamawiającego, zgodnie z którą przedmiot zamówienia znany jest wykonawcom wcześniej, nie tylko od chwili podpisania umowy, zatem możliwość zaplanowania realizacji całości inwestycji zaistniała już wcześniej. Zamawiający podnosił także, iż tempo realizacji prac ma dla niego istotne znaczenie. Stąd wymagał, aby w pierwszej transzy wykonywanej umowy zrealizowane zostały dostawy do 30 % pracowni. Izba uznała, iż Zamawiający miał prawo określić harmonogram realizacji dostaw, tym bardziej, iż w trakcie rozprawy nie wykazano, aby był to harmonogram niemożliwy do zrealizowania.

Skuteczne powołanie się na naruszenie art. 5 kc wymaga wskazania zasady współzycia społecznego, jaka, zdaniem strony powołującej się na ten zarzut, miała zostać naruszona. W niniejszej sprawie Odwołujący poza ogólnym powołaniem się na naruszenie art. 5 kc nie wyartykułował zasady współzycia społecznego, jaką naruszać ma sformułowana przez Zamawiającego treść wzoru umowy.

Niedozwolone postanowienia umowne (klauzule abuzywne) dotyczą wyłącznie umów zawieranych z konsumentami – osobami fizycznymi dokonującymi czynności prawnych niezwiązanych bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22<sup>1</sup> kc). Wynika to jednocześnie z treści art. 385<sup>1</sup> kc. Umowa z Zamawiającym zostanie podpisana przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą i w ramach tej działalności. Dlatego też nieskuteczne w ocenie Izby jest powoływanie się przez Odwołującego na rzekomą abuzywność postanowień wzoru umowy.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> podnieść należy, że dla uznania, że treść umowy narusza tę zasadę niezbędne jest wykazanie, że sformułowania umowy w sposób obiektywny prowadzą do pokrzywdzenia jednej ze stron umowy. W ocenie Izby wprowadzenie we wzorze umowy kar umownych z tytułu opóźnienia w sporządzeniu planu dostaw oraz opóźnienia w samych dostawach nie narusza zasady swobody umów, ani też – wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie prowadzi do jawnej dyskryminacji wykonawcy.

Należy bowiem brać pod uwagę cel wprowadzenia w umowie obowiązku zapłaty przez jedną ze stron kar umownych. Kara umowna ma na celu „wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań” (wyrok SN z 8 sierpnia 2008 r., V CSK 85/08). W ocenie Izby wprowadzenie do umowy zapisów zwiększających gwarancję faktycznego wykonania umowy przez wykonawcę, nie może zostać uznane za naruszenie zasady swobody umów. Usunięcie ze wzoru umowy zapisu przewidującego obowiązek zapłaty przez wykonawcę kar umownych pozbawiłoby Zamawiającego instrumentu prawnego pozwalającego doprowadzić do należytego wykonania umowy lub – co najmniej zminimalizować straty związane z jej nienależytym wykonaniem.

Nie potwierdził się zarzut co do niewłaściwego sposobu oceny oferty przez Zamawiającego

przewidzianego w postanowieniach umownych (zarzut nr 1 w odwołaniu). Izba ustaliła, iż Zamawiający przedstawił w SIWZ parametry wymaganego sprzętu. Wykonawcy zostali zobowiązani do dostarczenia sprzętu o parametrach nie gorszych niż opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający w załączniku do oferty – formularzu ofertowym - zawarł klauzulę, zgodnie z którą wykonawcy zobowiązali się dostarczyć sprzęt zgodny z wymaganiami SIWZ. Zamawiający zatem nie wymagał od wykonawców podania typu i modelu urządzeń w ofertach, oczekując jedynie potwierdzenia przez wykonawców, iż oferowany sprzęt spełnia wymagane parametry opisane w SIWZ. Oznacza to, iż wykonawcy podpisując formularz ofertowy zobowiązują się dostarczyć Zamawiającemu sprzęt o parametrach podanych w SIWZ. Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku żądania od wykonawców przedstawienia w ofercie wykazu oferowanego sprzętu w zakresie typu i modelu urządzeń, w szczególności w sytuacji, gdy wymagania takie przedstawił w SIWZ, a od wykonawców wymaga jedynie potwierdzenia w oświadczeniu gotowości co do spełnienia jego wymagań. W zakresie powyższych zapisów postanowienia SIWZ nie naruszają przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji natomiast, gdy wykonawcy pomimo złożenia oświadczenia na formularzu ofertowym, iż przyjmują do realizacji warunki i wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, natomiast tuż przed podpisaniem umowy złożą wykaz urządzeń, które – wbrew złożonemu w ofercie oświadczeniu – nie są zgodne z opisanym w SIWZ, lub też w trakcie realizacji przedmiotu umowy, dostarczą sprzęt – wbrew złożonemu w ofercie oświadczeniu – inny niż opisany w SIWZ, wówczas będzie można mówić o nieważności umowy. Nie ma jednak powodu, aby zakładać, iż dostarczone urządzenia nie będą odpowiadały opisowi SIWZ. Powszechną praktyką jest potwierdzanie zgodności oferowanych urządzeń z opisanymi w SIWZ poprzez złożenie jedynie oświadczenia co do zgodności w formularzu ofertowym.

Izba nie podzieliła także poglądu, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przy określeniu w istotnych postanowieniach umowy terminu realizacji umowy i fakturowania. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, iż przewidziane rozwiązanie w zakresie terminów płatności faktur narusza postanowienia ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. W ocenie Odwołującego, wyznaczone w treści umowy terminy 30 dni na dokonanie zapłaty faktury przez Zamawiającego oraz następnie konieczność wyznaczenia dodatkowego, co najmniej 14 dniowego terminu do zapłaty faktury (w przypadku braku zapłaty w pierwotnym terminie), naruszają postanowienia tej ustawy. Izba zwróciła jednak uwagę, iż art. 4 ww. ustawy przewiduje wyłączenia zastosowania postanowień tej ustawy, tzn. stanowi, iż ustawy nie stosuje się do umów, których przedmiotem jest świadczenie polegające na odpłatnym dostarczaniu towarów lub

świadczeniu usług, finansowane w całości lub w części ze środków pochodzących z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności Unii Europejskiej. Zgodnie z informacją znajdującą się w dokumentacji przetargowej, widniejącej w nagłówku umowy – Projekt współfinansowany jest przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013r. Powszechnie wiadomym jest, iż Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego należy do Funduszu Spójności Unii Europejskiej. Tym samym należy uznać, iż ustawa ta nie ma zastosowania do niniejszej umowy. Jakkolwiek Zamawiający zapisał w treści istotnych postanowień umownych warunki, które Odwołujący uznaje za dolegliwe, nie oznacza to jednak, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy. Zamawiający uzasadnił, że wprowadzenie dodatkowego, 14-dniowego terminu płatności, uzasadnione jest stopniem skomplikowania rozliczeń, związanych z realizacją umowy oraz faktem, że płatności na rzecz wykonawcy dokonywane będą przez wiele podmiotów, a nie tylko przez Zamawiającego głównego (Urząd Marszałkowski). Izba uznała to wyjaśnienie za wiarygodne. Przy takiej konstrukcji umowy, przewidującej dokonywanie zapłaty na rzecz wykonawcy przez wiele podmiotów i powierzającej Zamawiającemu funkcję koordynatora rozliczeń finansowych, dodatkowy 14-dniowy termin płatności, ma być stosowany wyłącznie na wypadek opóźnienia w zapłacie. Termin ten umożliwić ma Zamawiającemu podjęcie działań w celu doprowadzenia do dokonania zapłaty na rzecz wykonawcy w przypadku, gdy płatnikiem jest podmiot inny niż sam Zamawiający. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający przyjmuje jako podstawowy, 44-dniowy termin płatności.

W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia także zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot umowy, jak również długości procedury odbioru. W ocenie Izby przyjęta przez Zamawiającego regulacja zawarta w postanowieniach umowy nie oznacza naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych ani też artykułów kodeksu cywilnego. Termin, jaki Zamawiający wyznaczył co do procedury odbioru jest terminem końcowym i w rzeczywistości może być krótszy. Biorąc pod uwagę, że urządzenia mają być instalowane, to w ocenie Izby, uzasadnione jest dokonanie przez Zamawiającego nie tylko odbioru ilościowego urządzeń, ale także sprawdzenie, czy urządzenia te po zainstalowaniu działają w sposób, w jaki oczekiwał Zamawiający. Zamawiający uprawniony jest do formułowania warunków umowy, natomiast fakt, że jedna ze stron uznaje te warunki za niekorzystne dla niej, nie oznacza, że warunki te są sprzeczne z prawem.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut Odwołującego w zakresie obciążenia Wykonawcy obowiązkiem stwierdzenia stopnia przygotowania placówek do realizacji przetargu.

Po pierwsze brak jest, w ocenie Izby, stwierdzenia przez Odwołującego naruszenia

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma prawo zabezpieczyć swoje uzasadnione potrzeby, które w tym przypadku oznaczają dla wykonawców konieczność zapoznania się z placówkami, ich stanem i rozmieszczeniem. Na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający zaznaczył w umowie, iż organizacja placówki i przystosowanie pod względem konstrukcyjnym i infrastrukturalnym obciążą Zamawiającego. Oznacza to, że Zamawiający wziął na siebie odpowiedzialność związaną z organizacją całości prac przygotowawczych, zobowiązując także wykonawców do zwrócenia mu uwagi na pewne okoliczności jeszcze przed złożeniem ofert, celem należytej i sprawnej realizacji przyszłej umowy. Wykonawcy zaś mają możliwość zapoznania się wcześniej ze stanem placówek, w tym także wliczenia do ceny oferty ewentualnych kosztów w zakresie dodatkowych prac, które mogą się pojawić. Takie zapisy umowy w ocenie Izby nie naruszają przepisów obowiązującego prawa. Zamawiający jest uprawniony do zawarcia w umowie wymagań, które odpowiadają jego potrzebom. Jeśli wymagania te nie stoją w sprzeczności z przepisami prawa, nie ma podstawy, aby je zmieniać, nawet jeśli w ocenie Wykonawców powodują one dyskomfort.

Izba podziela wyrażony pogląd w treści wyroku KIO 1442/11, iż „przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.”

W ocenie Izby fakt, iż kwestionowane zapisy nie zostały uznane za sprzeczne z przepisami prawa, nie oznacza, iż Zamawiający nie może z własnej inicjatywy zmienić postanowień SIWZ w taki sposób, aby wymagania złagodzić.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....