

Tarnowskie Góry, dnia 23 maja 2011r.

STAROSTWO POWIATOWE T. GÓRY

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
Przy
Prezesa Urzędu Zamówień
Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający: Skarb Państwa – Starosta Tarnogórski wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej,
ul. Karłuszowiec 5,
42-600 Tarnowskie Góry,
Tel: +48 323813786, fax +48323813727,
Adres poczty elektronicznej: zamowienia@tarnogorski.pl
Strona internetowa na której została zamieszczona specyfikacja:
www.powiat.tarnogorski.pl

Odwołujący: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.,**
ul. Opolska 51,
42-600 Tarnowskie Góry,
tel. (+48 32) 285-20-46 wew. 233,
fax (+48 32) 285-20-71
adres poczty elektronicznej: henryk.schlagner@pwik-tg.pl
Reprezentowani przez Prezesa Zarządu Martę Bis, W-ce Prezesa Zarządu-
Henryka Schlagnera.

Przedmiot zamówienia: Prowadzenie eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Chemicznych „TARNOWSKIE GÓRY” w Tarnowskich Górach.

Data publikacji ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 92-1510 24; z dnia 13.05.2011r.

Specyfikacja Istotnych warunków Zamówienia ogłoszona w dniu 13.05.2011r.

Odwołanie dotyczące treści SIWZ oraz treści Ogłoszenia

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 10, nr 113, poz. 759 z późn. zm), zwanej dalej ustawą PZP, składa odwołanie na czynność sporządzenia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że treść SIWZ i Ogłoszenia:

1. narusza zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględniającego wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez ujęcie w przedmiocie zamówienia – (w umowie § 1 ust. 2 lit. e, w Tabeli Formularza

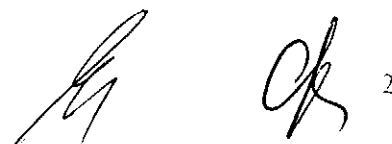
ofertowego- załącznik nr 1, w Opisie przedmiotu zamówienia- załączniku nr 8) , że do zakresu usług polegających na eksploatacji oczyszczalni wchodzi „ewentualna wymiana urządzeń technologicznych i pomiarowych oczyszczalni ścieków wraz ze 100% odtworzeniem elementów i urządzeń, które uległy zużyciu” poprzez:

- brak szczegółowego wykazu w SIWZ jakie elementy i urządzenia oczyszczalni należy wymienić i kiedy (np. w którym roku), należy je „wymienić lub w 100% odtworzyć”,
- brak zdefiniowania pojęcia „zużycie”, „100% odtworzenia”, w szczególności czy Zamawiającemu chodzi o zużycie techniczne czy ekonomiczne,
- brak możliwości po stronie Wykonawcy amortyzacji poniesionych nakładów w zgodzie z przepisami podatkowymi i księgowymi,

2. narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców- art. 7 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, przepisy art. 14 i art. 139 ustawy PZP w związku z art. 353¹ KC, art.5 , art. 58 § 1 kc , art. 483 § 1 KC, art. 637 § 1 KC, art. 750 KC poprzez zamieszczenie w załączniku nr 2 do SIWZ (umowa -§ 7) następujących zapisów:

- a) zamieszczenie postanowienia o tym, że do zakresu usług polegających na eksploatacji oczyszczalni wchodzi „ewentualna wymiana urządzeń technologicznych i pomiarowych oczyszczalni ścieków wraz ze 100% odtworzeniem elementów i urządzeń, które uległy zużyciu”- § 1 ust. 2 lit. e,
- b) zastrzeżenie, że zapłata za media, w tym energię elektryczną przez Wykonawcę następować będzie na zasadzie refakturowania - § 3 ust. 1 lit.d),
- c) zastrzeżenia kar umownych jedynie na rzecz Zamawiającego i braku tożsamyh lub podobnych kar na rzecz Wykonawcy oraz zbytniego wygórowania zastrzeżonych kar - § 7 ust. 1 lit. a) i b) oraz pkt. VI SIWZ,
- d) zastrzeżenia, że *wykonawca nie może odmówić usunięcia wad w eksploatacji bez względu na wysokość związanych z tym kosztów*- § 7 ust. 2,
- e) zamieszczenia postanowienia o prawie do jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy za wypowiedzeniem 6-miesięcznym- § 10 ust. 7 umowy,
- f) zamieszczenie postanowienia o uprawnieniu Zamawiającego do obniżenia Wynagrodzenia Wykonawcy- § 11 ust. 3,
- g) brak postanowień o waloryzacji wynagrodzenia pomimo długiego bo 4-letniego okresu jej obowiązywania,
- h) brak postanowień o zmianach umowy w przypadku zmiany stawki VAT w toku trwania umowy,
- i) brak postanowień o obowiązku odkupienia przez Zamawiającego wymienionych urządzeń lub elementów (stanowiących inwestycję pod względem rachunkowym), które nie zostały w całości zamortyzowane przez Wykonawcę.

3. narusza zasadę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia z pominięciem wymogów zachowania należytej staranności , w szczególności w niezgodzie z dokonanym opisem przedmiotu zamówienia (art. 32 PZP) poprzez ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na kwotę 2,904.000 zł netto (kwota podana w ogłoszeniu), w szczególności poprzez brak uwzględniania w tej wartości kosztu usług dodatkowych w postaci obowiązku poniesienia przez Wykonawcę kosztów na nakłady inwestycyjne tj. na „ewentualną wymianę

 2

urządzeń technologicznych i pomiarowych oczyszczalni ścieków, 100% odtworzenia elementów i urządzeń, które uległy zużyciu”.

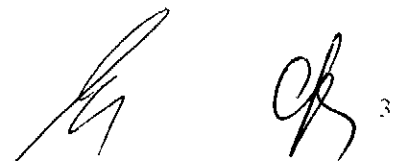
Opierając się na przytoczonych powyżej zarzutach Odwołujący wnosi:

1. o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawianemu modyfikację SIWZ w zakresie:

- a) wykreślenia (§ 1 ust. 2 lit.e) z projektu umowy- zał. nr 2 i SIWZ obowiązku „wymiany i 100% odtworzenia elementów i urządzeń, które uległy zużyciu”, ewentualnie dokładne określenie w SIWZ (opisie przedmiotu zamówienia) oraz w umowie wszystkich urządzeń/ elementów oczyszczalni, które będą podlegały wymianie i kiedy (w jakich latach) Zamawiający przewiduje dokonanie ich wymiany; oraz zamieszczenie w umowie definicji „zużycia”, „100% odtworzenia”
- b) dopisanie do treści § 3 ust. 1 lit.d) umowy zastrzeżenia o treści: „chyba że Wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy dostawę wody i energii elektrycznej”,
- c) zmianę § 7 ust. 1 lit.a umowy poprzez zmniejszenie wysokości kary określonej na 30% do 3% lub ustalenie sposobu naliczania kary umownej w wysokości 10 % od wynagrodzenia umownego brutto za dany etap umowy, w którym nastąpiło odstąpienie od umowy.
- d) zmianę § 7 ust. 1 lit.b umowy poprzez zmniejszenie wysokości kary określonej na 1% wynagrodzenia umownego brutto do 0,01 % lub mniejszego za jeden dzień zwłoki,
- e) dodanie zapisu o karze umownej na rzecz Wykonawcy z wysokości takiej samej jak w pkt. c) liczonej od wynagrodzenia umownego brutto za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający,
- f) dodanie zapisu o karze umownej na rzecz Wykonawcy z wysokości takiej samej jak w pkt. d) za opóźnienie spowodowane przez Zamawiającego nieuzasadnionego odbioru prac lub dokonania odmowy podpisania protokołu odbioru.
- g) wykreślenie postanowienia § 7 ust. 2 umowy oraz w VI pkt. 4 SIWZ dotyczącego braku odmowy usunięcia wad,
- h) wykreślenie postanowienia § 10 ust. 7 umowy o prawie do jednostronnego rozwiązania umowy,
- i) wykreślenie § 8 ust. 1 i § 11 ust. 3 umowy o możliwości ograniczenia zamówienia i braku składania jakichkolwiek roszczeń,
- j) zapisanie w SIWZ i umowie klauzuli waloryzacyjnej w oparciu o ściśle określony, obiektywny miernik wartości, który będzie podstawą zmiany cen, np. wybrany wskaźnik ogłaszany przez GUS,
- k) zapisanie SIWZ i umowie klauzuli o zmianie umowy w przypadku zmiany stawki VAT według stawki aktualnie obowiązującej,
- l) dodanie w umowie zapisu o obowiązku Zamawiającego dokonania wykupu środka trwałego podlegającego „wymianie lub 100%-mu odtworzeniu” w przypadku nie zamortyzowania całkowitej wartości tego środka przed zakończeniem umowy przez Wykonawcę.

4. o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazuje na zachowanie terminu do wniesienia odwołania, publikacja a publikacji ogłoszenie o zamówieniu nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 92-1510 24 w dniu 13.05.2011r., natomiast



publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia również została ogłoszona w dniu 13.05.2011r.. Tym samym Odwołujący zachował 10- dniowy termin do wniesienia odwołania na treść Ogłoszenia i SIWZ, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wykazuje istnienie interesu prawnego we wniesieniu odwołania (art.179 ustawy PZP).

Odwołujący jest przedsiębiorstwem wodociagowo-kanalizacyjnym tj. przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków w rozumieniu przepisów o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Odwołujący prowadził od kilka lat eksploatację oczyszczalni przemysłowych, w tym również zawierających substancje niebezpieczne. W niniejszym postępowaniu Odwołujący zamierza także złożyć ofertę, jednak zapisu SIWZ oraz Ogłoszenia uniemożliwiają prawidłowe przygotowanie oferty. Dodatkowo wskazuje Odwołujący, że w razie uznanie jego oferty za najkorzystniejszą byłby zobligowany do podpisania umowy zawierającej rażąco krzywdzące warunki dla wykonawcy i stawiającej go w znacznie gorszym położeniu niż Zamawiający, w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę. Odwołujący wskazuje również, że jego interes prawny wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.12.2007 roku, sygn. akt V Ca 2506/07).

Uzasadnienie

Zamawiający działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „PZP”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prowadzenie eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Chemicznych „TARNOWSKIE GÓRY” w Tarnowskich Górach”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 maja 2011 r., nr 2011/S 92-1510 24.

Uzasadnienie zarzutu ad.1 (opis przedmiotu zamówienia)

Art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu dokonanie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Opis przedmiotu zamówienia umieszczony w SIWZ powinien wskazywać wykonawcy wszystkie warunki i przedmiot jego przyszłego świadczenia, gdyż od niego będzie zależeć w pierwszym rzędzie decyzja wykonawcy o złożeniu oferty, a następnie kalkulacja cenowa. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników i okoliczności wpływających na nią.

Do tego typu okoliczności i wymagań należy zaliczyć m.in. wymogi dotyczące świadczeń dodatkowych wobec zasadniczego przedmiotu zamówienia, do których wchodzi podany w SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) i umowie obowiązek wykonywania „ewentualnej wymiany urządzeń technologicznych i pomiarowych



4

oczyszczalni ścieków wraz ze 100% odtworzeniem elementów i urządzeń, które uległy zużyciu”.

Odwołujący zarzuca, że w opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w SIWZ i umowie nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, tj.:

1. Brak szczegółowego wykazu jakie elementy i urządzenia oczyszczalni należy wymienić i kiedy (np. w którym roku), należy je „wymienić lub w 100% odtworzyć”.

Obowiązek ten kwalifikować należy nie jako usługę, ale jako dostawę, bowiem polegać będzie na zakupie przez Wykonawcę „zużytego” elementu oczyszczalni lub urządzenia zamontowanego na oczyszczalni, a następnie na wbudowaniu go do oczyszczalni lub zainstalowaniu nowego urządzenia. Dokonanie prawidłowej kalkulacji cenowej stawia przez Zamawiającym wymóg podania szczegółowego wykazu w SIWZ jakie elementy i urządzenia oczyszczalni należy wymienić oraz kiedy (np. w którym roku), należy je „wymienić lub w 100% odtworzyć”. Brak tych danych nie pozwala Wykonawcy na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.

Zamawiający jako właściciel środka trwałego, powinien znać i podać w SIWZ niezbędny zakres wymiany urządzeń na nowe lub konieczny zakres nakładów inwestycyjnych, szczególnie wobec planowanej rozbudowy kolejnych etapów rekultywacji składowiska odpadów niebezpiecznych, co sprawi, że oczyszczalnia ta przyjmować będzie więcej ścieków do oczyszczenia.

Brak danych co do zakresu koniecznej wymiany lub 100% odtworzenia elementów i urządzeń oczyszczalni uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie wynagrodzenia, tym bardziej, że wynagrodzenie to, jak przewidział Zamawiający, ma charakter ryczałtowy.

Nadto w SIWZ brakuje ustalenia kiedy i w jakich latach należy wymienić urządzenia lub elementy oczyszczalni, co powoduje, że Wykonawcy nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego, bowiem ich nie znają.

Sama wizja obiektu, którą mogą przeprowadzić Wykonawcy przed złożeniem oferty nie może być wystarczająca dla ustalenia które urządzenia/elementy (budowle) są już zużyte i wymagają wymiany. Niewątpliwym jest, że znajomość tych kwestii jest niezbędna do sporządzenia oferty.

Pozbawienie treści SIWZ jednoznacznego sformułowania w zakresie wykazu urządzeń i elementów do wymiany, prowadzić może do nieporozumień nie tylko w toku eksploatacji, również na etapie przygotowania oferty, w konsekwencji uniemożliwia właściwe i prawidłowe skalkulowanie ceny.

2. Brak zdefiniowania pojęcia „zużycie”, „100% odtworzenia”, w szczególności czy Zamawiającemu chodzi o zużycie techniczne czy ekonomiczne,

Wykonawca ma obowiązek dokonać „wymiany” lub „100% odtworzenia” urządzeń i elementów, które „uległy zużyciu”. Tymczasem Zamawiający nie sformułował w SIWZ ww. pojęć, w szczególności nie wiadomo czy Zamawiającemu chodzi o zużycie techniczne czy ekonomiczne (księgowe). Pod względem podatkowym to amortyzacja stanowi odzwierciedlenie w księgach fizycznego zużycia majątku trwałego. Jednak niezależnie od amortyzacji każdy środek trwały ma swoją techniczną wytrzymałość i po prostu ulega wyeksploatowaniu.



5

W sytuacji kiedy przedmiotem eksploatacji jest oczyszczalnia ścieków przemysłowych, która oczyszcza ścieki niebezpieczne, a funkcjonuje już od 1999 roku, nie można wykluczyć w toku 4- letniej eksploatacji , konieczności wymiany elementów lub urządzeń przez Wykonawcę. Pozostaje pytaniem, w jaki sposób skalkulować koszty na wymianę i 100% odtworzenie, gdy Wykonawca nie posiada danych, o tym kiedy poszczególne urządzenia uznane będą przez Zamawiającego jako zużyte. **Nie chodzi tu przecież o małe wartości.** Wszak wymiana drobnych urządzeń objęta jest obowiązkiem *konserwacji*, natomiast naprawa urządzeń i elementów objęta pojęciem *remonty*. Prace remontowe nie mogą objąć 100% odtworzenia, bowiem mają na celu utrzymanie środka trwałego we właściwym stanie, a nie jego stworzeniu od podstaw, używanego wprowadzie wcześniej w działalności gospodarczej. Nadto, ażeby uznać, że nakłady finansowe poczynione przez Wykonawcę stanowią remont, wydatki powinny być poniesione tylko w związku ze zwykłym użytkowaniem rzeczy. W remoncie chodzi o obowiązki ponoszenia zwykłych kosztów związanych z eksploatacją oczyszczalni.

Tym samym czym innym są koszty konserwacji i remontów, a czym innym koszty wymiany i 100% odtworzenia- te ostatnie mają postać inwestycji. Oznacza to, że inaczej muszą być przez Wykonawcę kalkulowane. O ile nakłady remontowe zaliczane są do kosztów uzyskania przychodów, o tyle nakłady inwestycyjne nie stanowią kosztu uzyskania przychodów, w ciężar kosztów zalicza się natomiast odpisy amortyzacyjne od tych kosztów.

Zatem dla prawidłowego realizowania tego świadczenia -wymiany i 100% odtworzenia urządzeń po ich zużyciu, a następnie jego skalkulowania, należy uwzględnić nakłady finansowe w obcym środku trwałym, mające przybrać postać inwestycji, a w kalkulacji cenowej, rozliczane mogą być jedynie amortyzacją.

Dlatego też istotne jest posiadanie przez Wykonawcę informacji jaki jest zakres wymiany urządzeń i elementów oraz kiedy ta wymiana ma nastąpić. Bez wyspecyfikowania urządzeń, które mają podlegać 100 % odtworzeniu i bez podania daty wymiany urządzeń, Wykonawca na nie jest w stanie sporządzić oferty, nie ma możliwości dokonać wyliczenia wielkości nakładów inwestycyjnych. Wykonawca nie ma w konsekwencji możliwości skalkulowania tych nakładów do ceny ofertowej, czy to w postaci kosztu czy też w postaci raty amortyzacyjnej.

„Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Nawet okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę”. (Sygn. akt: VIII Ga 80/09, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 23 kwietnia 2009 r.)

3. brak możliwości po stronie Wykonawcy dokonania amortyzacji poniesionych nakładów finansowych na wymianę lub 100% odtworzenie urządzeń lub elementów oczyszczalni w zgodzie z przepisami podatkowymi i księgowymi po zakończeniu umowy.

Nadkłady finansowe na wymianę lub 100% odtworzenie urządzeń lub elementów oczyszczalni poniesione przez Wykonawcę stanowić będą inwestycje w obcym środku trwałym. Zgodnie bowiem z ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych, środki trwałe Wykonawcy obejmują również ulepszenia dokonane w cudzym obiekcie (tzw. inwestycje w obcych środkach trwałych), którym może być budynek i budowla, ale także maszyna lub urządzenie, pod warunkiem że



6

ulepszenie polegało na modernizacji, adaptacji, przebudowie, rozbudowie lub rekonstrukcji, o koszcie wyższym niż 3500 zł i zwiększyło wartość użytkową tego obiektu.

Inwestycje w obcym środku trwałym, są bardzo specyficzną formą podlegającą amortyzacji. Tworzą ją poniesione nakłady na modernizację, rozbudowę, adaptację, rekonstrukcję środków trwałych niebędących własnością lub współwłasnością podatnika lub zakup dodatkowych części składowych, zespołów dodatkowych do środka trwałego, do którego podatnik nie ma żadnego prawa własności.

Zamawiający winien zatem rozróżnić w opisie przedmiot zamówienia nakłady remontowe, które zmierzają jedynie do podtrzymania, odtworzenia wartości użytkowej środków trwałych (konserwacja, naprawa), od nakładów inwestycyjnych. Wartość początkową inwestycji w obcym środku trwałym, a zatem wartość kosztów 100% odtworzenia będzie sumą wydatków poniesionych na ich ulepszenie, rekonstrukcję, itp. Jednak poniesienie takiego kosztu rozliczne będzie w formie amortyzacji.

Po zakończeniu umowy i zwrocie oczyszczalni Wykonawca nie rozliczy jednak całej amortyzacji, nawet w sytuacji gdy poniesie te nakłady w pierwszym roku obowiązywania umowy. Wszak okres amortyzacji wynosi od 7-10 lat.

Niezamortyzowana część inwestycji w obcym środku trwałym, w momencie zakończenia umowy najmu, będzie stratą finansową dla Wykonawcy, bowiem w obecnym stanie prawnym wątpliwa jest możliwość uznania tej straty za koszt podatkowy. A przecież z mocy § 10 ust. 7 , czy § 11 ust. 3 umowy Zamawiający może skrócić okres obowiązywania umowy, co postawi Wykonawcę w jeszcze gorszej sytuacji.

Wykonawcy nie mogą ponosić tak ogromnego ryzyka kontraktowego uczestnicząc w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreśla, iż „przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w art. 29 ustawy PZP wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione”. (Sygn. akt: VIII Ga 80/09, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 23 kwietnia 2009 r.).

Reasumując, w ocenie Odwołującego, nie zostały uwzględnione wszystkie elementy pozwalające sporządzić ofertę.

Zakładając nawet, że kwestionowane postanowienia SIWZ i wzoru umowy są jednakowe dla wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych zamówieniem, ww. dodatkowe świadczenie zamieszone w SIWZ, stwarza możliwości złożenie ofert nieporównywalnych (oferujących różne świadczenia- różne zakresy nakładów inwestycyjnych na 100% odtworzenie urządzeń lub elementów).

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r., II Ca 109/05, niepubl., okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

Decydująca bowiem dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy.



7

W związku z tym Zamawiający nie może obronić zarzutu, że SIWZ nie zawiera w sobie elementu preferencji, a tym samym, że nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06, stwierdził, że z przepisu art. 29 ust. 1 wynika, iż: „Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego”.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy (...)Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.(Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Na zakończenie należy też podnieść, iż opis przedmiotu zamówienia w obecnej wersji spowoduje dla Zamawiającego negatywne konsekwencje. Zamawiający nie będzie w swoich księgach posiadał aktualnej wartości środków trwałych oczyszczalni, nie będzie miał możliwości odkupu nowych środków trwałych zainstalowanych na oczyszczalni, a nadto będzie bezpodstawnie wzbogacony, co grozić może roszczeniami odszkodowawczymi ze strony Wykonawcy po zakończeniu umowy.

Uzasadnienie zarzutu ad.2 (Umowa)

Odwołujący podnosi, iż zarzuty wobec umowy stanowią wyraz nadużycia prawa przez Zamawiającego, bowiem umowa zamieszczona w SIWZ nie może dawać ochrony Odwołującemu (art. 5 k.c), a zatem postanowienia umowy obarczone są sankcją nieważności wynikającą z art. 58 §1 k.c.

Odwołujący kwestionuje postanowienia projektu umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w zakresie następujących zapisów:

- a) zamieszczenie postanowienia o tym, że do zakresu usług polegających na eksploatacji oczyszczalni wchodzi „ewentualna wymiana urządzeń technologicznych i pomiarowych oczyszczalni ścieków wraz ze 100%



8

odtworzeniem elementów i urządzeń, które uległy zużyciu"- § 1 ust. 2 lit. e

- b) zastrzeżenie, że zapłata za media, w tym energię elektryczną przez Wykonawcę następować będzie na zasadzie refakturowania - § 3 ust. 1 lit.d),
- c) zastrzeżenia kar umownych jedynie na rzecz Zamawiającego i braku tożsamyh lub podobnych kar na rzecz Wykonawcy oraz zbytniego wygórowania zastrzeżonych kar - § 7 ust. 1 lit. a) i b) oraz pkt. VI SIWZ,
- d) zastrzeżenia, że *wykonawca nie może odmówić usunięcia wad w eksploatacji bez względu na wysokość związanych z tym kosztów*- § 7 ust. 2,
- e) zamieszczenia postanowienia o prawie do jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy za wypowiedzeniem 6-miesięcznym- § 10 ust. 7 umowy,
- f) zamieszczenie postanowienia o uprawnieniu Zamawiającego do obniżenia Wynagrodzenia Wykonawcy- § 11 ust. 3,
- g) brak postanowień o waloryzacji wynagrodzenia pomimo długiego bo 4-letniego okresu jej obowiązywania,
- h) brak postanowień o zmianach umowy w przypadku zmian stawki VAT w toku trwania umowy,
- i) brak postanowień o obowiązku odkupienia przez Zamawiającego wymienionych urządzeń lub elementów (stanowiących inwestycję pod względem rachunkowym), które nie zostały w całości amortyzowane przez Wykonawcę.

Uzasadnienie zarzutu 2a („100% odtworzenie” i „zużycie”)

Zarzut ten dotyczy obowiązku ewentualnej wymiany urządzeń technologicznych i pomiarowych oczyszczalni ścieków wraz ze 100% odtworzeniem elementów i urządzeń, które uległy zużyciu

Uzasadnienie tego zarzutu zawarte zostało w uzasadnieniu do zarzutu nr 1.

Uzasadnienie zarzutu 2b (rozliczanie energii)

W § 3 ust. 1 lit.d) wzoru umowy Zamawiający zobowiązał się zabezpieczyć odpłatnie dostawę wody i energii elektrycznej. Tymczasem Zamawiający narzucając Wykonawcy takie rozwiązanie pozbawia go bezpośredniego ponoszenia kosztów na rzecz dostawców mediów, co jest znacznie tańszym rozwiązaniem.

Zasadnym jest – również dla interesu publicznego i finansowego Zamawiającego- umożliwienie Wykonawcom wyboru sposobu rozliczania się z przedsiębiorstwem energetycznym i umożliwienia rozliczania się przez Wykonawcę bezpośrednio z przedsiębiorcą energetycznym.

Doświadczenie dotychczasowe Wykonawcy wskazuje, że od czasu kiedy zaistniała konkurencyjność w zakresie dostaw energii elektrycznej, ceny te są zróżnicowane i uzależnione od wyników negocjacji. Niewątpliwie ceny, które uiszcza Starostwo za energię elektryczną, a następnie refakturuje wykonawcę są bardzo wysokie. Tym samym narzucanie Wykonawcy nieracjonalnych i kosztownych rozwiązań w umowie narusza zasadę uczciwej konkurencji i jest nieracjonalne.

Uzasadnienie zarzutu 2c (kary umowne)

W § 7 ust. 1 lit. a) i b) projektu umowy oraz pkt. VI SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia kar umownych jedynie na rzecz Zamawiającego. Brak w SIWZ kar umownych tożsamyh lub podobnych na rzecz Wykonawcy.

Nadto Odwołujący zarzuca, że kary umowne są zbyt wygórowane. Ustanowienia kary umownej za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca w wysokości 30%

 9

wynagrodzenia umownego brutto, niezależnie od zaawansowania czasu trwania umowy, prowadzić będzie do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

Kara umowna w wysokości 30% wynagrodzenia umownego brutto jest wyższa od rocznego wynagrodzenia wykonawcy. Zatem mechanizm naliczania kary umownej od wartości całej umowy, prowadzić może do rażącego wygórowania wysokości kar umownych, niewspółmiernego do szkody. A jeśli odstąpienie od umowy nastąpiłoby po upływie pierwszego roku obowiązywania umowy, całkowicie skonsumuje otrzymane przez Wykonawcę wynagrodzenie.

Nie można też wykluczyć, że wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie obniżeniu w przypadku określonym w § 11 ust. 2 i 3 umowy. Również wartość wynagrodzenia brutto określona w § 4 ust. 1 umowy ulegnie obniżeniu. Powstaje zatem pytanie jaka jest w istocie wartość wynagrodzenia Wykonawcy brutto, która ma służyć za podstawę obliczania kary umownej.

Wobec powyższego istniejący sposób naliczania kar jest (a przynajmniej może być) nieadekwatny do stopnia zawinienia wykonawcy. Nadto narusza proporcję pomiędzy stopniem zawinienia a wysokością kary oraz zasadę równości stron umowy. Kara umowna nie może wszak prowadzić do niczym nieuzasadnionych korzyści dla Zamawiającego.

Również kara umowna za zwłokę w usunięciu wad w eksploatacji oczyszczalni w wysokości 1% (czyli ok. 29.000 zł/dzień) jest rażąco wygórowana. Nadto nie uwzględnia w ogóle mechanizmów składania środków ochrony prawnej (odwołania) od decyzji państwowych organów kontrolujących.

Odwołujący podnosi, że kara umowa to surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalana na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody. Tymczasem zastosowane przez Zamawiającego mechanizmy naliczania kar umownych stanowią nadużycie przyznanego Zamawiającemu prawa podmiotowego.

Świadczenie Odwołującego jest świadczeniem ciągłym, dodatkowo podzielonym przez Zamawiającego na 5 etapów, poszczególne etapy są niezależne od siebie, szczególnie pod względem finansowym. Istnieje zatem uzasadniona możliwość ustalenia wysokości kar od wartości danego etapu.

Naliczanie kary według modelu wynikającego z obecnych zapisów projektu umowy stoi w sprzeczności z zasadami prawa cywilnego.

Na uzasadnienie swojego stanowiska Odwołujący powołuje treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 22 marca 2011r. Sygn. akt KIO 475/11. „Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednakże, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, którego ustawa Pzp jest częścią, nie można prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Odwołujący powołuje się też na wyrok KIO z dnia 23.08.2010r., KIO/UZP 1698/10, w którym Izba dopuściła domaganie się przez Wykonawców wprowadzenia do SIWZ klauzul kar umownych nakładanych na Zamawiającego, jeśli mają one dyscyplinować strony umowy, co ma miejsce w przypadku żądań wniesionych przez Odwołującego.



10

Uzasadnienie zarzutu 2d (wylączenie odmowy usunięcia wad)

W § 7 ust. 2 umowy oraz w VI pkt. 4 SIWZ Zamawiający zamieścił zastrzeżenia, że „wykonawca nie może odmówić usunięcia wad w eksploatacji bez względu na wysokość związanych z tym kosztów”.

Postanowienie to jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami, a to art. 637 zdanie drugie Kodeksu cywilnego, który stanowi, że „Przyjmujący zamówienie może odmówić usunięcia wad, gdyby wymagałoby to nadmiernych kosztów”.

Powołując się na Komentarz do art.637 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] Z. Gawlik, A. Janiak, A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, G. Koziół, E. Niezbecka, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, LEX, 2010, wskazać należy, że „**Z perspektywy uregulowania art. 637 k.c. należy, wykluczyć dopuszczalność przymusowej realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi do żądania usunięcia wady** (tak, słusznie, G. Domański, *Istota rękojmi za wady dzieła w Kodeksie Cywilnym*, NP 1967, nr 9, s. 1131; T. Wiśniewski, *Praktyka sądowa w sprawach o wykonanie zobowiązań wynikających z umów o świadczenie usług*, NP 1987, nr 3, s. 83; J.P. Naworski, *Uprawnienia zamawiającego z tytułu wad obiektu budowlanego, uwagi na marginesie wyroku (7) SN z 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90*, PUG 1992, nr 10-12, s. 200; odmiennie, dyskusyjnie, A. Brzozowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, 2004, s. 375-376)”.

Nadto należy podkreślić, iż przedmiotem zamówienia jest usługa eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Chemicznych „Tarnowskie Góry” w Tarnowskich Górach”. Tymczasem zgodnie z art. 750 KC do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zatem wyznacznikiem jakości świadczenia usług winna być miara należytej staranności, a nie miara rezultatu jak w umowie o dzieło. Tym samym istniejący zapis może być uznany jako prawnie nieskuteczny.

Uzasadnienie zarzutu 2e (jednostronne rozwiązanie umowy)

W § 10 ust. 7 umowy Zamawiający zastrzegł uprawnienie do jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy za wypowiedzeniem 6-miesięcznym.

Nadużyciem prawa podmiotowego jest przyznanie tego uprawnienia jedynie Zamawiającemu.

Odwolujący wskazuje też, iż umowa której zawarcie ma nastąpić jest umową terminową- zawartą na czas określony. Z istoty zobowiązań terminowych (umów na czas oznaczony) wynika co do zasady, że zobowiązania takie nie mogą ulec rozwiązaniu na podstawie wypowiedzenia. Tak też przyjmuje doktryna prawna. Zasada swobody umów (art. 353¹ kc) doznaje ograniczenia poprzez art. 5 kc. Zamawiający nie może zatem nadużywać prawa i tak kształtować stosunku prawnego, że pozostawać będzie w uprzywilejowanej pozycji wobec Wykonawcy.

Odwolujący podnosi, iż Zamawiający dysponuje wystarczającym mechanizmem zerwania bytu umownego w postaci odstąpienia od umowy, z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Utrzymanie możliwości rozwiązania umowy w każdym czasie prowadzić może do nadużyć ze strony Zamawiającego i w konsekwencji poniesienia szkody przez Wykonawcę.

Uzasadnienie zarzutu 2f (obniżenie wynagrodzenia)

W § 11 ust. 3 umowy Zamawiający zapisał, że wynagrodzenie umowne ulega obniżeniu, w przypadku rezygnacji z wykonywania prac w II,III,IV i V etapie, do wartości prac wykonanych w ramach zrealizowanego etapu.

Odwolujący podnosi, iż zapis taki prowadzi do uprzywilejowania zamawiającego i rodzi możliwość jego wykorzystania dla utrudniania uczciwej



11

konkurencji i ominięcia obowiązku równego traktowania wykonawców. Zapis ten powoduje niepewność stosunku prawnego. Wykonawca po wygraniu zamówienia ma bowiem zapewnione prowadzenie eksploatacji jedynie do I etapu – do 1.07.2011r. do 31.12.2011r., czyli ma zapewnioną usługę, mniejszej niż 1/5 wartości całej umowy.

Brak zapewnienia ze strony Zamawiającego godziwej wielkości zamówienia (co najmniej powyżej 80%) powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie przygotować prawidłowo oferty, bowiem wycenianie większego zamówienia odbywa się na innych zasadach niż zamówienia małego. Zatem dopuszczenie w SIWZ odstępstwa od wielkości zamówienia aż o 4/5 tej wielkości nie spełnia również obowiązku Zamawiającego do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP.

Uzasadnienie zarzutu 2g (brak waloryzacji)

Zamawiający nie przewidział w umowie postanowień o waloryzacji ceny, pomimo długiego bo 4-letniego okresu jej obowiązywania.

Podmioty stosunków obligacyjnych mogą wprowadzić do umowy klauzulę waloryzacyjną, chroniącą wynagrodzenie wykonawcy przed zmianą siły nabywczej pieniądza, dokonaną pod wpływem procesów inflacyjnych, na zasadzie swobody umów lub też wprowadzić waloryzację umowną np. art. 358¹ § 2 k.c..

Odwołujący na uzasadnienie swojego stanowiska powołuje opinię UZP (zamieszczona na stronach internetowych UZP w dniu 24.05.2010): „należy stwierdzić, iż strony umowy o zamówienie publiczne mogą zastrzec w jej treści klauzule waloryzacyjne zabezpieczające przed nadzwyczajną zmianą stosunków obligacyjnych.”

Klauzule waloryzacyjne w umowie są uzasadnione w obecnej sytuacji gospodarczej, bowiem w ostatnich latach nastąpił wzrost wielu czynników mających wpływ na kalkulację ceny za eksploatację oczyszczalni m.in. znacznie wzrosły w ubiegłych latach koszty energii elektrycznej, nastąpił znaczny wzrost cen odczynników, cen urządzeń itp., i to pokaźnie ponad inflację ogłaszana przez GUS.

Uzasadnienie zarzutu 2h (zmiana umowy związana z obow. stawką VAT)

Zamawiający nie przewidział postanowień o zmianach umowy w przypadku stawki VAT w toku trwania umowy. Umowa nie przewiduje nawet kwestii zmiany stawki VAT 8% na 7%- a przecież stawka ta obowiązuje do 31.12.2013r. , a umowa do 30.06.2015r..

Na mocy przepisów przejściowych - zawartych w art. 146a ustawy o podatku od towarów i usług - stawka podstawowa w latach 2011-2013 wynosić ma 23%. Zgodnie z tymi samymi przepisami, w tym okresie pierwsza stawka obniżona wynosić ma 8%, zamiast 7%.

Jednak akcesja Polski do Unii Europejskiej i przyjęcie wspólnego systemu VAT zgodnego z założeniami dyrektyw VAT powoduje daleko idące konsekwencje w zakresie wysokości opodatkowania towarów i usług, jak również wysokości stawek preferencyjnych. Względny harmonizacji systemu podatku od wartości dodanej w ramach wspólnego rynku powodują, że nie można wykluczyć, że stawki preferencyjne zostaną podwyższone lub zrównane w przyszłości, zatem ryzyko zmiany ceny nie może obciążać jedynie Wykonawcy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), do którego odesłanie zawiera art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W



12

cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Przepis ten, według powszechnie przyjętego rozumienia oznacza, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowi element cenotwórczy, wobec czego sprzedawca towaru lub usługi, kalkulując cenę, uprawniony jest do wliczenia do niej VAT należnego od tego towaru lub usługi.

Wyżej powołany przepis nie daje jednak podstawy do uznania, że z jego mocy nabywca towaru lub usługi jest obowiązany zapłacić sprzedawcy cenę wyższą, powstała w wyniku zmiany stawki VAT, jeżeli zawarta umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie.

Wobec powyższego, szczególnie gdy umowa zawarta w trybie zamówienia publicznego ma być długoterminową umową- jak w niniejszym przypadku- brak klauzuli o zmianie wartości umowy w przypadku ustawowej zmiany stawki VAT jest uzasadnione i konieczne. Sama bowiem zmiana stawki VAT nie skutkuje koniecznością zapłacenia Wykonawcy ceny wyższej, o ile sama umowa nie zawierała klauzuli rodzącej takie zobowiązanie.

Uzasadnienie zarzutu nr 2i (obowiązek odkupu urządzeń)

Zamawiający nie przewidział -na zakończenie umowy- postanowień o obowiązku odkupienia przez Zamawiającego „wymienionych lub 100% odtworzonych urządzeń lub elementów”, szczególnie tych, które nie zostały w całości zamortyzowane przez Wykonawcę. Nakłady finansowe na wymianę lub 100% odtworzenie, stanowią inwestycję w obcym środku trwałym dla Wykonawcy i rozliczane są ratami amortyzacyjnymi w okresie od 7-10 lat.

Pozostawienie na oczyszczalni nierozliczonych urządzeń niewątpliwie pozostaje w sprzeczności z przepisami podatkowymi i rachunkowymi po stronie Wykonawcy. Nadto prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego.

Jedynie obowiązek odkupu rozwiąże ten stan rzeczy.

Uzasadnienie zarzutu nr 3 (szacunkowa wartość zamówienia)

Zapisy Ogłoszenia naruszają zasadę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia bez zachowania zasad należytej staranności i stoją w niezgodzie z dokonanym opisem przedmiotu zamówienia- art. 32 PZP. Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 2.904.000 zł netto. Jak wynika z obliczeń - Zamawiający -podniósł jedynie wynagrodzenie z poprzednich lat o wskaźnik inflacji i w ten sposób obliczył szacowana wartość.

Jednak Zamawiający nie uwzględnił w tej wartości dodatkowych świadczeń nałożonych na Wykonawcę przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w umowie, a to obowiązku: „ewentualnej wymiany urządzeń technologicznych i pomiarowych oczyszczalni ścieków wraz ze 100% odtworzeniem elementów i urządzeń, które uległy zużyciu” Tymczasem oczyszczalnia nie jest obiektem nowym -powstała ok. roku 1999 roku, dlatego też niektóre z urządzeń zapewne będą podlegały pełnemu zużyciu w trakcie trwania umowy na eksploatację oczyszczalni. Nakłady na oczyszczalnię stanowią będą nakłady inwestycyjne pod względem podatkowym i rachunkowym u Wykonawcy i stanowią będą realny koszt w całkowitym koszcie obsługi oczyszczalni. Brak uwzględnienia w szacunkowej wartości zamówienia kosztów na poczet wymiany lub 100% odtworzenia urządzeń wynika też z faktu, że w opisie przedmiotu zamówienia nie ma szczegółowego wykazu jakie elementy i urządzenia oczyszczalni należy wymienić i kiedy (np. w którym roku), należy je „wymienić lub w 100% odtworzyć”.



Oznacza to, że Zamawiający ustalił szacunkową wartość przedmiotu zamówienia bez zachowania zasad należytej staranności.

Odwołujący podnosi, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar prawidłowego ustalenia prognozowanego (szacunkowego) wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania zamówienia, która to czynność jest jednym z pierwszych działań zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na treść art. 14 ustawy Pzp, pojęcie „należytej staranności” wskazane w art. 32 PZP, należy odwołać się do art. 355 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że należyta staranność dłużnika to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju.

Wobec czego Zamawiający, winien zwrócić szczególną uwagę na metodę ustalenia wartości szacunkowej odpowiednią dla danego zamówienia, jak również na konsekwencje nieprawidłowego ustalenia wartości zamówienia dla dalszych losów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku kiedy Zamawiający nakłada na Wykonawców dodatkowe świadczenia w postaci wymiany i 100% odtworzenia elementów i urządzeń oczyszczalni (oprócz zasadniczego zamówienia, polegającego na usłudze eksploatacji oczyszczalni), winien przy zachowaniu zasad należytej staranności uwzględnić wartość tych nakładów, czyli uwzględnić ewentualną zmianę wielkości zamówienia, wskaźniki inflacji ogłaszane przez Główny Urząd Statystyczny oraz zmiany cen na danym rynku (art. 34 PZP).

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 4 września 2009 r. (sygn. akt: KIO/KD 27/09), uznała, iż: „Stwierdzenie naruszenia przepisu art. 32 ust. 1 Pzp jest możliwe w sytuacji, w której zamawiający do wartości zamówienia zalicza jeszcze inne składniki, niż wynagrodzenie netto wykonawcy lub też kiedy, jedynym elementem wartości zamówienia jest wskazane wynagrodzenie, jednak, nie zostało ustalone ono z należyłą starannością.”

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lutego 2010 (sygn. akt. KIO/UZP 1813/09) stwierdziła, iż: „Wartość szacunkowa zamówienia winna uwzględniać specyfikę danego zamówienia.”

Na zakończenie Odwołujący podaje, iż co prawda szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia nie należy utożsamiać z kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wskazywaną na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, a wartości te mogą się różnić.

Jednak Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Zamawiającemu, że ryzyko decyzji co do przyjęcia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, będącej kwotą równą, mniejszą lub większą od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek VAT, obciąża Zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1339/10).

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia winna być bowiem oszacowana z należyłą starannością, co oznacza, że Zamawiający winien uwzględnić wartość tych nakładów inwestycyjnych, (jako wartość dostaw) skoro przewidział je w umowie, nadto winien uwzględnić ewentualną zmianę wielkości zamówienia o wartość nakładów inwestycyjnych, o wskaźniki inflacji ogłaszane przez Główny Urząd Statystyczny oraz zmiany cen na danym rynku (art. 34 PZP).

W tym stanie rzeczy odwołanie należy uznać za konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

1. dowód wniesienia wpisu,
2. odpis z KRS jako dowód na okoliczność reprezentacji,
3. potwierdzenie przekazania zamawiającemu odpisu odwołania.

WICEPREZES ZARZĄDU PREZES ZARZĄDU

Henryk Schlagner

Marta Bis