

Sygn. akt KIO 1601/13

WYROK
z dnia 18 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2013 r. przez Eurovia Polska S.A. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Dąbrowa Górnicza

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Eurovia Polska S.A. we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Eurovia Polska S.A. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza - wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zagospodarowanie terenu w rejonie osiedla Mickiewicza i Norwida w Dąbrowie Górniczej w tym Etap I ul. Majakowskiego .

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 czerwca 2013 r., pod numerem 2003/S 119 – 202386.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Eurovia Polska S.A. we Wrocławiu wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, dalej jako „ogłoszenie”, oraz wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 23, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 2b, art. 29, art. 30 ust. 4, art. 44, art. 66 ust. 1, art. 67 ust. 1 pkt 5, art. 140 ust. 3 ustawy, przepisów kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), przez przyjęcie niezgodnych z ww. przepisami postanowień ogłoszenia i SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian postanowień SIWZ w sposób szczegółowo określony w treści uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w załącznikach nr 1-7 do SIWZ, a także nakazanie przedłużenia terminu składania ofert.

Uzasadniając szczegółowo podniesione zarzuty oraz konkretyzując żądania odwołujący wskazał, że:

„1) W przedmiarze robót „Zagospodarowanie terenu w rejonie osiedla Mickiewicza i Norwida w Dąbrowie Górniczej, etap 1 - ul. Majakowskiego, Budowa i przebudowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami” Zamawiający w poz. 23-36 wskazał produkty (rury, kształtki,

trójniki) konkretnego producenta, podając jego nazwę Keramo-Steinzeug, jednak bez wskazania w stosunku do tych produktów „lub równoważny”. (...)

Zamawiający nie rozróżnia dwóch rodzajów „równoważności”, o których mowa w ustawie w dwóch różnych sytuacjach: dopisek „lub równoważny”, który Zamawiający ma obowiązek zastosować zawsze w przypadku użycia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, o czym stanowi przepis art. 29 ust. 3 ustawy, oraz wskazany w przepisie art. 30 ust. 4 obowiązek dopuszczenia przez Zamawiającego „rozwiązań równoważnych” w przypadku, gdy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 tegoż art. 30. (...)

Odwołujący wnosi, aby w cytowanym wyżej przedmiarze robót, przy każdym użyciu nazwy produktu producenta Keramo-Steinzeug Zamawiający dopisał wyrazy „lub równoważny”, nadto by wskazał, które parametry mają być „nie gorsze”, a także by postanowienia pkt 3.3.4 odniósł wyłącznie do rozwiązań równoważnych, zgodnie z przepisem art. 30 ustawy.

2) Zamawiający w pkt 3.3.5 SIWZ postanawia, że na przedmiot niniejszej umowy, ustala się okres gwarancji jakości, który wynosi dla robót budowlanych i instalacyjnych oraz urządzeń i sprzętu 5 lat licząc od daty podpisania protokołu końcowego odbioru robót budowlanych” (ust. 1) oraz „ Na wykonane roboty budowlane i instalacyjne oraz urządzenia i sprzęt Wykonawca udziela rękojmi na okres 5 lat od daty podpisania protokołu końcowego odbioru robót budowlanych” (ust. 4).

Zamawiający może wymagać na wykonane roboty budowlane i instalacyjne dowolnego okresu gwarancji (rękojmi), jednak okres gwarancji (rękojmi) na sprzęt i urządzenia nie zależy od Wykonawcy, lecz od producenta sprzętu i urządzeń, który najczęściej nie przekracza dwóch lub trzech lat, a niejednokrotnie jest równy minimalnemu okresowi (1 rok) określonego w art. 568 § 1 k.c. (rękojmia) i w art. 577 § 2 k.c. (gwarancja). Na okres ten Wykonawca nie ma wpływu. Wydłużenie tego okresu do pięciu lat byłoby sprzeczne z wskazanymi przepisami k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wnosi, aby w cytowanych wyżej ustępach SIWZ Zamawiający skreślił wyrazy „oraz urządzeń i sprzętu” (odpowiednio „oraz urządzenia i sprzęt”), zaś po ust 4 dodał ust. 5 w brzmieniu „Dla urządzeń i sprzętu okres gwarancji będzie równy okresowi gwarancji udzielonemu przez producenta i będzie liczony od dnia wbudowania (instalacji, montażu) sprzętu lub urządzenia.”.

3) W pkt 3.3.7 SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Ma to być ubezpieczenie „w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł” (ust. 1). Nadto Zamawiający wymaga

utrzymania przez Wykonawcę ważności ubezpieczenia przez cały okres obowiązywania umowy, przy czym „Nie później niż w ostatnim dniu ważności ubezpieczenia Wykonawca przedstawi Zamawiającemu kopią polisy o przedłużonym terminie ważności” (ust. 1). Jednocześnie „Wykonawca zobowiązuje się do posiadania nieprzerwanej ochrony ubezpieczeniowej w okresie obowiązywania umowy, na warunkach nie gorszych niż w pierwotnej polisie” (ust. 2). Wreszcie, w ust. 4 Zamawiający postanawia „Niedostarczenie polisy w terminie traktowane będzie jako nienależyte wykonanie umowy i skutkowało będzie obowiązkiem zapłaty przez Wykonawcę kary umownej określonej w § 14 ust. 3 projektu umowy” (tj. 10% wynagrodzenia brutto)”.

Należy zauważyć, że Zamawiający nie wskazuje, co rozumie przez „warunki polisy” ani przez „warunki pierwotne”. Wszystkie warunki Zamawiający określił w ust. 1, zarówno wysokość sumy ubezpieczenia (kwoty), jak i rodzaj ubezpieczenia. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku posiadania nieprzerwanej ochrony ubezpieczeniowej na warunkach nie gorszych niż w pierwotnej umowie może np. oznaczać że Wykonawca nie będzie mógł zmienić ubezpieczyciela, gdyż taka zmiana mogłaby spowodować, że warunki ubezpieczenia w jakimś zakresie (np. dotyczącym klauzul dodatkowych) byłyby „gorsze” niż uprzednio. Takie żądanie Zamawiającego jest niczym nieuzasadnione z punktu widzenia celu ubezpieczenia. Z drugiej strony Zamawiający żąda (ust. 1) przedstawienia w ostatnim dniu ważności ubezpieczenia kopii polisy, nie zaś polisy. Jednak w przypadku niedostarczenia „polisy” nakłada na Wykonawcę karę umowną, nadto karę drakońsko wysoką. Kara umowna zgodnie z przepisem art. 483 § 1 k.c. służy naprawieniu szkody, zaś nieprzedstawienie kopii polisy nie jest szkodą, a zatem postanowienia o zapłacie kary umownej nie mogą mieć tu zastosowania.

Odwołujący wnosi o zastąpienie w ust. 2 wyrazów „na warunkach nie gorszych niż w pierwotnej polisie” wyrazami „na warunkach, o których mowa w ust 1 wyżej”, uchylenie ust. 4 i dodanie w ust 1 na końcu zdania „Jeżeli w terminie 3 dni roboczych od upływu terminu ważności ubezpieczenia Wykonawca nie przedstawi Zamawiającemu kopii polisy, Zamawiający wezwie Wykonawcę na piśmie do jej przedstawienia w terminie 3 dni roboczych od doręczenia wezwania, a po bezskutecznym upływie tego terminu może odstąpić od umowy. W takim przypadku stosuje się postanowienia umowy dotyczące odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

4) W pkt 7 SIWZ Zamawiający określa termin wykonania zamówienia od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2013 r., jednak w sposób odmienny niż w ogłoszeniu, gdzie w sekcji II. 3 Zamawiający określił ten termin podając jako datę rozpoczęcia 21 sierpnia 2013 r. Tym samym Zamawiający zakłada, że na wykonanie umowy potrzeba niewiele ponad 16

miesiący, co jest terminem stosunkowo krótkim, mając na uwadze zakres przedmiotu zamówienia. Nadto Zamawiający ustalił, że termin składania ofert upływa w dniu 12 lipca 2013 r. (sekcja IV.3.4 ogłoszenia i pkt 17.1 SIWZ). Ten termin już jest nierealny, mając choćby na uwadze wniesienie niniejszego odwołania. Nie jest też jasne, jaki nowy termin składania ofert Zamawiający będzie musiał ustalić, nadto czy po wyborze najkorzystniejszej ofert nie zostaną wniesione odwołania. Tym samym nie jest jasne, czy termin rozpoczęcia wykonywania umowy wskazany w ogłoszeniu będzie możliwy do dotrzymania, a w konsekwencji, czy realny będzie termin zakończenia „realizacji zadania” na koniec 2014 r. Odwołujący wnosi, mając także na uwadze doprowadzenie do zgodności treści ogłoszenia z postanowieniami SIWZ, o dokonanie zmiany pkt 7 SIWZ przez nadanie mu brzmienia „17 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”

5) W pkt 8.1.1 SIWZ, w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności Zamawiający postanawia, że „nie stawia szczegółowego warunku w tym zakresie. Jednak w dalszym ciągu pisze, że „żąda złożenia oświadczenia z art. 22 ust 1 Ustawy i jego weryfikacja zostanie przeprowadzona wg formuły: „spełnia- nie spełnia. Należy zauważyć, że skoro Zamawiający „nie stawia” szczegółowego warunku w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, czyli nie określa warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie (lub, by posłużyć się terminologią przepisu art. 22 ust. 3 i 4 ustawy, nie opisuje sposobu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy), to tym samym nie może dokonywać weryfikacji spełniania warunku. Swoją drogą nie jest jasne, czy Zamawiający chce dokonywać weryfikacji „warunku”, czy weryfikacji „spełniania warunku”, czy też być może weryfikacji „oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy”. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa na podstawie art. 44 ustawy, niezależnie od tego czy Zamawiający żąda czy też nie żąda jego złożenia. Z drugiej strony, w postępowaniu o wartości powyżej tzw. progów unijnych, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest nie na podstawie oświadczenia z art. 44, lecz na podstawie złożonych dokumentów (art. 26 ust. 1) wskazanych co najmniej w SIWZ (art. 25 ust. 1 pkt 1), a wynikający z przepisu art. 26 ust. 2a obowiązek wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, dotyczy tylko przypadku, gdy Zamawiający określi zakres swego żądania. Skoro Zamawiający w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (art. 22 ust. 1 pkt 1) nie określił warunku, to tym samym nie może żądać jakichkolwiek dokumentów, w tym oświadczenia z art. 44, w celu potwierdzenia spełniania warunku (art. 44 in fine ani dokonywać oceny spełniania warunku żadną metodą ani w żaden sposób.

Odwołujący pomija w tym miejscu sposób, w jaki Zamawiający chce dokonać weryfikacji, tj. wg formuły „spełnia - nie spełnia”. Należy jedynie zauważyć, że nie istnieje żadna formuła „spełnia - nie spełnia”. Co więcej, w wyniku nowelizacji ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., uchylony został przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 („Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3”), a przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 otrzymał brzmienie „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”, skutkiem czego od dnia wejścia w życie tej nowelizacji nie mówi się już, że wykonawca „spełniania” lub „nie spełnia” warunków udziału w postępowaniu, lecz że wykonawca „wykazał” lub „nie wykazał” spełniania warunków. Jednak nawet ewentualna zmiana formuły „spełnia - nie spełnia”, na formułę „wykazał - nie wykazał” nic nie zmienia, gdyż formuła „wykazał - nie wykazał” także nie istnieje, bowiem „wykazał” oraz „nie wykazał” są wynikami dokonanej zero jedynekowej oceny spełniania warunków, a nie formułą według której przeprowadza się ocenę spełniania warunków.

Odwołujący wnosi o skreślenie pkt 8.1.1 SIWZ.

6) W pkt 8.1.2 Zamawiający, w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, formułuje de facto trzy warunki (lub jeden warunek będący koniunkcją trzech warunków): „Wykonawca wykaże, że (...) wykonał (...): min. 2 roboty budowlane każda obejmująca swoim zakresem: budowę lub przebudowę drogi dwujezdniowej w zwartej zabudowie o nawierzchni asfaltobetonowej wraz z oświetleniem o długości minimum 900 mb” (pkt 8.1.2.1), „min. 2 roboty budowlane każda obejmująca swoim zakresem: budowę lub przebudowę infrastruktury podziemnej: sieci kanalizacji sanitarnej z rur kamionkowych, deszczowej z rur PCV i GRP wraz ze zbiornikiem retencyjnym i pompownią wodociągowej - każda z sieci (sanitarna, deszczowa, wodociągowa) o długości minimum 2,0 km” (pkt 8.1.2.2) oraz „min. 2 roboty budowlane każda obejmująca swoim zakresem: budowę lub przebudowę kanalizacji sanitarnej metodą bez wykopową tj. mikrotuneling, przewiert sterowany - na odcinku o długości minimum 100 mb” (pkt 8.1.2.3).

W pkt 8.1.2.1 Zamawiający posługuje się niezdefiniowanym pojęciem „zwarta zabudowa”. Nie jest ono znane w szczególności ustawie - Prawo budowlane. W ustawie - Prawo ochrony środowiska jest mowa o „zwartej zabudowie wsi” (art. 73 ust. 3), jednak pojęcie to nie jest w tej ustawie zdefiniowane, podobnie w ustawie - Prawo geodezyjne i kartograficzne jest mowa o „zwartych zabudowanych i przeznaczonych pod zabudowę obszarach wiejskich” (art. 4 ust. 1b), lecz także bez definicji, a mając na uwadze przedmiot zamówienia zapewne Zamawiającemu nie chodzi o zabudowę wsi. Pojęcie to pojawia się także w rozporządzeniu

Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowania (§ 19 ust. 3 oraz § 159 ust. 7), jednak także nie jest tam zdefiniowane. Pojawia się ono także w innych przepisach wykonawczych do Prawa budowlanego, jednak w odniesieniu do zwartej zabudowy wsi, nadto bez definicji. Być może w innych okolicznościach brak definicji nie miałby istotnego znaczenia, jednak w przypadku warunku udziału w postępowaniu każde pojęcie musi być określone jednoznacznie, by w sposób jednoznaczny była możliwa ocena spełniania warunku.

W pkt 8.1.2.2 w przypadku kanalizacji deszczowej Zamawiający wymaga, by była ona wykonana z rur PCV i GRP, nie określając proporcji długości tych rur, czyli de facto dopuszczając (długość sieci minimum 2 km) 1999 m rur PCV i 1m rur GRP, co wydaje się nie mieć większego sensu.

W uwagach zawartych po pkt 8.1.2.3 Zamawiający stawia dodatkowe wymagania: „Jeżeli zakres robót przedstawionych w dokumencie złożonym na potwierdzenie, że roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone jest szerszy od powyżej określonego przez Zamawiającego należy w wykazie robót budowlanych podać wartość robót odpowiadających zakresowi przedmiotu zamówienia” (pkt 1) oraz „W przypadku, gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów przy wykazaniu spełniania warunku doświadczenia, zobowiązany jest wykazać udział tych podmiotów w wykonaniu zamówienia” (pkt 3).

Wymaganie określone w pkt 1 jest całkowicie niezrozumiałe mając na uwadze, że w warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie określa żadnych minimalnych wartości robót. Dlaczego więc, gdy zakres robót jest szerszy (swoją drogą Zamawiający nie wskazuje, co rozumie przez „szerszy zakres robót”), to należy podać wartość robót, nadto nie w odniesieniu do wymagań określonych w warunku, lecz „odpowiadających zakresowi przedmiotu zamówienia”. Wymaganie określone w tym punkcie jest całkowicie niespójne z warunkiem udziału w postępowaniu.

Z kolei wymaganie wskazane w pkt 3 jest niejednoznaczne albo w sposób niedopuszczalny ingerujące w relacje łączące Wykonawcę z podmiotem udostępniającym mu swe zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia (art. 26 ust. 2b). Zamawiający nie określa, co rozumie pod pojęciem „udział podmiotu w wykonaniu zamówienia”. Jeżeli rozumie przez to, że podmiot będzie podwykonawcą, to taki wymóg jest niedopuszczalny, gdyż przepis art. 26 ust. 2b nie nakłada na podmiot, na zasobach którego polega Wykonawca, by brał udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Jeżeli zaś pod tym pojęciem Zamawiający rozumie jedynie, udział podmiotu w wykonaniu zamówieni sprowadzi się do konsultacji, doradztwa udostępnienia know-how itp., to wymóg wskazany w pkt 3 jest zbędny, gdyż jest to najmniejszy możliwy zakres udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wnosi o skreślenie w pkt 8.1.2.1 wyrazów „w zwartej zabudowie”, zastąpienie w pkt 8.1.2.2 wyrazów „PCV i GRP” wyrazami „PCV lub GRP” oraz skreślenie po pkt 8.1.2.3 wszystkich uwag.

7) W pkt 8.1.3 SIWZ, w zakresie dysponowania potencjałem technicznym Zamawiający postanawia, że „nie stawia szczegółowego warunku w tym zakresie”. Jednak w dalszym ciągu pisze, że żąda złożenia oświadczenia z art. 22 ust. 1 Ustawy i jego weryfikacja zostanie przeprowadzona wg formuły: „spełnia- nie spełnia”.

Mając na uwadze argumentację analogiczną jak wyżej, Odwołujący wnosi o skreślenie pkt 8.1.3 SIWZ.

8) W pkt 8.1.4 SIWZ, po pkt 8.1.4.6, Zamawiający stwierdza „Dopuszczalne jest posiadanie więcej niż jednego uprawnienia przez jedną osobę”. Stwierdzenie powyższe nie jest równoznaczne z możliwością pełnienia np. dwóch różnych funkcji przez tę samą osobę (w wyjątkiem, co oczywiste, osób uprawnionych do kierowania ruchem drogowym).

Odwołujący wnosi o nadanie postanowieniu zawartemu po pkt 8.1.4.6 brzmienia „Jedna osoba może być wyznaczona do pełnienia więcej niż jednej funkcji wskazanej w pkt 8.1.4, z wyjątkiem pkt 8.1.4.6.”

9) W pkt 8.3 SIWZ Zamawiający wskazuje, że „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust 2 pkt 5 ustawy. W okolicznościach określonych w art. 24 ust. 2 pkt 5 Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Jednak nie jest w tym przepisie określony jakikolwiek warunek udziału w postępowaniu, podobnie jak żadna przesłanka wykluczenia Wykonawcy z postępowania wskazana w ust. 2 w art. 24. Warunek udziału w postępowaniu ma tę cechę, że najpóźniej w chwili złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca wie, czy dany warunek spełnia. Chodzi to o warunki określone przez Zamawiającego, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oraz o warunki (tzw. negatywne), o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Tymczasem Wykonawca, który należy do grupy kapitałowej, w chwili złożenia oferty lub wniosku nie wie, a przynajmniej nie musi wiedzieć, że inny podmiot z tej grupy także ubiega się o udzielenie zamówienia (złożył ofertę lub wniosek).

Tym samym „warunek” zawarty w pkt 8.3 wprowadza w błąd Wykonawców. W konsekwencji także uwaga po pkt 8.3 dotycząca wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia zawiera niedopuszczalne odesłanie do „warunku” określonego w pkt 8.3.

Odwołujący wnosi o skreślenie pkt 8.3 i o skreślenie w uwadze po tym punkcie dotyczącej wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wyrazów „i 8.3”.

10) W ostatniej uwadze po pkt 8.3 SIWZ Zamawiający postanawia „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. 8.1. i 8.2. SIWZ będzie dokonana w oparciu o złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 9 wg formuły: „spełnia - nie spełnia”.

Mając na uwadze argumentację dotyczącą tzw. formuły „spełnia - nie spełnia”, Odwołujący wnosi o skreślenie ostatniej uwagi po pkt 8.3 SIWZ.

11) W pkt 9.1.2 Zamawiający, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, żąda złożenia „wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ (wskazana data podpisania) z uwzględnieniem warunku opisanego w pkt. 8.1.2. SIWZ.

Zamawiający do tego punktu SIWZ wiernie przepisał pkt 2 zawarty w § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Przepis rozporządzenia należy jednak czytać w kontekście przepisu art. 22 ust. 5 ustawy, na co wskazuje z jednej strony uzasadnienie do projektu rozporządzenia, z drugiej zaś wprost przepis § 1 ust. 4 rozporządzenia „W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożeniu poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy”. Oznacza to że Zamawiający, który nie skorzystał z możliwości, jakie daje mu ww. przepis, żądając wykazu robót żąda tym samym wykazu wszystkich robót.

Zamawiający z dyspozycji ww. przepisu nie skorzystał, co oznacza, że żąda wykazu wszystkich robót wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat. Dopisek „z

uwzględnieniem warunku opisanego w pkt. 8.1.2. SIWZ” oznacza jedynie, że w wykazie należy także ująć roboty wskazane w warunku opisanym w pkt 8.1.2 SIWZ.

W tej sytuacji należy zadać pytanie: czemu ma służyć wykaz wszystkich robót w sytuacji, gdy wystarczyłoby żądać ujęcia w wykazie wyłącznie robót w ilości niezbędnej do potwierdzenia spełnienia warunku określonego w pkt 8.1.2 (co nie oznacza, że Wykonawca nie mógłby ująć większej ilości robót)?. Z drugiej strony żądanie dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania jest niedopuszczalne na mocy przepisu art. 25 ust. 1 ustawy. Dokument zbędny to w szczególności dokument zawierający zbędne informacje. Skoro Zamawiający nie określił żadnego warunku udziału w postępowaniu, dla potwierdzenia spełnienia którego potrzebny byłby mu wykaz wszystkich robót, to żądanie takiego wykazu jest niedopuszczalne.

Co więcej, Zamawiając nie określił co rozumie pod pojęciem „najważniejszych robót”, dla których wymagane jest załączenie dowodów ich należytego wykonania. Zamawiający żąda w wykazie także informacji, które nie są mu potrzebne do oceny spełnienia warunku określonego w pkt 8.1.2, tj. wartości robót.

Odwołując wnosi o nadanie pkt 9.1.2 brzmienia „wykazu robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku określonego w pkt 8.1.2 SIWZ wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone.”

12) W pkt 9.1.3 Zamawiający, w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, żąda złożenia „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień - załącznik nr 4 do SIWZ (wskazana data podpisania), z uwzględnieniem warunku opisanego w pkt. 8.1.4 SIWZ.

Należy zauważyć, że Zamawiający żąda wykazu osób „w szczególności” odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, a więc nie wskazuje precyzyjnie, o jakie osoby chodzi. Następnie posługuje się niedookreślonym w SIWZ pojęciem „kwalifikacje zawodowe”, podczas gdy w warunku w pkt 8.1.4 SIWZ wskazywał wyłącznie na „uprawnienia”. Co więcej, Zamawiający wymaga podania informacji na temat doświadczenia i wykształcenia w sytuacji, gdy nie ustanowił w warunku udziału w postępowaniu żadnych wymagań dotyczących

doświadczenia i wykształcenia. W końcu wymaga oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia.

Żądanie dokumentu zawierającego informacji zbędne do przeprowadzenia postępowania jest niedopuszczalne (art. 25 ust. 1 ustawy). Nadto przepis § 1 ust. 1 pkt 8 Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) nakazuje (mając na uwadze wartość zamówienia i określony przez Zamawiającego warunek dotyczący osób z uprawnieniami budowlanymi) żądać oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jednak tylko wtedy, gdy ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Jeżeli w wykazie mają być ujęte osoby uprawnione do kierowania ruchem drogowym (osoby te będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia zgodnie z warunkiem), to należy zauważyć, że tego typu uprawnienia nie wynikają z przepisu żadnej ustawy.

Odwołujący wnosi o nadanie pkt 9.1.3 brzmienia „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, o których mowa w pkt 8.1.4 SIWZ, wraz z informacjami na temat posiadanych uprawnień, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia (nie dotyczy osób wskazanych w pkt 8.1.4.6 SIWZ).”

13) W pkt 9.4.3 SIWZ Zamawiający żąda, aby Wykonawca załączył do oferty potwierdzenie wniesienia wadium.

Żądanie to jest niedopuszczalne (art. 25 ust. 1 ustawy), nadto nie bardzo wiadomo, co należy złożyć, co to jest „potwierdzenie wniesienia wadium” i kto ma potwierdzić złożenie wadium. Należy przyjąć, że jest to dokument potwierdzający, iż wadium zostało wniesione. Z pewnością nie jest to więc kopia polecenia przelewu, ani kopia gwarancji wadialnej, gdyż w takim przypadku (pkt 11.3 i 11.4 SIWZ) Zamawiający jedynie zaleca („wskazane jest”) załączenie kopii tych dokumentów do oferty, tu zaś nakazuje załączyć taki dokument („należy”). Nadto nie można załączyć „potwierdzenia” do oferty składanej kilka dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, gdy wadium będzie wnoszone w dniu otwarcia ofert. Można też zadać retoryczne pytanie: co zrobi Zamawiający, jeżeli Wykonawca nie złoży tego potwierdzenia: wykluczy go z postępowania (na jakiej podstawie) czy odrzuci jego ofertę (na jakiej podstawie).

Odwołujący wnosi o uchylenie pkt 9.4.3 SIWZ.

14) W pkt 9.4.3 SIWZ Zamawiający żąda, aby Wykonawca załączył do oferty „zobowiązanie innych podmiotów, w szczególności pisemne, do oddania do dyspozycji Wykonawcy

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, wymagane w przypadku gdy Wykonawca polega na ich zasobach na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy” wskazując, co powinno zawierać zobowiązanie. Żądanie złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego jest niedopuszczalne i jaskrawo narusza przepis art. 26 ust. 2b ustawy, w którym zobowiązanie jest wymienione jedynie przykładowo. Zamawiający nie jest uprawniony do wkraczania w kompetencje Wykonawcy i dyktowania mu, w jakiej formie i w jaki sposób udowodni Zamawiającemu, że istotnie będzie dysponować zasobami innego podmiotu.

Odwołujący wnosi o uchylenie pkt 9.4.5 SIWZ.

15) Zamawiający w pkt 10.3 SIWZ wskazuje, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Oświadczenie wymienione w pkt 9.4.1. SIWZ [to byłby absurd, gdyby każdy składał to oświadczenie, sprzeczne z ideą wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia], formularz ofertowy wymieniony w pkt. 9.4 SIWZ oraz kosztorys ofertowy wymieniony w pkt. 9.4.2. SIWZ winny być podpisane przez uprawnionych przedstawicieli Wykonawców”.

Żądanie Zamawiającego narusza przepisy art. 23. Oświadczenie wymienione w pkt 9.1.1 SIWZ to oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i było zaprzeczeniem idei wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyby każdy Wykonawca oświadczał, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Nadto podpisanie oferty i innych dokumentów będących jej integralną częścią (kosztorysu ofertowego) jest zadaniem pełnomocnika ustanowionego zgodnie z przepisem art., 23 ust. 2 ustawy.

Odwołujący wnosi o zastąpienie w pkt 10. 3 SIWZ wyrazów „przez uprawnionych przedstawicieli Wykonawców” wyrazami „pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy”.

16) W pkt 23 SIWZ opisując sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający w ust. 6 postanawia „Zadanie będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym. Wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej” a następnie, w ust. 8 „Zamówienie będzie rozliczone obmiarowo. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczone jako iloczyn cen jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru w książce obmiaru”.

Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym i będzie obliczone na podstawie rzeczywiście wykonanej ilości robót (wynikającej z dokonanych obmiarów), oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. Może

się okazać, że tak obliczona wartość przekroczy cenę oferty. Nie może wówczas Zamawiający uchylić się od zapłaty należnego wynagrodzenia, nie może także tworzyć fikcji i na kwotę przekraczającą cenę oferty udzielić zamówienia uzupełniającego, gdyż inny jest cel udzielenie tego typu zamówienia i w innych okolicznościach następuje jego udzielenie (jest to nowa umowa zawarta po negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki).

Tymczasem Zamawiający postanowił (ust. 6), że „Wartość kosztorysów podwykonawczych nie może przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej”. Jest to postanowienie niedopuszczalne, mogące uniemożliwić zapłatę Wykonawcy części wynagrodzenia.

Odwołujący wnosi o skreślenie drugiego zdania w ust. 6 w pkt 23 SIWZ.

17) W pkt 23 SIWZ opisując sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający w ust. 10 postanawia „Każda cena jednostkowa, oprócz kosztów robót objętych daną pozycją przedmiarową zawiera poniższe koszty po czym wymienia 54 rodzajów (kategorii), a nawet pojedynczych kosztów.

Koszty te w większości są kosztami, które można ująć w każdej cenie jednostkowej na etapie przygotowywania kosztorysów ofertowych. Jednak wiele z nich (zdaniem Odwołującego ponad dwadzieścia), to koszty, które nie są związane z przedmiotem zamówienia, a jeżeli nawet są, to Zamawiający nie określił, nie wskazał żadnych danych pozwalających na ich skalkulowanie. W takiej sytuacji, pomijając już naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 ustawy (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), nie jest możliwe uwzględnienie tych kosztów w cenach jednostkowych, i to we wszystkich cenach jednostkowych.

Odwołujący dzieli koszty wskazane przez Zamawiającego na dwie grupy. Grupa I to koszty nieznanne Odwołującemu w chwili składania oferty, które muszą być usunięte z wykazu kosztów, lub przeniesione do oddzielnej pozycji kosztorysowej, jednak pod warunkiem, że Zamawiający wskaże te koszty, a każdy wykonawca będzie musiał je ująć w kosztorysie w wysokości podanej przez Zamawiającego. Grupa II to koszty, które Odwołujący jest w stanie oszacować na poziomie jednostkowym, ale które z uwagi na niewskazanie przez Zamawiającego ilości jednostek nie mogą być skalkulowane i muszą być przeniesione do oddzielnej pozycji kosztorysowej. Ujęcie ww. kosztów w oddzielnych pozycjach ma związek z kosztorysowym rozliczeniem. Gdyby koszty te zostały ujęte w pozycjach kosztorysowych zgodnie z obowiązującymi przedmiarami, to byłyby rozliczone według cen jednostkowych pozycji przedmiarowych, co mogłoby narazić Odwołującego na znaczne straty.

Odwołujący wnosi o usunięcie następujących pozycji z wykazu kosztów lub o przeniesienie ich do oddzielnych pozycji kosztorysowych, jednak pod warunkiem, że Zamawiający wskaże te koszty, a każdy wykonawca będzie musiał je ująć w kosztorysie w wysokości podanej przez Zamawiającego (grupa II): 6, 7, 8, 11, 12, 13, 21, 23, 24, 28, 44, 50 i 53, oraz wnosi o przeniesienie następujących pozycji z wykazu kosztów do oddzielnych pozycji kosztorysowych z równoczesnym wskazaniem przez Zamawiającego jednostek i ich ilości (grupa II), jednak w przypadku, gdyby Zamawiający nie wskazał tych danych, to musiałyby być przesunięte do grupy I: 16, 22, 29, 30, 31, 35, 38, 45 i 47.

18) W pkt 23 SIWZ opisując sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający w ust. 11 postanawia Roboty dodatkowe i zamienne, wynikłe w trakcie realizacji przedmiotu umowy będą rozliczane na podstawie obmiaru faktycznie wykonanych robót i przy zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego”, przy czym, zgodnie z ust. 12 „W przypadku robót, dla których brak jest cen jednostkowych w ofercie, rozliczone będą kosztorysami powykonawczymi wykonanymi metodą szczegółową (...) oraz wg danych wyjściowych do kosztorysowania jak w ofercie tj. Rgf Kz, Kp i Zysk”. Dalej Zamawiający określa źródła cen, by w ust. 13 postanowić „(...) Jeżeli wartość robót dodatkowych mieścić się będzie w kwocie umownej należy je rozliczać zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 23.11 i 12 SIWZ. W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych wykraczających poza wartość umowy można je będzie wykonać po zawarciu umowy na zamówienie dodatkowe”.

Przepisy Prawa budowlanego mówią o rozwiązaniach zamiennych (art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b), należałoby zatem zamienić określenie „roboty zamienne” na „rozwiązania zamienne” lub zdefiniować pojęcie „roboty zamienne”.

Zamawiający nie definiuje co to są roboty dodatkowe, definicji takiej nie zawiera także ustawa - Prawo budowlane, ani nie ma o nich mowy w ustawie - Prawo zamówień publicznych. Należy zatem przyjąć, że są to roboty, których Zamawiający nie uwzględnił określając przedmiot zamówienia i takie, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. W takim przypadku, zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, Zamawiający udziela zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Postępowanie o udzielenie takiego zamówienia prowadzi się zgodnie z przepisami ustawy, w szczególności do określenia przedmiotu zamówienia stosuje się przepis art. 31 ust. 1, a wynagrodzenie jest negocjowane między Wykonawcą, a Zamawiającym i nie może to być część wynagrodzenia za wykonanie zamówienia podstawowego, wbrew postanowieniu zawartemu w ust. 13. Nadto należy zwrócić uwagę, że przepis art. 140 ust. 3 ustawy stanowi, że „umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Jeżeli

zatem na mocy powyższych postanowień doszłoby do wykonania robót dodatkowych w inny sposób niż w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki, to byłoby to niedopuszczalne obejście ustawy, a w związku z tym czynność prawna byłaby nieważna, tym razem na mocy przepisu art. 58 § 1 k.c. Postanowienia zawarte w ust. 12 naruszają zatem przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i art. 140 ust. 3 ustawy.

Z drugiej strony ceny jednostkowe oraz stawki i narzuty nie mają żadnego znaczenia w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki, gdyż do umowy dochodzi się w drodze negocjacji zgodnie z przepisem art. 66 ust. 1 ustawy. Tym samym postanowienia ust. 11, 12 i 13 pozostają w sprzeczności z wskazanym przepisem.

Odwołujący zwraca szczególną uwagę na te postanowienia, gdyż są one tak częste we wzorach umów, że większość Wykonawców przechodzi nad nimi do porządku dziennego, a problemy pojawiają się dopiero w trakcie wykonywania umowy. Już kilka lat temu, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 388/09) KIO stwierdziła marginesie rozważań w odniesieniu do zamiarów zamawiającego, wskazać można, iż podawane w ofercie dla zamówienia podstawowego stawki, narzuty czy ceny, w żadnym razie nie są wiążące dla wykonawców przy zawieraniu umów na roboty dodatkowe". Podobnie stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 14 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1155/09)": „praktyka polegająca na obligowaniu Wykonawcy do kalkulowania robót w ramach zamówień dodatkowych, czy uzupełniających w oparciu o ceny składników cenotwórczych wynikające z kosztorysu ofertowego dla zamówienia podstawowego ma charakter krzywdzący. Oba zamówienia są oddzielnymi zamówieniami udzielonymi w różnych trybach Każde z nich charakteryzuje się swoją specyfiką a zamówienia z wolnej ręki udziela się po przeprowadzonych rokowaniach, których przedmiotem są uzgodnienia stron co do sposobu i podstaw ustalenia ceny. Podawanie w ofercie dla zamówienia podstawowego stawki, narzuty czy ceny, w żadnym razie nie są wiążące dla wykonawców przy zawieraniu umów na roboty dodatkowe czy uzupełniające.

By uniknąć takich „niespodzianek”, mając w szczególności na uwadze niedopuszczalność ww. postanowień SIWZ Odwołujący wnosi o usunięcie w ust 11, 12 i 13 wszystkich postanowień dotyczących robót dodatkowych, zamówień dodatkowych i zamówień w trybie z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy.

19) W pkt 25.4 SIWZ w ust. 2.5 Zamawiający postanawia, że: „w przypadku zwiększenia stawki VAT - ceny jednostkowe netto nie mogą być wyższe niż zadeklarowane w kosztorysie ofertowym. Wartość wynagrodzenia brutto nie ulegnie zmianie w okresie obowiązywania umowy”, „w przypadku zmniejszenia stawki VAT - ceny jednostkowe netto nie mogą być

wyższe niż zadeklarowane w kosztorysie ofertowym. Wartość wynagrodzenia brutto zostanie pomniejszona z odpowiednim zastosowaniem zmniejszonej stawki podatku VAT.

O ile można zgodzić się ze zmniejszeniem wynagrodzenia brutto w przypadku zmniejszenia stawki VAT, o tyle niedopuszczalne jest pozostawienie wynagrodzenia brutto bez zmiany w przypadku zwiększenia stawki VAT. Nie tyle chodzi w tym miejscu o naruszenie zasady równości stron, lecz o fakt, że Zamawiający posługuje się jako wyjściowymi cenami netto (choć nie miał takiego obowiązku), a zatem te ceny nie mogą ulec zmianie.

Odwołujący wnosi o nadanie ust. 2.5 w pkt 25.4 SIWZ tiret pierwsze brzmienia „w przypadku zwiększenia stawki VAT - ceny jednostkowe netto oraz wartość netto nie ulegną zmianie. Wartość wynagrodzenia brutto zostanie powiększona z odpowiednim zastosowaniem zwiększonej stawki podatku VAT”.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący, który wskazuje na niezgodność z prawem postanowień ogłoszenia i SIWZ spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Ad 1. Zamawiający w pkt 3.3.4 SIWZ ustalił, że wskazane w SIWZ znaki towarowe, patenty i miejsce pochodzenia są uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i mają na celu wskazanie jedynie jakości i parametrów przedmiotu zamówienia z uwagi na brak innych dostatecznie dokładnych określeń, które pozwalałyby opisać przedmiot zamówienia w tej części w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W związku z powyższym Wykonawcy mogą składać oferty równoważne w stosunku do przedmiotu zamówienia przedstawionego w SIWZ - zgodnie z art. 30 ust 4 i 5 ustawy. W związku z tym :

1. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych - tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w SIWZ - w odniesieniu do materiałów i urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez Zamawiającego w SIWZ nazwą producenta.

2. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez

zamawiającego". Równoważność pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych ma w szczególności gwarantować realizację robót w zgodzie z dokumentacją techniczną oraz zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że parametry produktu równoważnego zostały wskazane w opisie pozycji przedmiarowej, gdzie powołał również nr STWiOR. Wskazał też, że na stronie 4 Projektu budowlano-wykonawczego - Tom 2 Budowa i przebudowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami w pkt IV ust 4 ustalono, że:

„Wszystkie nazwy materiałów, urządzeń oraz produktów określone w dokumentacji zostały użyte wyłącznie w celu uszczegółowienia wymaganych parametrów. Dopuszcza się zastosowanie innych materiałów, urządzeń oraz produktów, wyprodukowanych lub dostarczanych przez innych producentów lub dostawców, których parametry nie są gorsze od określonych w dokumentacji.” W dokumentacji z kolei wskazano główne parametry techniczne określone normą PN-EN 295 ,w dokumentacji projektowej oraz wartości pozanormowe, dopuszczające do stosowania w inżynierii komunikacyjnej.

Izba nie podzieliła zarzutu odwołania i uznała, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami ustawy.

Stosownie do art. 30 ust. 1 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowski Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszącego te normy Natomiast zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Tym samym projekt oraz STWiORB stanowią część SIWZ, która zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp zawiera opis przedmiotu zamówienia. Lektura całości SIWZ prowadzi do wniosku, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia zarówno za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych, jak i z użyciem znaku towarowego. Tym samym zobowiązany był do dopuszczenia rozwiązań równoważnych i uczynił to w pkt 3.3.4 SIWZ, gdzie powołał zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych wskazując, że za takie będą uznane materiały i urządzenia o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w SIWZ. Parametry te zostały z kolei wskazane przede wszystkim w dokumentacji projektowej.

Dla zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 3 Pzp podstawowe znaczenie ma wskazanie, że rozwiązania równoważne opisanym za pomocą znaku towarowego są dopuszczone, kwestią wtórną jest natomiast miejsce SIWZ, gdzie dopisek „lub równoważne”

jest zamieszczony. Istotą przepisu jest bowiem umożliwienie konkurencji w postępowaniu co do proponowanych urządzeń, materiałów, technologii itp. Temu mu samemu celowi służy również art. 30 ust. 5 Pzp, któremu zamawiający – zdaniem Izby – nie uchybił.

Odwołujący nie zarzucił, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu złożenie oferty, ani też że parametry materiałów i urządzeń są nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani nie wskazał, które z parametrów wskazanych w dokumentacji projektowej miałyby być mniej istotne.

Zarzut rozpoznawany w granicach zakreślonych w odwołaniu nie znalazł potwierdzenia.

Ad. 2. Zamawiający w pkt 3.3.5 ust. 1 i 4 SIWZ ustalił okres gwarancji i rękojmi 5 lat liczony od daty podpisania protokołu końcowego odbioru robót budowlanych.

Izba uznała, że wymaganie takie jest dopuszczalne zgodnie z art. 568 § 1 k.c. i art. 577 § 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 Pzp.

Art. 577 § 2 k.c. stanowi, że jeżeli w gwarancji nie zastrzeżono innego terminu, to przyjmuje się, że wynosi ona rok licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.

Natomiast zgodnie z art. 568 § 1 k.c. uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie roku, a gdy chodzi o wady budynku – po upływie trzech lat licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 sierpnia 2005 r. (sygn. akt. II CK 28/05, OSN 2006, Nr 6, str. 107) uznał, że przewidziany w art. 568 k.c. termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi może być przedłużony umową stron. Pogląd taki wyrażany jest również w doktrynie (Cz. Żuławska w Komentarz, red. G. Bieniek. str. 102)

Tym samym chybione jest twierdzenie odwołującego, że przepisy kodeksu cywilnego sprzeciwiają się temu, aby terminy upływu uprawnień zamawiającego z tytułu gwarancji i rękojmi były w umowie przedłużone ponad minimalny okres 1 roku.

W konsekwencji wymaganie zamawiającego nie naruszyło w przepisów ustawy ani kodeksu cywilnego. To, że możliwość udzielenia przez producenta urządzenia dłuższej gwarancji może mieć skutek zwiększenia ceny oferty, pozostaje bez znaczenia dla oceny prawnej postanowienia pkt 3.3.5 ust. 1 SIWZ, zwłaszcza, że odwołujący nie wykazał, aby uniemożliwiało mu ono złożenie oferty lub ograniczało konkurencję w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Izba uznała również, że żądanie zamawiającego znajduje uzasadnienie faktyczne w warunkach w jakich zamówienie to ma być wykonane, opisanych niżej.

Ad.3. Zgodnie z pkt. 8.1.5. SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie

mniejszą niż 1.000 000,00 zł. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający w pkt. 9.1.4. SIWZ wymagał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z uwzględnieniem wymogu pkt 8.1.5. SIWZ".

W pkt 3.3.7 ppkt 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca zobowiązał się do posiadania nieprzerwanej ochrony ubezpieczeniowej w okresie obowiązywania umowy, na warunkach nie gorszych niż w pierwotnej polisie.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i uznała, że niezmiennosc warunków ubezpieczenia odnosi się jedynie do jego rodzaju określonego ustawowo oraz wysokości kwoty ubezpieczenia określonej w SIWZ. Innymi słowy, zakres i wysokość ochrony ubezpieczeniowej nie mogą ulec zmniejszeniu w całym okresie obowiązywania umowy. Izba nie dopatrzyła się naruszenia prawa przez użycie przez zamawiającego sformułowania „na warunkach nie gorszych niż w pierwotnej polisie”.

Podobnie jak zamawiający, Izba uznała, że ustalenie obowiązku zapłaty kary umownej za niedostarczenie polisy potwierdzającej kontynuację ubezpieczenia w okresie obowiązywania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto nie narusza art. 483 § 1 k.c.

Przepis ten stanowi, iż można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Wymóg posiadania ochrony ubezpieczeniowej ustanawia niepieniężne zobowiązanie dłużnika o charakterze ubocznym w stosunku do wykonania przedmiotu zamówienia. W doktrynie przyjmuje się jednak, że dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej za niewykonanie zobowiązania o charakterze ubocznym również na gruncie art. 483 § 1 k.c., o ile zobowiązanie to ma dla strony na tyle istotny charakter, że uzasadnia zastosowanie kary umownej jako gwarancji jego wykonania (K. Zagrobelny - Kodeks cywilny. Komentarz pod red. E. Gniewek. P. Machnikowski, str. 902).

Zgodnie z art. 809 § 2 k.c. z zastrzeżeniem wyjątku przewidzianego w art. 811 k.c., w razie wątpliwości umowę ubezpieczenia uważa się za zawartą z chwilą doręczenia ubezpieczającemu dokumentu ubezpieczenia. Tym samym posiadanie przez zamawiającego polisy lub innego dokumentu potwierdzającego przedłużenie ochrony ubezpieczeniowej jest prawnie doniosłe.

Izba uznała, że zastosowanie kary umownej oraz jej wysokość są uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie realizowane będzie w wysoce zurbanizowanym i mocno uzbrojonym terenie. Przyległe budynki zlokalizowane są w granicy pasa drogowego

bądź w kilku metrowej odległości od terenu budowy. Budynek znajdują się w różnym stanie technicznym i przy nie zachowaniu należytej ostrożności, metod prowadzenia robót będą mocno narażone na negatywne oddziaływania budowy, a wykonawca odpowiedzialny będzie za wszelkie ewentualne szkody spowodowane jego działalnością. Zagrożenia związane z realizacją przedmiotu zamówienia zostały opisane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót.

Wobec braku naruszenia prawa Izba uznała, że zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad .4. W pkt 7 SIWZ zamawiający wskazał termin wykonania umowy, w ten sposób, że liczony on będzie od dnia podpisania umowy do dnia do 31.12.2014 r.

Natomiast w sekcji II pkt 3 ogłoszenia zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia to 21.08.2013 r. - do 31.12.2014 r. Zamawiający w sekcji IV pkt 3 ppkt 1.1. ogłoszenia podkreślił natomiast, że termin rozpoczęcia realizacji zadania jest terminem prognozowanym, liczonym z uwzględnieniem terminów, do których zamawiający zobligowany jest na gruncie ustawy i może ulec zmianie z uwagi na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej.

Izba uznała, że rozbieżność terminów rozpoczęcia wykonywania umowy wskazanych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu nie stanowi naruszenie prawa. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział to, że termin rozpoczęcia wykonywania umowy nie zostanie dotrzymany. Lektura odwołania prowadzi natomiast do przekonania, że rzeczywistą intencją odwołującego jest zmiana terminu realizacji zamówienia i doprowadzenie do jego wydłużenia, ku czemu Izba nie dopatryła się podstaw. Sam odwołujący nie wskazał, ani nie udowodnił, że przewidywany przez zamawiającego czas zakończenia robót 31.12.2014 r. narusza prawo.

Środki ochrony prawnej składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia służą usunięciu naruszeń prawa, nie zaś wyłącznie wygodzie wykonawców – kształtowaniu wymagań zamawiającego w sposób dla nich optymalny. Wykonawca przed złożeniem oferty winien przeanalizować swoje możliwości co do terminowego wykonania zamówienia, a swój potencjał realizacyjny - o ile jest on niewystarczający do zakończenia prac w terminie wymaganym przez zamawiającego - może zwiększyć w ramach konsorcjum lub zawarcia umowy z podwykonawcą.

Ad. 5, 7, 10. W pkt 8.1.1 i 3 SIWZ w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz dysponowania potencjałem technicznym zamawiający postanowił, że nie stawia szczegółowego warunku w tym zakresie. Wskazał, że żąda złożenia oświadczenia z art. 22 ust 1 ustawy, którego weryfikację przeprowadzi wg

formuły: „spełnia - nie spełnia. Ten sposób oceny został powtórzony w odniesieniu do badania wszystkich warunków udziału w postępowaniu w ostatniej uwadze po pkt 8.3 SIWZ - „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. 8.1. i 8.2. SIWZ będzie dokonana w oparciu o złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt. 9 wg formuły: „spełnia - nie spełnia”.

Zarzuty nie znalazły potwierdzenia.

Nieustalenie przez zamawiającego szczegółowych wymagań w zakresie posiadania uprawnień, dysponowania potencjałem technicznym nie niesie za sobą skutku żądanego przez odwołującego, a formuła oceny przewidziana przez zamawiającego w odniesieniu do wszystkich warunków udziału w postępowaniu odpowiada prawu.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki wskazane w tym przepisie. Zamawiający nie jest jednak zobligowany, by – również w postępowaniach, gdzie wartość przedmiotu zamówienia jest wyższa, niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – dokonywać konkretyzacji warunku (opisu) i ustalać szczegółowe wymagania w odniesieniu do każdego z nich.

Opis warunku udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wskazany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub postanowieniach SIWZ wpływają wyłącznie na to, na jakiej podstawie zamawiający bada, czy dany wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeśli zamawiający nie dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu i nie zażądał w związku z tym oświadczeń i dokumentów, to winien stwierdzić zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia wyłącznie na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Natomiast jeśli opis został przez zamawiającego dokonany, podstawą stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz złożone oświadczenia i dokumenty. Stanowi o tym jasno art. 44 Pzp. Konsekwentnie, jeśli zamawiający dokonał opisu tylko w zakresie wybranych przez siebie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 Pzp, podstawą oceny są oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia i dokumenty w odniesieniu do warunków opisanych przez zamawiającego i oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu warunków, które nie zostały opisane.

Nie budzi wątpliwości Izby, że formuła „spełnia/nie spełnia”, *nota bene* przyjęta w powszechnej praktyce, jest odpowiednia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy wszystkie warunki udziału w postępowaniu zostały opisane przez zamawiającego. Nawet w przypadku, gdy wykonawca składa wyłącznie

oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie to podlega ocenie formalnej i musi być zgodne z rzeczywistością.

Ad.6. W pkt 8.1.2 SIWZ zamawiający opisał warunek posiadania wiedzy i doświadczenia wymagając, aby wykonawca wykazał, że wykonał:

8.1.2.1 min, 2 roboty budowlane każda obejmująca swoim zakresem: budową lub przebudową drogi dwujezdniowej w zwartej zabudowie o nawierzchni asfaltobetonowej wraz z oświetleniem o długości minimum 900 mb,

8.1.2.2 min. 2 roboty budowlane każda obejmująca swoim zakresem: budową lub przebudową infrastruktury podziemnej: sieci kanalizacji sanitarnej z rur kamionkowych, deszczowej z rur PCV i GRP wraz ze zbiornikiem retencyjnym i pompownią wodociągowej - każda z sieci (sanitarna, deszczowa, wodociągowa) o długości minimum 2,0 km”;

8.1.2.3 min. 2 roboty budowlane każda obejmująca swoim zakresem: budową lub przebudową kanalizacji sanitarnej metodą bez wykopową tj. mikrotuneling, przewiert sterowany - na odcinku o długości minimum 100 mb”.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, gdyż uznała, że pojęcie zwartej zabudowy jest powszechnie używane i jednolicie rozumiane w obrocie. Pojęcie to można wyprowadzić z definicji sformułowanych przez Główny Urząd Statystyczny powołanych przez zamawiającego, w których Urząd dokonuje wykładni pojęcia „zwarta zabudowa” w sposób zgodny z powszechnym rozumieniem tego pojęcia – tzn., że budynki w zabudowie zwartej bezpośrednio do siebie przylegają. Brak jest podstaw do tego, by przy opisie warunków udziału w postępowaniu posługiwać się wyłącznie pojęciami definiowanymi na gruncie ustawy Prawo budowlane.

Izba uznała zatem, że brak jest podstaw do wykreślenia wymagania zamawiającego dotyczącego wykonania prac referencyjnych w obszarze zwartej zabudowy, zwłaszcza, że wymaganie to jest adekwatne do przedmiotu zamówienia rodzaju zabudowy, w obszarze której będą prowadzone prace. Spełniony zatem został wymóg określony przez art. 22 ust. 4 Pzp.

Adekwatne do przedmiotu zamówienia jest również wymaganie określone w pkt 8.1.2.2. SIWZ dotyczące budowy lub przebudowy sieci kanalizacji deszczowej z rur PCV i GRP wraz ze zbiornikiem retencyjnym i pompownią o długości minimum 2 km. Brak oczekiwania zamawiającego co do długości kanalizacji wykonanej z rur danego rodzaju nie stanowi naruszenia prawa. Można wyrazić ostrożne przypuszczenie, że daje możliwość wzięcia udziału w postępowaniu większej liczbie wykonawców, niż miałyby to miejsce w sytuacji wskazania dodatkowych wymagań związanych chociażby z długością rur.

Rzeczywista intencja odwołującego została wyrażona w żądaniu i polega na umożliwieniu wykazania doświadczenia przez budowę lub przebudowę sieci kanalizacji deszczowej z rur PCV lub GRP – tzn. jednego rodzaju rur, a nie jak żąda zamawiający rur PCV i GRP – dwóch typów. Izba żądanie takie uznała za nieuzasadnione. Wymaganie zamawiającego jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, którego wykonanie wymaga zastosowania rur PCV lub GRP i nie ogranicza uczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu zamawiającego, że wszystkie uwagi zawarte po pkt 8.1.2.3. SIWZ to "puste" zapisy.

Wymaganie wskazania wartości wykonanych prac odpowiadających opisowi warunku dokonanego przez zamawiającego w sytuacji, gdy zostały one wykonane w ramach większej całości, narusza art. 25 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Pojęcie „niezbędności” należy odnieść nie tylko do rodzaju oświadczenia lub dokumentu, ale również do ich treści. Wymaganie zamawiającego dotyczące treści oświadczenia lub dokumentu muszą mieścić się w granicach określonych podstawami normatywnymi, którymi są przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i opis dokonany w ogłoszeniu lub SIWZ.

Zamawiający nie opisał warunku wiedzy i doświadczenia przez wskazanie wartości prac, niedopuszczalne jest zatem żądanie wskazania w wykazie wartości prac odpowiadających wymaganiamu zamawiającego, a wykonanych w ramach większej całości.

Naruszenie przez zamawiającego art. 25 ust. 1 Pzp nie prowadzi jednak do uwzględnienia odwołania, gdyż nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie będzie mógł bowiem wyciągnąć żadnych konsekwencji prawnych ze wskazanej wartości prac, ani nawet w razie nie podania tej wartości przez wykonawcę. Między opisem warunku udziału w postępowaniu a wymaganiami stawianymi treści wykazu wykonanych robót budowlanych zaistniała nieścisłość, która – zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej – nie może być interpretowana na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający będzie zatem musiał dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z opisem dokonanym w pkt. 8.1.2. SIWZ.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia prawa przez wskazanie konieczności wzięcia udziału w wykonywaniu zamówienia przez podmiot, który udostępni wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie na czas niezbędny do wykonania zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp.

Do wniosku przeciwnego nie prowadzi § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Przepis ten należy interpretować w ten sposób, że udział w wykonaniu zamówienia podmiotu, który udostępnia swe zasoby, nie jest wymagany w każdym

przypadku, lecz zależy od rodzaju udostępnianego zasobu. Oczywistym jest, że podmiot, który udostępnia swe zasoby kadrowe lub środki finansowe, nie musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Natomiast udostępnienie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia wiąże się z udziałem w wykonaniu zamówienia podmiotu, który zasoby te udostępnienia. Udział ten może przybrać różną formę, jednak jest konieczny, w przeciwnym razie udostępnienie zasobów nie miałyby charakteru realnego.

Ad.8. W pkt 8.1.4. SIWZ zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wskazał dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia). Zamawiający ustalił, że uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje:

8.1.4.1.przynajmniej 1 osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. z 2006r., Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Kierownik Budowy jest odpowiedzialny za kompleksową realizację całości zadania ze strony Wykonawcy.;

8.1.4.2. przynajmniej 2 osobami wyznaczonymi do pełnienia funkcji Kierowników Robót posiadającymi uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalnościach: instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. z 2006r., Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

8.1.4.3.przynajmniej 1 osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Robót posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. Z 2006 r., Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

8.1.4.4. przynajmniej 1 osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Robót posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności

telekomunikacyjnej bez ograniczeń, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. z 2006r., Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

8.1.4.5. przynajmniej 1 osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Robót posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28.04.2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie Dz. U. z 2006r., Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

8.1.4.6. przynajmniej 4 osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania ruchem drogowym podczas wykonywania robót drogowych wystawione przez Komendę Policji.

Dopuszczalne jest posiadanie więcej niż jednego uprawnienia przez jedną osobę."

Izba zgadza się z zamawiającym, że intencją przy konstruowaniu postanowienia 8.1.4. SIWZ było umożliwienie łączenia funkcji w przypadku posiadania większej ilości uprawnień przez jedną osobę. Redakcja tego postanowienia SIWZ nie jest jednoznaczna i wymaga wykładni.

Izba uznała, że możliwość łączenia funkcji przez jedną osobę wynika ze wskazania w SIWZ, że wymienione osoby będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w powiązaniu z dopuszczeniem możliwości dysponowania więcej niż jednym uprawnieniem przez daną osobę. Brak jednoznaczności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, co do wymagań stawianych osobom niezbędnym do wykonania zamówienia, nie stanowi co do zasady naruszenia prawa, nie tylko z racji braku możliwości przyporządkowanie tego stanu rzeczy do normy prawnej – inaczej, niż ma to miejsce w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, gdzie jednoznaczność stanowi wymóg ustawy wskazany w art. 29 ust. 1 Pzp. Jak bowiem wskazano już wcześniej – ewentualne nieścisłości powinny być na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu interpretowane na korzyść wykonawcy. Konieczność dokonania wykładni postanowienia SIWZ co do wymagań stawianych osobom, które będą wykonywać zamówienie nie stanowi naruszenia prawa.

Ad. 9. W pkt 8.3. SIWZ zamawiający stwierdził, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Izba uznała zarzut za całkowicie chybiony. Zamawiający odwołał się do regulacji ustawowej, zatem – mimo że przesłanka wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nie odnosi się

do warunków udziału w postępowaniu (o tych bowiem stanowi art. 22 ust. 1 Pzp) trudno w doszukać się w skarżonym postanowieniu SIWZ jakiegokolwiek naruszenia prawa.

Ad 11. W pkt 9.1.2 SIWZ zamawiający, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia żądał złożenia „wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ (wskazana data podpisania) z uwzględnieniem warunku opisanego w pkt. 8.1.2. SIWZ.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego i uznała, że zamawiający przywołał § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jednak – wbrew pogładowi odwołującego z uwzględnieniem § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Drugi z przywołanych przepisów rozporządzenia stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożeniu poświadczeń, lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy.

Zamawiający w ślad za dyspozycją § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazał w skarżonym postanowieniu pkt 9.1.2 SIWZ, że wykaz winien zawierać roboty budowlane w zakresie opisanym przez zamawiającego w pkt 8.1.2. SIWZ. Wystarczające jest zatem złożenie wykazu uwzględniającego wyłącznie roboty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów daje zamawiającemu zarówno możliwość żądania w wskazaniu w wykazie wyłącznie robót budowlanych potwierdzających spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu, jak też rozszerzenia obowiązku informacyjnego wykonawcy, jeśli zamawiający stosownie do dyspozycji art. 22 ust. 5 Pzp ma zamiar weryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy.

Izba zgadza się jednak z odwołującym o tyle, że redakcja postanowienia pkt 9.1.2 SIWZ pozwala również na odmienną interpretację, niż dokonana powyżej. Jednak brak jednoznaczności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu co do wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, w odróżnieniu od opisu przedmiotu

zamówienia, nie stanowi co do zasady naruszenia prawa, a ewentualne nieścisłości powinny być na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu interpretowane na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł bowiem wyciągnąć żadnych konsekwencji prawnych z robót budowlanych ewentualnie wskazanych przez wykonawcę ponad opis warunku udziału w postępowaniu dokonany w pkt 8.1.2. SIWZ.

Ad. 12. W pkt 9.1.3 zamawiający, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, żądał złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień - załącznik nr 4 do SIWZ (wskazana data podpisania), z uwzględnieniem warunku opisanego w pkt 8.1.4 SIWZ..

Jak Izba ustaliła w pkt Ad.8 uzasadnienia w pkt 8.1.4 SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący osób przez wskazanie wyłącznie uprawnień. W pkt 8.1.4.1-5 SIWZ wskazał oczekiwane uprawnienia budowlane, w pkt 8.1.4.6 SIWZ uprawnienia do kierowania ruchem drogowym podczas wykonywania robót drogowych.

Wykaz, którego wzór zamawiający ustalił w załączniku Nr 4 do SIWZ, przewiduje wskazanie posiadanych uprawnień – branża, podstawy dysponowania ora zakresu wykonywanych czynności.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Izba stwierdziła, że w pkt 9.1.3. SIWZ zamawiający przywołał § 1 ust.1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów odnoszące się do potwierdzania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (tzw. wymagań podmiotowych) są regulacją zamkniętą – katalog tych dokumentów stanowi *numerus clausus*, a wymagania stawiane zakresowi informacji zawartych w poszczególnych oświadczeniach i dokumentach mają charakter wyczerpujący. Z całą pewnością przywołanie

pełnego brzmienia przepisu rozporządzenia w postanowieniu pkt 9.1.3. SIWZ nie narusza prawa, zwłaszcza, że zamawiający konstruując wzór wykazu w załączniku nr 4 do SIWZ żądał podania przez wykonawcę wyłącznie danych zgodnych z opisem warunku udziału w postępowaniu dokonany w pkt 8.1.4 SIWZ. Z faktu przywołania całego przepisu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz rozbieżności między pkt 9.1.3. SIWZ a załącznikiem Nr 4 do SIWZ nie wypływa zatem żaden negatywny skutek dla wykonawców. Jak było wskazane wcześniej – ewentualne rozbieżności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców. Zamawiający może dokonywać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu badania wyłącznie w zakresie wynikającym z opisu warunku.

Wymaganie zamawiającego opisane w pkt 8.1.4. ppkt 6 SIWZ dysponowania przynajmniej 4 osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania ruchem drogowym podczas wykonywania robót drogowych wystawionymi przez Komendę Policji znajduje podstawę w wymogach ustawowych.

Pojęcie „kwalifikacji zawodowych” użyte w § 1 ust.1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest znaczeniowo szersze niż pojęcie „uprawnienia” i nie odnosi się wyłącznie do uprawnień budowlanych – przywołany przepis rozporządzenia znajduje przecież zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych niezależnie od ich przedmiotu. Zatem osoba, która zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. Z 2012, poz. 1137 ze zm.) działa w imieniu Zarządcy Drogi lub osoba wykonująca roboty na drodze na zlecenie lub za zgodą Zarządcy Drogi i kieruje ruchem, winna mieć ku temu stosowne uprawnienia. Do kierowania ruchem uprawnia zaświadczenie o ukończeniu szkolenia wydane przez Komendę Policji, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 lipca 2010 roku w sprawie kierowania ruchem drogowym (Dz. U. 2010, Nr 123, poz. 840 ze zm.). Zamawiający może wymagać dysponowania przez wykonawców osobami posiadającymi takie zaświadczenia – dokumenty potwierdzające kwalifikacje zawodowe w rozumieniu § 1 ust.1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Ad. 13. W pkt 9.4.3 SIWZ zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć potwierdzenie wniesienia wadium.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia prawa przez zamawiającego.

Pkt 9.4.3. SIWZ nie nakłada na wykonawcę żadnego obowiązku, którego niedopełnienie powodowałoby negatywne konsekwencje prawne – wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie oferty. Gdyby zamawiający przewidział taki skutek w razie niedołączenia potwierdzenia wniesienia wadium do oferty, z całą pewnością rażąco naruszyłby przepisy ustawy. Na gruncie pkt 9.4.3. SIWZ jeśli wykonawca nie złożył wraz z ofertą takiego dokumentu, to

oczywistym jest, że zamawiający nie wykluczy takiego wykonawcy, ani nie odrzuci takiej oferty, pod warunkiem, iż wadium zostało wniesione do upływu terminu składania ofert.

Składanie wraz z ofertą dowodu wniesienia wadium – najczęściej kopii gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, albo dowodu wpłaty wadium wnoszonego w pieniądzu na rachunek zamawiającego – jest ugruntowane w praktyce. Zwyczaj ten jest korzystny dla nie tylko dla zamawiającego, ale również dla wykonawcy. Dostrzec trzeba bowiem, że wadium – którego celem jest zabezpieczenie określonego rezultatu – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – nie stanowi oferty ani nie mieści się w katalogu oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp. Wykazanie, że wadium zostało wniesione stanowi zatem przedmiot wyłącznej troski wykonawcy.

Ad. 14. Izba uznała zarzut za niepotwierdzony, mając na względzie, że w myśl obowiązujących przepisów art. 26 ust. 2b Pzp znajduje zastosowanie w całości niezależnie od tego, czy został on powołany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Na takich samych zasadach zamawiający zobligowany jest do skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp niezależnie od tego, czy przywoła jego treść w dokumentach postępowania.

Nie można mocą własnego oświadczenia lub czynności prawnej zamawiającego zmienić uprawnień wykonawcy zapisanych w ustawie.

Przywołanie art. 26 ust. 2b Pzp w części nie ogranicza praw wykonawców, do skorzystania z jego dobrodziejstwa w całości. Nawet jeśli zamawiający wskazał zobowiązanie innego podmiotu, jako dokument, który wykonawca składa wraz z ofertą, wykonawcy nie są ograniczeni w prawie do wykazywania, że będą dysponować zasobami podmiotu trzeciego za pomocą innych, wybranych przez siebie środków dowodowych.

W konsekwencji Izba uznała, że kwestionowane postanowienie pkt 9.4.5. SIWZ należy interpretować, nie jako wskazanie jedyne dopuszczalnego środka dowodowego, którym może się posłużyć wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, lecz jedynie jako informację co do treści zobowiązania innego podmiotu, aktualną w sytuacji wyboru przez wykonawcę tego środka dowodowego. Postulat podawania w SIWZ wskazówek, co do istotnych dla zamawiającego elementów oświadczenia innego podmiotu, był już wyrażany w orzecznictwie (*vide* przykładowo: wyrok KIO z 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 162/12).

Ad. 15. Zgodnie z pkt 10.3 SIWZ w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt 9.1.2 i 9.1.3 SIWZ wykonawcy składają wspólnie. W przypadku polisy wymaganej w pkt 9.1.4. SIWZ zamawiający dopuszcza także przedstawienie jednej polisy wystawionej na wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że oświadczenie wymienione w pkt 9.1.1. SIWZ, formularz ofertowy wymieniony w pkt 9.4.1. SIWZ oraz kosztorys ofertowy wymieniony w pkt 9.4.2. SIWZ winny być podpisane przez uprawnionych przedstawicieli wykonawców. Ustalił, że oświadczenia na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy (załącznik nr 2 do SIWZ) składają wszyscy wykonawcy wspólnie na jednym druku lub pełnomocnik.

Izba uznała, że skarżone postanowienie SIWZ odpowiada prawu. Zgodnie z jego pełnym brzmieniem, które odwołujący pominął, ofertę i wszystkie wymagane oświadczenia - w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie - mogą podpisać wszyscy wykonawcy (zgodnie ze stosownymi zasadami reprezentacji lub działając przez ustanowionych pełnomocników) albo pełnomocnik działający w imieniu wszystkich wykonawców. Izba ocenia, że pod pojęciami „uprawnieni przedstawiciele Wykonawców” lub „pełnomocnik” należy rozumieć również możliwość podpisania formularza ofertowego oraz kosztorysu przez osobę lub osoby umocowane do działania w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Ad. 16 i 18. W pkt 23 ust. 6 SIWZ zamawiający ustalił, że zadanie będzie rozliczane kosztorysem powykonawczym. Wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej.

Zgodnie z pkt 23 ust. 8 zamówienie będzie rozliczone obmiarowo. Wynagrodzenie wykonawcy będzie obliczone jako iloczyn cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru w książce obmiaru”.

Kolejno w pkt 23 ust. 11 SIWZ postanowił, że roboty dodatkowe i zamienne, wynikłe w trakcie realizacji przedmiotu umowy będą rozliczane na podstawie obmiaru faktycznie wykonanych robót i przy zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego. Zgodnie z ust. 12 w przypadku robót, dla których brak jest cen jednostkowych w ofercie, rozliczone będą kosztorysami powykonawczymi wykonanymi metodą szczegółową (...) oraz wg danych wyjściowych do kosztorysowania jak w ofercie tj. Rg, Kz, Kp i Zysk.

W pkt 23 ust. 13 SIWZ zamawiający wskazał, że jeżeli wartość robót dodatkowych mieścić się będzie w kwocie umownej należy je rozliczać zgodnie z zasadami określonymi w pkt 23.11 i 12 SIWZ. W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych wykraczających poza wartość umowy można je będzie wykonać po zawarciu umowy na zamówienie dodatkowe.

Izba uznała, że przywołane postanowienia SIWZ nie naruszają prawa.

Zgodzić się trzeba z zamawiającym, że przepisy ustawy nie regulują zasad ustalania wynagrodzenia w umowach w sprawie zamówienia publicznego i sposobu rozliczenia wynagrodzenia w trakcie realizacji umowy o roboty budowlane, odsyłając w tym zakresie - *via* art. 139 ust. 1 Pzp - do przepisów kodeksu cywilnego. Strony zawierające umowę w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane mogą zatem ułożyć stosunek prawny w tym zakresie według swego uznania, tak aby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie "zamówienia dodatkowego" i „robót dodatkowych”. Pierwsze z nich stanowi nowe zamówienie, nie objęte zamówieniem podstawowym - umowę, której przedmiot wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ dla zamówienia podstawowego (*vide*: art. 67 ust. 1 pkt 5 i art. 140 ust. 3 Pzp). Udzielenie zamówienia dodatkowego wymaga zastosowania trybu z wolnej ręki, o czym mowa w pkt 23.13 SIWZ.

Tymczasem pojęcie "roboty dodatkowe" należy utożsamiać z pojęciem "prace dodatkowe" występującym w art. 630 k.c. określającym sposób rozliczania przedmiotu umowy (dzieła) w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego. Przepis ten stanowi, że jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych.

Należy więc przyznać rację zamawiającemu, że "roboty dodatkowe" ("prace dodatkowe") to roboty, które są objęte przedmiotem zamówienia, ale nie znalazły się w zestawieniu planowanych prac będącym podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego. W takim przypadku za dopuszczalne należy uznać oczekiwanie zamawiającego, że będą one rozliczane według cen jednostkowych wskazanych w ofercie lub zasad wskazanych w SIWZ do momentu „wyczerpania” całej ceny oferty. W pozostałych przypadkach zamawiający udzieli zamówienia dodatkowego w razie ziszczenia się przesłanek ustawowych.

Ad.17. Zamawiający w dokumentach postępowania wskazywał na powołane już przez Izbę wyżej szczególne uwarunkowania i trudności związane z wykonywaniem zamówienia. Kwestie te zostały powołane w STWiOR.

Zamawiający w pkt. 23 ust. 10 SIWZ wskazał, że każda cena jednostkowa, oprócz kosztów objętych daną pozycją przedmiarową zawiera poniższe koszty:

1. koszty: wykonania zaplecza budowy (w tym koszty pozyskania terenu dla potrzeb budowy zaplecza, zapewnienie pomieszczenia do organizowania narad technicznych), urządzenia, eksploatacji, w tym doprowadzenie i zużycie mediów oraz likwidacji zaplecza budowy,
2. koszty oznakowania i trwałego zabezpieczenia terenu budowy oraz oświetlenia zgodnie z wymogami bezpieczeństwa BHP;
3. koszty: wykonania i utrzymania dróg tymczasowych celem zapewnienia dojazdów do posesji, obiektów handlowych i usługowych w trakcie trwania budowy, wykonania tymczasowych przejść dla pieszych oraz utrzymania w czystości dróg publicznych, demontażu dróg tymczasowych po zakończeniu robót. Za brak możliwości dojazdu do w/w obiektów odpowiedzialność odszkodowawczą ponosi wykonawca;
4. koszty bieżącej aktualizacji projektu tymczasowej organizacji ruchu drogowego w zależności od potrzeb organizacji robót i ich postępu w czasie trwania budowy wraz z zatwierdzeniem projektów w organach zarządzających ruchem;
5. koszty oznakowania zgodnie z zatwierdzonym projektem tymczasowej organizacji ruchu, bieżące utrzymanie oznakowania w należyłym stanie;
6. koszty opłat w związku z objazdami komunikacji zbiorowej tj. KZK GOP;
7. koszty związane ze wstrzymaniem ruchu tramwajowego w czasie trwania robót, w tym koszty komunikacji zastępczej. Zwrot utraconych przychodów z tytułu niewykonania zaplanowanych wozokilometrów na rzecz Spółki Tramwaje Śląskie S.A.;
8. koszty przeglądu urządzeń infrastruktury technicznej przez eksplloatatorów urządzeń (przed rozpoczęciem i po ich zakończeniu), ewentualnego ich zabezpieczenia, koszty nadzoru użytkowników urządzeń podziemnych i nadziemnych oraz sieci, ich udziału w odbiorach technicznych, zanikowych;
9. koszty przywrócenia terenów przyległych do stanu istniejącego po zakończeniu robót;
10. koszty kompleksowej obsługi geodezyjnej w tym pozyskanie reperów, wytyczenie przedmiotu zamówienia, na których zostaną wybudowane obiekty, inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza wraz z kartami studni z pomiarami do punktów stałych, wniesienie zmian użytku gruntu, mapa zasadnicza z naniesieniem zmian na zasoby miejskie, 4 kpl, wraz z nośnikiem elektronicznym. Naniesienie na mapach zasadniczych również nieczynnych/odciętych urządzeń nadziemnych i sieci podziemnych,
11. koszty uczestnictwa w spotkaniach z mieszkańcami na wniosek Zamawiającego,
12. koszty skutecznej ochrony przed : pogorszeniem istniejącego stanu technicznego budynków i budowli sąsiadujących z budową (wstrząsy, wibracja, osiadanie),

zanieczyszczeniem kanalizacji gruntem lub produktami pochodzącymi z budowy, zalewaniem przyległego do budowy terenu,

13. koszty napraw ewentualnych uszkodzeń budynków, budowli, wynikłe z prowadzonych robót,

14. koszty kamerownia przyległych obiektów budowlanych, ogrodzeń przed przystąpieniem do robót budowlanych wraz z dokumentacją zdjęciową oraz oceną stanu technicznego budynków (celem uniknięcia ewentualnych roszczeń finansowych właścicieli, zarządców, użytkowników obiektów);

15. koszt ochrony i odtworzenia, utrwalenia uszkodzonych lub zniszczonych znaków geodezyjnych, z uwagi na to, że na Wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za ochronę punktów pomiarowych do chwili końcowego odbioru robót,

16. koszty zajęcia pasa drogowego i uzyskania decyzji na zajęcie pasa drogowego dla urządzeń nie związanych z ochroną drogi również koszt umieszczenia urządzenia obcego za każdy kolejny rok, z rokiem odbioru końcowego włącznie, zgodnie z art.40 ustawy z dnia 21 marca 1985r o drogach publicznych (tekst jednolity Dz. U Nr 19 poz.115 z 2007r. z późn. zm.),

17. koszty dokumentacji powykonawczej, z pomiarami do punktów stałych oraz oświadczeniami kierownika budowy i projektanta o braku odstępstwa, a w przypadku znacznych odstępstw z załączonymi rysunkami zamiennymi 4 kpl., protokół z przeglądu kamera wizyjna z interpretacją wyników,

18. koszty planu BiOZ, Planu Zapewnienia Jakości,

19. koszt inwentaryzacji punktów referencyjnych drogi z zarządcą drogi,

20. koszt zapewnienia nadzoru geologicznego i hydrogeologicznego przy budowie w niezbędnym zakresie,

21. koszty ewentualnych ekspertyz, prób, analiz.

22. koszty nadzorów archeologicznych w przypadkach koniecznych,

23. koszty ciągłości funkcjonowania sieci gazowej, samo włączenie przekładanych sieci do czynnej sieci gazowej, jako roboty gazo niebezpieczne należy wykonać przez spółkę gazowniczą. Przed przystąpieniem do włączenia przebudowywanych gazociągów do czynnej sieci gazowej należy opracować instrukcje prac włączeniowych i uzgodnić ją z służbami eksploatacyjnymi

24. koszty zapewnienia ciągłości funkcjonowania istniejącej sieci wodociągowej, koszty dostaw wody beczkowitzami na czas przerw w jej dostawie,

25. koszty odwodnienia wykopów w czasie realizacji robót, pracy igłofiltrów,

26. koszty pracy agregatu prądotwórczego i niezbędnych urządzeń w czasie prowadzenia robót

27. koszty przygotowania {czyszczenie, płukanie, droga technologiczna dla dojazdu sprzętu) kanałów do odbiorów częściowych i wykonania inspekcji TV kanałów przez PWiK z przekazaniem Zamawiającemu dwóch egz. nośnika cyfrowego' + dwa egz. w wersji papierowej z zapisem przeglądu kamer, pomiarem spadków. Monitoring należy wykonać dwukrotnie, (pierwszy pomiar w czasie realizacji zadania, drugi pomiar po zakończeniu robót przed asfaltowaniem) wraz z interpretacją wyników i mapą z lokalizacji badanych odcinków
28. koszty zabezpieczenia ciągłości funkcjonowania istniejącego systemu odwodnienia i kanalizacji sanitarnej na czas budowy wraz z ewentualnym przepompowaniem wód deszczowych i ścieków sanitarnych ,bądź wykonanie czasowych obejść i przełączeń,
29. koszty zaślepienia nieczynnej sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnych i deszczowych,
30. koszty przeprowadzenia rozruchu i próby eksploatacyjnej wraz z udziałem użytkowników
31. koszty przeszkolenia obsługi urządzeń zabudowanych
32. wykonanie kompletnej instrukcji eksploatacji pompowni i obiektów towarzyszących wraz z tablicami informacyjnymi,
33. wykonanie kompletnej instrukcji ppoż dla pompowni,
34. dostarczenia kompletu instrukcji stanowiskowych, wykazu serwisów oraz dokumentacji techniczno-ruchowych w języku polskim,
35. koszty informowania mieszkańców o podłączeniu nieruchomości/obiektu do sieci, zaangażowania w prowadzeniu akcji informacyjnych np. zawiadamiania mieszkańców o spotkaniach z właścicielami posesji, powiadamiania o utrudnieniach drogowych itp.
36. koszt przygotowania kompletu dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie w PINB,
37. koszty nadzorów branżowych istniejącego uzbrojenia,
38. koszty zużycia mediów do czasu uzyskania pozwolenia na użytkowanie.
39. koszty badań nieniszczących spoin,
40. koszty badań radiograficznych,
41. koszty analiz laboratoryjnych wody i ścieków w zakresie wymaganych parametrów przez Sanepid i PWiK, wykonanych przez laboratorium o udokumentowanym systemie jakości prowadzonych badań wraz z interpretacją wyników,
42. koszty sprawdzenia uzbrojenia sieci wodociągowej w zakresie p.poz.
43. koszty związane z prowadzeniem prac w pobliżu urządzeń BZE związane z opracowaniem i uzgodnieniem harmonogramu prac i uwzględnieniem niezbędnych wyłączeń, które winny być uzgodnione z Rejonem Dystrybucji TAURON SA,
44. koszty 2wiązane z utrudnieniami tj praca na wydłużonej zmianie, zwarta zabudowa mieszkaniowa, dużo sieci infrastruktury podziemnej,

45. koszty wykonania zabezpieczenia istniejących słupów teletechnicznych, energetycznych na czas budowy,
46. koszty pomiaru oporności przejścia przez rury ochronne i przewiertowe,
47. koszty związane z utrzymaniem w sprawności oświetlenia terenu ciągów komunikacyjnych do czasu wybudowania i uruchomienia nowego oświetlenia,
48. czyszczenie wnętrza gazociągu z wykorzystaniem powietrza, sprężonego wodociągu do ciśnienia 0,4 MPa,
49. koszty dokumentacji techniczno-ruchowej przepompowni
50. koszty związane z uruchomieniem transmisji danych z pompowni oraz ich wizualizacja w FwiK,
51. koszty szkolenia pracowników w zakresie funkcjonowania przepompowni,
52. koszty związane z uruchomieniem oraz próbami pompowni konieczne w celu przekazania jej do eksploatacji,
53. koszt ewentualnych przeprojektowań związanych ze zmianą zastosowanych materiałów i urządzeń, dokonanych na etapie składanych ofert wraz z uzyskaniem stosownych uzgodnień, decyzji, pozwoleń i akceptacji projektanta.
54. projekt organizacji robót.

Izba nie dopatryła się naruszenia prawa. Szczegółowy opis dotyczący kosztów Izba uznała, że za uzasadniony niespornymi okolicznościami, że zamówienie będzie wykonywane w obszarze jednej z głównych arterii miejskich, terenie wysokozurbanizowanym. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że koszty pozycji wskazywanych przez odwołującego wynikać będą z przyjętej przez wykonawcę organizacji robót, kwalifikacji i doświadczenia zawodowego jego pracowników oraz rodzaju i sprawności technicznej użytych maszyn, urządzeń i sprzętu, od jakości i staranności prowadzonych robót oraz dotrzymania terminu zakończenia robót, a także od terminu przygotowania kompletu dokumentacji do PINB w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Zasadniczy wpływ na te czynniki będzie miał wykonawca robót i szacowanie ich kosztów pozostawiono w jego gestii. Odwołujący nie podniósł, ani nie udowodnił, że samodzielny szacunek tych kosztów jest niemożliwy, w szczególności dla profesjonalnego wykonawcy posiadającego doświadczenie w wykonywaniu zamówień podobnych.

Ad.19. Pkt 25.4. ppkt 2.5 SIWZ stanowi, że zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w zakresie zmiany stawki VAT:

w przypadku zwiększenia stawki VAT- ceny jednostkowe netto nie mogą być wyższe niż zadeklarowane w kosztorysie ofertowym. Wartość wynagrodzenia brutto nie ulegnie

zmianie w okresie obowiązywania umowy,

- w przypadku zmniejszenia stawki VAT - ceny jednostkowe netto nie mogą być wyższe niż zadeklarowane w kosztorysie ofertowym. Wartość wynagrodzenia brutto zostanie pomniejszona z odpowiednim zastosowaniem zmniejszonej stawki podatku VAT.

Izba postanowiła oddalić zarzut kierując się przekonaniem, że jakkolwiek z aksjologicznego punktu widzenia zastrzeżenie korzyści wynikającej z ewentualnych zmian stawek podatku VAT wyłącznie na rzecz zamawiającego może budzić wątpliwości, to w obecnym stanie prawnym brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołującego. Izba nie dopatryła, aby którykolwiek z przepisów ustawy sprzeciwiał się takiemu postanowieniu. Niedopuszczalność przewidywanej zmiany na gruncie przepisów kodeksu cywilnego nie została podniesiona i wywiedziona przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty związane z dojazdem pełnomocników zamawiającego na posiedzenie i rozprawę w kwocie 440 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: