

Sygn. akt: KIO 1702/13

Sygn. akt: KIO 1708/13

WYROK

z dnia 26 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2013 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2013 roku przez **Odwołujących:**

- A) **Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1702/13)
- B) **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z siedzibą w Łodzi** (sygn. akt KIO 1708/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gminę Miasto Rzeszów, które reprezentuje Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie**

przy udziale Wykonawców:

- A) **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (sygn. akt KIO 1702/13)
 - B) **Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1708/13)
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) modyfikację § 9 umowy ust. 4 przez ukształtowanie zapisu w następujący sposób:
„Jeżeli Inżynier Kontraktu w ciągu 7 dni roboczych od daty złożenia dokumentów nie

- będzie miał zastrzeżeń co do kompletności przedłożonych dokumentów warunkujących odbiór końcowy, wyznaczy niezwłocznie datę odbioru końcowego powiadamiając wszystkie strony procesu budowlanego.”;
- b) Modyfikację § 9 umowy ust. 5 przez ukształtowanie zapisu w następujący sposób: „Jeżeli Inżynier Kontraktu w ciągu 7 dni roboczych od daty złożenia dokumentów warunkujących odbiór będzie miał zastrzeżenia, co do kompletności przedłożonych dokumentów określonych w ust. 1 pkt 1-10, w porozumieniu z Wykonawcą robót wyznaczy termin uzupełnienia dokumentów do zgłoszenia do odbioru końcowego.”;
- c) wyłączenie z zakresu dokumentacji projektowej, która będzie podlegać przygotowaniu w terminie 8 miesięcy od podpisania umowy dokumentacji określonej w pkt 10, 14, 17, 18, 19 i określenie momentu realizacji zadania, w którym ma być ona wykonana;
- d) powiązania i ujednoczenie postanowienia znajdującego się na str. 32 SIWZ z postanowieniami § 11 ust. 1 wzoru umowy, określenie wzajemnej relacji między tymi postanowieniami oraz podniesienie progu wartości dokumentacji projektowej do 5% wartości robót budowlanych;
- e) modyfikację § 11 ust. 2 wzoru umowy przez ukształtowanie zapisu w następujący sposób „Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, jeżeli zaistnieje istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takiej sytuacji roszczenia Wykonawcy ograniczają się do zapłaty za wykonane roboty. Wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy zostanie pomniejszone o wartość niewykonanych robót według cen z kosztorysu.”;
- f) modyfikację § 10 ust. 4 wzoru umowy przez ukształtowanie zapisu w następujący sposób ”Wykonawca, bez dodatkowego wynagrodzenia, wyraża zgodę na dokonanie zmian i przeróbek w dokumentacji przez inne osoby (wykonanie utworu zależnego), jeżeli będzie to obiektywnie niezbędne dla prawidłowego zaprojektowania lub prawidłowej realizacji inwestycji. Obiektywność powinna wynikać z konieczności przestrzegania przepisów prawa oraz obowiązujących norm budowlanych”;
- g) modyfikację pkt 6 ppkt 6.2.2.8 SIWZ i nadanie mu następującego brzmienia: „Dyrektor Kontraktu - wymagania: w opisie doświadczenia zawodowego winien wykazać się doświadczeniem na stanowisku Dyrektora Kontraktu na: kontrakcie

dotyczącym budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej wraz z obiektem mostowym podwieszonym klasy A”

- h) dokonanie stosownych modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i innych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie w jakim wynika to z uwzględnienia odwołania.
- i) W pozostałym zakresie oba odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** Gminę Miasto Rzeszów, które reprezentuje Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących** tytułem wpisu od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** Gminy Miasto Rzeszów, którą reprezentuje Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie na rzecz **Odwołującego** Bilfinger Infrastructure S.A z siedzibą w Warszawie kwotę **22 583 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu dwóch tysięcy pięciuset osiemdziesięciu trzech złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz
- 2.3. zasądza od **Zamawiającego** Gminy Miasto Rzeszów, którą reprezentuje Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie na rzecz **Odwołującego Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z siedzibą w Łodzi** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1702/13

W dniu 12 lipca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako „ustawy Pzp”, odwołanie wniósł wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ” wykonawca Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę drogi od ul. Załęskiej do ul. Lubelskiej wraz z budową mostu na rzece Wisłok i rozbudową skrzyżowania ul. Rzęcha z ul. Załęską” prowadzi Zamawiający Gmina Miasto Rzeszów, które reprezentuje Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.07.2013r., pod numerem: 2013/S 126-215179. SIWZ została zamieszczona na stronie zamawiającego: <http://bip.erzeszow.pl> w dniu 02.07.2013r. Zadanie jest planowane do współfinansowania przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013.

Odwołujący wskazał, że odwołanie jest wnoszone wobec czynności Zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp, a w szczególności:

1.1. poprzez naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 i 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego, poprzez zapisy par. 9 wzoru umowy, a w szczególności ust. 4 i 5 w związku z pkt 5 SIWZ i par. 2 ust. 1 i 2 projektu umowy, przez przyjęcie, że Wykonawca zobowiązany jest zgłaszać przedmiot zamówienia do odbioru końcowego w nieskończoność, gdyż nawet drobne, bądź jakiegokolwiek wskazane przez Zamawiającego zastrzeżenia, co do jakości wykonanych robót, uniemożliwiają Wykonawcy oddanie przedmiotu zamówienia i to w okresie przewidzianym na realizację zamówienia. Te postanowienia umowy i SIWZ otwierają nieograniczone możliwości

Zamawiającego do nie odebrania inwestycji oraz naliczenia z tego tytułu kar. Innymi słowy przez włączenie do okresu realizacji zamówienia okresu procedury odbiorowej, której zasady są niejasne i czas trwania może być niezależny od Wykonawcy;

1.2. poprzez naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. naruszeniem art. 353¹ k.c, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 Pzp, przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w par. 9 wzoru umowy, a w szczególności ust. 4 i 5 w związku z pkt 5 SIWZ i par. 2 ust. 1 i 2 projektu umowy, prawa odmowy odbioru końcowego w przypadku wad (jakiegokolwiek niezgodności) do czasu ich usunięcia w dowolnie wyznaczonym przez siebie terminie i z prawem naliczenia kar umownych z tego tytułu;

1.3. poprzez naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 353¹ k.c, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 41 pkt 6 Pzp, przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie obowiązku Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, gdyż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, Zamawiający pozbawia zatem Wykonawców możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia;

1.4. poprzez naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 353¹ k.c, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na Wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk związanych z możliwością odstąpienia od umowy, o której mowa na str. 32 SIWZ;

1.5. poprzez naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z naruszeniem art. 353¹ k.c, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11, przez żądanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, mając na uwadze fakt, że nieprawidłowy i niekompletny opis przedmiotu zamówienia utrudnia lub wręcz uniemożliwia kalkulację ceny oferty, czym Zamawiający utrudnił uczciwą konkurencję i naruszył wskazane przepisy;

1.6. poprzez przygotowanie warunków kontraktu, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu Cywilnego wskazane powyżej i w uzasadnieniu odwołania.

1.7. poprzez naruszenie innych przepisów Pzp wymienionych w uzasadnieniu, które uniemożliwiają Wykonawcy udział w postępowaniu oraz złożenie oferty i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający dokonał zarzucanych mu czynności w dniu 02 lipca 2013r., publikując ogłoszenie o przetargu oraz SIWZ z załącznikami. Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 12 lipca 2012 r., a zatem z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Pzp, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o: nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, oraz odpowiednio zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż działania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu, złożenie konkurencyjnej oferty, wobec czego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz w sposób jednoznaczny, pełny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty określił opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu to wówczas Odwołujący mógłby wziąć w nim udział, dotrzymując także ustalonych terminów składania ofert oraz realizacji zamówienia, zaś oferta Odwołującego mogłaby otrzymać największą ilość punktów w ramach kryteriów i uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, Odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe, zdaniem wykonawcy, niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 Pzp - legitymuje do wniesienia odwołania.

W zakresie poszczególnych zarzutów, w uzasadnieniu wskazano, że:

1.1. i 1.2. Przez włączenie do okresu realizacji zamówienia okresu procedury odbiorowej, której zasady są niejasne i czas trwania może być niezależny od wykonawcy, ponieważ odbiór przeprowadza Zamawiający. Dlatego też zasadne jest dodatkowo zarzucenie naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. naruszeniem art. 353¹ k.c, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 Pzp, przez zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa odmowy odbioru końcowego w przypadku wad (jakiegokolwiek niezgodności) do czasu ich usunięcia w wyznaczonym przez siebie terminie i z prawem naliczenia kar umownych z tego tytułu.

Odwołujący w sposób szczególny podkreślił, że w ten sposób odbiory robót budowlanych uregulowane w par. 8 stają się fikcją skoro zamawiający na etapie odbioru końcowego jest w stanie zakwestionować dowolne prace, nawet te wykonane na początku inwestycji lub inne już odebrane i nie ponosi przy tym żadnej odpowiedzialności za czynność odbioru dokonaną na podstawie par. 8, a jedynym podmiotem który z pewnością taką odpowiedzialność poniesienie jest Wykonawca tych robót.

W związku z powyższym Wykonawca wnosił o wyłączenie odbioru końcowego z terminu realizacji zamówienia poprzez dodanie postanowienia w treści ogłoszenia, SIWZ i projekcie umowy, iż termin zakończenia robót budowlanych oraz wykonania umowy nie obejmuje procedury związanej z odbiorem końcowym.

A ponadto żądał modyfikacji par. 9 umowy ust. 4 w następujący sposób: „Jeżeli Inżynier Kontraktu w ciągu 7 dnia od daty złożenia dokumentów nie będzie miał zastrzeżeń co do kompletności przedłożonych dokumentów warunkujących odbiór końcowy, wyznaczy niezwłocznie datę odbioru końcowego powiadamiając wszystkie strony procesu budowlanego.”

oraz par. 9 umowy ust. 5 w następujący sposób: „Jeżeli Inżynier Kontraktu w ciągu 7 dni od daty złożenia dokumentów warunkujących odbiór będzie miał zastrzeżenia, co do kompletności przedłożonych dokumentów określonych w ust. 1 pkt 1-10, w porozumieniu z Wykonawcą robót wyznaczy termin uzupełnienia dokumentów do zgłoszenia do odbioru końcowego.”

Dodatkowo wnosił o dodanie do par. 9 ust. 8 w brzmieniu „Zakres prac i robót objęty wcześniejszymi protokołami odbioru robót w poszczególnych okresach rozliczeniowych nie podlega ponownemu odbiorowi w ramach odbioru końcowego. Na etapie odbioru końcowego Zamawiający nie może zgłaszać zastrzeżeń czy też wad w odniesieniu do zakresu robót określonego w zdaniu poprzednim.”;

1.3. Termin przygotowania dokumentacji projektowej i jej zakres określono w par. 2 projektu umowy, określając iż dokumentacja projektowa ma być wykonana najpóźniej w terminie do 8 miesięcy od dnia podpisania umowy, co jest w ocenie Odwołującego terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę zakres dokumentacji projektowej wymagany przez Zamawiającego. Realny termin wykonania wymaganego zakresu, to co najmniej 12 m-cy od daty podpisania umowy.

Odwołujący podkreślał rozmach inwestycji i związaną z takim przedmiotem zamówienia i sekwencję zdarzeń wymaganych prawem (terminy ustawowe na decyzje administracyjne), jakie muszą zaistnieć w trakcie przygotowania i uzgadniania dokumentacji projektowej - vide par 1 ust. 2 projektu umowy. Odesłano do spisu opracowań jakie wejdą

w skład dokumentacji projektowej, który znajduje się na str. 26 SIWZ i składa się z 23 (!) punktów. W szczególności pkt. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 20, 21, 22 i 23 wpłyną w znaczący sposób na możliwość wykonania projektu w terminie.

Z uwagi na powyższe wnioskowano o wydłużenie terminu na przygotowanie dokumentacji projektowej do 12 m-cy od dnia podpisania umowy, bądź o wyłączenie z zakresu dokumentacji projektowej, która będzie podlegać przygotowaniu w ww. terminie dokumentacji określonej w pkt 10, 14, 17, 18, 19, które są zupełnie zbędne na etapie uzyskania pozwolenia na realizację i powinny być przygotowywane przez Wykonawcę w trakcie oczekiwania na rozpoczęcie realizacji robót budowlanych (to jest aż 150 dni!) i w trakcie realizacji robót (dok. wykonawcza). Są to opracowania projektowe, które na pewno nie zmieszczą się w terminie 8 m-cy, dlatego też powinny być one wyłączone z zakresu objętego terminem określonym w par. 2 ust. 1 wzoru umowy. Wymienione w nich projekty wykonawcze, projekt stałej organizacji ruchu, przedmiary robót, kosztorys oraz szczegółowe specyfikacje techniczne mogą być przygotowane dopiero po wystąpieniu z wnioskiem o zezwolenie na realizację inwestycji, ponieważ dopiero wtedy będzie znany dokładny zakres i rodzaj robót do wykonania. Poza tym po złożeniu wniosku o zezwolenie na realizację inwestycji Wykonawca musi czekać z rozpoczęciem robót budowlanych do czasu otrzymania pozwolenia co jak wyżej wykazano potrwa 135 + 14 dni tj. ok. 5 miesięcy.

Przedstawiono wyliczenie terminów realizacji dokumentacji projektowej.

1/ Rozpoczęcie robót

14 dni - na uprawomocnienie się decyzji + zgłoszenie rozpoczęcia robót do Nadzoru Budowlanego + przekazanie terenu budowy wraz z przejęciem działek po rozbiórce przy założeniu, że wydanej decyzji nadano tryb natychmiastowej wykonalności

2/ Otrzymanie decyzji ZRiD

135 dni - (90 dni ma urząd na rozpatrzenie wniosku i wydanie decyzji + 45 dni ma Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska na wydanie postanowienia w sprawie ponownej oceny oddziaływania na środowisko)

3/ Złożenie wniosku o ZRiD

4/uzyskanie pozwolenia wodno-prawnego - ok. 60 dni

5/ pozyskanie decyzji administracyjnych i zwolnień wynikających z prawa wodnego (z opinią hydrogeologiczną) wraz ze złożeniem wniosku o uzyskanie pozwolenia wodno- prawnego - ok. 40 dni

6/operat hydrologiczny i określenie świateł mostu wraz z uzgodnieniem - ok. 30 dni

7/zatwierdzenie wraz z uprawomocnieniem się zatwierdzonej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej - 21 dni + 14 dni

8/ wykonanie prac w terenie wraz ze złożeniem dokumentacji geologiczno- inżynierskiej do zatwierdzenia - 40 dni

9/złożenie Projektu prac geologicznych do zatwierdzenia - 30 dni na zatwierdzenie +14 dni czas od złożenia informacji o wejściu w teren

10/wykonanie projektu prac geologicznych - 20 dni

11/ aktualizacja mapy do celów projektowych + wywiady branżowe - 90 dni

12/ opracowanie koncepcji architektonicznej wraz z uzgodnieniem z gestorami przyjętych rozwiązań - 90 dni (uzależnione od sprawności działań gestorów – nie obowiązują ich terminy KPA)

13/opracowanie Projektu Budowlanego wraz z uzyskaniem wymaganych opinii do ZRiD + Raport oddziaływania na środowisko - 90 dni

Wskazano, że istnieją dwa sposoby liczenia niezbędny czas:

Ścieżka nr 1: - badania geologiczne

Poz.10 + 9 + 8 + 7 = 20 + 44 + 40 + 35 = 139 dni + Poz. 13 (90 dni). W sumie: 229 dni czyli ok. 8 m-cy - przy założeniu, że pozostałe wymagane dokumenty są pozyskiwane równolegle (koncepcja, zatwierdzenie koncepcji, pozwolenie wodno-prawne, podziały działek)

Ścieżka nr 2: - pozwolenie wodno-prawne

Poz.6 (30dni) + Poz.5 (40 dni) + Poz.4 (60 dni) + Poz. 13 (90 dni). W sumie: 220 dni czyli ok. 7 m-cy przy założeniu, że pozostałe wymagane dokumenty są pozyskiwane równolegle (koncepcja, zatwierdzenie koncepcji, badania geologiczne, podziały działek)

Uwaga: Pozostałe prace projektowe można wykonywać równolegle.

Wnioski: 7-8 miesięcy czasu to niezbędne minimum, przy założeniu, że po drodze nie ma żadnych problemów z gestorami i uzgodnieniami, które nie zawsze terminowo mieszczą się w ramach administracyjnych.

Odwołujący wnioskował o dopisanie do pkt. 19.1.1 SIWZ dodatkowej okoliczności powodującej możliwość zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty o brzmieniu: „przekroczenie przez organy administracji biorące udział w procesie związanym z uzyskaniem zezwolenia na realizację inwestycji drogowej terminów określonych prawem”.

Termin zakończenia realizacji robót budowlanych został określony w par. 2 umowy na dzień 30 września 2015r., co jest terminem zbyt krótkim, biorąc pod uwagę konieczność przygotowania dokumentacji projektowej, uzyskania pozwolenia na realizację inwestycji drogowej oraz realizacji robót budowlanych. Wypada w tym miejscu zauważyć, że nawet jeśli przyjąć optymistyczne założenie, że Zamawiający uwzględni niniejsze odwołanie, to trudno nie liczyć się z odwołaniem na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem już tylko te zdarzenia mogą odebrać Wykonawcy dwa miesiące, co może wpłynąć na harmonogram

rozpoczęcia realizacji zamówienia z uwagi na wejście w okres zimowy, w sytuacji gdy termin realizacji zamówienia jest zamknięty datą sztywną. Odwołujący podnosił, iż wskazany przez Zamawiającego czas realizacji zamówienia jest czasem nierealnym z perspektywy czasu trwania procedur przetargowych, czasu na wnoszenie środków ochrony prawnej, czasu rozpatrywania wniesionych środków ochrony prawnej, czasu przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uprzedniej oraz faktycznego czasu pozostałego na zaprojektowanie i prowadzenie robót budowlanych zgodnie z warunkami kontraktu, normami technicznymi i obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący zwracał szczególną uwagę, że przetarg obejmuje budowę:

- a) Obiektu mostowego klasy A podwieszanego o długości ok. 480m i szer. 28,5m nad rzeką Wisłok, zbiornikiem wody technologicznej i ul. Wioślarską o skomplikowanej konstrukcji (przęsła główne długości 240 i 150m, pylon wysokości 107,2m w kształcie litery H, konstrukcja zespolona - stalowo-betonowa)
- b) Jezdni dł. 1,8 km klasy G o przekroju 2x2 wraz z obustronnymi chodnikami i ścieżkami rowerowymi,
- c) Kanalizacji deszczowej z odprowadzeniem wód opadowych,
- d) Przebudowę kolektora deszczowego wraz z budową urządzeń podczyszczających, z wylotem do rzeki Wisłok i drogą dojazdową
- e) Przebudowę sieci kolidujących z projektowanym układem drogowym
- f) Budowę oświetlenia drogowego,
- g) Wycinkę i odtworzenie zieleni.

Odwołujący zaznaczył, że jest bardzo doświadczonym wykonawcą w zakresie robót drogowo-mostowych i jego praktyka wskazuje (w ostatnich latach wykonał wiele obiektów mostowych o podobnej skali trudności: most w Płocku - 2 pylony - czas realizacji 36 miesięcy, dł. 600m; most w Koninie - 1 pylon, dł. 200m - czas realizacji 24 miesiące; most w Gdańsku - 1 pylon, dł. 300m, - czas realizacji 24 miesiące ; most w Kędzierzynie Koźlu - dł. 420m - termin realizacji 24 miesiące, most w Toruniu - dł. 957m - termin realizacji 32 miesiące), , że sama budowa podobnego mostu powinna trwać od 18 do 24 miesięcy, biorąc pod uwagę w trakcie jakiej pory roku rozpocznie się sama budowa, co z uwagi na termin rozpoczęcia tej procedury przetargowej i tempo jej prowadzenia jest okolicznością całkowicie niezależną od Wykonawcy. Biorąc pod uwagę terminy wynikające z prawa administracyjnego, a także doświadczenie Wykonawcy można przedstawić następujące obliczenia:

a) Podpisanie umowy może nastąpić po 90 dniach od złożenia oferty (taka jest wymagana jej ważność), a najwcześniej po ok. 1 m-cu (ze względu na kontrolę uprzednią) czyli najwcześniej 1.09.2013, a najpóźniej 9.11 2013

b) Przygotowanie dokumentacji projektowej niezbędnej do uzyskania zezwolenia na budowę potrwa najmniej 8 m-cy (jak wykazano), - wystąpić o pozwolenie będzie można najwcześniej 1.05.2014

c) Uzyskanie prawomocnej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zgodnie z terminami administracyjnymi potrwa 135+14 dni czyli prawomocna decyzja będzie najwcześniej 1.10.2014 i wówczas dopiero będzie można przystąpić do realizacji robót.

Z powyższych wyliczeń wynika, że dochowując terminu zakończenia robót określonego przez Zamawiającego na wykonanie robót budowlanych w najbardziej optymistycznym wariantcie pozostanie 12 miesięcy (w tym 3 miesiące zimowe). Termin ten jest niemożliwy do dotrzymania biorąc pod uwagę kolejność wykonywania robót w obiekcie mostowym podwieszanym i reżim technologiczny. Minimalnie zdaniem Odwołującego winno to być 19 miesięcy, a wykonywanie robót w okresie zimowym spowoduje wydłużenie wymaganego terminu do 21-22 m-cy. Jest to absolutnie minimalny termin na realizację podobnego obiektu w technologii narzuconej przez Zamawiającego.

Z uwagi na przedstawioną argumentację wnioskowano o wydłużenie terminu zakończenia robót budowlanych do dnia 30.07.2016r., a terminu wykonania umowy - do dnia 30.08.2016r.

1.4. Postanowienie dotyczące możliwości ograniczenia zakresu inwestycji znajdujące się na str. 32 SIWZ: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia wyłącznie do zakresu opracowania dokumentacji projektowej i uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, przy czym wartość dokumentacji wraz z uzyskaniem właściwych decyzji administracyjnych nie może przekroczyć 2 % wartości robót budowlanych. Decyzja w sprawie realizacji pozostałego zakresu zamówienia zostanie przez zamawiającego podjęta najpóźniej w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy, o czym zamawiający poinformuje wykonawcę.”

oraz zapis z par. 11 ust. 1 umowy: „Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego ograniczenia przedmiotu zamówienia do dokumentacji projektowej i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w przypadku nieotrzymania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej dla projektu. Decyzja w sprawie realizacji pozostałego zakresu zamówienia zostanie przez Zamawiającego podjęta najpóźniej w terminie 10 miesięcy od

podpisania umowy, o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę. W takiej sytuacji roszczenia Wykonawcy ograniczają się zapłaty za należycie wykonaną dokumentację."

Odwołujący żądał powiązania obu ww. postanowień, bowiem postanowienie na str. 32 SIWZ daje Zamawiającemu nieskrępowane możliwości odstąpienia od umowy w części dotyczącej wykonania robót budowlanych. Postanowienie to nadto zmusza Wykonawcę do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i oferowania usług poniżej ich wartości, bowiem koszty tego zakresu to 5 - 7 % wartości zamówienia (w zależności czy do tego zakresu wliczy się punkty 10, 14, 17, 18, 19 zakresu projektowego). Tym samym poprzez pozbawienie możliwości przeniesienia różnicy ceny do wartości robót, wykonawca poniesie rażące straty na realizacji zamówienia publicznego.

Wykonawca akceptuje, że Zamawiający może wycofać się z realizacji zadania w przypadku nieotrzymania środków z Unii Europejskiej, jednakże nie może zaakceptować faktu ograniczenia wartości dokumentacji projektowej do kwoty 2% wartości robót budowlanych. Zdaniem Wykonawcy dobrej jakości projekt (w szczególności w tak obszernym zakresie jak wymagany przez Zamawiającego) nie może być tańszy niż 7% wartości robót budowlanych, a doliczając do wartości projektu koszty które wykonawca poniesie w związku z koordynacją robót projektowych, a także koszty gwarancji należytego wykonania umowy (10% wartości zamówienia, a nie tylko wartości projektu) i koszty niezbędnych ubezpieczeń ograniczenie wartości dokumentacji projektowej może być dokonane do kwoty min. 10-11% wartości robót budowlanych.

Odwołujący wnioskuje więc o zlikwidowanie limitu wartości dokumentacji projektowej lub ograniczenie go do wysokości 11% wartości robót budowlanych, co będzie uczciwą wielkością uwzględniającą rzeczywiste koszty wykonawcy poniesione w związku z realizacją zadania na etapie przygotowania dokumentacji projektowej. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie może wykorzystywać swojego stanowiska, funkcji i środków publicznych aby niszczyć wykonawcę, zmuszając go do wyrażenia zgody na pracę poniżej kosztów jej wykonania i do łamania prawa. Odwołujący także zwraca uwagę na korupcyjny charakter tego postanowienia, gdyż Wykonawca może być zmuszany do zachowań nieetycznych w sytuacji gdy tylko od „widzi mi się” Zamawiającego zależeć będzie czy poniesie straty na kontrakcie czy nie. Dalej postanowienie to daje nieskrępowaną możliwość Zamawiającemu do manipulacją wynikiem przetargu, czy manipulację celem tej procedury, wreszcie manipulację sytuacją ekonomiczną i faktyczną wybranego Wykonawcy.

Zamawiający ma wpływ na termin otrzymania dofinansowania, gdyż formalnie może tak procedować aby w 10 miesiącu móc zdecydować o kontynuowaniu zamówienia z wybranym Wykonawcą lub o rozstaniu się z nim, przy zachowaniu dorobku tego etapu zaangażowania Wykonawcy za 2% wartości robót, co będzie ceną po pięciokroć rażąca.

Kolejne zapisy SIWZ budzące sprzeciw Wykonawcy to zapisy dające Zamawiającemu jednostronne prawo do ograniczenia zakresu inwestycji i do dokonywania zmian w dokumentacji projektowej wykonawcy, wynikające z zapisów par. 10 ust. 4 umowy: „Wykonawca, bez dodatkowego wynagrodzenia, wyraża zgodę na dokonanie zmian i przeróbek w dokumentacji przez inne osoby (wykonanie utworu zależnego), jeżeli Zamawiający uzna to za potrzebne dla prawidłowego zaprojektowania lub prawidłowej realizacji inwestycji.” oraz par. 11 ust. 2 umowy: „Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, jeżeli uzna, że wykonanie wszystkich robót jest niecelowe lub jeżeli postanowi wykonać te roboty w ramach innego zamówienia publicznego. W takiej sytuacji roszczenia Wykonawcy ograniczają się do zapłaty za wykonane roboty. Wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy zostanie pomniejszone o wartość niewykonanych robót według cen z kosztorysu.”

Wykonawca składając ofertę powinien mieć pewność, że Zamawiający ma zamiar zrealizować zadanie określone warunkami przetargu i że nie czekają go ze strony Zamawiającego szkyany w trakcie realizacji, kończące się w praktyce ostatnich lat odstąpieniem od umów (brak zrealizowania celu w ogóle lub w zakładanym terminie, startami na kontraktach, wieloletnimi procesami, czy unicestwieniem Wykonawcy). W przeciwnym wypadku Zamawiający może np. najpierw zaakceptować projekt Wykonawcy a potem jednostronnie dojść do wniosku, że „prawidłowa” realizacja inwestycji wymaga zmian w projekcie wg swojego uznania, co może spowodować znaczące i niemożliwe do określenia na obecnym etapie koszty po stronie wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że procedura przetargowa, jak i realizacja umów w sprawie zamówienia publicznego jest fragmentem obrotu profesjonalnego, zatem profesjonalizm działań nie może być przypisany wyłącznie Wykonawcy. Podobnie ograniczenie zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, wg uznania Zamawiającego np. w przypadku postanowienia o wykonaniu danych robót w ramach innego zamówienia publicznego może prowadzić do powstania po stronie Wykonawcy dodatkowych kosztów związanych z wprowadzeniem na plac budowy innego Wykonawcy. Koszty te na obecnym etapie są nie do oszacowania, innymi słowy żaden Wykonawca nie jest w stanie oszacować poziomu takiego ryzyka i związanego z tym kosztu finansowego, co znakomicie uniemożliwia realną wycenę kontraktu. Wykonawca składając ofertę na określoną kwotę powinien mieć pewność, jakie roboty będzie miał do zrealizowania w ramach wartości swojej oferty. Oczywiście Zamawiający ma prawo do rezygnacji z części zamówienia, ale tylko w przypadkach jasno określonych ustawą Pzp.

Wnioskowano o wykreślenie obu zapisów umowy, bądź wprowadzenie w nich zmian zapewniających Wykonawcę o pewności obrotu gospodarczego.

Proponowano aby par. 10 ust. 4 umowy przyjął brzmienie "Wykonawca, bez dodatkowego wynagrodzenia, wyraża zgodę na dokonanie zmian i przeróbek w dokumentacji przez inne osoby (wykonanie utworu zależnego), jeżeli będzie to obiektywnie niezbędne dla prawidłowego zaprojektowania lub prawidłowej realizacji inwestycji. Obiektywność powinna wynikać z konieczności przestrzegania przepisów prawa oraz obowiązujących norm budowlanych" oraz

par. 11 ust. 2 umowy „Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, jeżeli zaistnieje istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takiej sytuacji roszczenia Wykonawcy ograniczają się do zapłaty za wykonane roboty. Wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy zostanie pomniejszone o wartość niewykonanych robót według cen z kosztorysu.”

Odwołujący podkreślił, że proponowana zmiana ma dla niego tylko wtedy sens gdy Izba uwzględni niniejsze odwołanie w zakresie podniesienia wskazanego progu z 2 do 11% wartości robót, w przeciwnym wypadku i tak dojdzie do kolejnego zubożenia Wykonawcy.

Odwołujący w sposób szczególny podkreśla, że choć Zamawiający ma swobodę w ustaleniu rodzaju wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, w tym przypadku ryczałtowego, to nie sposób nie zauważyć, że wtedy Zamawiający traktują cenę, jako absolutnie stałą nie podlegającą żadnym zmianom. Takie stanowisko wynika głównie z uproszczonej interpretacji treści art. 144, który ogranicza prawo Zamawiającego do wprowadzania zmian w ustaleniach kontraktowych. Jednak Odwołujący podkreśla, że oceniając tę kwestię konieczne jest przyjęcie założenia Ustawodawcy, że Zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia winien wcześniej zgodnie z przepisem art. 29 ustawy Pzp wykonać obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a skoro przepis ten posługuje się zwrotem „jednoznacznie” i „wyczerpująco”, to należy odczytywać, że wykonawca musi mieć zidentyfikowane wszystkie ryzyka aby rzetelnie wycenić ofertę i zaproponować rzetelną cenę ryczałtową za tak opisany przedmiot zamówienia. Wiele dalszych uregulowań przepisów Pzp, w tym także cena ryczałtowa, są uzależnione od założenia, że Zamawiający ten bezwzględnie obowiązujący wymóg spełnił. Ponadto możliwość jednolitego rozumienia przez wykonawców opisu przedmiotu zamówienia oraz jego zupełność jest podstawowym warunkiem uczciwej i równej konkurencji pomiędzy oferentami przystępującymi do przetargu.

Ustawa Pzp w odniesieniu do robot budowlanych w art. 29, 30 i 31 wyraźnie określiła jakimi cechami powinien się oznaczać opis przedmiotu zamówienia. Treść dokumentacji przetargowej (w tym projekt umowy) musi jednoznaczna, musi być czytelna, wskazywać

ryzyka do oszacowania przez wykonawcę i nie może pozostawiać obszarów samowoli po stronie zamawiającego, który miałby narzędzia do sekowania wykonawcy. Tym samym stwierdzić należy, że cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jasnym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia i dopiero wtedy może stanowić niezmienny element kontraktu.

Zamawiający w wielu ww. przypadkach sugeruje Wykonawcom, iż może wystąpić sytuacja, że jeśli nie będzie jemu odpowiadał z uwagi na cokolwiek, to koszty takiej sytuacji będą rażące straty na tym kontrakcie. Niezaprzeczalne jest, że takie sytuacje są niewyliczalne w pieniądzu, a zatem obecna treść SIWZ uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie kosztu ich wykonania. Odwołujący podkreśla, że dla bezpieczeństwa wykonawcy z ww. powodu należałoby zarezerwować i ująć w cenie ofertowej dodatkowo kwotę może nawet kilka milionów złotych, biorąc pod uwagę wartość przedmiotowego zamówienia ale każda przyjęta kwota będzie czystą spekulacją co jest niedopuszczalne, o czym wspomniano powyżej przy omawianiu charakteru wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że właśnie taka patologiczna sytuacja od 3 lat niszczy miejsca pracy. Wykonawcy nie są w stanie wyliczyć podobnych ryzyk, a potem one na placu budowy się realizują przybierając konkretne kwoty, co przekłada się na realność osiągnięcia celu postępowania o zamówienie publiczne.

1.5. Termin złożenia oferty został ustalony przez Zamawiającego na dzień 9.08.2013r., co przy przyjętej formule „projektuj i buduj”, nie pozwala na należyte przygotowanie oferty i właściwe skalkulowanie kosztów. Zgodnie z przekazanym Programem Funkcjonalno Użytkowym, Wykonawca będzie zobowiązany wykonać wstępny projekt wraz z przedmiarami, a to wymaga co najmniej terminu jednego miesiąca. Kolejnym obowiązkiem i zarazem etapem będzie sporządzenie kalkulacji, a w tym w celu konieczne jest zwrócenie się do podwykonawców i dostawców o złożenie ofert. Zoptymalizowanie więc oferty to okres kolejnego miesiąca. Odwołujący podkreśla, że przedmiotem zamówienia nie są standardowe dostawy ale roboty budowlane, gdzie należy pozyskać informacje o setkach cen, zoptymalizować asortyment pod względem przedmiotowym, funkcjonalnym, technologicznym i wreszcie cenowym. Tak kompleksowe zadanie zajmuje również około 1 m-ca.

Z tego względu wnioskowano o przedłużenie terminu składania ofert przynajmniej o co najmniej 3 tygodnie.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność możliwości pod względem technicznym realizacji kontraktu w przewidzianych

przez zamawiającego terminach z uwzględnieniem m.in. warunków pogodowych i wymagań zamawiającego zawartych w kontrakcie.

Mając na uwadze argumenty przedstawione w odwołaniu, wskazano, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a żądania określone w jego petitum zasługują na uwzględnienie.

W dniu 15 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wykonawcy, do którego przystępuje, ponieważ zapisy SIWZ uniemożliwiają mu złożenie ważnej oferty i uzyskanie kontraktu. Kopia przystąpienia została przekazana Stronom Postępowania. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Sygn. akt KIO 1708/13

W dniu 12 lipca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z siedzibą w Łodzi w zakresie ukształtowania treści SIWZ, a w szczególności warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu spełniania warunków udziału w zakresie potencjału kadrowego, w sposób sprzeczny z przepisami i naruszający obowiązujące przepisy prawa. Narusza to art. 7 ust. 1 u. Pzp.1 oraz zasady określone w art. 22 ust. 1, 4 i 5 u. Pzp. Opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłowe zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w pozytywnym rozpoznaniu odwołania, ponieważ, jako podmiot posiadający odpowiedni potencjał kadrowy, techniczny, ekonomiczny, wiedzę i doświadczenie oraz w pełni zdolny do realizacji zamówienia, poprzez niezgodnie z przepisami prawa ukształtowanie przez Zamawiającego treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu spełniania warunków udziału, został pozbawiony możliwości złożenia ważnej oferty, a w konsekwencji potencjalnie również zawarcia umowy z Zamawiającym, co skutkuje możliwością poniesienia przez niego szkody. Wadliwe sformułowanie zapisów pkt 6 a w szczególności ppkt 6.2.2.8. SIWZ narusza zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom w pełni zdolnym do realizacji zamówienia.

Termin zawity do wniesienia środka ochrony prawnej, określony przepisami ustawy Pzp, został zachowany. Kopia odwołania przesłana została Zamawiającemu.

W ppkt 6.2.2.8 SIWZ określono, że:

„Dyrektor Kontraktu - wymagania: w opisie doświadczenia zawodowego winien wykazać się doświadczeniem na stanowisku Dyrektora kontraktu na:

- 1) kontrakcie dotyczącym budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej,
- 2) kontrakcie dotyczącym budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej wraz z obiektem mostowym podwieszonym klasy A.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści zaskarżonego zapisu zawartego w ppkt 6.2.2.8 SIWZ i nadanie mu następującego brzmienia:

„Dyrektor Kontraktu - wymagania: w opisie doświadczenia zawodowego winien wykazać się doświadczeniem na stanowisku Dyrektora Kontraktu na: kontrakcie dotyczącym budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej wraz z obiektem mostowym podwieszonym klasy A”

lub, w przypadku jeżeli KIO uzna, iż uzasadnione jest oczekiwanie przez zamawiającego wyższego doświadczenia Dyrektora kontraktu:

„Dyrektor Kontraktu - wymagania: w opisie doświadczenia zawodowego winien wykazać się doświadczeniem na stanowisku Dyrektora Kontraktu na:

- 1) Minimum jednym kontrakcie dotyczącym budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej wraz z obiektem mostowym podwieszonym klasy A
- 2) Minimum jednym kontrakcie dotyczącym budowy obiektu mostowego podwieszzonego klasy A.

W uzasadnieniu podkreślono, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być obiektywny, przejrzysty i jednoznaczny. Zamawiający zobowiązany jest również do ustalania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zobowiązuje Zamawiającego do dokonania opisu tak, aby żaden z wykonawców nie był uprzywilejowany w stosunku do pozostałych. Wszyscy wykonawcy będący w stanie wykonać dane zamówienie powinni mieć równe szanse wzięcia udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Opis powinien zostać sporządzony tak, żeby z jednej strony w postępowaniu wzięli udział wyłącznie wykonawcy będący w stanie należycie zrealizować zamówienie, a równocześnie, żeby nadmierne wymagania takich wykonawców z postępowania nie wyeliminowały. Zamawiający nie ma bowiem prawa ograniczyć dostępu do zamówienia żadnemu wykonawcy, który jest w stanie je wykonać.

W postępowaniu będącym przedmiotem odwołania mamy do czynienia z ograniczeniem dostępu do zamówienia wykonawcy, który posiada w pełni możliwość prawidłowego, należytego zrealizowania zamówienia. Odwołujący, jako firma o znacznej renomie na polskim rynku kontraktów drogowo-mostowych z całą pewnością jest bowiem podmiotem zdolnym do zrealizowania zamówienia, tym bardziej iż zrealizował z dużym sukcesem zamówienia o podobnym lub wyższym stopniu złożoności.

Z całą pewnością Odwołujący posiada więc odpowiedni pod każdym względem potencjał kadrowy umożliwiający należyłą realizację kontraktu. Warto podkreślić, iż główny przedmiot zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego odwołania stanowi wykonanie mostu podwieszanego. Wstępne kalkulacje dokonane przez Odwołującego wskazują, iż roboty mostowe stanowią będą około 70% - 80% całego zamówienia. Z tego względu Zamawiający powinien odnosić postawione przez siebie warunki udziału głównie do robót mostowych, które stanowią podstawę Kontraktu. Zakres i rodzaj prac drogowych będzie miał bowiem w przypadku powyższego zamówienia charakter jedynie marginalny. W powyższym kontekście wymaganie aby osoba zaproponowana na stanowisko Dyrektora Kontraktu wykazała się doświadczeniem w realizacji aż dwóch prac typowo drogowych (w tym jedynie jedna wraz z budową mostu) jest wymaganiem zdecydowanie nadmiernym i nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający chce w sposób rzeczywisty zweryfikować zdolność wykonawcy do realizacji Kontraktu winien żądać aby osoby, które realizują zamówienie miały doświadczenie w realizacji Kontraktów polegających na budowie mostów, a nie dróg - tak jak Odwołujący proponuje w postulowanej treści opisu sposobu oceny warunku dot. Dyrektora Kontraktu. Warto bowiem podkreślić, iż opis musi więc być obiektywny, a jego treść ściśle powiązana z przedmiotem zamówienia, jego charakterem, wartością, rodzajem i rozmiarem.

Należy pamiętać, iż w obecnym stanie prawnym ustawodawca w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. dał Zamawiającemu wyraźne wytyczne w oparciu, o które ma obowiązek dokonywać opisu sposobu oceny spełniania warunków. Wprowadzony wprost do ustawy przepis zobowiązuje Zamawiającego do tego, by sporządzony przez niego opis był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim związany. Sposób w jaki Zamawiający powinien rozumieć te sformułowania łączy się z koniecznością przestrzegania opisanej wyżej zasady uczciwej konkurencji. Powiązanie opisu z przedmiotem zamówienia jest niezbędne dla zachowania określonego w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. celu jakim są służyć warunki udziału w postępowaniu, a mianowicie zweryfikowaniu wiarygodności, a w konsekwencji dokonaniu wyboru wykonawcy zdolnego do należytej realizacji zamówienia. Żeby tak się stało Zamawiający powinien wymagać od wykonawców jedynie tego co faktycznie jest niezbędne do realizacji konkretnego zamówienia. Adekwatność opisu do przedmiotu zamówienia musi

polegać na dostosowaniu kryteriów oceny do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Kolejnym instrumentem mającym zapobiegać nieprawidłowościom, jest wymóg proporcjonalności opisu do przedmiotu zamówienia. Opis będzie proporcjonalny wtedy kiedy będzie mógł mu sprostać każdy wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający powinien precyzyjnie powiązać dokonany opis z charakterem zamówienia i celami jakim będzie ono służyło. Obecne ukształtowanie opisu sposobu oceny spełnienia warunku wobec osoby zaproponowanej na stanowisko Dyrektora Kontraktu powyższym zasadom w sposób bezzasadny zaprzecza.

Konkludując - w związku z powyższym, sformułowany przez Zamawiającego, a przedstawiony powyżej opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza w sposób całkowicie bezpodstawny przepisy ustawy Pzp., a w konsekwencji powinien zostać skorygowany.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

W dniu 15 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie.. Wykonawca wnosil o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wykonawcy, do którego przystępuje, ponieważ zapisy SIWZ uniemożliwiają mu złożenie ważnej oferty i uzyskanie kontraktu. Kopia przystąpienia została przekazana Stronom Postępowania. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający na rozprawie przedłożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił obszerną argumentację przemawiającą jego zdaniem za oddaleniem obu odwołań w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, stanowisk i oświadczeń stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołania na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującym złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mogliby złożyć oferty, które mogłyby zostać wybrane jako oferta najkorzystniejsza. Na etapie kształtowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i postanowień przyszłego kontraktu łączącego strony, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść. Wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, iż Odwołujący przywołali kwestionowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób zgodny z rzeczywistością.

W ocenie składu orzekającego Izby oba odwołania zasługiwały na uwzględnienie, choć nie potwierdziły się wszystkie podniesione w nich zarzuty.

Co do kwestii natury ogólnej, znajdujących zastosowanie do obu odwołań, zauważyć należy, że zasada swobody umów doznaje na gruncie ustawy Pzp pewnych ograniczeń, zarówno w odniesieniu do swobody Zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody kształtowania stosunku umownego. Co do zasady, to Zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje treść dokumentacji decydując o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy innych obowiązkach umownych. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które Zamawiający zgodnie z własnymi interesami może ale nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego typu stosunku umownego w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto w momencie składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z postanowień umowy w sprawie zamówienia.

Sygn. akt KIO 1702/13

Dokonując oceny zasadności zarzutu dotyczącego regulacji umownych w zakresie sposobu odbioru robót, powyższy zarzut uwzględniono w części dotyczącej wprowadzenia zmian w § 9 ust. 4 i ust. 5 wzoru umowy. W ocenie Izby zasadnym jest dookreślenie i wyznaczenie Inżynierowi Kontraktu czasu, w którym zobowiązany on będzie ustosunkować się do dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę zgłaszającego gotowość do przystąpienia do odbioru końcowego. Powyższe pozwoli jednoznacznie określić obowiązki każdej ze Stron kontraktu, tak aby w przyszłości nie powodowały one niepotrzebnych sporów oraz nie powodowały przedłużania (celowego lub nie) procedury odbioru końcowego. Jak słusznie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, zarówno w interesie samego Zamawiającego, jak też wybranego wykonawcy leży terminowa i prawidłowa realizacja inwestycji. Uchylenie się od odbioru prac stanowi naruszenie przepisów prawa, dobrych obyczajów wśród podmiotów profesjonalnych w danej branży. Sytuacji takich pozwoli uniknąć dookreślenie obowiązków leżących po stronie Inwestora (Zamawiającego), którego w trakcie realizacji inwestycji reprezentował będzie Inżynier Kontraktu.

Uznano przy tym, iż właściwe będzie wprowadzenie do wzoru umowy w § 9 ust. 4 i ust. 5 zapisów w kształcie proponowanym w odwołaniu przez Odwołującego, z zaznaczeniem że termin siedmiu dni dotyczy dni roboczych.

Jednocześnie nie uwzględniono żądania dodania w § 9 ust. 8, ponieważ powyższe wymagałoby głębszej analizy § 8 i najprawdopodobniej całkowitej zmiany koncepcji przeprowadzania odbiorów częściowych, do czego skład, wobec niezakwestionowania tej procedury przez Odwołującego i niezaproponowania jej nowego kształtu, nie był uprawniony. Wzór umowy skonstruowano w ten sposób, że odbiory częściowe mają znaczenie dla zapłaty wykonawcy części wynagrodzenia. Nie ocenia się w ich trakcie jakości wykonanych robót. Potencjalnie może zaistnieć sytuacja, że podczas odbioru końcowego Zamawiający może zakwestionować elementy robót, za które wykonawca otrzymał już wynagrodzenie ale z uwagi na brak propozycji zmiany Odwołującego, zarzut uznano za niemożliwy do uwzględnienia.

W zakresie zarzutu pierwszego nie uwzględniono żądań Odwołującego odnoszących się do dodania do wzoru umowy postanowienia, że termin zakończenia robót budowlanych oraz wykonania umowy nie obejmuje procedury związanej z odbiorem końcowym. Innymi słowy Odwołujący żądał wyłączenia odbioru końcowego z terminu realizacji zamówienia. W tym miejscu, za Zamawiającym, dostrzeżenia wymaga, że takie ukształtowanie postanowień umowy byłoby sprzeczne z istotną umową o roboty budowlane. Elementem

istotnym umowy o roboty budowlane jest nie tylko zobowiązanie wykonawcy do wykonania obiektu budowlanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej ale także odebranie obiektu i zapłata wynagrodzenia przez Inwestora. Wyłączenie terminu zakończenia robót budowlanych i wykonania umowy poza ramy umowy o roboty budowlane uznano za niedopuszczalne, a co więcej nie leżące w interesie żadnej ze stron, a już z pewnością nie zabezpieczające interesu wykonawcy realizującego kontrakt. Potencjalnie mogłyby zaistnieć problemy z określeniem terminów gwarancyjnych, rękojmi, a nawet uzyskaniem wynagrodzenia za prawidłowo zrealizowany kontrakt.

Odnosząc się do zarzutu przyjęcia niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w części dotyczącej terminu wykonania dokumentacji projektowej uznano, że na uwzględnienie zasługuje propozycja Odwołującego o wyłączenie z zakresu dokumentacji projektowej przygotowywanej w terminie 8 miesięcy od podpisania umowy dokumentacji określonej w pkt 10, 14, 17, 18, 19 opisu przedmiotu zamówienia. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż dokumentacja ta na etapie starania się o uzyskanie pozwolenia na realizację nie jest konieczna, a możliwe jest jej wykonywanie podczas oczekiwania na realizację robót budowlanych lub w zakresie niezbędnym podczas realizacji robót. Przypomnieć jednocześnie należy, że 8 miesięcy jest terminem maksymalnym, nie jest więc wykluczone przygotowanie dokumentacji wcześniej. Podobne wnioski płyną z ekspertyzy przedłożonej na rozprawie przez Zamawiającego, gdzie sporządzający ekspertyzę wskazał, że „projekty wykonawcze można sporządzać rozsunięte w czasie z wyprzedzeniem czasowym co najmniej 1 miesiąca przed terminem rozpoczęcia danej roboty, wynikłym z harmonogramu (bo konieczny jest czas na weryfikację dokumentacji przez Zamawiającego – Inżyniera i ewentualne poprawki (...))” oraz, że „zwolniłby jedynie wykonawcę z konieczności opracowania w terminie wszystkich projektów wykonawczych zwłaszcza tych, których realizacja nastąpi w drugim roku trwania budowy (...)”. Nakazano więc modyfikację opisu przedmiotu zamówienia i innych dokumentów, z którymi powiązana jest wprowadzana zmiana.

Dostrzeżenia dalej wymaga, iż nie ma racji Zamawiający wskazując w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca wyliczając czas niezbędny dla przygotowania kompletu dokumentacji powinien przyjąć średni czas realizacji inwestycji danego rodzaju i średni czas oczekiwania na uzyskanie niezbędnych pozwoleń. W ocenie Izby zasadnym było przyjęcie przez wykonawcę do wyliczeń maksymalnego czasu, w którym organy uprawnione są do wydania stosowanych dokumentów. Wykonawca chcąc rzetelnie oszacować ryzyko i należycie wykonać zadanie musi założyć wariant najmniej optymistyczny, w innym wypadku narazić może się na konieczność zapłaty kar umownych z powodu niedotrzymania terminu

realizacji z powodu niedoszacowania okresu niezbędnego do prawidłowej realizacji zadania. Jeżeli pozyskanie odpowiednich pozwoleń nastąpi szybciej niż zakładano, to wykonawca będzie miał więcej czasu na wykonanie następnych obowiązków, ale założenia takiego nie można przyjąć jako pewnik.

Nie uwzględniono jednak żądania Odwołującego w zakresie dopisania we wzorze umowy dodatkowej możliwości zmiany postanowień umownych w stosunku do treści oferty, że zmianę terminu spowoduje „przekroczenie przez organy administracji biorące udział w procesie związanym z uzyskaniem zezwolenia na realizację inwestycji drogowej terminów określonych prawem”. Skład orzekający Izby wyraża stanowisko, iż pod tym względem interes wykonawcy zabezpieczają postanowienia pkt 19.1.1.ppkt 3,6,7,8 SIWZ. Wprowadzanie kolejnego przypadku dopuszczającego zmianę terminu realizacji zamówienia uznać należy za działanie zbędne.

Z uwagi na okoliczność, że zmniejszeniu uległ zakres dokumentacji do wykonania w terminie 8 miesięcy, uznano, że nie zachodzi konieczność zmiany terminu realizacji robót budowlanych i przesunięcie go na 30 lipca 2016 roku. Wykonawca powinien tak zoptymalizować prace nad dokumentacją, aby uzyskać maksymalnie duże oszczędności czasowe możliwe do wykorzystania na wykonywanie prac budowlanych. Tożsamy wniosek płynie z przywołanej już ekspertyzy, że „terminy ustalone w SIWZ są możliwe do dotrzymania przez wykonawców przy pełnym dostosowaniu się do wymogów specyfikacji. Głównym problemem jest dochowanie ośmiomiesięcznego okresu opracowania dokumentacji projektowej”. Ponadto, w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności, uniemożliwiających wykonywanie prac, wykonawca ma instrumenty, w ramach których wnioskować może o zmianę terminu realizacji zadania.

W przypadku zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący przez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk związanych z możliwością odstąpienia od umowy, rację należy przyznać Odwołującemu, gdzie przywołuje on postanowienia ze strony 32 SIWZ oraz wydawać by się mogło powiązaną z tym postanowieniem regulację § 11 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy.

Po pierwsze zauważyć należy, że regulacja zamieszczona na stronie 32 SIWZ ma szerszy zakres podmiotowo-przedmiotowy niż uregulowania § 11 wzoru umowy. Umożliwia ona bowiem Zamawiającemu ograniczenie przedmiotu zamówienia wyłącznie do zakresu opracowania dokumentacji projektowej i uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, czy czym wartość dokumentacji nie może przekroczyć 2% wartości robót

budowlanych w każdym przypadku, gdy tymczasem § 11 ust. 1 wzoru umowy stanowi, że ograniczenie przedmiotu zamówienia do dokumentacji projektowej i uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej możliwe jest tylko w przypadku nieotrzymania dofinansowania ze środków Unii Europejskiej dla projektu. Nie wiadomo, czy § 11 wzoru umowy zawiera odrębne postanowienie umożliwiające Zamawiającemu ograniczenie zakresu rzeczowego, odnoszące się tylko do jednego przypadku, mianowicie nieuzyskania dofinansowania, a zastrzeżenie ze strony 32 SIWZ działać będzie w innych przypadkach, nie dotyczących dofinansowania. Ponadto w § 11 nie ma mowy o 2% wartości dokumentacji w stosunku do wartości robót budowlanych. Choć Zamawiający na rozprawie zapewniał, że jedynym przypadkiem, kiedy ograniczy on zakres zadania do dokumentacji projektowej będzie nieuzyskanie dofinansowania, a zapis na stronie 32 SIWZ powtarzać miał zapis § 11 wzoru umowy, to intencja ta winna znaleźć odzwierciedlenie w brzmieniu SIWZ. Dlatego też skoro jest tak, jak wskazywał na rozprawie Zamawiający należy dokonać modyfikacji SIWZ na stronie 32 i powiązać oba zapisy, na co słusznie wskazywał Odwołujący. Pozostawienie SIWZ w brzmieniu dotychczasowym powoduje niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia.

W przypadku tego zarzutu skład orzekający Izby przychylił się również do żądania Odwołującego odnośnie podniesienia wysokości progu wynagrodzenia za dokumentację do wysokości 5 % wartości robót. Nawet jeżeli w postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a wykonawca tylko w bardzo ograniczonych przypadkach będzie mógł żądać zmiany wynagrodzenia, nie oznacza to że Zamawiający może sztucznie narzucić i wskazać wysokości wynagrodzenia prac projektowych. O ile za dopuszczalne uznano w ogóle postawienie progu procentowego wynagrodzenia za dokumentację, to uznano, że Zamawiający w przekonujący sposób nie wykazał, że próg 2 % jest progiem wystarczającym, oddającym charakter i zakres wykonywanej przez wykonawcę dokumentacji. Wielokrotnie bowiem wszystkie Strony sporu podkreślały okoliczność, że takiego rodzaju inwestycja (obejmująca budowę mostu w wybranej przez Zamawiającego technologii) nie była dotychczas przez Zamawiającego realizowana, więc nawet jeżeli cena za wykonanie dokumentacji projektowej w innych postępowaniach kształtowała się na poziomie do 2 %, to nie był to argument przemawiający za pozostawieniem wartości procentowej na poziomie 2 %. Jednocześnie uznano, iż żądanie Odwołującego, aby próg ten określić na poziomie 11% za nadmierne. Wystarczającym w ocenie składu orzekającego Izby będzie ustalenie tego progu na poziomie 5 %.

Odnośnie brzmienia § 11 ust. 2 wzoru umowy, za Odwołującym powtórzyć należy, że przewidziana możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, jeżeli Zamawiający uzna,

że wykonywanie wszystkich robot jest niecelowe lub jeżeli postanowi wykonać te roboty w ramach innego zamówienia publicznego, nie ma nic wspólnego z możliwością odstąpienia od umowy, do której odwoływał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przewidzianą art. 145 ustawy Pzp. Ponownie we wzorze umowy zastosowano bliżej nieokreśloną konstrukcję prawną jednostronnego ograniczenia zakresu umowy z bliżej nie określonych przyczyn, o wystąpieniu których decydował będzie Zamawiający. Nie wyjaśniono jak należy rozumieć przesłankę niecelowości robót, zwłaszcza że dotyczyć może ona wszystkich robót (!). Ponadto niezrozumiałym jest w jaki sposób Zamawiający zamierza wykonywać roboty w ramach innego zamówienia publicznego, kiedy przedmiotowe zamówienie realizowane jest w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie projekt i roboty powinny być wykonane przez jednego wykonawcę w sposób kompleksowy. Czy Zamawiający jeszcze raz zamierza ogłosić postępowanie na „to samo”? O ile zrozumiałe może być przewidzenie ograniczenia rzeczowego w przypadku wystąpienia istotnych okoliczności, których na etapie podpisywania kontraktu nie można było przewidzieć, o tyle niebezpieczne staje się dopuszczenie takiej możliwości uzależnionej od arbitralnych decyzji Zamawiającego. Wykonawca przystępując do udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego i decydując się na złożenie oferty musi wiedzieć jaki zakres prac i jakie ryzyko na siebie przyjmuje. Profesjonalizmu nie można oczekiwać tylko od wykonawcy. Cechę tę winny przede wszystkim nosić działania po stronie Zamawiającego, jako gospodarza postępowania i dysponenta środków publicznych.

Co do treści § 10 ust. 4 wzoru umowy, to uznano, iż rację ma Odwołujący wskazując w odwołaniu, że zbyt szeroko ujęto uprawnienie Zamawiającego do wykonywania praw zależnych do projektu. Na rozprawie Zamawiający podkreślał, że prawo to ograniczało będzie się do drobnych poprawek ale ponownie powtórzyć należy, że brzmienie § 10 ust. 4 wzoru umowy nie oddaje w takim razie rzeczywistej intencji Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiającemu przysługuje pełne prawo nabycia zezwolenia na wykonywanie autorskich praw zależnych od twórcy dokumentacji. Ani Odwołujący, ani Przystępujący po jego stronie faktu tego nie negowali. Zamawiający jednak uprawniony został do dokonywania zmian jeżeli uzna to za potrzebne dla prawidłowego zaprojektowania lub prawidłowej realizacji inwestycji. Dostrzeżenia wymaga, że za „prawidłowe zaprojektowanie” odpowiada projektant, a nie Zamawiający. Wprowadzenie do wzoru umowy przesłanki „obiektywności” zmiany przyczyni się do uniezależnienia decyzji od woli którejkolwiek ze stron, co nie będzie jednocześnie rodziło konfliktów przy wykonywaniu kontraktu. To wystąpienie obiektywnej konieczności dokonania zmiany w projekcie, niezależnej od stron, zadecyduje o dokonaniu poprawki. Sam Zamawiający pisze w odpowiedzi na odwołanie, że będą to zmiany spowodowane obiektywną koniecznością (np. kolizja sieci), którym twórca projektu nie będzie mógł się

przeciwstawić. Wprowadzona modyfikacja do wzoru umowy nie stanie na przeszkodzie praw przysługujących Zamawiającemu.

W odwołaniu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wyznaczenie zbyt krótkiego czasu na składanie ofert. Zważyć należy, iż Zamawiający wyznaczając termin składania ofert wyznaczył go zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp. Termin ten nie jest krótszy niż przewidują przepisy, nie musi także być on dłuższy. Taka okoliczność wynika jedynie z dobrej woli Zamawiającego, a nie jest mu treścią przepisów narzucona. Nie dopatrzono się zatem naruszenia wskazanych regulacji prawnych. Biorąc jednak pod uwagę zakres zmian, które Zamawiający zobowiązany będzie wprowadzić do SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w wyniku uwzględnienia przez Izbę obu odwołań, de facto żądanie Odwołującego powinno zostać wykonane, a termin składania ofert ulec przesunięciu.

Izba oddaliła zgłoszony w odwołaniu wniosek o powołanie biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność możliwości pod względem technicznym realizacji kontraktu w przewidzianych przez zamawiającego terminach z uwzględnieniem m.in. warunków pogodowych i wymagań Zamawiającego zawartych w kontrakcie. Wniosek ten nie został przez Odwołującego podtrzymany na rozprawie. Ponadto Zamawiający złożył ekspertyzę wykonaną przez rzeczoznawcę budowlanego i choć dokument ten jest dokumentem o charakterze prywatnym, to Odwołujący nie podważał prawidłowości sporządzenia opinii, a wskazywał wręcz, że potwierdza on zarzuty podniesione w odwołaniu. Z tych względów uznano, że korzystanie z wiedzy specjalistycznej i powoływanie odrębnego specjalisty (z tożsamej specjalności) nie jest w postępowaniu niezbędne.

Sygn. akt KIO 1708/13

Dokonując oceny zasadności zarzutu naruszenia art. art. 22 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp przyznano rację Odwołującemu, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nie do końca związany z przedmiotem zamówienia, można uznać go za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłowe zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Choć niewątpliwie z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że realizacja zadania obejmuje zarówno budowę i rozbudowę dróg, to niesporne było między Stronami postępowania odwoławczego, że o sukcesie i powodzeniu całego przedsięwzięcia zadecyduje zaprojektowanie i wykonanie mostu. Podobny wniosek płynie ze złożonej przez Zamawiającego ekspertyzy, gdzie jej autor stwierdza, że „decydującym o powodzeniu

terminowym kontrakcie będzie most. Jest to zadanie bardzo nowoczesne w rozwiązaniu technicznym, ale i bardzo pracochłonne, a finansowo równe prawie 50 % wartości całego kontraktu (...). Nie ulega zatem wątpliwości, że osoba, która wykonywała będzie zadania na stanowisku Dyrektora Kontraktu powinna mieć doświadczenie na kontrakcie dotyczącym zarówno budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi o odpowiednio wysokiej kategorii ale także doświadczenie na kontrakcie przy budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu mostowego podwieszanego klasy A.

Zauważyć jednak należy, że Zamawiający określając warunki, które powinien spełniać kandydat na Dyrektora Kontraktu skupił się na doświadczeniu na kontraktach drogowych, wymagając wykazania się realizacją aż dwóch takich zadań, w tym jednego łącznie z budową mostu w określonej technologii. Rację ma Zamawiający, wskazując w odpowiedzi na odwołanie, że oba elementy opisu przedmiotu zamówienia muszą być zrealizowane w sposób należyty i prawidłowy. Jednakże ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami o określonych kwalifikacjach na dane stanowiska w brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego osiągnięciu zakładanego celu nie przeczy.

Dać wiarę należy wyjaśnieniom złożonym na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego, że znalezienie osoby o takich kwalifikacjach jak wymaga tego Zamawiający może być utrudnione lub nawet niemożliwe. Ponadto osoby specjalizujące się w kontraktach polegających na budowie mostu, nieczęsto pełnią obowiązki Dyrektora Kontraktu. Być może w ostatnich latach w Polsce realizowano wiele kontraktów drogowych ale jednocześnie niewiele takich zadań obejmowało jednocześnie budowę mostu. W branży budowlanej mamy do czynienia z pewnego rodzaju specjalizacją osób posiadających stosowne uprawnienia i niekoniecznie osoba specjalizująca się w kontraktach mostowych musi mieć też doświadczenie przy realizacji zadań dużo mniej skomplikowanych i dotyczących typowo branży drogowej realizowanych oddzielnie, jako samodzielnie inwestycje.

Ukształtowanie warunku w brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego nie spowoduje jednak, że Zamawiający będzie musiał wybrać wykonawcę bez doświadczenia, ponieważ reguła opisana powyżej nie działa w drugą stronę. Oznacza to, że osoba realizująca kontrakty mostowe ma także doświadczenie w branży drogowej, ponieważ zazwyczaj budowa obiektów mostowych powiązana jest z budową dróg dojazdowych. Jest to więc doświadczenie zarówno przy budowie dróg, jak i mostów (związane zatem z opisem przedmiotu zamówienia), z tym ograniczeniem, że doświadczenie to jest ze sobą powiązane

charakterem inwestycji. Zachowany zostanie zatem wymóg wykonania co najmniej jednego zadania danego typu, odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, który to warunek nie można uznać za nadmierny i nieproporcjonalny.

Prawdziwe są twierdzenia Zamawiającego, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i tworzyć konsorcja, sumując wtedy potencjał poszczególnych członków wchodzących w skład konsorcjum lub korzystać z potencjału podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z drugiej jednak strony dostrzec należy, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być w ten sposób skonstruowane, aby sztucznie zmuszać wykonawców do tworzenia konsorcjum lub „pożyczania” doświadczenia. Niewątpliwie, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za naganne na etapie oceny ofert uznano by sumowanie doświadczenia zawodowego tylko w celu wykazania spełnienia ustanowionego przez Zamawiającego warunku udziału. Przepis stanowi wyraźnie, że dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego musi być realne i niezbędne do realizacji zamówienia. Sztuczne zaś tworzenie konsorcjum, podczas gdy wykonawca mógłby sam wykazać spełnianie warunku, gdyby został on prawidłowo skonstruowany i powiązany z przedmiotem zamówienia, także wypacza sens tworzenia konsorcjum, którego stworzenie znajduje uzasadnienie, gdy żaden z jego członków nie jest w stanie samodzielnie spełnić warunków. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez Zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodobniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są związane ze sferą jego realizacji.

Mimo to nie dopatrzone się w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zarzut ten nie był przez Odwołującego uzasadniony, a więc nie został uznany za udowodniony.

Konkludując, uznano, że za spełniające wymogi art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznać należy brzmienie warunku zaproponowane przez Odwołującego w odwołaniu i w takim zakresie nakazano zmianę SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednich punktach dotyczących wymagań dla Dyrektora Kontraktu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów przedstawionych w odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), w tym w szczególności na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: