Sygn. akt: KIO 85/19

WYROK
z dnia 4 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2019 r. przez **wykonawcę Studio ADS 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):

1.1.1.w zakresie pkt 9.2.3 ppkt 1 lit. c) SIWZ - warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - przez modyfikację obowiązku wykazania doświadczenia w zakresie realizacji zamówień dotyczących budowy lub przebudowy wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej lub kolejowej, przez jego zmianę oraz ustanowienie powołanego obowiązku wykazania doświadczenia w odniesieniu do linii jednopasmowej oraz linii tramwajowej lub kolejowej,

1.1.2.wykreślenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 9.2.3. ppkt 1 lit. d) i e) SIWZ,

1.1.3.wykreślenie postanowienia pkt 3.1. ppkt 13 lit. a) tiret 2 SIWZ,

1.1.4.w zakresie pkt 3.6. ppkt 2 tiret 3 SIWZ, przez modyfikację obowiązku wykonawcy co do przedkładania, w trakcie realizacji zamówienia na każde żądanie zamawiającego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, przez określenie 7 - dniowego terminu na okazanie wskazanych zaświadczeń,

oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wraz z załącznikami;

1.2.dokonanie zmian w treści załącznika nr 1 do SIWZ (projekt Umowy) w zakresie § 14 Umowy przez modyfikację obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy, przez jego zmniejszenie do wysokości 8% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy,

oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wraz z załącznikami;

2.Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;

3.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i

3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Studio ADS 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

3.2.Zasądza od **zamawiającego Poznańskich Inwestycji Miejskich spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **wykonawcy Studio ADS 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący:……...
Członkowie: ……...
……...

Sygn. akt KIO 85/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu -

prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. *Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka - prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego", postępowanie numer PIM/01/19/ZP2/2018-158* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia11 stycznia 2019 r., za numerem 2019/S 008-014486. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp").

W dniu 11 stycznia 2019 r. odwołanie wniósł wykonawca Studio ADS 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Za-mówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1 oraz 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub co najmniej nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez przyjęcie w sekcji III.1.3 ppk (I) ogłoszenia o zamówieniu (minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów) oraz pkt 9.2.3 ppkt 1 lit. c), d), e) SIWZ, że gwarancję należytego wykonania zamówienia dają wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania zdolności technicznej i zawodowej polegający na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej zadań m.in. w zakresie:

a) realizacji zamówień dotyczących budowy lub przebudowy wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej lub kolejowej (w zakresie i na warunkach w pkt 9.2.3. SIWZ szczegółowo wskazanych), w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania jest wykonanie prac projektowych w zakresie ulicy jednojezdniowej wraz z linią tramwajową,

b) realizacji co najmniej jednego zamówienia o wartości 500.000,00 zł brutto szczegółowo opisanego w pkt 9.2.3 ppkt 1 lit. e) SIWZ, w sytuacji, w której rzeczywiste, rynkowe ceny realizacji zadań o parametrach w tym punkcie SIWZ wskazanych są znacznie mniejsze,

c) realizacji co najmniej jednego zamówienia dotyczącego budowy lub przebudowy wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej, w ramach której wykonawca dokonał badań georadarowych połączonych z badaniami radiodetekcją całego obszaru na terenie zabudowy, położonego w strefie ochrony konserwatorskiej przy zachowaniu warunków szczegółowo opisanych w pkt 9.2.3 ppkt 1 lit. d) oraz e) SIWZ, w sytuacji w której: a) zakres usług związanych z badaniami georadarem stanowi jedynie element całego zamówienia publicznego niemający przeważającego znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia, którego istotą jest wykonanie prac projektowych i to w odniesieniu do prac projektowych powinien być wybierany wykonawca i oceniana oferta, w konsekwencji czego stawianie wymogu wykazania się realizacją specjalistycznych badań georadarowych w znaczny sposób eliminuje wykonawców posiadających umiejętności i doświadczenia w odniesieniu do prac projektowych, w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, b) realizacja badań w zakresie georadaru - z uwagi na wysoki stopień szczegółowości i wiedzy specjalistycznej - obecnie jest realizowana wyłącznie przez wąski krąg podmiotów wyspecjalizowanych, co w istotny sposób eliminuje wykonawców posiadających doświadczenia w zakresie projektowania i architektury, c) wymóg wykazania dokonania wskazanych badań nie jest niezbędny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem - z uwagi na wysoce specjalistyczny zakres - może być on wykonywany za pomocą podwykonawców, d) zakres wymaganych badań został sporządzony w sposób nieodzwierciedlający specyfiki badań georadarowych, a w konsekwencji czego doszło do ograniczenia konkurencji oraz wyeliminowania z postępowania wykonawców nie spełniających postawionych warunków, lecz zdolnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia,

2. art. 22 ust. 1 oraz 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymagań finansowych (stanowiąc naruszenie art. 45 ust. 1 oraz 3 ustawy pzp) oraz warunków wykazania sytuacji ekonomicznej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez przyjęcie:

a) w sekcji III.1.2) a) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 13.1. i 20 SIWZ (warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej) - obowiązku wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 700.000,00 zł, a nadto w zakresie pkt 20.3. SIWZ w zw. z § 14 Istotnych Postanowień Umownych stanowiących załącznik do SIWZ (dalej jako: „Umowa") obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w formie

kaucji gwarancyjnej w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy oraz w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, w sytuacji w której ustanowione powyżej wymagania finansowo - ekonomiczne są nadmierne do przedmiotu zamówienia, ograniczają konkurencję oraz wyeliminowują z postępowania wykonawców nie spełniających postawionych warunków, lecz zdolnych do należytego wykonania zamówienia,

3. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością oraz obowiązku jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającego wykonawcom sporządzenie ofert, w szczególności przez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, w tym okoliczności lub zdarzeń nieprzewidywalnych na dzień ogłoszenia zamówienia, a to w szczególności poprzez:

a) w zakresie sekcji 3.1. ppkt. 13) SIWZ - nałożenie obowiązku zawarcia w opracowywanej dokumentacji projektowej zgód właścicieli gruntów na prowadzenie robót budowlanych na terenie ich nieruchomości, jeśli zajdzie taka konieczność, w sytuacji której: obowiązek uzyskiwania zgód właścicieli nie jest adekwatny do istoty obowiązków projektanta, jako wykonawcy; Umowa nie określa konsekwencji braku uzyskania zgód lub żądań finansowych właścicieli nieruchomości, wpływu konieczności zaspokojenia roszczeń finansowych właścicieli nieruchomości na wynagrodzenie Wykonawcy, a także opóźnień mogących powstać z tego tytułu,

b) w zakresie sekcji 3.6. ppkt 2) SIWZ - nałożenie na wykonawcę, obowiązku przedkładania, w trakcie realizacji zamówienia na każde żądanie zamawiającego zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, w sytuacji której czas uzyskania wskazanych dokumentów zdeterminowany jest przepisami prawa, a nadto praktyką działania urzędów,

c) w zakresie pkt. 9.3. SIWZ - przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do arbitralnego uznania, na każdym etapie postępowania, braku spełnienia przez wykonawcę wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, w sytuacji której: powołane postanowienie już na etapie wyboru ofert może prowadzić do wyeliminowania wykonawców zaangażowanych w większe projekty, w tym bezpośrednio i Odwołującego realizującego obecnie dla Zamawiającego wcześniejsze etapy Inwestycji, zaniechano dookreślenia jakichkolwiek przesłanek oraz trybu dokonywania powołanych ustaleń pozostawiając Zamawiającemu arbitralną ocenę ich spełnienia;

4. art. 5, art. 353 (1) ,oraz art. 58 ustawy z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 - dalej jako kc) w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp związane z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającym wykonawcy analizę ryzyk na potrzeby sformułowania oferty, a to w szczególności:

a) w zakresie § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 pkt 2 Umowy - nałożenie na wykonawcę obowiązku doprowadzenia do wydania przez właściwy organ Decyzji Budowlanych niezbędnych dla Zadania Inwestycyjnego, w sytuacji w której: w pojęciu Decyzji Budowlanych mieści się również decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID), podczas gdy wykonawca, jako projektant - w świetle postanowień ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1474 z późn. zm. - dalej ustawa zrid) - nie jest w ogóle podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o wydanie wskazanej decyzji, Umowa nie zawiera postanowień regulujących wpływ przedłużenia się uzyskiwania Decyzji Budowlanych na harmonogram wykonywania prac przez wykonawcę, a które to przedłużenia mogą być spowodowane okolicznościami od wykonawcy niezależnymi,

b) w zakresie § 1 ust. 5 Umowy - nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia wszelkich decyzji administracyjnych przedłożonych w toku realizacji Inwestycji przez Zamawiającego, w tym po zawarciu Umowy oraz ich uwzględniania w przygotowanej przez wykonawcę Dokumentacji Projektowej przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości żądania przez Wykonawcę zmiany wysokości Wynagrodzenia, w sytuacji w której: rodzaj, zakres i czas ich przestawiania nie są w Umowie określone, Umowa nie zawiera postanowień umożliwiających Zamawiającemu przedłużenie terminu realizacji prac na skutek przedłożenia ww. dodatkowych decyzji,

c) w zakresie § 3 ust. 2 pkt 4 Umowy - nałożenie na wykonawcę konieczności uzyskania koniecznych odstępstw, uzgodnień, zatwierdzeń oraz warunków technicznych wydanych dla Inwestycji, w sytuacji w której uzyskanie odstępstwa, o którym mowa w art. 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm. - dalej jako „Pb") jest wynikiem uzyskania uznaniowego upoważnienia ministra oraz wydania uznaniowego postanowienia przez właściwe organy architektoniczne,

d) w zakresie § 3 ust. 6 pkt 2 Umowy - nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania wszelkich wymaganych opinii i uzgodnień niezbędnych do wykonania robót budowlanych w zakresie Zadania Inwestycyjnego, w sytuacji której: Umowa nie określa zakresu wskazywanych dokumentów, konieczności ponoszenia kosztów z tym związanych, a także wpływu przedłużających się procedur na czas realizacji obowiązków wykonawcy, z istoty obowiązków projektanta oraz wykonawcy robót budowlanych, wynika, iż znaczną cześć decyzji, dokumentów itp. związanych z wykonywaniem robot budowlanych, powinna być uzyskiwana nie przez projektanta, ale przez wykonawcę robót budowlanych,

e) w zakresie § 3 ust. 10 pkt 2 Umowy - przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zmiany treści Dokumentacji Projektowej w przypadku jej niezgodności z Umową lub w razie innych uwarunkowań wynikających z decyzji Zamawiającego, podczas gdy: Umowa nie limituje uprawnienia Zamawiającego co do formułowania decyzji, w konsekwencji czego mogą one dotyczyć dobrowolnego, wybranego elementu Dokumentacji Projektowej, dając Zamawiającemu jednostronne uprawnienie do kształtowania praw i obowiązków wykonawcy, Umowa nie określa wpływu jednostronnych decyzji Zamawiającego na wynagrodzenie Wykonawcy, czy też czas realizacji jego obowiązków,

f) w zakresie § 3 ust. 18 pkt 3 Umowy - nałożenie na wykonawcę obowiązków uzyskania wszelkich zezwoleń, zatwierdzeń, decyzji administracyjnych, uzgodnień, analiz, opinii i innych dokumentów, wymaganych dla właściwego zaprojektowania obiektów będących Przedmiotem Umowy, które nie zostały uzyskane lub przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego w dniu zawarcia Umowy oraz opracowania wszelkiej wymaganej do tego celu dokumentacji, w tym wniosków do właściwych organów, podań, odwołań i innych pism, w sytuacji w której Umowa nie określa konsekwencji konieczności uzyskania wskazanych rozstrzygnięć na prawa i obowiązki Wykonawcy, w tym wynagrodzenie Wykonawcy, czy też czas realizacji jego obowiązków,

g) w zakresie § 3 ust. 27 Umowy - przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do wydawania poleceń, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z Umową i zasadami racjonalnej gospodarki środkami publicznymi realizacji projektowych, obejmujące dokonywanie zmian zakresu i ilości, jakie będą uważane za niezbędne dla właściwego wykonania Przedmiotu Umowy z jednoczesnym nałożeniem na wykonawcę obowiązku ich wykonania, w sytuacji której: Umowa nie limituje uprawnień Zamawiającego w tym zakresie, Umowa nie określa wpływu jednostronnych decyzji Zamawiającego na wynagrodzenie Wykonawcy, czy też czas realizacji jego obowiązków.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ, w tym w zakresie Umowy tj.

a) w zakresie sekcji III.1.3 ppk (1) ogłoszenia o zamówieniu (minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów) oraz pkt 9.2.3 pkt 1 lit. c). d). e) SIWZ poprzez modyfikację obowiązku wykazania doświadczenia w zakresie realizacji zamówień dotyczących budowy lub przebudowy wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej lub kolejowej, tj. poprzez jego zmianę oraz ustanowienie powołanego obowiązku wykazania doświadczenia w odniesieniu do linii jednopasmowej oraz linii tramwajowej lub kolejowej, a nadto wyłączenie z sekcji lll.1.3. ppkt (1) lit. e) obowiązku realizacji inwestycji o wartości kwotowej 500.000,00 zł,

b) w zakresie sekcji III.1.3 ppk (1) ogłoszenia o zamówieniu (minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów) oraz pkt 9.2.3 ppkt 1 lit. d). e) SIWZ poprzez wyeliminowanie wskazanego w powołanych punktach obowiązku wykazania się przeprowadzeniem inwestycji w ramach, której przeprowadzone zostały badania georadarowe w zakresie w tych pkt SIWZ szczegółowo wskazanych,

c) w zakresie sekcji III.1.2) a) ogłoszenia o zamówieniu (warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz sekcji 20 SIWZ poprzez modyfikację obowiązku wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 700.000,00 zł poprzez jej zmniejszenie do kwoty 300.000,00 zł,

d) w zakresie § 14 Umowy poprzez modyfikację obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w formie kaucji gwarancyjnej w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy, poprzez jej zmniejszenie do wysokości 8% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy oraz w zakresie obowiązku wniesienia zabezpieczenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania poprzez jego wydłużenie do terminu 1 miesiąca od dnia zawarcia Umowy,

e) w zakresie pkt 3.1. ppkt 13 SIWZ poprzez modyfikację obowiązku zawarcia w opracowywanej dokumentacji projektowej zgód właścicieli gruntów na prowadzenie robót budowlanych na terenie ich nieruchomości, jeśli zajdzie taka konieczności, tj. poprzez wyeliminowanie wskazanego obowiązku, ewentualnie określenie obowiązku współdziałania Zamawiającego, w tym w szczególności w zakresie ponoszenia przez Zamawiającego ewentualnych roszczeń finansowych oraz wyłączenie odpowiedzialności projektanta za brak otrzymania tych zgód,

f) w zakresie pkt 3.6. ppkt 2 SIWZ poprzez modyfikację obowiązku wykonawcy co do przedkładania, w trakcie realizacji zamówienia na każde żądanie zamawiającego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS oraz określenie co najmniej 14 -

dniowego terminu na okazanie wskazanych zaświadczeń,

g) w zakresie pkt 9.3. SIWZ poprzez modyfikację przyznanego Zamawiającemu uprawnienia do arbitralnego uznania, na każdym etapie postępowania, braku spełnienia przez wykonawcę wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, tj. poprzez jego wyeliminowanie w całości, ewentualnie określenie okoliczności prawnych i faktycznych, w tym niezbędnych procedur, w których Zamawiający - w oparciu o należycie ustalone okoliczności faktyczne - mógłby dokonać wskazanego uznania z jednoczesną procedurą dokonywania rozliczeń za prace już wykonane,

h) w zakresie § 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 pkt 2 Umowy poprzez modyfikację nałożonego na wykonawcę obowiązku doprowadzenia do wydania przez właściwy organ Decyzji Budowlanych niezbędnych Zadania Inwestycyjnego poprzez wyeliminowanie z obowiązku uzyskania Decyzji Budowlanych decyzji wydanych w trybie ustawy zrid; nałożenie obowiązku współdziałania Zamawiającego; określenie konsekwencji prawnych za przedłużające się procedury uzyskania Decyzji Budowlanych,

i) w zakresie § 1 ust. 5 Umowy poprzez modyfikację nałożonego na wykonawcę obowiązku uwzględnienia wszelkich decyzji administracyjnych, związanych z Inwestycją przedłożonych w toku realizacji Inwestycji przez Zamawiającego, w tym po zawarciu Umowy oraz ich uwzględniania w przygotowanej przez wykonawcę Dokumentacji Projektowej poprzez określenie - z poszanowaniem praw i słusznych interesów wykonawcy - konsekwencji prawnych związanych z koniecznością uwzględnienia nowych decyzji administracyjnych na prawa i obowiązki wykonawcy, w tym w zakresie terminu realizacji prac objętych Umową oraz wynagrodzenie wykonawcy,

j) w zakresie § 3 ust. 2 pkt 4 Umowy poprzez modyfikację obowiązku uzyskania koniecznych odstępstw, uzgodnień, zatwierdzeń oraz warunkach technicznych wydanych dla Inwestycji poprzez wyeliminowanie wskazanego obowiązku, ewentualnie poprzez określenie - z poszanowaniem praw i słusznych interesów wykonawcy - konsekwencji prawnych związanych z koniecznością wskazanych decyzji administracyjnych na prawa i obowiązki wykonawcy, w tym w zakresie terminu realizacji prac objętych Umową oraz wynagrodzenie wykonawcy,

k) w zakresie § 3 ust. 6 pkt 2 oraz zakresie § 3 ust. 18 pkt 3 Umowy poprzez modyfikację obowiązku uzyskania wszelkich wymaganych decyzji administracyjnych, opinii i uzgodnień niezbędnych do wykonania robót budowlanych w zakresie Zadania Inwestycyjnego poprzez ich dookreślenie oraz poprzez określenie - z poszanowaniem praw i słusznych interesów wykonawcy - konsekwencji prawnych związanych z uzyskania uwzględnienia nowych decyzji administracyjnych na prawa i obowiązki wykonawcy, w tym w zakresie terminu realizacji prac objętych Umową oraz wynagrodzenie wykonawcy,

l) w zakresie § 3 ust. 10 pkt 2 Umowy poprzez modyfikację przyznanemu Zamawiającemu uprawnienia do zmiany treści Dokumentacji Projektowej w przypadku jej niezgodności z Umową lub w razie innych uwarunkowań wynikających z decyzji Zamawiającego poprzez jego wyeliminowanie ewentualnie poprzez określenie - z poszanowaniem praw i słusznych interesów wykonawcy - konsekwencji prawnych związanych ze zmianami w zakresie Dokumentacji Projektowej,

m) w zakresie § 3 ust. 27 Umowy poprzez modyfikację przyznanemu Zamawiającemu uprawnienia do wydawania poleceń, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z Umową i zasadami racjonalnej gospodarki środkami publicznymi realizacji prac projektowych (w szczególności w związku z realizacją inwestycji równoległych), obejmujące dokonywanie zmian zakresu i ilości, jakie będą uważane za niezbędne dla właściwego wykonania Przedmiotu Umowy z jednoczesnym nałożeniem na wykonawcę obowiązku ich wykonania poprzez jego wyeliminowanie w całości ewentualnie ścisłe doprecyzowanie zakresu i okoliczności umożliwiających wydawanie poleceń, oraz określenie - z poszanowaniem praw i słusznych interesów wykonawcy - konsekwencji prawnych związanych z uzyskania uwzględnienia nowych decyzji administracyjnych na prawa i obowiązki wykonawcy, w tym w zakresie terminu realizacji prac objętych Umową oraz wynagrodzenie wykonawcy,

Ponadto, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadniania na fakty tam powołane oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący wskazał, że ustanowione przez Zamawiającego warunki udziału w przetargu naruszają - wyrażoną w art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp - zasadę uczciwej, konkurencji, równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności. W przedmiotowej sprawie zamówienie publiczne jest udzielane na zaprojektowanie drogi jednojezdniowej. Tym samym uznać należy, że doświadczenie wymagane dla każdego z projektantów jest nieadekwatne do wielkości opracowania. Wymaganie wykonania projektu dwujezdniowej drogi wraz z

linią tramwajową w przypadku budowy jednojezdniowej ulicy wraz z linią tramwajową wykracza poza zakres wymaganego doświadczenia do realizacji zamówienia. Ustanowione przez Zamawiającego obowiązki i wymagania, nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, naruszają konkurencję. Odwołujący podniósł, iż modyfikacja wskazanego warunku, w szczególności poprzez ustanowienie obowiązku doświadczenia w stosunku do jezdni jednopasmowej, co byłoby adekwatne do przedmiotu zamówienia, umożliwiłoby złożenie ofert większej liczbie wykonawców. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2017 roku, sygn. akt KIO 2478/17. Ponadto, Odwołujący wskazał, że zapis w SIWZ odnoszący się do kwoty 500.000, 00 zł brutto dla badań georadarowych na drogach z torowiskami nie odpowiada warunkom rynkowym oraz rzeczywistym kosztom wykonania wskazanych badań. Koszt takich badań nawet dla 2-3 km odcinka drogowego z torami pośrodku jest o rząd wielkości mniejszy, w związku z czym brak jest uzasadnienia dla takiego zapisu. Zapis ten zatem powinien odnosić się do długości badanego odcinka a nie do kwoty. Co więcej, Zamawiający nie doprecyzował nawet w jakiej siatce (rozdzielczość pozioma) oczekuje wykonania badań. Odwołujący podniósł również, że ustanowiono bezzasadne warunki wykazania się przeprowadzeniem inwestycji z badaniami georadarowymi połączonymi z radiodetekcją. Wskazał, iż obowiązek wykazania się powołanymi badaniami jest nieadekwatny i nieproporcjonalny co do całego charakteru zamówienia publicznego. Zakres usług związanych z badaniami georadarem stanowi jedynie element całego zamówienia publicznego niemający przeważającego znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia, którego istotą jest wykonanie prac projektowych i to w odniesieniu do prac projektowych powinien być wybierany wykonawca i oceniana oferta. Zamawiający, formułując ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ, położył przeważający zakres oceny na badania georadarem, w sytuacji w której usługi w tym zakresie, będą stanowiły jedynie wycinek prac wykonawcy, którego głównym zadaniem będzie prawidłowe zaprojektowanie obszaru. W konsekwencji stawianie wymogu wskazania się realizacją specjalistycznych badań georadarowych w znaczny sposób eliminuje wykonawców posiadających umiejętności i doświadczenie w odniesieniu do prac projektowych, w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Po drugie, badania w zakresie georadaru - z uwagi na wysoki stopień szczegółowości i wiedzy specjalistycznej - obecnie są realizowane wyłącznie przez wąski krąg podmiotów wyspecjalizowanych, co w istotny sposób eliminuje wykonawców posiadających doświadczenie w zakresie projektowania i architektury. Po trzecie, wymóg wykazania dokonania wskazanych badań nie jest niezbędny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem - z uwagi na wysoce specjalistyczny zakres - może być on wykonywany za pomocą podwykonawców. Stawianie wykonawcom wymogu realizacji tego elementu w istotny sposób ogranicza krąg wykonawców zdolnych do prawidłowej realizacji zamówienia - badania georadarem. Po czwarte, zakres wymaganych badań został sporządzony w sposób nieodzwierciedlający specyfiki badań georadarowych, w tym w zakresie ich potwierdzania dalszymi metodami. Badania georadarowe są najbardziej zaawansowaną formą badań z użyciem fali radiowych. Przy umiejętnym przetwarzaniu i interpretacji nie ma uzasadnienia merytorycznego dla ponownego skanowania obszaru badań innymi, uboższymi metodami wykorzystującymi również te fale radiowe (czyli elektromagnetyczne). Wprowadzenie takiego zapisu świadczy o braku zaufania do analizy georadarowej, czyli podważa jego główne zalety jakim jest analiza zapisów echogramów z bardzo dużą dokładnością pionową i poziomą. Każdy wiarygodny wynik badań georadarowych dla takiego zadania powinien być przedstawiony jako zinterpretowany i kompletny obraz wykrytych obiektów wraz z ich przypuszczalnymi przebiegami.

Odnośnie zarzutu 2 odwołania Odwołujący podniósł, że wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej są nieproporcjonalne oraz nieadekwatne co do przedmiotu zamówienia. Rygorystyczne wymagania ograniczają konkurencję, albowiem zmierzają do wyeliminowania z zakresu postępowania podmioty, które - z uwagi na powołane wymogi, nie mogą brać udziału w postępowaniu a są zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu 3 a (pkt 3.1. ppkt 13 a tiret 2 SIWZ) Odwołujący wskazał, że obowiązek uzyskiwania zgód właścicieli nie jest adekwatny do istoty obowiązków projektanta, jako Wykonawcy._Nadto, ani SIWZ ani Umowa nie określa konsekwencji braku uzyskania zgód lub żądań finansowych właścicieli nieruchomości, wpływu konieczności zaspokojenia roszczeń finansowych właścicieli nieruchomości na wynagrodzenie Wykonawcy, a także opóźnień mogących powstać z tego tytułu. Wskazał, iż Projektant nie posiada żadnych narzędzi prawnych pozwalających wykonać taki zapis. Jedynym narzędziem pozwalającym na wykonanie robót na działkach bez zgody ich właścicieli jest decyzja wydana w trybie ustawy ZRID, przy czym wykonawca, jako projektant, nie jest nawet podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o jej wydanie. W konsekwencji powyższych uregulowań wskazał, że ryzyka związane z brakiem uzyskania zgód, czy też ich kosztami zostały w całości przerzucone na wykonawców. Ich skalkulowanie natomiast na etapie sporządzenia oferty nie jest możliwe. Tym samym przyjąć należy, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób_niejednoznaczny. Powołał się na wyrok KIO z dnia 25 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2479/15, zgodnie z którym za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania, jak i rozmiar uzależnione są od niezależnych od wykonawcy zdarzeń .

Odnośnie zarzutu 3 b (pkt 3.6. ppkt 2 tiret 3 SIWZ) Odwołujący podniósł, że zapisy SIWZ w ogóle nie uwzględniają kwestii związanych z przedłużeniem się terminów wydawania wskazanych zaświadczeń. Zaświadczenie aktualne z ZUS wymaga wystąpienia do ZUS co zajmuje z reguły od 1 do 14 dni. Zatem żądanie okazania w terminie wskazanym przez zamawiającego może być niewykonalne z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

W zakresie zarzutu 3 c (pkt 9.3. SIWZ) Odwołujący wskazał, że postanowienie to już na etapie wyboru ofert może prowadzić do wyeliminowania wykonawców zaangażowanych w większe projekty, w tym bezpośrednio i Odwołującego realizującego obecnie dla Zamawiającego wcześniejsze etapy inwestycji realizowanej w ramach niniejszego przetargu. Zaniechano dookreślenia jakichkolwiek przesłanek oraz trybu dokonywania powołanych ustaleń pozostawiając Zamawiającemu arbitralną ocenę ich spełnienia.

Uzasadniając zarzut 4 odwołania Odwołujący podniósł, że zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowe skonstruowanie wzorca umowy, w szczególności poprzez: sformułowanie poszczególnych postanowień Umowy (jak i jej ogólnego charakteru) w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego; uprawniający Zamawiającego do jednostronnego kształtowania stosunku prawnego łączącego zamawiającego z wykonawcą; nakładający na Wykonawcę szeregu obowiązków, pomimo, iż wykonawca jako projektant, nie posiada środków prawnych do ich spełnienia, a nadto przerzucając na wykonawcę konieczność ponoszenia wszelkich ryzyk związanych z realizacją inwestycji, w tym zakresie uzyskiwania decyzji administracyjnych, a co z kolei przedkłada się na brak możliwości należytego oszacowania oferty przez wykonawców. Powołał się na wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt 47/18 oraz z dnia 3 listopada 2016 r., sygn.2008/16.

Odnośnie zarzutu 4 a (§ 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 pkt 2 Umowy) Odwołujący wskazał, że nałożony na wykonawcę obowiązek - co najmniej w zakresie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, wydawanej na podstawie ustawy zrid - jest nieuprawniony. Wykonawca, jako projektant w świetle postanowień ustawy zrid nie jest w ogóle podmiotem uprawnionym do złożenia wniosku o wydanie wskazanej decyzji. Zgodnie z art. 11 b ustawy zrid wniosek o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej składa właściwy zarządca drogi. Tym samym wykonawca, jako projektant nie ma żadnych środków prawnych umożliwiających mu złożenie samego wniosku, jak i wydanie decyzji. Niezależnie od uwag powyżej wskazywanych, umowa nie zawiera postanowień regulujących wpływ przedłużenia się uzyskiwania Decyzji Budowlanych na harmonogram wykonywania prac przez wykonawcę, a które to przedłużenia mogą być spowodowane okolicznościami od wykonawcy niezależnymi. Na wykonawcę zostały przerzucone wszelkie ryzyka związane z uzyskiwaniem powoływanych Decyzji Budowlanych.

W zakresie zarzutu 4 b (§ 1 ust. 5 Umowy) Odwołujący podniósł, że wprowadzony zapis powoduje, iż ostateczny zakres i kształt dokumentacji projektowej, do której sporządzenia jest zobowiązany wykonawca (a zatem ostateczny przedmiot zamówienia) nie jest sprecyzowany. Na dzień ogłoszenia SIWZ, jak i nawet na dzień podpisania Umowy, Wykonawca nie będzie miał pewności, w jakim zakresie dokumentacja stanowiąca podstawę jego opracowań się zmieni, w tym ulegnie poszerzeniu, czy też ograniczeniu. Co więcej, rodzaj, zakres, czy też czas przestawiania takich dodatkowej dokumentacji nie są w Umowie określone. Nadto, Umowa nie zawiera postanowień umożliwiających Zamawiającemu przedłużenie terminu realizacji prac na skutek przedłożenia ww. dodatkowych decyzji. Brak pewności co do ostatecznego zakresu dokumentów, na podstawie których wykonawca ma przygotowywać swoją dokumentację projektową, a tym samym ostatecznego zakresu jego praw i obowiązków, uniemożliwia sporządzenie oferty.

Odnośnie zarzutu 4 c (§ 3 ust. 2 pkt 4 Umowy) Odwołujący podniósł, że samo określenie wskazanego zobowiązania, jak i jego całkowite jednostronne przerzucenie na wykonawcę nie jest uzasadnione. Po pierwsze, w świetle art. 9 Pb, możliwość uzyskania takiego odstępstwa uzależniona jest od zaistnienia szczególnie uzasadnionych okoliczności. Po drugie, zależy od wydania uznaniowych rozstrzygnięć organów administracji, tj. upoważnienia właściwego ministra, jak i uznaniowego postanowienia właściwego organu administracji architektonicznej. Tym samym, projektant - jako wykonawca, w całości będzie ponosił ryzyko związane z brakiem uzyskania odstępstwa, które to rozwiązanie, nie tylko narusza zasadę konkurencji, ale i uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyk na potrzeby należytego sporządzenia oferty.

W zakresie zarzutu 4 d (§ 3 ust. 6 pkt 2) Umowy) oraz zarzutu 4 f (§ 3 ust. 18 pkt 3 Umowy) Odwołujący podniósł, że Umowa nie określa zakresu wskazywanych dokumentów, konieczności ponoszenia kosztów z tym związanych, a także wpływu przedłużających się procedur ich uzyskania na czas realizacji obowiązków wykonawcy. Nadto, z istoty obowiązków projektanta oraz wykonawcy robót budowlanych, wynika, iż znaczną cześć decyzji, dokumentów itp. związanych z wykonywaniem robot budowlanych, powinna być uzyskiwana nie przez projektanta, ale przez wykonawcę robót budowlanych,

Uzasadniając zarzut 4 e (§ 3 ust. 10 pkt 2 Umowy) oraz zarzut 4 g (§ 3 ust. 27 Umowy) Odwołujący wskazał, że

Umowa nie limituje uprawnienia Zamawiającego co do formułowania decyzji Zamawiającego uprawniających do zmian dokumentacji, w konsekwencji czego mogą one dotyczyć dowolnego, wybranego elementu Dokumentacji Projektowej. Tym samym przyznano Zamawiającemu jednostronne uprawnienie do kształtowania praw i obowiązków wykonawcy. Nadto, Umowa nie określa wpływu jednostronnych decyzji Zamawiającego na wynagrodzenie Wykonawcy, czy też czas realizacji jego obowiązków. Odwołujący podziela pogląd wyrażony przez KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2017 roku, sygn. akt KIO 2219/17 zgodnie z którym przyznanie sobie prawa do wprowadzania istotnych zmian umowy bez zgody wykonawcy, jednocześnie bez przewidzenia jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian rodzi stan niepewności wykonawcy zarówno co do zakresu redagowania postanowień umownych arbitralną decyzją zamawiającego, wysokości należnego wynagrodzenia wykonawcy jak i ewentualnych ryzyk takich zmian pierwotnego zobowiązania umownego, nie ma oparcia w przepisach prawa i nie może się ostać.

W dniu 30 stycznia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o odrzucenie odwołania, gdyż przekazana Zamawiającemu kopia odwołania nie zawiera podpisu, ewentualnie oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi wskazał, że w dniu 30 stycznia 2019 r. dokonał zmiany treści SIWZ, mianowicie § 1 ust. 5, § 3 ust. 3 pkt 4, § 14 ust. 1 Umowy, dlatego też w jego ocenie rozpatrywanie zarzutów w zakresie powyższych postanowień stało się bezprzedmiotowe.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwzględnieniem okoliczności, że nie jest możliwe sporządzenie kopii podpisu złożonego w postaci elektronicznej, a Zamawiający nie kwestionował aby treść kopii odwołania nie odpowiadała treści odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wniósł bowiem odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy pzp *Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.* Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Zamawiający nie kwestionował, że z treścią odwołania się zapoznał, a więc wniosek o odrzucenie odwołania należało uznać za nieuzasadniony.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Zamawiającego oraz Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Zarzut 1 odwołania (warunki udziału w postępowaniu - zdolność techniczna i zawodowa pkt 9.2.3. lit. c, d, e SIWZ) naruszenia art. 22 ust. 1 oraz 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 9. SIWZ:O *udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy: 9.2 spełniają następujące warunki dotyczące: 9.2.3 zdolności technicznej lub zawodowej. (1) Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonał należycie:*

c) co najmniej: 2 niezależne zamówienia, w ramach których zrealizował dla potrzeb przygotowania przetargu publicznego na prace projektowe, dotyczące budowy lub przebudowy łącznie: wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej lub kolejowej, model BIM służący wykonaniu prezentacji układu komunikacyjnego i symulacji ruchu drogowego, tramwajowego lub kolejowego, rowerowego i pieszego,

d) co najmniej: 1 zamówienie, w ramach którego zrealizował dla potrzeb przygotowania przetargu publicznego na prace

projektowe, dotyczące budowy lub przebudowy łącznie: wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej, badania georadarowe połączone z badaniami radiodetekcją całego obszaru na terenie zabudowy, położonego w strefie ochrony konserwatorskiej, o powierzchni co najmniej 2 ha, oraz na podstawie tych badań sporządził raport zawierający co najmniej: mapy i echogramy z profilowania georadarowego z oznaczonymi wcześniej niezidentyfikowanymi sieciami i / lub artefaktami wraz z modelem BIM wykonanym w PUWG2000, zawierającym wcześniej niezidentyfikowane i nieoznaczone na mapach sieci i artefakty,

e) co najmniej: 1 zamówienie o wartości co najmniej 500.000,00 zł. brutto, w ramach którego zrealizował dla potrzeb przygotowania przetargu publicznego na prace projektowe, dotyczące budowy lub przebudowy łącznie: wielopasmowej (co najmniej po dwa pasy w obu kierunkach) ulicy oraz linii tramwajowej, badania georadarowe połączone z badaniami radiodetekcją, oraz na podstawie tych badań sporządził raport zawierający co najmniej: mapy i echogramy z profilowania georadarowego z oznaczonymi wcześniej niezidentyfikowanymi sieciami i / lub artefaktami oraz aktualizację mapy zasadniczej wykonaną w PUWG2000.

Zamawiający nie dopuszcza sumowania różnych usług, bądź elementów usług w celu potwierdzenia posiadania pełnego wymaganego doświadczenia w ramach wskazanego projektu lub zamówienia.

Zgodnie z pkt 3.1. pkt 1 tiret 1 SIWZ: *Przedmiot zamówienia stanowi wykonanie zamówienia pn.: „Budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka – prace projektowe wraz z pełnieniem usług Nadzoru Autorskiego". Wykonawca w ramach zadania zobowiązany jest do zaprojektowania (wykonania projektów budowlanych i wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarów robót i innych, które okażą się niezbędne na etapie procesu projektowego). W ramach realizacji przedmiotowej inwestycji: 1) Zadaniem Wykonawcy będzie w szczególności:• opracowanie dokumentacji projektowej, o której mowa w §2 pkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ (dalej jako „dokumentacja projektowa"), na podstawie Studium Projektowego dla Zakresu 3 stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.*

W Studium projektowym - Zakres 3, stanowiącym załącznik do SIWZ wskazano:

w pkt 1.2. (podział na etapy) m.in.: *Zakres 3 – obejmuje zespół ulic na osi północ-południe - odcinek ul. Ratajczaka po południowej stronie ul. Św. Marcin, ul. Niezłomnych oraz ulice Wierzbięcice w rejonie dawnego dworca PKS.*Zakres ten stanowi przedmiot niniejszego zamówienia.;

w pkt 2 STAN ISTNIEJĄCY *2.1. Ulica Ratajczaka. Ulica na osi północ-południe, o zmiennym przekroju, stanowiąca łącznik pomiędzy ulicą 27 Grudnia, a centrum handlowym Stary Browar. W rozpatrywanym zakresie krzyżuje się z ulicą Taczaka oraz Powstańców Wielkopolskich. Na odcinku pomiędzy ul. Kościuszki, a al. Niepodległości ulica Ratajczaka przekształca się w ulicę Niezłomnych. Na całej długości ulicy ruch rowerowy w kierunku południowym odbywa się wspólnie z ruchem samochodowym, w przeciwną stronę wiedzie kontrapas rowerowy. Do jezdni przylegają chodniki o zmiennej szerokości. Po zachodniej stronie ulicy znajduje się nieregularny szpaler drzew o zróżnicowanych gatunkach. Brak torowiska tramwajowego. Na całej ulicy obowiązuje ograniczenie prędkości do 30km/h. Odcinek od ul. Św. Marcin do ul. Powstańców Wielkopolskich: Ulica jednokierunkowa o dwóch pasach ruchu. Po obu stronach jezdni wydzielono oznakowaniem poziomym ukośnym miejsca postojowe. Na wysokości skrzyżowania z ulicą Taczaka następuje zawężenie do jednego pasa ruchu w kierunku południowym. Odcinek od ul. Powstańców Wielkopolskich do ul. Kościuszki: Ulica o jednym pasie ruchu. Po zachodniej stronie jezdni wydzielono oznakowaniem poziomym ukośnym miejsca parkingowe, po wschodniej stronie, w kontrapasie rowerowym wyznaczono równoległe miejsca postojowe. Pas włączający ulicę do ronda wyznaczony za pomocą separatorów ruchu. 2.2. Ulica Niezłomnych. Krótka ulica, charakteryzująca się dużym natężeniem ruchu. Krzyżująca się z aleją Niepodległości oraz ulicą Matyi, na której wysokości przekształca się w Wierzbięcice. Brak wyznaczonych dróg rowerowych oraz torowiska tramwajowego. Do skrzyżowania z aleją Niepodległości ulica dwukierunkowa, z trzema pasami ruchu w kierunku południowym oraz jednym pasem w kierunku północnym. Za skrzyżowaniem z aleją Niepodległości droga dwujezdniowa z czterema pasami ruchu w kierunku południowym oraz z dwoma pasami ruchu w kierunku północnym, między jezdniami znajduje się wyspa drogowa. Przejścia dla pieszych na skrzyżowaniu z ul. Matyi istnieją w formie przejść podziemnych. 2.3. Wierzbięcice Ulica rozpoczyna bieg na północ od ul. Królowej Jadwigi i stanowi jedną z głównych arterii Wildy. Droga dwujezdniowa z dwoma pasami ruchu w każdym kierunku, między jezdniami znajduje się wydzielone torowisko tramwajowe. W północnej części ulicy po stronie zachodniej znajduje się krótki odcinek drogi rowerowej. 2.4. Ulica Matyi Droga dwujezdniowa z dwoma pasami ruchu w każdym kierunku, między jezdniami znajduje się wydzielone dwutorowe tramwajowe wraz z*

dwoma przystankami tramwajowymi. Dostępność komunikacyjna pieszych do przystanków tramwajowych za pomocą przejść podziemnych. Brak przylegających do jezdni chodników. W południowej części ulicy znajduje się oddzielony pasem zieleni odcinek dwukierunkowej drogi rowerowej. 2.5. Ulica Królowej Jadwigi Ulica przebiegająca w osi wschód-zachód stanowi część I ramy komunikacyjnej Poznania. W rozpatrywanym zakresie rozpoczyna się na wysokości skrzyżowania ulic Wierzbięcice/Niezłomnych. Jest to droga dwujezdniowa z dwoma pasami ruchu w każdym kierunku. Między jezdniami znajduje się wydzielone dwutorowe torowisko tramwajowe;

- w pkt 3. GŁÓWNE ZAŁOŻENIA PROJEKTOWE *Niniejsze studium jest rozwinięciem projektu konkursowego, którego głównym celem jest rewitalizacja centrum Poznania. Proces ten będzie inicjowany następującymi działaniami: • stworzenie przestrzeni przyjaznej dla przechodniów, • poprawa estetyki ulic, • ujednolicenie zieleni w ulicy Ratajczaka, • zwiększenie ruchu pieszego i rowerowego, • ograniczenie indywidualnego ruchu samochodowego na rzecz transportu publicznego, • wprowadzenie w ulicy Ratajczaka nowej linii tramwajowej;*

- w pkt 4 PROJEKTOWANE ZMIANY *4.1. Ulica Ratajczaka. Na całej długości ulicy planuje się wprowadzenie nowej linii tramwajowej w obu kierunkach. Torowisko będzie odseparowane od przyległych jezdni krawężnikami zatopionymi ustawionych w odległości 130cm od osi toru. Po zachodniej stronie ulicy wyznaczono równoległe pojedyncze i podwójne miejsca parkingowe oraz zaproponowano szpaler drzew w formie kandelabru. Odcinek od ul. Św. Marcin do ul. Powstańców Wielkopolskich: Ulica jednokierunkowa o jednym pasie ruchu. Na odcinku pomiędzy ulicą Św. Marcin, a Taczaka ruch samochodowy poprowadzony w torowisku. Za skrzyżowaniem z ulicą Taczaka następuje poszerzenie pasa drogowego i odseparowanie go od torowiska, aż do skrzyżowania z ulicą Kościuszki. Do jezdni przylegają chodniki o zmiennej szerokości. Ruch rowerowy poprowadzony w stronę północną za pomocą pasa rowerowego o szerokości 1,5m. W stronę południową rowerzyści poruszają się na zasadach ogólnych. Odcinek od ul. Powstańców Wielkopolskich do ul. Kościuszki: Na wysokości Starego Browaru zlokalizowano dwa przystanki tramwajowe. Przystanek po zachodniej stronie ulicy to przystanek wiedeński. Jego konstrukcja polega na podniesieniu jezdni w rejonie przystanku do poziomu chodnika. Rozwiązanie umożliwia łatwiejszą dostępność do tramwaju oraz spowalnia ruch, co zwiększa bezpieczeństwo pieszych. Przez przystanek po wschodniej stronie ulicy poprowadzono pas rowerowy. 4.2. Ulica Niezłomnych Na odcinku pomiędzy ulicami Kościuszki, a aleją Niepodległości zaproponowano pasy drogowe o szerokości 3,5m w obu kierunkach, oddzielone z torowiskiem krawężnikiem najazdowym. Po obu stronach jezdni zaproponowano pasy rowerowe o szerokości 1,5m włączające się w skrzyżowania za pomocą śluz rowerowych. Po zachodniej stronie ulicy, z uwagi na wąską szerokość chodnika zaistniała potrzeba przebudowy schodów terenowych wejścia do budynku Izby Rzemieślniczej i poszerzenie chodnika do 3,0m. Za skrzyżowaniem z aleją Niepodległości droga dwujezdniowa z trzema pasami ruchu w kierunku południowym oraz z dwoma pasami ruchu w kierunku północnym. Między jezdniami znajduje się wyspa drogowa oraz dwutorowe torowisko tramwajowe. Po wschodniej i zachodniej stronie zaproponowano jednokierunkowe pasy rowerowe o szerokości 2,0m. Z uwagi na budowę przejść nadziemnych w ulicy Matyi konieczna jest przebudowa istniejącego przejścia podziemnego znajdującego się przy skrzyżowaniu ulic. 4.3. Wierzbięcice Droga dwujezdniowa z dwoma pasami ruchu w każdym kierunku. Między jezdniami wydzielono dwutorowe torowisko tramwajowe z dwoma przystankami tramwajowymi w każdą stronę. Po wschodniej stronie jezdni zaproponowano pas rowerowy oraz przebudowę wyjścia z istniejącego przejścia podziemnego z uwagi na ograniczoną ilość miejsca. Po zachodniej stronie ulicy zaproponowano dowiązującą się do istniejącej infrastruktury rowerowej dwukierunkową drogę rowerową. Przejście podziemne przy skrzyżowaniu Wierzbięcic z Matyi pozostaje bez zmian. 4.4. Ulica Matyi. Droga dwujezdniowa z dwoma pasami ruchu w kierunku wschodnim oraz trzema pasami w kierunku zachodnim, między jezdniami znajduje się wydzielone dwukierunkowe torowisko tramwajowe z dwoma przystankami tramwajowymi w każdą stronę. Po północnej stronie ulicy do jezdni przylega chodniki o szerokości 3m. Jedno z wyjść z przejścia podziemnego po północnej stronie ulicy (w stronę parku) oraz wyjścia na przystanki tramwajowe przewidziano do zasklepienia. Drugie z wyjść po północnej stronie skrzyżowania wymaga przebudowy, by dostosować jego geometrię do lokalizacji przejścia naziemnego 4.5. Ulica Królowej Jadwigi W rozpatrywanym odcinku zaproponowano drogę dwujezdniową z dwoma pasami ruchu w stronę wschodnią oraz czterema pasami ruchu w stronę zachodnią. Między jezdniami znajduje się wydzielone.*

- w pkt 5 MODERNIZACJA I ROZBUDOWA SYSTEMU TRANSPORTU PUBLICZNEGO *W związku z ograniczeniem ruchu samochodowego w rejonie śródmieścia dostępność transportu publicznego dla mieszkańców i przyjezdnych musi zostać wzmocniona. Założenie to będzie realizowane dzięki nowej linii tramwajowej wprowadzonej w ulicę Ratajczaka wraz z nowymi przystankami: przy Starym Browarze oraz w ulicy Wierzbięcice. W ulicy Królowej Jadwigi wydzielono miejsca na dwie platformy dla przystanków awaryjnych przewidzianych pod katem tymczasowych objazdów.*

Paragraf 1 ust. 6 i 7 Umowy stanowi: *Wykonawca wykona Dokumentację Projektową w taki sposób, by umożliwić Zamawiającemu powierzenie innemu podmiotowi zaprojektowania innych inwestycji w tym obszarze miasta Poznania w*

przyszłości, a następnie umożliwić zlecenie budowy kolejnych elementów infrastruktury miejskiej. W szczególności obowiązkiem Wykonawcy jest uwzględnienie, że Przedmiot Umowy może potencjalnie dotyczyć części większej inwestycji i konieczne będzie jego powiązanie z innymi dokumentacjami projektowymi (istniejącymi na dzień zawarcia Umowy lub mogącymi powstać w przyszłości) tak, by stanowiły one jedną całość. W ramach obowiązku określonego w ust. 6 powyżej, Wykonawca jest w szczególności zobowiązany do zapewnienia pełnej spójności i kompatybilności Przedmiotu Umowy z projektami dotyczącymi następujących inwestycji: 1) Programu Centrum etap I, zakres 1, zakres 2, 2) Przebudowy ul. Taczaka, 3) doprowadzenia do wydania przez właściwy organ Decyzji Budowlanych dla Zadania Inwestycyjnego i zatwierdzenia Projektu Budowlanego dla Zadania Inwestycyjnego, 4) świadczenia usług doradczych i wsparcia, o których mowa w ust. 9,10,11 poniżej, 5) realizacji wszelkich innych obowiązków wskazanych w Umowie (dalej jako „Przedmiot Umowy"), 6) W ramach obowiązków wskazanych w pkt. 1 powyżej, należy uwzględnić wykonanie w postaci osobnych tomów / opracowań lub ich wyodrębnionej części, zakresu wskazanego w piśmie Aquanet z dnia 20.11.2018 r., l.dz. DW/IBM/364/64682/2018 oraz z dnia 06.12.2018 r. l.dz. DW/IBM/364/68204/2018, załącznik A. Przedmiotowy zakres w HRF stanowiącym załącznik do SIWZ został oznaczony jako „część Aquanet".Obowiązki opisane w punktach 2-5 odnoszą się także do "części Aquanet".

Z rysunku przedstawionego przez Zamawiającego - Studium układu drogowo - torowego z elementami organizacji ruchu - Arkusz 2, zakres 3 dla Miasta Poznań, nr DR-00-002 oraz widoku z mapy google (stan na dzień 29 stycznia 2019 r.) wynika, że głównym obszarem prac projektowych jest ulica Ratajczaka, natomiast drogi wielopasmowe dotyczą skrzyżowania dróg: Królowej Jadwigi, Wierzbięcice, Matyi i Niezłomnych.

W załączniku nr 1 do Umowy (Specyfikacja wykonania inwentaryzacji i projektu zgodnie z metodyką BIM) wskazano w pkt 4 Model inwentaryzacyjny BIM m.in. *W zakresie badań nieinwazyjnych należy wykonać szczegółowe badania terenowe metodami geoelektrycznymi, co najmniej z wykorzystaniem profilowania georadarowego i radiodetekcji. Badania powinny wskazać rzeczywiste położenie, gabaryty oraz rzędne oznaczonych i nieoznaczonych w istniejących zasobach geodezyjnych: tras kablowych (w tym m. in. energetycznych i telekomunikacyjnych), wszelkich sieci rurowych oraz płożenia innych artefaktów militarnych, archeologicznych i architektonicznych. Badania te powinny być wykonane do głębokości minimum 4 metrów poniżej poziomu terenu, a siatka pomiarowa badań powinna być nie rzadsza niż średnio 1x1 metra na całym wskazanym zakresie obszarowym poza obrysem budowli i innych trwałych przeszkód terenowych. Badania należy przeprowadzić co najmniej dwukrotnie przy centralnych częstotliwościach operacyjnych: 160MHz i 450MHz, wyłącznie za pomocą urządzeń jednoczęstotliwościowych. Nieinwazyjne badania geologiczne należy wykonać metodą elektrooporową w siatce pomiarowej 10x10m, wykonując uzupełniające badania otworowe. W przypadku wątpliwości interpretacyjnych badań nieinwazyjnych dopuszcza się wykonanie przekopów próbnych. Na podstawie danych pozyskanych w tracie inwentaryzacji należy dokonać aktualizacji mapy do celów projektowych, użytej do wykonania projektu budowlano-wykonawczego oraz wykonać Raport, zawierający co najmniej: mapy i echogramy z profilowania georadarowego z oznaczonymi wcześniej niezidentyfikowanymi sieciami i / lub artefaktami oraz profilami geotechnicznymi.*

Wartość zamówienia została ustalona na podstawie wniosku o wszczęcie postępowania.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

W myśl art. 22 ust. 1a ustawy pzp: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Zgodnie z przywołanymi przepisami zamawiający powinien działać w postępowaniu z zachowaniem zasady proporcjonalności, nakazującej zachowania odpowiedniego w okolicznościach danej sprawy do założonych celów. Zasada proporcjonalności ma również zastosowanie w odniesieniu do formułowania warunków udziału w postępowaniu, tak aby uwzględniały uzasadnione potrzeby zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Istotna jest specyfika konkretnego zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem

stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający jest zobligowany zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców, aby wygórowane wymagania w postępowaniu nie doprowadziły do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji - wyeliminowania wykonawców zdolnych wykonać w sposób należyty zamówienie.

W ocenie Izby w odniesieniu do kwestionowanych przez Odwołującego warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności, co doprowadziłoby do ograniczenia konkurencji.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że warunki udziału w postępowaniu zawierają wymóg wykazania się doświadczeniem w projektowaniu przebudowy dróg wielopasmowych, podczas gdy przedmiotowe zamówienie dotyczy w znacznej większości wykonania projektu w odniesieniu do drogi jednopasmowej. Powyższy zarzut znalazł potwierdzenie w dokumentacji postępowania, jak również w złożonych dowodach i stanowiskach Stron. Po pierwsze, ze Studium projektowego - Zakres 3 wynika, że głównym obszarem prac objęta będzie ulica Ratajczaka, która zgodnie z opisem stanu istniejącego zawartym w Studium nie jest ulicą wielopasmową. Biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie bezspornym było, że jest to odcinek o długości około 580 m. Wynika to także z rysunku - Studium układu drogowo - torowego z elementami organizacji ruchu - Arkusz 2, zakres 3 dla Miasta Poznań, nr DR-00-002. Jak wskazywał Zamawiający ulice wielopasmowe dotyczą wlotów do skrzyżowania ulic Królowej Jadwigi, Wierzbięcice, Matyi oraz Niezłomnych i określił obszar objęty zakresem projektowania na około 100 m. w każdą stronę (30% całego obszaru inwestycji). Odwołujący zakwestionował to twierdzenie i złożył dowody, w szczególności decyzję nr 1123/2018 dotyczącą przebudowy układu drogowego w rejonie ul. Matyi oraz Wierzbięcice, pozwolenie konserwatora zabytków nr 104/2018 i 105/2018 oraz protokół odbioru z 29 stycznia 2019 r. na okoliczność, że został przebudowany wlot z ul. Królowej Jadwigi do ul. Niezłomnych. Odwołujący podniósł, że widok z map google przedstawiony przez Zamawiającego nie odzwierciedla stanu aktualnego skrzyżowania. Złożone dowody poddają w wątpliwość wiedzę Zamawiającego odnośnie faktycznego stanu i zaawansowania prac w obszarze skrzyżowania. Co istotne, Zamawiający ma świadomość, iż obszar skrzyżowania był objęty innymi pracami budowlanymi, a także że mogą być planowane kolejne inwestycje, tym samym, że obszar projektowania może różnić się od przedstawionego w dokumentacji postępowania. W paragrafie § 1 ust. 7 Umowy Zamawiający wskazuje, że obszar projektowania może*potencjalnie dotyczyć części większej inwestycji i konieczne będzie jego powiązanie z innymi dokumentacjami projektowymi (istniejącymi na dzień zawarcia Umowy lub mogącymi powstać w przyszłości) tak, by stanowiły one jedną całość,* zaś wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia pełnej spójności i kompatybilności Przedmiotu Umowy z projektami dotyczącymi wymienionych przez Zamawiającego inwestycji.

Wobec powyższego uznać należało, że Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do elementu zamówienia przyszłego i niepewnego, tym samym nie zachował zasady proporcjonalności. Sformułowania takiego warunku udziału w postępowaniu nie uzasadnia również twierdzenie Zamawiającego, że obszar objęty projektowaniem, a dotyczący wlotów do skrzyżowania dróg wielopasmowych jest elementem szczególnie istotnym i skomplikowanym, bowiem Zamawiający nie ma na obecnym etapie postępowania pewności co do faktycznego zakresu prac projektowych na tym obszarze. Warunek udziału w postępowaniu służy wyłonieniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i powinien odnosić się do głównego przedmiotu zamówienia, a nie potencjalnie mogącego wystąpić w przyszłości. Dlatego też, Izba nakazała wykreślenie z warunku wymagania dotyczącego ulic wielopasmowych, jako nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego i w sposób znaczący ograniczającego konkurencję.

Kolejnym zarzutem w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, jaki podniósł Odwołujący to wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu badań georadarowych. Przedmiotowe badania stanowią element przedmiotu zamówienia, co znalazło wyraz w załączniku nr 1 do Umowy i stanowiło okoliczność bezsporną pomiędzy Stronami. Odwołujący wskazywał, że badania te dotyczą niewielkiej części zamówienia i co istotne, nie są wykonywane przez biura projektowe, a więc wykonawców zainteresowanych udziałem w niniejszym postępowaniu dotyczącego usług projektowych. Według wiedzy Odwołującego biura takie nie posiadają ani specjalistów, ani odpowiedniego sprzętu do realizacji badań georadarowych, dlatego też zamówienia w tym zakresie są zazwyczaj powierzane podwykonawcom. Co więcej, argumentację tą potwierdził na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego wskazując, że w odniesieniu do tej części zamówienia Zamawiający spodziewa się, że wykonawcy będą składali oferty w ramach Konsorcjum. Zamawiający ustanowił zatem warunek udziału w postępowaniu, który prowadzi do wyeliminowania wykonawców zdolnych do realizacji głównego przedmiotu zamówienia, czyli biura projektowe. Zamawiający jest zobowiązany dążyć do zabezpieczenia własnych interesów i potrzeb w jak największym stopniu, jednak dążenie to doznaje ograniczenia w zakresie w jakim prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Cel jaki wyznacza kształtowanie warunku nie

może być utożsamiany i interpretowany przez określenie warunku wymagającego od wykonawców wykazaniem się identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczeniem. Warunek udziału w postępowaniu musi być związany z przedmiotem zamówienia, co nie oznacza, że może dotyczyć każdego, nawet najmniejszego elementu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, Izba nakazała wykreślenie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wykazania się doświadczeniem w wykonaniu badań georadarowych.

Zarzut 2 odwołania (warunki udziału w postępowaniu - sytuacja ekonomiczna i finansowa - pkt 9.2.2. lit. b SIWZ; wadium - pkt 13.1. SIWZ; zabezpieczenie należytego wykonania umowy - pkt 20.3 SIWZ w zw. z § 14 Umowy) naruszenia art. 22 ust. 1 oraz 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 45 ust. 1 i 3 ustawy pzp.

Zarzut zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 9 SIWZ:*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy: 9.2 spełniają następujące warunki dotyczące: 9.2.2 sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że:*

b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 700.000,00 PLN (lub równowartość tej kwoty w przypadku walut innych, niż złoty polski, obliczoną przy uwzględnieniu średniego kursu waluty obcej podanego przez Narodowy Bank Polski dla dnia wystawienia informacji banki lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej).

W myśl pkt 13.1 SIWZ:*Zamawiający żąda od Wykonawców wniesienia Wadium w kwocie 90.000,00 zł. (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych).*

Zgodnie z pkt 20.3 SIWZ:*Zamawiający ustala Zabezpieczenie należytego wykonania umowy na 10% całkowitej ceny podanej w ofercie. Zabezpieczenie musi zostać wniesione w terminie 7 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego pisemnego wezwania, o którym mowa w pkt. 19. niniejszej specyfikacji. W przypadku niewniesienia zabezpieczenia we wskazanym przez Zamawiającego terminie Zamawiający wyznaczy ostateczny termin na wniesienie zabezpieczenia (nie dłuższy niż 3 dni), którego niedotrzymanie skutkować będzie uznaniem, że Wykonawca odmówił wniesienia zabezpieczenia, tym samym odstąpił od zawarcia Umowy.*

Paragraf 14 ust. 1 Umowy po zmianach treści SIWZ z dnia 30 stycznia 2019 r. stanowi:*Wykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w formie …….. w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy.*

Zgodnie z § 5 Umowy: *1. Strony ustalają następujące Etapy realizacji Przedmiotu Umowy: 1) Etap I: w terminie do 120 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy […] 2) Etap II: w terminie do 210 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy […] 3) Etap III: w terminie do 360 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy […] 4) Etap IV: w terminie do 104 dni kalendarzowych od dnia przekazania Zamawiającemu dokumentacji wchodzącej w skład etapu III […].*

W § 11 Zamawiający postanowił o częściowych płatnościach wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie poszczególnych Etapów Umowy: Etap I: 20% wynagrodzenia, Etap II: 20% wynagrodzenia, Etap III: 40% wynagrodzenia Etap IV: 10% wynagrodzenia oraz 10% wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego.

Odwołujący podniósł również zarzuty w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie w zakresie postawionego warunku – wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 700.000,00 PLN nie zostało wykazane, że została zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego a interesem wykonawcy. Odwołujący uzasadniając podniesiony zarzut poprzestał na stwierdzeniu, iż kwota ta jest za wysoka, nie przestawił żadnych dowodów na okoliczność nieproporcjonalności postanowionego warunku. Izba uznała postawiony zarzut za nieuzasadniony, z uwzględnieniem szacunkowej wartości zamówienia, a także okoliczności, iż Zamawiający przewidział w Umowie częściowe płatności. Pierwsza wypłata wynagrodzenia w wysokości 20% będzie płatna dopiero po 120 dniach od dnia zawarcia Umowy. Podkreślenia wymaga, że wykonawca musi być zdolny kredytować Zamawiającego przez okres 4 miesięcy w zakresie prac wyszacowanych przez Zamawiającego na kwotę 780 000 zł. Zamawiający nie przewidział udzielania zaliczek. Izba wzięła również pod uwagę, że wykonawca może równolegle realizować także inne zamówienia i w takim przypadku kwota potencjału finansowego nie będzie odnosiła się wyłącznie do niniejszego zamówienia. W ocenie Izby warunek ten jest proporcjonalny do celu jaki chce osiągnąć Zamawiający i nie ogranicza uczciwej konkurencji, a pozwala na udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym udźwignąć finansowo realizację zamówienia i zachować płynność finansową. Żądanie Odwołującego wydaje się być wyłącznie działaniem mającym na celu obniżenie warunku do posiadanego przez niego poziomu zdolności, a nie dążeniem do zachowania przez

Zamawiającego w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Na marginesie Izba wskazuje na dyspozycję art. 22a ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może polegać na sytuacji ekonomicznej lub finansowej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, co stanowi alternatywę dla wykonawców niespełniających postawionego warunku samodzielnie. Co więcej, art. 23 ustawy pzp umożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała jednak za zasadne obniżenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy do poziomu wskazanego w żądaniach odwołania.

Zgodnie z art. 147 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *1. Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy […] 2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.*

W myśl art. 150 ust. 2 ustawy pzp: *Zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.*

Ustanowienie w postępowaniu wymagania dotyczącego wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy należy do uprawnień zamawiającego. Uprawnienie to, jak każde żądanie zawarte w treści SIWZ musi jednak odzwierciedlać uzasadnione potrzeby zamawiającego. W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wyjaśnił przyczyn ustanowienia zabezpieczenia w maksymalnej wysokości. Co do zasady, zabezpieczenie w wysokości 10% powinno dotyczyć zamówień wielomilionowych. Jak już zostało wskazane, Zamawiający przewidział odbiór przedmiotu zamówienia etapami, co powoduje mniejsze ryzyko niewykonania zamówienia z każdym następnym odbiorem prac. Wysokość zabezpieczenia musi być oceniana przez pryzmat zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zbyt wysokie zabezpieczenie może tak samo, jak wygórowany warunek udziału w postępowaniu, stanowić barierę dostępu do zamówienia. Taka bariera, o ile nie zostanie wykazane, że znajduje odzwierciedlenie w rzeczywistych obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego, jest niedopuszczalna w świetle art. 7 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby w niniejszej sprawie Odwołujący uprawdopodobnił, że 10% zabezpieczenie stanowi dla niego barierę dostępu do zamówienia, a Zamawiający nie wykazał jakie interesy i potrzeby zamierza chronić tak wysokim zabezpieczeniem.

Odnosząc się do terminu wniesienia zabezpieczenia Izba nie uznała podniesionego zarzutu za zasadny. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Oznacza to, że co do zasady, zabezpieczenie aby spełniało swoją rolę powinno zostać w całości wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy, z wyjątkami określonymi ustawą pzp, a dotyczącymi kontraktów wieloletnich, kiedy zabezpieczenie jest tworzone stopniowo przez potrącenia. Termin 7 dni od dnia otrzymania pisemnego wezwania Zamawiającego, który co więcej może zostać przedłużony o kolejne 3 dni jest wystarczający dla załatwienia niezbędnych formalności celem uzyskania zabezpieczenia.

Zarzut 3 odwołania naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp.

Zarzut 3 a (pkt 3.1. 13) a tiret 2 SIWZ)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 3.1. 13) a tiret 2 SIWZ:*Wymagania dodatkowe: a) opracowana dokumentacja musi zawierać: zgodę właścicieli gruntów na prowadzenie robót budowlanych na terenie ich nieruchomości, jeżeli zajdzie taka konieczność.*

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy pzp: *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

W ramach podniesionego zarzutu Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe skalkulowanie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy realizującego zamówienie uzyskania zgód właścicieli gruntów na prowadzenie robót budowlanych na terenie ich nieruchomości. Twierdzenie to znalazło potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Mianowicie, Zamawiający nakładając taki obowiązek nie określił w Umowie konsekwencji prawnych działania wykonawcy w jego imieniu, a dotyczących roszczeń finansowych właścicieli nieruchomości, czy kwestii zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadku przeszkód w uzyskaniu takich zgód. W związku z powyższym, zarzut należało uznać za zasadny w zakresie, w jakim niedookreślony opis wymagań stawianych wykonawcy przekłada się na niemożliwość prawidłowego określenia ryzyk kontraktowych i należyte skalkulowanie oferty.

Zarzut 3 b (pkt 3.6. 2) tiret 3 SIWZ)

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 3.6. 2) tiret 3 SIWZ:*W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie, pod rygorem sankcji określonych w umowie, wykonawca przedłoży zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane powyżej czynności w trakcie realizacji zamówienia: zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy.*

Odwołujący podniósł, iż postanowienie dotyczące obowiązku przedkładania na każde żądanie Zamawiającego zaświadczenia ZUS w celu potwierdzenia zatrudnienia na umowę o pracę, nie zawiera terminów na dokonanie tej czynności. Brak określenia minimalnego terminu na przedstawienie zaświadczenia rodzi po stronie wykonawców trudne do skalkulowania ryzyko zapłaty kar umownych w przypadku, gdy zamawiający wyznaczy nierealny termin przedstawienia zaświadczenia. Ma to istotne znaczenie w szczególności w sytuacji zmian kadrowych u wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Izba zważyła, że zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie, jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił tego, w jakim terminie uzyskanie wymaganego zaświadczenia jest dla niego możliwe. W tym zakresie Izba musiała kierować się własną wiedzą i doświadczeniem życiowym. Wedle tej wiedzy uzyskanie stosownego zaświadczenia nie wymaga dłuższego czasu niż tygodniowy.

Zarzut 3 c (pkt 9.3. SIWZ)

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 9.3. SIWZ:*Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy pzp: *Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

W myśl art. 2 ust. 7a ustawy pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy;*

W odniesieniu do powyższego zarzutu Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że przez etap postępowania rozumie również okres realizacji zamówienia i w tym zakresie podważył postanowienie SIWZ. Zamawiający wskazał, że jest to powielenie zapisu ustawowego i dotyczy etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa, jako że ustawa pzp nadaje zamawiającemu uprawnienie do oceny posiadanych przez wykonawcę zdolności. Ustawa reguluje w sposób jednoznaczny, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trwa do momentu wyboru wykonawcy, z którym ma zostać podpisana umowa.

Zarzut 4 odwołania naruszenia art. 5, art. 353 (1) ,oraz art. 58 ustawy z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 - dalej jako kc) w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy pzp.

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut 4 a (§ 1 ust. 1 pkt 3 w zw. z § 2 pkt 2 Umowy)

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy: *W ramach zadania pn. „Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka na odcinku od ul. Św. Marcin do ul. Królowej Jadwigi wraz ze skrzyżowaniem z ul. Matyi i Wierzbięcice w ramach projektu „Program Centrum – etap II – budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka" (prace projektowe i inwentaryzacja) " Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do:3) doprowadzenia do wydania przez*

właściwy organ Decyzji Budowlanych dla Zadania Inwestycyjnego i zatwierdzenia Projektu Budowlanego dla Zadania Inwestycyjnego.

W myśl § 2 ust. 2 Umowy: *Użyte w Umowie wyrazy i wyrażenia oznaczają: 2) Decyzja budowlana: wykonalna lub ostateczna decyzja zezwalająca na wykonanie robót budowlanych zgodnie z przepisami prawa, w tym m.in. zgłoszenie lub decyzja o pozwoleniu na budowę, zezwolenie na realizację inwestycji drogowej (ZRID), wymagana do uzyskania przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego celem rozpoczęcia robót budowlanych.*

Zarzut 4 b (§ 1 ust. 5 Umowy)

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 1 ust. 5 Umowy z uwzględnieniem zmiany treści SIWZ z dnia 30 stycznia 2019 r.:*Wykonawca ma obowiązek wykonania w ramach Przedmiotu Umowy wszystkich tych prac, które są konieczne do wykonania z punktu widzenia wymogów prawa oraz celu któremu ma służyć, aktualnych zasad wiedzy technicznej i architektonicznej, sztuki inżynierskiej oraz obowiązujących norm i przyjętych standardów rynkowych, nawet jeżeli nie zostały wprost wskazane w treści Umowy. Wykonawca uwzględni wszelkie wydane, związane z Inwestycją decyzje administracyjne pozyskane przez niego w wykonaniu Umowy, w tym decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach, przekazaną przez Zamawiającego w trakcie trwania Umowy. W przypadku konieczności wprowadzenia w toku realizacji Umowy zmian do Dokumentacji Projektowej na skutek przedłożenia przez Zamawiającego w/w decyzji, Wykonawca będzie realizował Przedmiot Umowy w sposób zgodny z przedłożonymi dokumentami. Nieuwzględnienie powyższej okoliczności, jak również niedoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania zakresu prac realizacji Przedmiotu Umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wysokości Wynagrodzenia.*

Zarzut 4 c (§ 3 ust. 2 pkt 4 Umowy)

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl § 3 ust. 3 pkt 3 i 4 Umowy: *Wykonawca ma obowiązek: 3) uzyskać wszelkie wymagane uzgodnienia, zatwierdzenia oraz warunki techniczne, w zakresie niezbędnym dla zrealizowania Przedmiotu Umowy, w szczególności z jednostkami miejskimi oraz zarządcami (gestorami) infrastruktury podziemnej i naziemnej; 4) podjąć wszelkie konieczne działania celem uzyskania koniecznych odstępstw od uzgodnień, zatwierdzeń oraz warunków technicznych, a w razie ich nieuzyskania niezwłocznie poinformować Zamawiającego o tym fakcie oraz przedstawić proponowane rozwiązanie i działania zamienne wraz z ich uzasadnieniem. W takim przypadku Wykonawca postąpi według wytycznych Zamawiającego co do dalszego sposobu postępowania.*

Zarzut 4 d (§ 3 ust. 6 pkt 2) Umowy) oraz zarzut 4 f (§ 3 ust. 18 pkt 3 Umowy)

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 3 ust. 6 pkt 2 Umowy: *Dokumentacja Projektowa, o której mowa w ust. 1 powyżej powinna w szczególności obejmować: 2) wszystkie wymagane opinie i uzgodnienia niezbędne do wykonania robót budowlanych w zakresie Zadania Inwestycyjnego.*

W myśl § 3 ust. 18 pkt 3 Umowy: *Wykonawca zobowiązany jest ponadto do: 3) uzyskania (w niezbędnym zakresie w imieniu Zamawiającego) wszelkich zezwoleń, zatwierdzeń, decyzji administracyjnych, uzgodnień, analiz, opinii i innych dokumentów, wymaganych dla właściwego zaprojektowania obiektów będących Przedmiotem Umowy, które nie zostały uzyskane lub przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego w dniu zawarcia Umowy oraz opracowania wszelkiej wymaganej do tego celu dokumentacji, w tym wniosków do właściwych organów, podań, odwołań i innych pism.*

Zarzut 4 e (§ 3 ust. 10 pkt 2 Umowy) oraz zarzut 4 g (§ 3 ust. 27 Umowy)

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl § 3 ust. 10 pkt 2 Umowy: *Podczas sporządzania Dokumentacji Projektowej, STWiORB, COR i DOR2) Zamawiający może polecić Wykonawcy zmianę treści Dokumentacji Projektowej w przypadku jej niezgodności z Umową lub w razie innych uwarunkowań wynikających z decyzji Zamawiającego.*

Zgodnie z § 3 ust. 27 Umowy: *Zamawiający wydaje polecenia, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z Umową i zasadami racjonalnej gospodarki środkami publicznymi realizacji prac projektowych (w szczególności w związku z realizacją inwestycji równoległych), obejmujące dokonywanie zmian zakresu i ilości, jakie będą uważane za niezbędne dla*

właściwego wykonania Przedmiotu Umowy, a Wykonawca powinien wykonać każde z poniższych poleceń: 1) zwiększyć lub zmniejszyć ilość prac objętych Przedmiotem Umowy, 2) pominąć wskazane prace, 3) wykonać prace nieprzewidziane, 4) zmienić określoną HRF kolejność wykonania robót lub niektóre z nich wstrzymać na oznaczony okres. Okoliczność wprowadzenia jakichkolwiek zmian zakresu i ilości prac zostanie potwierdzona przez Strony na piśmie.

Ponadto, Izba ustaliła:

Zgodnie z § 3 ust. 24-26 oraz 28-31: *24. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wnioski o wydanie decyzji oraz wszelkie inne wnioski do organów władzy publicznej i urzędów z odpowiednim wyprzedzeniem, uwzględniając terminy załatwiania tego typu spraw. Zaniechanie powyższego obowiązku z winy Wykonawcy nie będzie stanowiło uzasadnionej podstawy do zmiany terminu wykonania Umowy. 25. We wszystkich przypadkach, w których Wykonawca dla wykonywania jakiejś części Przedmiotu Umowy musi najpierw wystąpić do Zamawiającego, aby uzyskać jego stanowisko albo określony dokument (pełnomocnictwo etc.), w szczególności celem wystąpienia przez Wykonawcę o wydanie decyzji, zezwoleń, uzgodnień i innych dokumentów, o których mowa w Umowie w imieniu Zamawiającego, Wykonawca złoży taki wniosek z odpowiednim wyprzedzeniem, by zajęcie przez Zamawiającego stanowiska lub przekazanie dokumentu w normalnym toku czynności wynikającym z Umowy nie wstrzymywało prac Wykonawcy. Wykonawca winien precyzyjnie określić przedmiot określonego dokumentu (zakres umocowania etc). Odpowiedzialność za skuteczne uzyskanie ww. dokumentu, jak i wszelkie koszty związane z postępowaniami ponosi Wykonawca. Zamawiający przekaże Wykonawcy żądane przez niego dokumenty niezwłocznie, nie później aniżeli w terminie 10 dni roboczych od dnia wystąpienia Wykonawcy. Zamawiający może, w przypadku uzasadnionych wątpliwości co do żądania Wykonawcy, odmówić złożenia określonego dokumentu. 26. Wykonawca wykona Projekty Wykonawcze będące uzupełnieniem lub uszczegółowieniem Projektu Budowlanego w taki sposób oraz w takim zakresie i stopniu dokładności, by pozwalały one na prawidłowe wykonanie robót budowlanych, w ramach realizacji Zadania Inwestycyjnego, uwzględniając również polecenia Zamawiającego w tym zakresie. Projekty Wykonawcze zostaną wykonane w skali dostosowanej do przedmiotu opracowania. 28.Jeżeli będzie to konieczne zgodnie z wymogami prawa Zamawiający przeprowadzi zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie dotyczące wprowadzenia danego polecenia. Z tego względu polecenie może mieć jedynie charakter techniczno-organizacyjny i stanowić dokument przygotowawczy dla zawarcia aneksu lub odrębnej umowy. W takim wypadku skutek w postaci zmiany Umowy lub udzielenia odrębnego zamówienia nastąpi dopiero w chwili podpisania aneksu do Umowy lub zawarcia odrębnej umowy. 29. Jeżeli prace wynikające z wprowadzonych postanowieniami ust. 27 powyżej zmian, odpowiadają opisowi pozycji oferty, cena określona w tym dokumencie, będzie podstawą do wyliczenia wysokości wynagrodzenia, należnego Wykonawcy z tytułu wprowadzenia danej zmiany, a w pozostałych wypadkach Wykonawca przedłoży do akceptacji Zamawiającego kalkulację wynagrodzenia. Przedłożenie przez Wykonawcę wyceny nie jest wiążące dla Zamawiającego i stanowi tylko jeden z techniczno-organizacyjnych etapów procedury przygotowania do zawarcia aneksu lub nowej umowy, obejmujący określenie stanowiska Wykonawcy co do wyceny tych prac. 30. W przypadku, gdy polecenie, o którym mowa w ust. 27 powyżej będzie miało istotny wpływ na wykonanie Przedmiotu Umowy Zamawiający może polecić Wykonawcy aktualizację HRF.31. Powyższe postanowienia Strony rozumieją w ten sposób i będą je stosować w takim zakresie, by pozostawały one zgodne z PZP, w szczególności z art. 144 tej ustawy.*

W myśl § 17 ust. 1 pkt 1, 2, 5 - 7 oraz 9 Umowy z uwzględnieniem zmiany treści SIWZ z dnia 30 stycznia 2019 r. :*1. Strony przewidują możliwość zmiany Umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, jeżeli konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego, jak również w okolicznościach, które dotyczą: 1) zmian organizacyjnych Zamawiającego powodujących, iż wykonanie zamówienia lub jego części staje się bezprzedmiotowe - odpowiednia zmiana Przedmiotu Umowy (zmiana wielkości, ilości, zakresu pozycji wskazanych i wycenionych w ofercie w zakresie wynikającym ze skutków zmian), odpowiednia do zmian Przedmiotu Umowy zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy. 2) zmian w zakresie sposobu wykonywania zadań lub zasad funkcjonowania Zamawiającego albo zmian przepisów prawnych powodujących, iż wykonanie zamówienia lub jego części staje się bezprzedmiotowe lub zaistniała konieczność modyfikacji przedmiotu zamówienia - odpowiednia zmiana Przedmiotu Umowy (zamiana lub zmiana wielkości, ilości, zakresu pozycji wskazanych i wycenionych w ofercie w zakresie wynikającym z konieczności lub potrzeby), odpowiednia do zmian Przedmiotu Umowy zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy i w przypadku, jeśli wykonanie robót zamiennych wpływa na możliwość wykonywania części lub całości*

zamówienia podstawowego – odpowiednia, pod względem wpływu części lub całości robót zamiennych na część lub całość zamówienia podstawowego, zmiana terminu lub terminów realizacji Umowy dot. zamówienia podstawowego (w szczególności z uwzględnieniem ścieżki krytycznej realizacji zamówienia podstawowego), 5) niezależnego od Wykonawcy opóźnienia w przekazaniu Wykonawcy przez Zamawiającego Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wykraczającego poza datę 30.09.2019 r. - odpowiednia zmiana terminów realizacji Umowy o liczbę dni opóźnienia, wyłącznie w sytuacji, gdy Wykonawca udowodni, że wpływa to na terminy realizacji Umowy, 6) wydłużonych terminów procedur administracyjnych, oraz innych terminów spraw urzędowych, mających wpływ na terminy realizacji zamówienia, niezawinionych przez Wykonawcę – zmiana terminów realizacji Umowy o liczbę dni trwania wskazanych powyżej procedur przekraczającą terminy wynikające z przepisów prawa lub przeciętnych terminów załatwiania tego typu spraw przez dany organ lub podmiot, wyłącznie w sytuacji gdy Wykonawca udowodni, że wpływa to na terminy realizacji Umowy, 7) zmiany Przedmiotu Umowy spowodowanej wystąpieniem zdarzeń, których nie dało się przewidzieć w chwili udzielenia zamówienia - odpowiednia zmiana Przedmiotu Umowy (zamiana lub zmiana wielkości, ilości, zakresu pozycji wskazanych i wycenionych w ofercie w zakresie wynikającym z konieczności lub potrzeby) oraz proporcjonalna do zmian Przedmiotu Umowy zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy, 9) zmiany Przedmiotu Umowy na skutek wydanego przez Zamawiającego polecenia - proporcjonalna do zmian umowy zmiana wielkości, ilości, zakresu pozycji wskazanych i wycenionych w ofercie w zakresie wynikającym ze skutków zmian, odpowiednia do zmian Przedmiotu Umowy zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy, odpowiednia do zmian Przedmiotu Umowy zmiana terminu wykonania Umowy.

W ramach tej grupy zarzutów Odwołujący podniósł, że z uwagi na nałożone na wykonawcę obowiązki uzyskania niezbędnych decyzji, uzgodnień, analiz, opinii i innych dokumentów, a także wykonywania poleceń Zamawiającego, nie jest możliwe należyte skalkulowanie oferty. Ponadto, w ocenie Odwołującego, nie jest on podmiotem uprawnionym do występowania w sprawach dotyczących wydania decyzji czy uzgodnień. Wbrew twierdzeniom Odwołującego kwestie te zostały uregulowane w Umowie w sposób umożliwiający prawidłowe przygotowanie oferty. Po pierwsze wskazać należy, że trudno robić Zamawiającemu zarzut, że wymaga aby ostateczny projekt uwzględniał wszystkie konieczne decyzje, zezwolenia, opinie, uzgodnienia. Zamawiający jest zobowiązany dążyć do uzyskania celu, jakim jest dokumentacja projektowa w kształcie pozwalającym następnie na przeprowadzenie robót budowlanych. Postanowienia dotyczące zmiany terminu realizacji w przypadkach przedłużających się procedur w uzyskaniu danych dokumentów zostały zawarte w § 17 Umowy. Nie jest również tak, że Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do występowania o wymagane dokumenty. Wykonawca będzie w takim przypadku działał w imieniu Zamawiającego na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, a kwestie te zostały opisane w § 3 ust. 25 Umowy. Zamawiający uregulował także sytuacje, w których wykonawca będzie zobowiązany zrealizować nieprzewidziany zakres zamówienia. Każda zmiana dotycząca przedmiotu zamówienia niesie jednocześnie zmianę terminu jego wykonania oraz ustalenie odpowiedniego wynagrodzenia. Zamawiający wskazał w treści Umowy, że *polecenie może mieć jedynie charakter techniczno-organizacyjny i stanowić dokument przygotowawczy dla zawarcia aneksu lub odrębnej umowy.* W ocenie Izby, Zamawiający nakładając określone obowiązki na wykonawcę uregulował również wszelkie kwestie związane z ich wykonaniem, a zabezpieczające interesy wykonawcy. Dlatego też, Izba uznała powyższe zarzuty za nieuzasadnione.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:……...

Członkowie: ……...

……...