Sygn. akt KIO 629/16

WYROK
z dnia 10 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016 r. przez
Polski Związek Pracodawców Budownictwa ul. Żelazna **59A/0026, 00-848 Warszawa**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom
przy udziale wykonawców:
BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,
Eurovia Polska S.A., Bielany warszawskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce,
Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie:
1.1. zarzutu nr (ix) i nakazuje zamawiającemu modyfikację subklauzuli 5.4.6 Warunków Szczegółowych Kontraktu poprzez wskazanie, że **kwota wynagrodzenia wypłaconego przez zamawiającego bezpośrednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zostanie potrącona z wynagrodzenia należnego wykonawcy,**

1.2. zarzutu nr (x) i nakazuje zamawiającemu wykreślenie wymagania zawartego w punkcie XV.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i klauzuli 4.2. Warunków Szczegółowych Kontraktu lub jego modyfikację w sposób uwzględniający przepisy prawa krajowego oraz prawa unijnego dotyczące swobody świadczenia **usług, a także zawarte umowy międzynarodowe,**
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa tytułem wpisu od odwołania,
3.2. zasądza od Gminy Bytom – Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów na rzecz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……...…

……...…

……...…

Sygn. akt: KIO 629/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wyłonienie Wykonawcy Robót Budowlanych dla realizacji projektu pn. Bytomska Centralna Trasa Północ – Południe BCT N-S jako nowy ciąg drogi wojewódzkiej" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 072-125268. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania jako podmiot, o którym mowa w art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że przedmiotem sporu są następujące postanowienia odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach których Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:
(i) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 i ust. 5 poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą zdolną do wykonania zmówienia, tj. kierownikiem budowy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niemający na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia a mający na celu ograniczenie konkurencyjności,
(ii) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 i ust. 5 poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą zdolną do wykonania zmówienia, tj. geodetą/geodetami, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób niemający na celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a mający na celu ograniczenie konkurencyjności,
(iii) art. 7 ust. 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 poprzez wskazanie, iż wykonawca winien złożyć dokumenty będące oświadczeniami i dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków

udziału w postępowaniu we wskazanej w punkcie VI.2.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolejności,
(iv) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 5 i 353 1 Kodeksu cywilnego, a także art. 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – poprzez opisanie w punkcie XII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić w szczególności ryzyka związane z budową takie jak (i) ryzyko braku lub niepełnego uwzględnienia w dokumentacji technicznej kolizji z infrastrukturą techniczną, instalacjami lub urządzeniami obcymi, w szczególności podziemnymi, (ii) ryzyko związane z położeniem Terenu Budowy na obszarach narażonych na oddziaływanie górnicze, (iii) ryzyko wystąpienia odmiennych niż określone w dokumentacji technicznej warunków hydrologicznych i glebowych, (iv) ryzyko występowania niekorzystnych warunków fizycznych lub niekorzystnych warunków atmosferycznych, w ilościach i rozmiarach większych niż standardowe, a także wskazanie w punkcie III.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż ewentualny brak w przedmiarach robót koniecznych do wykonania na podstawie dokumentacji projektowej (w tym w Projekcie Wykonawczym) nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich wykonania na podstawie projektu, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, w cenie zaoferowanej w ofercie,
(v) art. 7 ust. 1, oraz art. 5 i art. 353 1 Kodeksu cywilnego, a także art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – poprzez opisanie w punkcie XII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić w szczególności ryzyka związane z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia m. in. ryzyko wystąpienia dodatkowych kosztów związanych z przywróceniem do stanu poprzedniego lub naprawami zniszczeń i uszkodzeń w rzeczach i/lub terenach zniszczonych lub zdegradowanych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia,
(vi) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 143b ust. 1 i 143b ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w punkcie XIV.5.4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wykonawca przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego

zobowiązany jest do przedłożenia projektu/-ów umowy/-ów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane lub kopii zawartej umowy o podwykonawstwo,
(vii) art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 36b ust. 1 i ust. 2 oraz art. 143b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w subklauzuli 5.1.2. Warunków Szczególnych Kontraktu, że jeżeli Wykonawca lub podwykonawca zamierzają zawrzeć umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane, zobowiązani są na co najmniej 7 dni przed wyznaczonym terminem na zawarcie Aktu Umowy do przedłożenia Zamawiającemu projektów tych umów, celem wpisania danych Podwykonawców oraz zakresu robót, która zostanie im powierzona do Aktu Umowy, a także w subklauzuli 5.1.3. Warunków Szczególnych Kontraktu, że po zawarciu Aktu Umowy w przypadku zamiaru zmiany Podwykonawców lub zakresu powierzonych im robót, lub wprowadzenia nowych Podwykonawców, Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Inżynierowi projektów umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane,
(viii) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego, a także art. 471 i art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – w następstwie określenia w subklauzuli 1.1.4.3. Warunków Szczególnych Kontraktu, że dochodzenie Kosztu jest możliwe, jeżeli zajdą okoliczności przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych lub na zasadach przewidzianych w art. 632 Kodeksu cywilnego.
(ix) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 143c ust. 6 poprzez określenie w subklauzuli 5.4.6 Warunków Szczegółowych Kontraktu, że kwota wynagrodzenia wypłaconego podwykonawcy pomniejsza proporcjonalnie Cenę Kontaktową płatną Wykonawcy,
(x) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 148 ust. 1 poprzez określenie w punkcie XV.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Klauzuli 4.2. Warunków Szczególnych Kontraktu, że zabezpieczenie winno być wystawione przez bank lub zakład ubezpieczeń mający siedzibę na terenie Rzeczpospolitej Polskiej lub bank lub zakład ubezpieczeń zagraniczny mający oddział z siedzibą na terenie Rzeczpospolitej Polskiej,
(xi) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego, a także art. 471 i art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

– w następstwie skreślenia w Klauzuli 17.4 [Następstwa ryzyka Zamawiającego] Warunków Szczególnych Kontraktu pkt (b) określającego obowiązek zapłaty Kosztu przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób:
1. zmiany sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.1. 2.2). 1. (Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. V.2.2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy musiała posiadać minimum 3-letnie doświadczenie w charakterze kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy budowie dróg, licząc od momentu uzyskania uprawnień,
2. zmiany sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.1. 2.2).8. (Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. V.2.2 ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby osoba wskazana na stanowisko geodety nie musiała posiadać uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji zgodnie z art. 43 pkt 1-3 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne w zakresie geodezyjnych pomiarów podstawowych,
3. zmiany punktu VI.2.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie zapisu, iż wykonawca winien złożyć dokumenty będące oświadczeniami i dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu we wskazanej w punkcie VI.2.1) kolejności,
4. zmiany punktu XII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie zapisu, iż w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić w szczególności ryzyka związane z budową takie jak (i) ryzyko wystąpienia robót niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, wynikających z zasad sztuki budowlanej, a nie wskazanych w dokumentacji technicznej, (ii) ryzyko braku lub niepełnego uwzględnienia w dokumentacji technicznej kolizji z infrastrukturą techniczną instalacjami lub urządzeniami obcymi, w szczególności podziemnymi, (iii) ryzyko związane z położeniem Terenu Budowy na obszarach narażonych na oddziaływanie górnicze, (iv) ryzyko wystąpienia odmiennych niż określone w dokumentacji technicznej warunków hydrologicznych i glebowych, (v) ryzyko występowania niekorzystnych warunków fizycznych lub niekorzystnych warunków atmosferycznych, w ilościach i rozmiarach większych niż standardowe, oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany w pkt. III.5 SIWZ poprzez usunięcie zapisu, iż ewentualny brak

w przedmiarach robót koniecznych do wykonania na podstawie dokumentacji projektowej (w tym w Projekcie Wykonawczym) nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku ich wykonania na podstawie projektu, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, w cenie zaoferowanej w ofercie,
5. usunięcie w punkcie XII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu, iż w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić w szczególności ryzyka związane z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia m. in. ryzyko wystąpienia dodatkowych kosztów związanych z przywróceniem do stanu poprzedniego lub naprawami zniszczeń i uszkodzeń w rzeczach i/lub terenach zniszczonych lub zdegradowanych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, ewentualnie jego zmianę poprzez doprecyzowanie, iż chodzi o zniszczenia i uszkodzenia w rzeczach i/lub terenach zniszczonych lub zdegradowanych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia a spowodowanych przez Wykonawcę lub podmioty za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,
6. zmiany w punkcie XIV.5.4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie zapisu, że wykonawca przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany jest do przedłożenia projektu/-ów umowy/-ów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane lub kopii zawartej umowy o podwykonawstwo,
7. zmiany w subklauzuli 5.1.2. Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez jej skreślenie, ewentualnie zmianę w ten sposób, że otrzyma ona brzmienie „Wykonawca zobowiązany jest do podania nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, nie później niż do momentu zawarcia Aktu Umowy.”,
8. zmiany w subklauzuli 5.1.3. Warunków Szczególnych Kontraktu w ten sposób, że otrzyma ona brzmienie „Jeżeli zmiana albo rezygnacja z Podwykonawcy dotyczy podmiotu, na

którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia",
9. zmiany subklauzuli 5.4.6 Warunków Szczegółowych Kontraktu w ten sposób, że otrzyma ona brzmienie „W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z Ceny Kontraktowej płatnego Wykonawcy"
10. zmiany w pkt. XV.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Klauzuli 4.2. [Zabezpieczenie Wykonania] Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez usunięcie zapisu, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy winno być wystawione przez bank lub zakład ubezpieczeń mający siedzibę na terenie Rzeczpospolitej Polskiej lub bank lub zakład ubezpieczeń zagraniczny mający oddział z siedzibą na terenie Rzeczpospolitej Polskiej,

11. zmiany Klauzuli 17.4 [Następstwa ryzyka Zamawiającego] Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez przywrócenie skreślonego punktu (b) określającego obowiązek zapłaty Kosztu przez Zamawiającego.
12. zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr (ix) i zarzutu nr (x). W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

W zakresie zarzutu nr (i) dotyczącego opisania warunku udziału w postępowaniu dysponowania kierownikiem budowy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niemający na celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, lecz ograniczenie konkurencyjności, Izba stwierdziła, że, wobec brzmienia argumentacji Odwołującego co do samego zarzutu, jak i żądania zmiany, zarzut ten nie potwierdził się.
Odwołujący zażądał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy musiała posiadać nie minimum 10-letnie, lecz 3-letnie doświadczenie w charakterze kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy budowie dróg, licząc od momentu uzyskania uprawnień. Uzasadnieniem żądania doświadczenia jedynie 3-letniego, według Odwołującego, był fakt, że okres realizacji zamówienia wynosi niewiele ponad 2 lata.
Jednak, zdaniem Izby, okres realizacji zamówienia nie ma żadnego związku z wymaganiami co do okresu doświadczenia kierownika budowy. Doświadczenie to ma odnosić się bowiem do rodzaju i stopnia skomplikowania robót budowlanych, czyli, jak słusznie wskazał Zamawiający – opisu przedmiotu zamówienia.
Zamawiający wyjaśnił w szczególności, że roboty będą skomplikowane; prowadzone będą na trudnym terenie gminy górniczej, co ma ogromny wpływ na warunki budowy, jest to zamówienie duże i trudne ze względu m. in. na szczególny teren, silnie zurbanizowany na terenach poprzemysłowych, a w zakres zamówienia wchodzi budowa takich obiektów inżynieryjnych jak mosty i wiadukty nad torami kolejowymi, roboty będą prowadzone bez wyłączenia ruchu drogowego, w pobliżu cieków wodnych. Kierownik będzie musiał kierować wieloosobowymi zespołami pracowników. Wyjaśnił też, że wyznaczony termin wykonania wynika z harmonogramu finansowania ze środków unijnych.

Odwołujący w żaden inny sposób, poza terminem realizacji zamówienia, nie wyjaśnił, dlaczego okres doświadczenia 10-letni jest zbyt długi, a 3-letni wystarczający. Zdaniem Izby argumentacja Zamawiającego jest bardziej przekonująca, a doświadczenie 3-letnie wydaje jej się zbyt małe, by objąć kierownictwo skomplikowanych robót. Do tego rozumowanie Odwołującego, zdaniem Izby, zawiera błąd logiczny – gdyby bowiem Zamawiający na te

same roboty wyznaczył okres 3-letni, według wzoru przyjętego przez Odwołującego, mógłby żądać ok. 5-letniego doświadczenia, a gdyby zażądał ich wykonania w ciągu roku (a więc tym samym znacznie utrudnił wykonanie zamówienia), mógłby żądać niecałych 2 lat doświadczenia.

W zakresie zarzutu nr (ii) dotyczącego opisania warunku udziału w postępowaniu dysponowania geodetą/geodetami, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób niemający na celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, lecz ograniczenie konkurencyjności, Izba stwierdziła, że, zarzut ten nie potwierdził się.
Odwołujący żądał zmiany warunku w taki sposób, aby osoba wskazana na stanowisko geodety nie musiała posiadać uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji zgodnie z art. 43 pkt 1-3 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne w zakresie geodezyjnych pomiarów podstawowych. Odwołujący wskazał, że dokumentacja projektowa nie zawiera zapisów dotyczących obowiązku wznowienia przez wykonawcę punktów granicznych oraz przeniesienia punktów osnowy geodezyjnej.
Z kolei Zamawiający wskazał, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na wystąpienie czynności opisanych w art. 43 pkt 1-3 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne.
W specyfikacji technicznej D-01.00.00 „Roboty przygotowawcze", pkt 1.3, 5.4.1, 5.4.3, 5.5.2 wskazano na zakres prac, które będą wymagane od geodety lub geodetów (gdyż może być to jeden geodeta z trzema zakresami uprawnień lub kilku łącznie posiadających takie uprawnienia). Zamawiający podkreślił, iż roboty będą odbywały się na terenach bardzo zniszczonych, poprzemysłowych, pogórniczych. Projektant oparł się na dokumentach ośrodka geodezyjnego, ale sam Zamawiający nie ma pewności, że dane geodezyjne są prawidłowe oraz poprawnie i w całości naniesione na mapy. W trakcie realizacji zamówienia mogą zdarzyć się spory co do ustalania granic oraz możliwość zniszczenia i konieczność wznowienia punktów granicznych. Doświadczenie Zamawiającego wynikające z realizacji innych umów wskazuje, że powinien postawić taki wymóg. Zdaniem Zamawiającego warunek nie jest nadmierny i wygórowany, a wykonawcy mają równe szanse na uzyskanie zamówienia.

Tym samym, zdaniem Izby, nie ma racji Odwołujący, że wymagane uprawnienia są Zamawiającemu zbędne i wykraczają poza zakres planowanych robót. Oczywiście, Zamawiający mógł zdecydować, że nie będzie stawiał wymogu dotyczącego geodetów w ramach warunków udziału w postępowaniu, gdyż warunki nie muszą obejmować wszystkich osób z zespołu i to Zamawiający decyduje, które osoby są dla niego szczególnie istotne – jednak jest to suwerenna decyzja Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr (iii) dotyczącego wskazania, iż wykonawca winien złożyć dokumenty będące oświadczeniami i dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu we wskazanej w punkcie VI.2.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia kolejności, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.
Zdaniem Izby wymóg ten nie ma żadnego istotnego znaczenia dla postępowania i przygotowywanej oferty. Wymóg ten ma charakter jedynie techniczny, porządkujący i mający ułatwić Zamawiającemu sprawdzanie oferty. Jeśli nawet wykonawca ułoży dokumenty w innej kolejności, nie będzie to miało negatywnego skutku formalnego. Trudno więc w postanowieniu tym upatrywać jakiejś szkody dla wykonawcy czy przekroczenia przez Zamawiającego norm prawnych. Tym samym, zdaniem Izby, nie ma potrzeby usuwać tego postanowienia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu nr (iv) i nr (v) dotyczących ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego i powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego poprzez opisanie a) w punkcie XII.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić wymienione ryzyka związane z budową, b) w punkcie III. 5, że wykonawca powinien skorygować braki w przedmiarach, c) w punkcie XII.4, iż w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić w szczególności ryzyka związane z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia m. in. ryzyko wystąpienia dodatkowych kosztów związanych z przywróceniem do stanu poprzedniego lub naprawami zniszczeń i uszkodzeń w rzeczach

i/lub terenach zniszczonych lub zdegradowanych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się.
W punkcie XII.4 Zamawiający wskazał, że w Cenie Kontraktowej wykonawca winien uwzględnić w szczególności ryzyka takie jak: (i) ryzyko braku lub niepełnego uwzględnienia w dokumentacji technicznej kolizji z infrastrukturą techniczną, instalacjami lub urządzeniami obcymi, w szczególności podziemnymi, (ii) ryzyko związane z położeniem Terenu Budowy na obszarach narażonych na oddziaływanie górnicze, (iii) ryzyko wystąpienia odmiennych niż określone w dokumentacji technicznej warunków hydrologicznych i glebowych, (iv) ryzyko

występowania niekorzystnych warunków fizycznych lub niekorzystnych warunków atmosferycznych, w ilościach i rozmiarach większych niż standardowe.
W punkcie III.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał także, iż ewentualny brak w przedmiarach robót koniecznych do wykonania na podstawie dokumentacji projektowej (w tym w projekcie wykonawczym) nie zwalnia wykonawcy z obowiązku ich wykonania na podstawie projektu, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, w cenie zaoferowanej w ofercie.
Z kolei Zamawiający stwierdził, że powyższe okoliczności nazwał ryzykiem, ale nie oznacza to przenoszenia odpowiedzialności na potencjalnego wykonawcę. Informacja ta wynika z tego, że inwestycja będzie prowadzona na terenach pogórniczych i silnie zurbanizowanych. Roboty „niezbędne" nie oznaczają wykroczenia ponad miarę, chodzi tu o roboty konieczne, które wynikają z zasad sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, Zamawiający nie chce obciążyć wykonawcy wykonaniem prac, których nie ma w dokumentacji projektowej. Może się jednak zdarzyć, że podczas wykopów trafi się na wodociąg lub gazociąg itp. Projektant ma obowiązek badać warunki co 100 m, ale pomiędzy tymi punktami może wydarzyć się coś, co będzie obciążało wykonawcę. Klauzula 1.1.4.3 to tylko informacja (ostrzeżenie), że takie sytuacje mogą się zdarzyć. Zamawiający nie uchyla się do zapłaty wynagrodzenia za zamówienia uzupełniające czy dodatkowe, czy też za inne dodatkowe koszty (w klauzuli 1.1.4.3 Warunków Szczegółowych wskazał, co rozumie poprzez ten koszt). Intencją Zamawiającego było stwierdzenie, iż niedopuszczalna jest sytuacja, w której każda rozbieżność z dokumentacją projektową będzie powodowała żądanie dodatkowego wynagrodzenia przez wykonawcę; ma tu zastosowanie też art. 36a ustawy Prawo budowlane, który wskazuje na zmiany istotne i nieistotne dokumentacji.
W postanowieniu tym nie chodzi o siłę wyższą, ale np. wyższe opady, silne wiatry. Postanowienia należy czytać razem z Klauzulą 19. Wykonawca może zwolnić się od odpowiedzialności, jeśli wykaże, że okoliczności nie leżą po jego stronie. Zamawiający nie żądał od wykonawcy odpowiedzialności za błędy w dokumentacji projektowej – Klauzula 13, jest podstawą do zmiany umowy. Umowa przewiduje też możliwość zmiany sposobu spełnienia świadczenia. Zamawiający nie rozszerzył odpowiedzialności, nie przerzuca też odpowiedzialności projektanta na wykonawcę robót budowlanych. W dokumentacji projektowej nie da się wszystkiego przewidzieć – zastosowanie ma wtedy art. 651 Kodeksu cywilnego. Zamawiający będzie analizował przesłanki zastosowania zamówień uzupełniających i dodatkowych w zależności od sytuacji na budowie. Oczywiste jest też, że wykonawca ma naprawić szkody, które wyrządzi podmiotom trzecim w trakcie wykonywania robót.

Po zapoznaniu się z kwestionowanymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba również przyjęła taką ich interpretację jak Zamawiający (według Izby wyrażone podczas rozprawy stanowisko Zamawiającego należy uznać za oficjalną interpretację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Również zdaniem Izby postanowień tych nie należy rozumieć jako obarczenia wykonawcy robót wszelkimi ryzykami związanymi z ich wykonaniem (np. powstania osuwisk znacznych rozmiarów) i nałożenia na niego obowiązku wykonania prac o nieokreślonym zakresie. Zakres robót wciąż należy odnieść do dokumentacji projektowej, a za objęte ceną ryczałtową jedynie te roboty – oprócz wynikających wprost z dokumentacji – które zgodnie z przyjętymi zwyczajami i zasadami sztuki budowlanej wchodzą w skład ryczałtu.
Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z objętym ofertą (a więc i specyfikacją istotnych warunków zamówienia) – nie może on być dowolnie rozszerzany. Takiej opcji nie można również wywodzić z art. 632 Kodeksu cywilnego dotyczącego wynagrodzenia ryczałtowego.
Dodatkowo, jeśli chodzi o kwestie proceduralne, roboty wykraczające poza dokumentację projektową podlegają co do zasady co najmniej procedurze wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (jakkolwiek Izba zwraca uwagę, że Zamawiający powinien śledzić planowaną zmianę przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz brzmienie przepisów przejściowych co do zamówień z wolnej ręki oraz możliwości zmiany zawartej umowy).
Postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujące, że ewentualny brak w przedmiarach robót koniecznych do wykonania na podstawie dokumentacji projektowej nie zwalnia wykonawcy z obowiązku ich wykonania na podstawie projektu, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, w cenie zaoferowanej w ofercie jest standardowym postanowieniem znajdującym się w specyfikacjach. Należy zauważyć, że Zamawiający nie wykracza tu poza opis przedmiotu zamówienia, lecz wskazuje właśnie na informacje znajdujące się już w dokumentacji projektowej dostępnej wykonawcy w chwili sporządzania oferty.

W zakresie zarzutu nr (vi) dotyczącego wymogu, by wykonawca przed zawarciem umowy przedłożył projekty umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane lub kopię zawartych umowy o podwykonawstwo oraz zarzutu nr (vii) dotyczącego wymogu, zgodnie z którym jeżeli wykonawca lub podwykonawca zamierzają zawrzeć umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem będą roboty budowlane, zobowiązani są na co najmniej 7 dni przed wyznaczonym terminem na zawarcie Aktu Umowy do przedłożenia Zamawiającemu projektów tych umów, celem wpisania danych podwykonawców oraz zakresu robót, która zostanie im powierzona do Aktu Umowy, a także w Subklauzuli 5.1.3.

Warunków Szczególnych Kontraktu, że po zawarciu Aktu Umowy w przypadku zamiaru zmiany podwykonawców lub zakresu powierzonych im robót, lub wprowadzenia nowych podwykonawców, wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Inżynierowi projektów umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.
Zamawiający wyjaśnił, iż w postanowieniu tym chodziło o to, że jeżeli wykonawca wcześniej zna podwykonawców oraz ma zawarte umowy, nie ma sensu od razu sporządzać aneksu do umowy, skoro można to zawrzeć już w samej umowie. Co istotne, Zamawiający zapewnił też, że jeśli wykonawca nie przedstawi takich umów w tym momencie, nie uzna tego za uchylanie się od zawarcia umowy.
Izba uznała powyższe, wyrażone podczas rozprawy stanowisko Zamawiającego za oficjalną interpretację kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienia te również należy określić jako techniczne, porządkujące i nie wyrządzają one szkody wykonawcom. Zamawiający wprost wskazał, że ma tu na celu wpisanie danych podwykonawców oraz zakresu robót, który zostanie im powierzony, do umowy. Nie należy postanowień tych uznawać za zmieniające zakres obowiązków wynikających z przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym – czy to z art. 143b ustawy Prawo zamówień publicznych, czy art. 647^1 Kodeksu cywilnego, a w szczególności nie odnosi się do umów zawieranych dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym.
Izba nie widzi też naruszenia przepisów poprzez informowanie Inżyniera Kontraktu o okolicznościach istotnych dla realizacji umowy, zwłaszcza tak istotnych jak podwykonawcy, za nadzór nad którą Inżynier ten odpowiada.

W zakresie zarzutu nr (viii) dotyczącego ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego i powodującego rażącą nierównowagę stron w następstwie określenia w Subklauzuli 1.1.4.3. Warunków Szczególnych Kontraktu, że dochodzenie Kosztu jest możliwe, jeżeli zajdą okoliczności przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych lub na zasadach przewidzianych w art. 632 Kodeksu cywilnego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.
Zdaniem Zamawiającego Subklauzula 1.1.4.3 chroni wykonawcę poprzez przyznanie mu prawa do zgłaszania roszczeń. Zamawiający nie może płacić dodatkowego wynagrodzenia

z tej umowy, ale może zawrzeć umowę na zamówienia uzupełniające lub dodatkowe. Zarzut ten dotyczy kwestii już wcześniej wskazanych przez Izbę, tj. art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem objętym ofertą (wynikającym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a umowa wykraczająca poza określenie

przedmiotu zamówienia (czyli w tym wypadku co do zasady dokumentację projektową) podlega unieważnieniu.
Zatem, pomijając sposób ukształtowania warunków umownych (np. w zakresie robót zamiennych), ustawa Prawo zamówień publicznych, co do zasady, dla wykonania prac innych niż wynikające z dokumentacji projektowych i poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, wymaga przeprowadzenia dodatkowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – najczęściej będzie to zamówienie z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Procedura ta obowiązuje niezależnie od tego, czy Zamawiający zwróci na nią uwagę w umowie, czy też nie (przy czym Izba przypomina o planowanej zmianie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie).
Podobnie art. 632 Kodeksu cywilnego ma charakter powszechnie obowiązujący, przy czym § 2 tego przepisu stanowi o możliwości podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego.

W zakresie zarzutu nr (ix) dotyczącego Subklauzuli 5.4.6 Warunków Szczegółowych Kontraktu, w której Zamawiający wskazał, że kwota wynagrodzenia wypłaconego podwykonawcy pomniejsza proporcjonalnie Cenę Kontaktową płatną Wykonawcy, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.
Odwołujący wnioskował o zmianę Subklauzuli w następujący sposób: „W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z Ceny Kontraktowej płatnego Wykonawcy".
Zamawiający wskazał, że postanowienie to jest takie, jak w przepisie.
Izba uznała, iż chociaż nie ma wątpliwości, że Zamawiającemu chodziło o potrącenie kwoty wynagrodzenia wypłaconego podwykonawcy z wynagrodzenia wykonawcy, jak w art. 143c ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak samo zastosowane sformułowanie jest niefortunne i należy je skorygować, w szczególności, że dotyczy tak istotnej kwestii jak płatność i wzajemne rozliczenia. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację Subklauzuli 5.4.6 Warunków Szczegółowych Kontraktu poprzez wskazanie, że kwota wynagrodzenia wypłaconego przez Zamawiającego bezpośrednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zostanie potrącona z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Co do zarzutu nr (x) dotyczącego wskazania w punkcie XV.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Subklauzuli 4.2. Warunków Szczególnych Kontraktu, że zabezpieczenie winno być wystawione przez bank lub zakład ubezpieczeń mający siedzibę na terenie Rzeczpospolitej Polskiej lub bank lub zakład ubezpieczeń zagraniczny mający oddział z siedzibą na terenie Rzeczpospolitej Polskiej, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Odwołujący żądał usunięcia powyższego zapisu. Wskazał w szczególności na konieczność dopuszczenia podmiotów z obszaru Unii Europejskiej.
Zdaniem Zamawiającego wymagania co do zabezpieczenia należytego wykonania umowy są zgodne z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw.
W Subklauzuli 1.4 zastosowanie ma prawo krajowe. Zamawiający nie naruszył przepisów dotyczących prowadzenia działalności ubezpieczeniowej. Wprowadzając tę klauzulę Zamawiający nie miał na myśli państw członkowskich UE, ale państwa z innego kontynentu. Być może sama klauzula wymaga doprecyzowania.
Izba również uznała powyższe wymaganie za zbyt restrykcyjne i stwierdziła, że kwestionowane postanowienie wymaga zmiany, i w związku z powyższym nakazała Zamawiającemu – według jego uznania – albo wykreślenie wymagania zawartego w punkcie XV.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i klauzuli 4.2. Warunków Szczegółowych Kontraktu – albo jego modyfikację w sposób uwzględniający przepisy prawa krajowego oraz

prawa unijnego dotyczące swobody świadczenia usług, a także zawarte umowy międzynarodowe.

Co do zarzutu nr (xi) dotyczącego ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego i powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego – w następstwie skreślenia w Klauzuli 17.4 Kontraktu pkt (b) [Następstwa ryzyka Zamawiającego] Warunków Szczególnych określającego obowiązek zapłaty Kosztu przez Zamawiającego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.
Subklauzula 17.4 stanowi, że „jeżeli, i w takim zakresie, w jakim jakiekolwiek z zagrożeń wyliczonych powyżej w Subklauzuli 17.3, spowoduje stratę lub szkodę w Robotach, Dobrach lub Dokumentach Wykonawcy, Wykonawca bezzwłocznie da Inżynierowi powiadomienie i naprawi tę stratę lub szkodę w stopniu wymaganym przez Inżyniera.
Jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt z tytułu naprawy tej straty lub szkody, to Wykonawca da dalsze powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], do:
(a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek opóźnieniem, według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie], jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz
(b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej. W przypadku podpunktu (f) i (g) Subklauzuli 17.3 [Zagrożenie stanowiące ryzyko Zamawiającego], włączony będzie także rozsądny zysk odniesiony do Kosztu.

Po otrzymaniu tego dalszego powiadomienia, Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić te sprawy."
Odwołujący zażądał przywrócenia skreślonego punktu (b). Zdaniem Odwołującego wykreślenie obowiązku opłacenia Kosztu w ramach odszkodowania, o którym stanowi Klauzula 17.4 powoduje, że w przypadku wystąpienia zdarzeń wskazanych w Klauzuli 17.3, Zamawiający nie będzie płacić wykonawcy takiego Kosztu. Klauzula 17.3 obejmuje także zdarzenia, które mogą zostać wywołane przez Zamawiającego, jak użytkowanie lub zajęcie przez Zamawiającego jakiejkolwiek części Robót Stałych, oprócz takiego jakie może być sprecyzowane w Kontrakcie oraz projektowanie jakiejkolwiek części Robót przez Personel Zamawiającego lub inne osoby, za które Zamawiający jest odpowiedzialny. Wykreślenie punktu b) Sublauzuli 17.4 umożliwia Zamawiającemu uchylenie się od odpowiedzialności za zdarzenia wskazane w Subklauzuli 17.3, nawet jeżeli celowo i umyślnie je sam wywołał. Zamawiający wskazał, że skreślenie Subklauzuli 17.4 wynika z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Zamawiający odpowiada za projektanta i jeśli dojdzie do sytuacji, o której mowa w tej klauzuli, wykonawca musi zawiadomić Zamawiającego. Postanowienie to należy czytać wraz z innymi akapitami. Zamawiający nie modyfikuje odpowiedzialności z art. 471 i 472 § 2 Kodeksu cywilnego.
Izba uznała powyższe stanowisko Zamawiającego wyrażone podczas rozprawy za oficjalną interpretację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Poza tym niezależnie od powyższego stanowiska Zamawiającego, również zdaniem Izby, kwestionowanego postanowienia umowy (wykreślenia punktu b) Subklauzuli 17.4) nie można uznać za nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za szkody spowodowane przez Zamawiającego, zwłaszcza umyślnie (Izba w ogóle wyklucza możliwość, aby Zamawiający – jako osoba publiczna – lub osoby działające po jego stronie miały celowo wywoływać jakiekolwiek szkody u wykonawcy robót czy podmiotów trzecich).
Zdaniem Izby, sama Subklauzula 17.4. pkt b) może w kontrakcie znajdować się lub nie, lecz jej brak, według Izby, nie stanowi wcale o ukształtowaniu warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy art. 473 § 2 Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……..……..…