

WYROK

z dnia 6 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lutego 2013 r.** przez wykonawcę: **ENERGOPOL-SZCZECIN S.A. ul. Św. Floriana nr 9 lokal: 13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych, Pl. Armii Krajowej nr 1, 70-456 Szczecin,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. dokonanie zmian postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w zakresie podanym w uzasadnieniu wyroku.

2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Gminę Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych, Pl. Armii Krajowej nr 1, 70-456 Szczecin,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego ENERGOPOL-SZCZECIN S.A. ul. Św. Floriana nr 9 lokal: 13, 70-646 Szczecin, tytułem wpisu od
1

odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Szczecin, Biuro ds. Zamówień Publicznych, Pl. Armii Krajowej nr 1, 70-456 Szczecin na rzecz odwołującego ENERGOPOL-SZCZECIN S.A. ul. Św. Floriana nr 9 lokal: 13, 70-646 Szczecin kwotę 24 412,36 zł (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta dwanaście złotych trzydzieści sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, zastępstwa przez pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę ulic: Potulicka, Narutowicza w Szczecinie” (Dziennik Urzędowy UE 2013/S 031-048535 z 13.02.2013 r.), w dniu 22 lutego 2013 r. wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (SIWZ), w tym wzoru umowy o roboty budowlane, zostało wniesione odwołanie w formie elektronicznej opatrzone podpisem zweryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu - przez wykonawcę ENERGOPOL-SZCZECIN S.A. (dalej odwołujący lub ENERGOPOL), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego polegających na niezgodnym z przepisami ustawy ukształtowaniu treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 lutego 2013 r., a SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w tym samym terminie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miasta Szczecin, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), (dalej zwaną ustawą Pzp) oraz wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 4 marca 2013 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględnił zarzuty nr 3, 18 i 32, natomiast w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania.

Zarzut 1. naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia kosztów „zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji”, oraz zapewnienie zmiany tras komunikacji miejskiej (m.in. pkt 9 lit. k SIWZ, str. 16, pkt 4 ppkt. 4 SIWZ, str. 20, pkt 9 ppkt 6) SIWZ, str. 26);

3

Uzasadnienie: (1) Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów wynikających ze „Zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji” jak również obowiązku zapewnienia komunikacji zamiennej należy uznać za nieuzasadnione. Takie zachowanie nie pozwala bowiem wykonawcom na należyte przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, że koszt zorganizowaniu komunikacji to również element cenotwórczy mający wpływ na wysokość ceny oferty. Śeby jednak wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę w tym zakresie, to potrzebne są od Zamawiającego szczegółowe informacje dot. m.in. ceny wozokilometra, przygotowanie pewnych wytycznych dot. ilości wozokilometrów, opisanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem „zwiększonej pracy przewozowej” itp. Brak tych informacji nie pozwala na należyte przygotowanie oferty w tym zakresie, co przekłada się również na późniejszą porównywalność i ocenę tych ofert. Zamawiający natomiast ograniczył się tylko do podania kosztu wozokilometra. Dlatego też należy się opowiedzieć za wyłączeniem z zakresu obowiązków wykonawcy ponoszenia kosztów związanych ze „zwiększoną pracą przewozową oraz wozokilometrami, wynikającymi ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji”. Należy się również opowiedzieć za zniesieniem obowiązku zorganizowania przez wykonawcę komunikacji zamiennej. Tylko taka okoliczność pozwoli bowiem wykonawcom rzetelnie przygotować ofertę w zakresie faktycznych obowiązków jakie, powinny spoczywać na wykonawcy. Ewentualnie Odwołujący wskazuje, że jeżeli powyższy koszt jak również obowiązek miałby jednak obciążać wykonawców, to Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, czyli poprzez wskazanie np. cen dodatkowych wozokilometrów, założeń dot. ilości wozokilometrów, itp. Brak takiego opisu nie pozwala wykonawcom na rzetelne przygotowanie oferty, a należy się opowiedzieć za stanowiskiem, że wręcz uniemożliwia jej przygotowanie. W tym miejscu godzi się przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011 r. (KIO 1006/11), w którym KIO stwierdziła m.in., że: „W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci - naruszenie art. 29

ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania jednoznacznego, wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia - zasługuje na uwzględnienie w zakresie ustalenia podmiotu zobowiązanego do finansowania kosztów komunikacji zastępczej (...)"

śądanie: (1) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy ponoszenie kosztów „Zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających

4

ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji” oraz zapewnienia zmiany tras komunikacji miejskiej, ewentualnie aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie.

Stanowisko Zamawiającego (1).

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania, gdyż zarzut nie jest zasadny. Zamawiający dokładnie opisał przedmiot zamówienia w SIWZ (między innymi, w pkt 9 lit. k SIWZ, str. 16, w pkt 4 ppkt 4 SIWZ, str. 20, w pkt 9 ppkt 6) SIWZ, str. 26) oraz, w załączniku nr 18 do SIWZ.

Zamawiający wyjaśniał, że wskazując cenę wozokilometra przekazał niezbędne informacje do skalkulowania takich kosztów przez Wykonawcę. Ilość wozokilometrów będzie zależna od tras przyjętych przez Wykonawcę w projekcie czasowej organizacji ruchu. Obowiązek opracowania takiego projektu wynika z Subklauzuli 4.1 pkt e) Załącznika nr 7 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu. Zmiany trasy komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji wynikają z organizacji ruchu, którą determinuje harmonogram robót opracowywany przez Wykonawcę. Zauważył, że nie narzuca wykonawcy kolejności wykonywanych robót. Obciążenie wykonawcy kosztami eksploatacji komunikacji miejskiej zamiennej na obszarze przebudowy układu drogowo-tramwajowego jest praktyką stosowaną przez Zamawiającego we wszystkich zamówieniach publicznych, w których jest wykonywana przebudowa dróg i torowisk tramwajowych.

Stanowisko Izby (1):

Okoliczność przyznana stanowi, że zgodnie z pismem ZDiTM w Szczecinie z dnia 17.08.2012 r. zamawiający podał maksymalną stawkę za 1 wozokilometr w zastępczej komunikacji autobusowej w kwocie 6,51 zł brutto. W tabeli Elementów Rozliczeniowych Część Ogólna A zamawiający w poz. 1 określił element rozliczeniowy pn. utrzymanie objazdów/przejazdów i organizacji ruchu oraz ich likwidację – wymagając od wykonawcy podania stawek miesięcznych w okresie 24 m-cy trwania inwestycji.

Wykonawca ma do dyspozycji pełną dokumentację projektową wraz z zezwoleniami i uzgodnieniami branżowymi, jest więc w stanie ustalić w oparciu o własny harmonogram i przewidywaną przez siebie organizację robót - konieczne objazdy ich długość i koszt oraz czas utrzymywania. Wymaganie wynika z istotnych potrzeb zamawiającego - ma bezpośredni związek z daną inwestycją, której przedmiot stanowi przebudowa drogi wraz z torowiskami, tak więc zachodzi wprost konieczność ustalenia objazdów, przewidzianych w

5

tymczasowej organizacji ruchu, którą również w ramach zamówienia – zapewnia wykonawca, uwzględniając optymalny ze swego punktu widzenia czas utrzymywania objazdów i ich zakres także w ramach innych obiektywnych uwarunkowań, np. co do częstotliwości kursów według regularnego rozkładu jazdy środków komunikacji miejskiej. Zamawiający nawet nie mógłby narzucić wykonawcy określonych rozwiązań w tym zakresie, gdyż stanowiłoby to ingerencję w podany przez wykonawcę harmonogram robót i ich organizację. Ilość wozokilometrów będzie zależna od tras przyjętych przez wykonawcę w projekcie czasowej organizacji ruchu. Ponadto Izba zauważyła, że odwołujący nie zakwestionował tych samych postanowień w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 2 naruszenia art. 7 ust 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i

niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - przejawiające się tym, że Warunkach Szczególnych Kontraktu w Subklauzuli 4.10 Dane o Placu Budowy wskazał, że „Informacje o Placu Budowy będące w posiadaniu Zamawiającego zawarte zostały w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pozostałe dane np.: dotyczące organizacji budowy w tym opracowania, tymczasowej organizacji ruchu, ustalenia możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych, w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami, Wykonawca uzyska we własnym zakresie”.

Uzasadnienie (2). Opisanie przez Zamawiającego w taki sposób przedmiotu zamówienia, że przerzuca on na wykonawców obowiązek uzyskania we własnym zakresie danych dotyczących organizacji budowy w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu, ustalenia możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych, w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami, stanowi przejaw naruszenia przepisów PZP. Brak tych informacji znacznie utrudnia przygotowanie przez wykonawcę oferty cenowej w należyty sposób. Są to bowiem informacje, które powinny być przekazane przez Zamawiającego wykonawcom na równych warunkach, przed upływem terminu na składanie ofert.

śądanie (2). Nakazanie Zamawiającemu, aby opisał on przedmiot zamówienia w taki sposób, aby Wykonawcy otrzymali dane dotyczące organizacji budowy w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu, ustalenia możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych, w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego

6

granicami - od Zamawiającego i to na etapie przed upływem terminu na składanie ofert.

Stanowisko zamawiającego (2):

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania. W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Zamawiający wyjaśniał, że pozostałe dane dotyczą organizacji budowy, w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu, ustalenia możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami. Powyższe dane są ogólnie dostępne na równych zasadach, dla wszystkich Wykonawców i można je odszukać na mapach drogowych, na stronach internetowych GDDKiA, Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego miasta Szczecina. Wykonawca jest w stanie określić trasę przebiegu komunikacji mając dostęp do planu miasta i obecnych tras przebiegu komunikacji.

Stanowisko Izby (2):

Organizacja budowy w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu i uzyskania jej zatwierdzenia należy do obowiązków wykonawcy robót. Tymczasowa organizacja ruchu uzależniona jest od postępu robót przy poszczególnych odcinkach remontowanej drogi, a więc koszty z tym związane (wykonania projektów, zajęcia pasa drogowego, wykonanie oznakowań, uzyskanie zezwoleń) wykonawca ma możliwość wyliczenia i ujęcia w cenie oferty w zależności od własnego harmonogramu rzeczowego i przewidywanej organizacji robót. Dostępność przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych, w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami, określają znaki drogowe i decyzje stałej organizacji ruchu, które wykonawca może uzyskać. Zamawiający udostępnił decyzję zatwierdzającą stałą organizację ruchu związaną z przedmiotową inwestycją. Możliwości dojazdu na budowę określa decyzja o tymczasowej organizacji ruchu, zatwierdzająca przedłożony projekt. Wymaganie pozostaje w ścisłym związku z zakładaną przez wykonawcę organizacją robót i harmonogramem, którego ustalenie leży w gestii wykonawcy. Stąd nałożenie na wykonawcę opracowania i uzyskania zatwierdzenia tymczasowej organizacji ruchu jest zasadne. Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Subklauzula 4.1 szczegółowych warunków kontraktu (WSK) wprowadzająca wymóg w identycznym brzmieniu nie została zaskarżona. Wskazane przez odwołującego dane - jako braki opisu przedmiotu zamówienia są ogólnie dostępne na równych zasadach, dla wszystkich

wykonawców i można je odszukać na mapach drogowych, na stronach internetowych GDDKiA, Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego miasta Szczecina. Wykonawca jest w stanie określić trasę zastępczą trasę przebiegu komunikacji mając dostęp do planu miasta i

7

obecnych tras przebiegu tej komunikacji. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że nawet jak oznaczone informacje są ogólnie dostępne np. wynikające z oznakowania dróg co do dopuszczenia ruchu pojazdów o określonym tonażu, czy też stałej organizacji ruchu, to mimo tego dokumentacja przetargowa winna te dane zawierać. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 3 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie; oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - w postaci wprowadzenia przez Zamawiającego zastrzeżenia dot. możliwości częściowego przekazywania Placu Budowy oraz narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb związanych z realizacją inwestycji (SIWZ pkt 9 Warunki wykonawstwa - ppkt 12 str.27).

Uzasadnienie (3) Brak jednoczesnego przekazania Placu Budowy oraz zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb Zamawiającego, należy również oceniać w kategorii okoliczności, które stwarzają stan wysokiej niepewności, który przekłada się na brak możliwości rzetelnego przygotowania ceny ofertowej. Przedmiot zamówienia nie jest bowiem wykonywany w jednym miejscu, ale teren budowy jest rozciągnięty na obszarze o długości kilku kilometrów. Stąd na etapie przygotowania oferty wykonawca musi wiedzieć w jaki sposób zorganizować pod względem technicznym i organizacyjnym budowę. Co z kolei przekłada się na jego ofertę cenową. Konieczna do tego (jeżeli przewiduje się częściowe przekazywanie dostępu do Terenu Budowy oraz możliwość narzucenia kolejności wykonywanych robót), jest jednak informacja od Zamawiającego dot. harmonogramu przekazywania dostępu do Placu Budowy oraz kolejność prowadzenia robót. Brak tych informacji sprawia, że wykonawca nie jest w stanie przygotować oferty w sposób obiektywny, przekłada się to w dalszej kolejności na porównywalność złożonych ofert. Przy takim bowiem przekazie Zamawiającego, wykonawcy mogą tylko snuć przypuszczenia co do sposobu przekazywania Placu Budowy oraz kolejności robót do wykonania, a tego typu okoliczności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie powinny mieć miejsca.

śądanie (3) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zmienił postanowienia warunków przetargowych (opisanych m.in. w Umowie o Roboty Budowlane i Warunkach Szczególnych) w taki sposób, aby Plac Budowy został przekazany w całości, ewentualnie jeżeli miałby on

8

być przekazywany częściowo to wskazanie przez Zamawiającego już na etapie postępowania przetargowego harmonogramu opisującego sposób i terminy jego przekazywania, oraz nakazanie Zamawiającemu, aby ten przedstawił wykonawcom - w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia już na etapie postępowania przetargowego - kolejność prowadzenia robót.

Stanowisko zamawiającego (3):

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 3.

Odwołujący oświadczył, że skoro zamawiający uwzględnił zarzut w ten sposób, że sprecyzował, iż plac budowy zostanie przekazany jednorazowo w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, a nie etapami to wprowadzenie takiej zmiany wyczerpuje żądania odwołującego.

Stanowisko Izby (3): Zamawiający przyznał, że nie dokonał jeszcze modyfikacji SIWZ, w związku z powyższym zachodzi podstawa nakazania zmian w (SIWZ pkt 9 Warunki

wykonawstwa - ppkt 12 str.27).

Zarzut 4 - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5 i 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - poprzez niejasne określenie sposobu rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, tj. nie wiadomo czy będzie to jednorazowa płatność, czy też Zamawiający przewiduje płatności częściowe, (§ 24 Umowy o Roboty Budowlane, Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7 Warunków Szczególnych, pkt 11 SIWZ str. 27, oraz Załącznik do Oferty).

Uzasadnienie (4) Zamawiający zawarł w SIWZ oraz załącznikach do niej bardzo niejednoznaczne postanowienia dot. rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. W jednym bowiem miejscu wskazuje, że „Rozliczenie umowy nastąpi po wystawieniu Ostatecznego Świadcstwa Płatności. Podstawą płatności będzie jedna faktura wystawiona przez Wykonawcę po otrzymaniu Ostatecznego Świadcstwa Płatności zatwierdzonego przez Zamawiającego.” Z kolei w Warunkach Szczególnych (np. Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7) jest mowa o Przejściowych Świadcstwach Płatności, co sugerowałoby, że Zamawiający jednak częściowe płatności przewiduje. Wobec jednak braku jednoznacznego wskazania w tej kwestii, uzasadnione jest doprecyzowanie sposobu

płatności przez Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że zupełnie inaczej przedstawia się cena ofertowa w sytuacji, gdy wykonawca musi niejako w całości skredytować całą inwestycję, a inaczej gdy tylko częściowo. Wiąże się to z kosztami kredytu.

śądanie (4) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wyraźnie opisał w SIWZ, Umowie o Roboty Budowlane, oraz Warunkach Szczególnych, sposób (ilość) płatności za wykonane prace.

Stanowisko zamawiającego (4):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zamawiający dokładnie opisał sposób płatności w SIWZ Rozdział XV, pkt. 11 „Rozliczenia i płatności” oraz w punkcie VIII Umowy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Na rozprawie wyjaśniał, że przez przejściowe świadectwa płatności rozumie protokoły robót zakrytych i częściowych. Wykonawca po zakończeniu każdego miesiąca ma prawo przedłożyć Inżynierowi rozliczenie kwot, które uważa za należne jednakże nie ma prawa wystawić za dany zakres robót faktury.

Stanowisko Izby (4):

Odwołujący nie przytoczył wszystkich postanowień odnoszących się do kwestii płatności, w szczególności pominął postanowienia – określone w warunkach ogólnych kontraktu, przyjętych w dokumentacji SIWZ tegoż postępowania (FIDIC dla robót budowlanych i inżynierskich wydanie 2000 r.) klauzula 14.3, który stanowi, że po zakończeniu każdego miesiąca wykonawca przedłoży inżynierowi (...) rozliczenie wskazujące szczegółowo kwoty, do których otrzymania wykonawca uważa się za uprawnionego. W warunkach Szczególnych (np. Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7) jest mowa o Przejściowych Świadcstwach Płatności, co mogłoby świadczyć, że Zamawiający częściowe płatności przewiduje. Postanowienia SIWZ, SWK oraz wzoru umowy pozostają jednak niejasne w zakresie wzajemnych relacji i wymagają doprecyzowania, w szczególności w odniesieniu do postanowienia wzoru umowy, że podstawą zapłaty będzie „jedna” faktura końcowa oraz, że ustawowe odsetki w płatności wynagrodzenia, Subklauzula 14.8 należą się za zwłokę w płatności określonej w Subklauzuli 14.7. Z tych względów zarzut znalazł potwierdzenie, gdyż wykonawca musi wiedzieć kiedy otrzyma płatności aby ewentualny koszt kredytowania

budowy ująć w cenie oferty. Pozostawienie tak niejasnych i dwuznacznych postanowień w odniesieniu do płatności dawałoby zamawiającemu możliwość dowolnej ich interpretacji na etapie realizacji umowy. Opis w tym zakresie jest niepełny, niejednoznaczny i niespójny, narusza zatem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ogranicza uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców ubiegających się o zamówienia, uniemożliwia jednolitą interpretację postanowień SIWZ, a co za tym idzie wprowadza do dokumentacji postępowania wewnętrzne sprzeczności, które uniemożliwiają prawidłowe przygotowanie oferty i wyliczenie kosztu robót. Konieczne jest jednoznaczne sprecyzowanie postanowień w odniesieniu do płatności.

Zarzut 5 - naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 647 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - poprzez wymóg w przypadku korzystania z podwykonawców przedstawienia do propozycji umowy lub umowy z podwykonawcą - gwarancji bankowej (lub jej promesy) zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do Zamawiającego o taką płatność, które to żądanie należy uznać za bezpodstawne, oraz brak wskazania przesłanek, których spełnienie uprawniałoby Zamawiającego do niewyrażenia zgody na danego podwykonawcę (m.in. § 34 ust. 3 Umowy o Roboty Budowlane).

Uzasadnienie (5) Zgodnie z art. 647.1 § 2 Kodeksu cywilnego, do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W przywołanym przepisie ustawodawca wyraźnie wskazał, jakie dokumenty winien przedłożyć wykonawca, aby uzyskać zgodę na możliwość korzystania przy wykonywaniu zamówienia z podwykonawcy. Wśród tych dokumentów nie wymaga się przedłożenia dodatkowych gwarancji bankowych zapłaty. Również żaden z przepisów PZP nie przewiduje odrębnego zabezpieczenia płatności na rzecz podwykonawców. Stąd należy uznać wymóg przedstawienia takiego zabezpieczenia za nieuzasadniony z uwagi na to, że żaden z przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa nie przewiduje takiej gwarancji. Wymóg jej przedstawienia gwarancji stanowi przejaw nadużycia prawa i swobody w kształtowaniu stosunków zobowiązaniowych. Godne uwagi

11

jest to, że Zamawiający nie wprowadził zakazu korzystania z podwykonawców. Śądanie jednak takiego zabezpieczenia powoduje to, że w lepszej sytuacji stawia się wykonawców, którzy nie będą korzystali z podwykonawców lub mniejszym zakresie. Koszt uzyskania bowiem takiej gwarancji bankowej wpływa na cenę oferty. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że jeżeli Zamawiający chce się zabezpieczyć przed ewentualnym „podwójną płatnością” to wystarczającym sposobem, który nie będzie powodował dodatkowych kosztów dla wykonawcy i podrażał przez to oferty, jest przelew wierzytelności świadczenia pieniężnego (wynagrodzenia) należnego wykonawcy od Zamawiającego na rzecz podwykonawcy, czy też konstrukcja przekazu zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy. Ponadto należy wskazać, że brak przesłanek, których zaistnienie upoważniałoby Zamawiającego do braku wyrażenia zgody na danego podwykonawcę, może być przyczyną arbitralnych decyzji Zamawiającego, co z kolei obciążone jest zbyt dużym stanem niepewności dla wykonawców. Odwołujący uważa, że tego typu przesłanki powinny być z góry określone, tak aby nie stwarzać stanu niepewności. Odwołujący proponuje, aby były to przesłanki określone w Subklauzuli 4.4 pkt (h),(i), (j), (k).

Śądanie (5) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wykreślił z § 34 ust. 3 Umowy o Roboty Budowlane - obowiązek przedstawienia do propozycji umowy lub umowy z podwykonawcą - gwarancji bankowej (lub jej promesy) zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do

Zamawiającego o taką płatność, i zastąpienie tej formy zabezpieczenia ewentualnym przelewem wierzytelności świadczenia pieniężnego (wynagrodzenia) przysługującej wykonawcy w stosunku do Zamawiającego na rzecz podwykonawcy, ewentualnie przekazu dot. na wprowadzeniu płatności wynagrodzenia rzecz podwykonawcy, wprowadzenie przesłanek, których spełnienie upoważniałoby Zamawiającego do odmowy wyrażenia zgody na danego podwykonawcę.

Stanowisko zamawiającego (5):

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania. W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Wymóg zabezpieczenia płatności dla podwykonawców odpowiada w całości zasadom współżycia społecznego i z jednej strony gwarantuje podwykonawcom wypłatę wynagrodzenia a z drugiej strony zabezpiecza Zamawiającego przed dokonywaniem podwójnych płatności. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać

12

sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Mając na uwadze specyfikę przedmiotowego zamówienia publicznego tj. okres realizacji 24 miesiące od daty podpisania Umowy, z płatnością za roboty w postaci jednej faktury na podstawie Końcowego Świadczenia Płatności Zamawiający przedmiotowymi zapisami zabezpieczył interes swój oraz Podwykonawców wybranych przez Wykonawcę. Zamawiający jest świadomy kosztów pozyskania gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych, jednak mając na uwadze obserwowane na rynku budowlanym zjawiska braku płynności finansowej wykonawców realizujących zamówienia publiczne Zamawiający chce zabezpieczyć ewentualne roszczenia podwykonawców. Ograniczenie się do pozyskiwania przez Wykonawcę od Podwykonawców oświadczeń o zaspokojeniu ich roszczeń finansowych nie gwarantuje skutecznego zabezpieczenia Zamawiającego przed ryzykiem tzw. „podwójnego płacenia” za wykonane roboty oraz nie gwarantuje podwykonawcom zapłaty za wykonane przez nich roboty i usługi. Zamawiający dokładnie opisał zasady udzielania zgody Wykonawcy na podpisanie umowy z Podwykonawcą w punkcie XI Umowy oraz w Subklauzuli 4.4. („Podwykonawcy”) Warunków Szczególnych Kontraktu str. 11. Brak udzielenia zgody na proponowanego podwykonawcę będzie się sprowadzał do tego, gdy wartość robót w umowie z podwykonawcą będzie większa niż przewidziana w ofercie wykonawcy jeżeli okres realizacji prac przez podwykonawcę będzie dłuższy niż wynika to z harmonogramu.

Stanowisko Izby (5):

Realizacja zamówienia publicznego przez wykonawcę przy pomocy podwykonawców jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Skoro zatem wykonawca realizuje umowę przy pomocy podwykonawców to po stronie inwestora tworzy to szczególną, dodatkową odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane unormowaną w art. 647.1 § 5 K.c. Odpowiedzialność ta, stanowiąca przełamanie zasady skuteczności inter partes stosunków zobowiązaniowych wynikających z umów, jest w doktrynie postrzegana jako rozwiązanie bardzo rygorystyczne i łączy się z ryzykiem podwójnej zapłaty (na rzecz generalnego wykonawcy i podwykonawcy). Wystąpienie z roszczeniem przez podwykonawcę zaakceptowanego - oznacza brak wykonania przez generalnego wykonawcę jego podstawowych obowiązków wynikających z umowy podwykonawczej polegających na zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy.

Art. 647.1 § 5 Kodeksu cywilnego przewiduje solidarną odpowiedzialność inwestora razem z wykonawcą za zobowiązania wykonawcy wobec jego podwykonawców, stąd co do zasady, wprowadzanie do wzoru umowy postanowień zabezpieczających zamawiającego przed roszczeniami podwykonawców, Izba uznała za prawidłowe. Jakkolwiek przedłożenie dodatkowych gwarancji bankowych zapłaty należności na rzecz podwykonawców, nie ma

13

umocowania wprost w treści ustawy Pzp, (która jedynie przewiduje w art. 147 zabezpieczenie należytego wykonania umowy) – co może stwarzać odmienne warunki

dostępu do zamówienia na rzecz podmiotów, które same będą wykonywać zamówienie, w odróżnieniu do tych, którzy zamierzają korzystać z podwykonawców, to jednak Izba uwzględniła okoliczność, że zamawiający potwierdził, iż przewidział w jednorazową płatność wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w oparciu o fakturę końcową po odbiorze robót. Zamawiający zapewnił sobie w subklauzuli 14.7 WSK możliwość dokonywania potrąceń z faktury wykonawcy kwot należnych podwykonawcy, jeżeli ten zwróci się pisemnie do zamawiającego o dokonanie bezpośredniej zapłaty, a wykonawca nie dostarczy dostatecznych dowodów na to, że odmowa zapłaty była dostatecznie uzasadniona na mocy postanowień kontraktu oraz, że podwykonawca został o tym powiadomiony. W związku z ustalonym sposobem płatności - potrącenie będzie możliwe dopiero z wymagalnej należności wykonawcy w oparciu o fakturę końcową. Z tych względów Izba uznała wymóg za uzasadniony usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego, który oświadczył, że nie ma możliwości ani zapewnionych środków, aby sukcesywnie w miarę postępu robót rozliczać się z wykonawcą - w oparciu o przejściowe świadectwa płatności. Rzeczą wykonawcy będzie regulowanie rozliczeń z jego podwykonawcami w taki sposób, aby podwykonawcy nie zgłaszali roszczeń do zamawiającego. Zamawiający miał prawo, mając na uwadze treść art. 647.1 § 5 Kodeksu cywilnego oraz specyfikę przedmiotowego zamówienia publicznego tj. okres realizacji 24 miesiące od daty podpisania Umowy, z płatnością za roboty w postaci jednej faktury na podstawie Końcowego Świadectwa Płatności - przedmiotowymi zapisami zabezpieczyć interes swój oraz podwykonawców wybranych przez wykonawcę. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 6 – naruszenie art. 7 ust.1 PZP, oraz art. 5, 353.1 i 83 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z wprowadzeniem przez Zamawiającego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy oraz za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie rękojmi za wady, oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia do Umowy o Roboty Budowlane postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (np. za przerwę w realizacji Robót powstałą z winy Wykonawcy powyżej 21 dni, za nie dotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania) - w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy (§ 39 Umowy o Roboty Budowlane), oraz zaniechania wprowadzenia kary umownej

14

za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, zaniechanie wprowadzenia limitu kar umownych.

Uzasadnienie (6) Za przejaw nadużycie prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej, należy uznać wprowadzenie kary umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś co nie leży po jego stronie. Tym samym przygotowując ofertę cenową musiałby on już uwzględnić ewentualne opóźnienie (opóźnienie przy wykonywaniu robót budowlanych nie spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy nie jest niczym nadzwyczajnym), za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe. Za przejaw nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody umów należy również uznać brak postanowień umownych, które anulowałyby tzw. kary umowne pośrednie (np. za przerwę w realizacji Robót powstałą z winy wykonawcy powyżej 21 dni, czy za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania), w przypadku, gdy wykonawca zrealizuje w terminie zamówienie. Tego typu kary nie pełnią bowiem funkcji kary umownej, czyli swego rodzaju rekompensaty w formie zryczałtowanego odszkodowania, ale stanowią nieuzasadniony niczym sposób dodatkowego wzbogacenia się kosztem wykonawcy. Przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów jest również brak przewidzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w takiej samej wysokości w jakiej kara ta przysługuje Zamawiającemu za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto należy wskazać, że brak jest limitu kar umownych.

śądanie (6) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zastąpił w § 39 Umowy o Roboty

Budowlane termin „opóźnienie” (wszędzie tam gdzie występuje) - terminem „zwłoka”, oraz wprowadził postanowienia dot. anulowania tzw. kar umownych pośrednich (np. za przerwę w realizacji Robót powstałych z winy wykonawcy powyżej 21 dni, za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania) w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy, oraz aby wprowadził karę umowną w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, jak również wprowadził limit kar umownych.

Stanowisko zamawiającego (6):

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Zapisy SIWZ nie wprowadzają w błąd, z opisu przedmiotu zamówienia wynika zakres i warunki jego realizacji. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki Umowy są dopuszczalne w świetle art. 15

353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zamawiający wskazał na pełną treść Subklauzuli 8.13 załącznika nr 7 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu tj. „Zamiast zapłaty kary umownej określonej w Warunku 8.7, Wykonawca może przedstawić Zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia Robót w Pierwotnym Terminie Kontraktowym, w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, na kwotę równą wysokości należnej kary. Zamawiający zwraca Wykonawcy powyższą gwarancję bezzwłocznie po otrzymaniu od Inżyniera Świadcstwa Przejęcia, jeżeli Pierwotny Termin Kontraktu został dotrzymany. W przeciwnym wypadku Zamawiający uprawniony będzie do wyegzekwowania należności wynikającej z kary poprzez uruchomienie gwarancji, lub poprzez potrącenie należności wynikającej z kary z płatności przysługującej Wykonawcy.”

Stanowisko Izby (6):

Oprócz powołania się ogólnie na naruszenie zasad art. 7 ust. 1 Pzp, odwołujący nie podał żadnego przepisu ustawy Pzp, które kwestionowane postanowienia by naruszały. Warunkiem nieodzownym wykazania interesu w odniesieniu tak do całości odwołania jak i poszczególnych zarzutów jest zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp wykazanie nie tylko naruszenia zasad ogólnych ustawy Pzp, art. 5 i 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP – ale przede wszystkim wykazanie naruszenia skonkretyzowanych przepisów ustawy Pzp. Samo ustalenie w sposób niesymetryczny wzajemnych obowiązków między zamawiającego a wykonawcę nie świadczy o naruszeniu przepisów i zasad ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, iż kwestionowane postanowienia stwarzają nierówne warunki konkurencji pomiędzy wykonawcami, czy też ograniczają dostęp do zamówienia w odniesieniu do: niewyznaczenia górnego limitu kar umownych, których wykonawca wywiązujący się z umowy w sposób należyty w ogólności może uniknąć. Możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po jego stronie w niektórych przypadkach określona jest wprost w ustawie. Art. 145 Pzp przewiduje prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy, gdy jej wykonanie nie leży w interesie publicznym. Z tych przyczyn zamawiający nie mógłby w ogóle zostać obciążony karami umownymi. Kary za „pośrednie niedotrzymanie terminów realizacji, czy przerobów wbrew twierdzeniom odwołującego, mogą zostać anulowane w przypadku narobienia opóźnień o czym stanowi subklauzula 8.13 WSK – „zamiast kary określonej w warunku 8.7 wykonawca może przedstawić zabezpieczenie wykonania robót w pierwotnym terminie, Zamawiający zwraca wykonawcy powyższą gwarancję bezzwłocznie po otrzymaniu od Inżyniera świadectwa przejścia jeżeli pierwotny termin został dotrzymany. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do wyegzekwowania należności.” Stawiając ostatni

omówiony zarzut należało stwierdzić, iż odwołujący nie przytoczył całości odnośnych zapisów SIWZ. Izba uznała jednak zarzut za zasadny w części odnoszącej się do nakazania zamawiającemu zmiany zapisów w zakresie wprowadzenia kar umownych za „zwłokę” a nie za „opóźnienie.” Ponadto uznała, że w umowie winny zostać wprowadzone kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, z wyłączeniem

sytuacji, gdy przepis ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do podjęcia takiej decyzji.

Zarzut 7 - naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia czy szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, oraz prowadzenie robót w sposób, który zapewni niepowodowanie tam jakiegokolwiek zakłóceń czy szkód, oraz przerzucenie na Wykonawcę obowiązku zabezpieczenia Zamawiającego przed roszczeniami oraz przyjęciem przez Wykonawcę odpowiedzialności materialnej za wszelkie skutki finansowe z tytułu jakiegokolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z Placem Budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody. (Subklauzula 4.25 Warunków Szczególnych).

Uzasadnienie (7) Naruszeniem zasady swobody kontraktowej oraz nadużyciem prawa jest także przerzucenie na wykonawców całkowitej i nieograniczonej odpowiedzialności za zakłócenia czy też szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi. Wykonawca może bowiem odpowiadać za wyrządzoną rzeczywistą szkodę w związku z prowadzonymi przez niego robotami. Może również ponosić odpowiedzialność za zakłócenia, które wykraczają zdecydowanie ponad przeciętną miarę przy tego typu robotach. Przy czym pewne normy powinny być wskazane przez Zamawiającego już na etapie postępowania przetargowego, tak aby nie było wątpliwości za co wykonawca odpowiada. Tymczasem przy takich postanowieniach kontraktu, wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność sprowadzającą się w skrajnych przypadkach do tego, że będzie ponosił odpowiedzialność za sam fakt wykonywania robót budowlanych (np. odpowiedzialność wobec właścicieli pobliskich sklepów za utracone korzyści), czy związaną - za emisję hałasu w związku z prowadzonymi robotami. Wszystko to sprawia, że również w tym wypadku wykonawca nie

17

może przygotować należycie oferty, ponieważ nie wie jaki musi przewidzieć koszt na ewentualne odszkodowania, za szkody które nie ponosi odpowiedzialności.

Śądanie (7) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zmienił postanowienia Subklauzuli 4.25 Warunków Szczególnych, w taki sposób, aby odpowiedzialność wykonawcy za zakłócenia czy szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi dotyczyła tylko i wyłącznie okoliczności, kiedy wykonawca wyrządził faktyczną szkodę, a zakłócenie wynikało ponad przeciętną miarę, oraz ewentualnie nakazanie Zamawiającemu szczegółowego opisanie norm za przekroczenie, których wykonawca może ponosić ewentualną odpowiedzialność wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy.

Stanowisko zamawiającego (7):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Dodana treść Subklauzuli 4.25 jednoznacznie informuje, że Wykonawca odpowiada za roszczenia lub szkody: „w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody, a więc jeżeli Wykonawca udowodni, że nie odpowiada za daną szkodę lub inne zakłócenie to nie będzie ponosił odpowiedzialności materialnej. Praktyka budowlana powinna być prowadzona przez Wykonawcę rzetelnie i w sposób zapewniający dostęp do posesji budynków znajdujących się w sąsiedztwie placu budowy, przede wszystkim ze względów bezpieczeństwa, dla służb ratownictwa i policji. Wymaganie to jest możliwe do spełnienia dla każdego wykonawcy. Zamawiający nie przewidział zmian w przedmiotowym zakresie.

Stanowisko Izby (7):

Zarzut powyższy pozostaje w związku z zarzutem 12 niniejszego odwołania. W ocenie Izby

nie jest możliwe wyłączenie z góry odpowiedzialności wykonawcy za szkody wyrządzone właścicielom i użytkownikom nieruchomości sąsiadujących z terenem budowy, ani też ustalenie z góry takiej odpowiedzialności w każdym zgłaszanym przypadku. Każdorazowo zgłaszane roszczenia z tytułu szkód czy utrudnień muszą być rozpatrzone pod kątem ich zasadności. Śadne umowne postanowienia między zamawiającym a wykonawcą nie uchronią przed zgłaszaniem mniej lub bardziej uzasadnionych roszczeń przez osoby postronne, mogące być poszkodowanymi w trakcie prowadzenia robót remontowych w ulicy, gdzie plac budowy z reguły nie jest kompletnie wygradzony, zawiera prowizoryczne przejścia i przejazdy. Rzeczą wykonawcy jest skalkulowanie oceny możliwości wystąpienia takich ryzyk i ujęcia ich w cenie oferty, chociażby poprzez koszt polisy OC z odpowiednią sumą

18

gwarancyjną. Zamawiający wymagał ubezpieczenia OC w zakresie wykazania zdolności ekonomicznej i finansowej. Wymagał też w § 35 wzoru umowy polisy ubezpieczenia budowy od wszystkich ryzyk CAR z sumą ubezpieczenia do 120% wysokości wartości kontraktu – na czas jego realizacji. Warunki takie dają możliwość skalkulowania kwestionowanego ryzyka w oparciu o koszt, który byłby generowany wskutek konieczności wykupienia polisy w tym zakresie. Zarzut Iżba uznaje za niezasadny w odniesieniu do objęcia odpowiedzialnością wykonawcy szkód jakie mogą doznać osoby trzecie, czy instytucje wskutek prowadzonych robót. Roboty winny być prowadzone w sposób zapewniający nienaruszalność i dostęp do posesji budynków znajdujących się w sąsiedztwie placu budowy, przede wszystkim ze względów bezpieczeństwa, dla służb ratownictwa i policji. Zamawiający potwierdził, że każde zgłoszone roszczenie ze strony osób czy instytucji, które czułyby się poszkodowane działaniami wykonawcy ma być zaspokojone, a tylko takie za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Zamawiający przyznał ponadto, że wymagane od wykonawcy asekuracje stanowią źródło pokrycia ewentualnych szkód. Kwestionowanie wymagania jest możliwe do spełnienia dla każdego wykonawcy i nie narusza przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie wprowadza nadmiernych ograniczeń dla ubiegania się o zamówienie – naruszających konkurencję. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 8 - art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z narzuconiem 14 dniowego terminu liczonego od daty przekazania placu budowy na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych (Subklauzula 8.3 Warunków Szczególnych).

Uzasadnienie (8) Odwołujący wskazuje, że przy tak ogromnej inwestycji z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, żądanie 14 dniowego terminu na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac Budowlanych, należy uznać za termin nierealny co czyni to świadczenie w zasadzie niemożliwym. Stąd zasadne jest wskazanie terminu 28 dniowego, a zatem takiego jaki przewidują warunki kontraktowe wg FIDIC.

Śądanie (8) nakazanie Zamawiającemu, aby ten w Subklauzuli 8.3 Warunków Szczególnych przywrócił 28 dniowy termin na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych.

19

Stanowisko zamawiającego (8):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zamawiający mając na uwadze specyfikę omawianego zamówienia publicznego tj. okres realizacji 24 miesiące od podpisania umowy nie przewidywał zmian w przedmiotowym

zakresie. Doświadczony wykonawca jest w stanie opracować Harmonogram w wyznaczonym terminie, jednocześnie mając na uwadze dostępność specjalistycznego oprogramowania do tworzenia ww. harmonogramów. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (8):

Izba uznała zarzut za zasadny. Wyznaczenie wykonawcy 14 dniowego terminu liczonego od daty przekazania placu budowy, na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych (Subklauzula 8.3 Warunków Szczególnych), biorąc pod uwagę zakres nałożonych na wykonawcę obowiązków, w tym uzyskanie zatwierdzenia organizacji ruchu, termin 14 dni na rozpoczęcie robót od przekazania placu budowy, itp. - termin na opracowanie harmonogramu, gdzie nie dochowanie terminów pośrednich oraz wyznaczonych kwot przerobów w oznaczonym czasie zostało obwarowane karami – jest zbyt krótki i nie pozwala wykonawcy na pełną orientację rozplanowania robót w zakładanym czasie. Tym bardziej, że zgodnie z § 5 wzoru umowy, harmonogram ma obejmować także planowane nakłady finansowe. Narzucenie mało realnego terminu przekazania zamawiającemu wiążącego harmonogramu robót może skłonić część wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie do powstrzymania się od złożenia oferty, bowiem nie daje wystarczającego czasu wykonawcy na opracowanie tego harmonogramu - w przemyślany sposób, z którego niedotrzymaniem wiązą się poważne konsekwencje. Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że harmonogram robót jest potrzebny od zaraz - aby udostępnić go do wiadomości okolicznym instytucjom. Zamawiający będzie zobowiązany, wyznaczyć dłuższy termin na opracowanie harmonogramu robót, wynoszący co najmniej 21 dni. Zarzut znalazł potwierdzenie. Kwestionowane postanowienie narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczając konkurencję przez obowiązek nadmierny i niedostatecznie uzasadniony ze strony zamawiającego.

20

Zarzut 9 – naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 5, 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji -w związku z wyłączeniem w Warunkach Szczególnych Subklauzul 2.1 pkt (b), oraz Subklauzuli 17.4 pkt (b) - dotyczących zapłaty wykonawcy ewentualnego kosztu jaki poniósł on w związku z opóźnieniem w przekazaniu placu budowy, czy też kosztu związanego z wystąpieniem, któregośkolwiek z zagrożeń wymienionych w Subklauzuli 17.3.

Uzasadnienie (9). Za naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz nadużycie prawa, należy także uznać, wykreślenie w Warunkach Szczególnych Subklauzuli 2.1 pkt (b), oraz 17.4 pkt (b) dotyczącej Kosztu, i co się z tym wiąże wykreślenie uprawnienia wykonawcy do domagania się takiego Kosztu. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca winien mieć prawo do domagania się od Zamawiającego zwrotu takiego Kosztu w sytuacji np. opóźnień w przekazaniu placu budowy, czy też w przypadku wystąpienia sytuacji opisanych w Subklauzuli 17.3. Zagwarantowanie prawa do domagania się zwrotu takiego Kosztu sprawia, że wykonawca nie musi kalkulować takiego kosztu w cenę oferty, co jak nietrudno się domyśleć jest bardzo trudne, a wręcz niemożliwe. Stąd zasadne jest, aby wykonawcy mieli możliwość domagania się zwrotu takiego Kosztu od Zamawiającego.

Śądanie (9) nakazanie Zamawiającemu przywrócić w Subklauzulach 2.1 i 17.4 możliwości ubiegania się przez Wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności w tych Subklauzulach opisanych - zapłaty za taki Koszt.

Stanowisko zamawiającego (9):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zamawiający nie przewiduje opóźnień w

przekazaniu Wykonawcy Placu Budowy. Termin przekazania Placu Budowy reguluje § 6 Umowy oraz załącznik nr 7 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu Subklauzula 2.1 (Prawo dostępu do Placu Budowy).

Zamawiający zapowiedział, że zmodyfikuje SIWZ poprzez wprowadzenie następujących

21

zmian: w Rozdziale XV pkt. 9 ppkt. 12) otrzymuje brzmienie: „Zamawiający przekaże Plac Budowy w terminie 14 dni od daty zawarcia Aktu Umowy”.

Zamawiający podnosił, że w punkcie XIV § 49 Aktu Umowy przewidział możliwość zmian oraz warunki ich wprowadzenia.

Stanowisko Izby (9):

Zgodnie z § 18 wzoru umowy – termin wykonania zamówienia ustala się na 24 miesiące od daty podpisania umowy. Z kolei w § 6 zamawiający zobowiązał się do przekazania placu budowy w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy. Śadne sankcje zmuszające zamawiającego do dotrzymania tego terminu w umowie wprost nie zostały przewidziane. Ustalone okoliczności oznaczają, że zamawiający może bezkarnie zwlekać z przekazaniem wykonawcy placu budowy, podczas gdy termin na zakończenie robót rozpoczął swój bieg. Jest to okoliczność na tyle istotna i pozostająca poza sferą decyzji wykonawcy, przy tym mająca wpływ na możliwość wywiązania się z podjętej umowy w wyznaczonym czasie, iż takie postanowienie SIWZ może ograniczyć krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie i zdolnych do jego wykonania. Kwestionowany zapis narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp – jako niewystarczający opis przedmiotu zamówienia – poprzez niepodanie sposobu rekompensaty za opóźnienie przekazania placu budowy – pozostawiając po stronie zamawiającego kompetencje otwarte – co działa w sposób antykonkurencyjny – zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślenie obowiązków inwestora stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo wywiązać z umowy i poniesie straty na kontrakcie. Śądanie (9) nakazania zamawiającemu przywrócenie w Subklauzulach 2.1 i 17.4 możliwości ubiegania się przez wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności w tych Subklauzulach opisanych - zapłaty za takie koszty związane z niedotrzymaniem terminu przekazania placu budowy należy uznać za zasadne. Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że mimo, iż nie zachodzą obawy co do dotrzymania z jego strony terminu przekazania placu budowy, to zamawiający wykreślił odnośne postanowienia z podane w warunkach kontraktowych FIDIC – bo takie prawo w oparciu o zasadę swobody kontraktowej mu służy.

Zarzut 10 – naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5 i 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - poprzez wykreślenie Subklauzuli 13.8 w Warunkach Szczególnych i tym

22

samym zaniechanie wprowadzenia możliwości indeksacji czy też waloryzacji cen (m.in. § 16 Ulgowy o Roboty Budowlane).

Uzasadnienie (10). Z uwagi na to, że termin na realizację zamówienia wynosi 24 miesiące, to oznacza to, że mamy w tym przypadku do czynienia z kontraktem wieloletnim. Wykonawcy nie są jednak w stanie przewidzieć jak może się zmienić w tym czasie sytuacja na rynku cenowym materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia. Stąd zasadnym jest wprowadzenie w umowie mechanizmów dot. indeksacji czy też waloryzacji cen, chociażby o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych Prezesa GUS. W ten sposób ryzyko podniesienia cen produktów jest ograniczone, wykonawcy mają bowiem zapewniony pewien mechanizm ochronny wynikający wprost z umowy, a przez to oferty wykonawców są ze sobą bardziej porównywalne.

Śądanie (10) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wprowadził do Warunków Szczególnych Subklauzulę 13.8, w której wskaże postanowienia dot. indeksowania czy też waloryzowania

cen z oferty wykonawcy np. o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych Prezesa GUS.

Stanowisko zamawiającego (10):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (10):

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Biorąc pod uwagę okres realizacji robót - 24 miesiące – jest to umowa średniookresowa. Przedsiębiorca budowlany działający na rynku – z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego - winien potrafić prognozować tendencje rynkowe cen produkcji budowlano-montażowej, cen materiałów i innych czynników cenotwórczych, aby wyliczyć cenę oferty. Cena oferty jest stała za podany zakres zamówienia i poza przypadkami wyraźnie wskazanymi w ustawie Pzp nie może ulec zmianie. Zmiana umowy z pominięciem regulacji ustawowych byłaby nieważna. Ustalona cena ma charakter kosztorysowy – jak wynika z obmiarowego ustalania podstawy jej wypłaty w oparciu o stałe podane ceny jednostkowe i czynniki kosztotwórcze. W dniu zawarcie

23

umowy musi być określona maksymalna nominalna wartość zobowiązania jednostki sektora finansów publicznych. Brak mechanizmu indeksacji nie narusza przepisów ustawy Pzp. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 11 - naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się żądaniem od wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom - w postaci opisu rozwiązań równoważnych - jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie, jak również poprzez brak opisanie równoważności (m.in. pkt 8 ppkt 1) SIWZ str. 10, pkt 9, ppkt 14 SIWZ str. 27).

Uzasadnienie (11). Zamawiający w Rozdziale w pkt 8 ppkt 1 str. 10 SIWZ oraz w pkt 9 ppkt 14 str. 27 SIWZ wskazał, że nazwy własne zawarte w dokumentacji przetargowej są przykładowe. Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych pod warunkiem, że zaproponowane wyroby, materiały, urządzenia i technologie będą spełniały te same normy, parametry, standardy oraz zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty opis rozwiązań równoważnych. Ponadto Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom, wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty: opis rozwiązań równoważnych - jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie. Wymóg żądania przez Zamawiającego powyższego dokumentu już na etapie składania ofert należy uznać za całkowicie chybiony i naruszający wyrażoną w art. 25 ust. 1 PZP zasadę możliwości żądania przez Zamawiającego tylko dokumentów i oświadczeń, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Przedmiotem niniejszego postępowania są bowiem roboty budowlane, a nie dostawy określonych rzeczy. Tym samym na etapie oceny oferty nie powinien być oceniany sposób wykonywania zamówienia. Wykonawca ma go bowiem wykonać zgodnie z przedłożoną przez Zamawiającego dokumentacją. Tymczasem żądanie tego typu wykazu już na etapie składania ofert może być rozumiane jako deklaracja wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, co w przypadku robót budowlanych nie jest niczym uzasadnione, - bardzo często jest uzasadnione konkretnymi zaskazanymi warunkami. Przy czym zawsze się to musi odbywać w zgodzie z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia. Ponadto należy wskazać, że jeżeli Zamawiający wymaga wskazania opisu rozwiązań równoważnych, to winien tę równoważność opisać.

Śądanie (11) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia opisanego w pkt 8 ppkt 1 SIWZ str. 10 - obowiązku przedłożenia do oferty opisu rozwiązań równoważnych, i wprowadzeniu

postanowień na podstawie, których wykonawca dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie miał obowiązek przedłożenia opisu rozwiązań równoważnych jeżeli będzie chciał takowe wprowadzić, jak również obowiązek opisanie przez Zamawiającego równoważności.

Stanowisko zamawiającego (11):

Zamawiający nie przychylił się do wniosku Odwołującego w zakresie - nałożenia na wykonawcę obowiązku przedłożenia opisu rozwiązań równoważnych, o którym mowa w Rozdziale V pkt 8 ppkt 1), w związku z Rozdziałem XV pkt 9 ppkt 14) SIWZ dopiero na etapie realizacji zamówienia. Dopuszczalność rozwiązań równoważnych przy opisie przedmiotu zamówienia wynika z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Stosownie do uregulowań ustawowych Zamawiający jest obowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych systemów odniesień jest zobowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Na wykonawcy natomiast, który powołuje się na rozwiązania równoważne ciąży obowiązek wykazania, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Weryfikacja rozwiązań równoważnych musi mieć miejsce na etapie badania i oceny ofert. Celem jest sprawdzenie czy Wykonawca zaproponował rozwiązanie równoważne zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, czy proponuje Zamawiającemu roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Weryfikacja dokonywana dopiero na etapie realizacji zamówienia prowadziła by do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a także mogłaby mieć wpływ na wynik już przeprowadzonego postępowania. Mogłoby okazać się, np. że Zamawiający dokonał wyboru oferty sprzecznej z SIWZ, którą powinien był odrzucić na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (11):

śdanie od wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom - opisu rozwiązań równoważnych - jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie, w odniesieniu do robót budowlanych jest co zasady przez realizowane poprzez zagwarantowanie sobie zamawiającego, działającego jego imieniu Inżyniera Kontraktu weryfikacji materiałów, które

wykonawca będzie miał zamiar zastosować w trakcie realizacji umowy, w szczególności które nie są tożsame z opisem z dokumentacji (STWiORB). Wykonawca ma obowiązek zastosowania materiałów spełniających wymagania ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881 ze zm.).

Zamawiający dopuścił zastosowanie produktów równoważnych pod warunkiem, że zaproponowane wyroby, materiały, urządzenia i technologie będą spełniały te same normy, parametry, standardy oraz zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego. Cytowanie postanowienie SIWZ stanowi opis równoważności w rozumieniu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający każdorazowo zastrzegł sobie weryfikację i dopuszczenie innych materiałów niż projektowane - przed ich wbudowaniem, przy czym odbywać ma się to na etapie realizacji umowy.

Kwestionowany wymóg - skoro STWiORB lub inna dokumentacja posługuje się nazwami własnymi w odniesieniu do niektórych materiałów – literalnie spełnia wymogi art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca już na etapie składania ofert przewiduje stosowanie materiałów równoważnych winien zamieścić ich opis w dokumentach oferty, sprowadzający się do podania, że spełniają one te same normy, parametry, standardy. Dopuszczalność dokonywania zmian materiałowych została wprost przewidziana w postanowieniach na str. 27 SIWZ, pkt 9, ppkt 14. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 12 – naruszenia art. 7 ust; 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 471, 473 § 1 i 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - 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 związku z przerzuceniem na wykonawcę obowiązku sporządzenia przed przystąpieniem do robót szczegółowej dokumentacji fotograficznej (lub filmowej) celem ustalenia stanu początkowego obiektów sąsiadujących (w tym ulic i budynków) wraz z podpisaniem dwustronnych protokołów z ich właścicielami, aby zabezpieczyć się przed skutkami nieuzasadnionych roszczeń (Subklauzula 4.25 Warunków Szczególnych Kontraktu).

Uzasadnienie (12) Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do

26

dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Jak zatem widać do podstawowych obowiązków inwestora należy dokonanie ustalonych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazanie terenu budowy. Poprzez takie zapisanie Subklauzuli 4.25 Warunków Szczególnych Kontraktu, Zamawiający przerzuca spoczywające na nim obowiązki na wykonawcę. Tymczasem to po jego stronie leżą owe czynności. Wykonawcy winien zostać przekazany teren, na którym będzie on mógł swobodnie wykonywać roboty budowlane, a nie teren co do którego istnieją wątpliwości natury prawnej, dot. tego, czy aby właściciel danej nieruchomości rzeczywiście wyraża zgodę na prowadzenie tych prac. Poza tym należy wskazać, że czynności te winny być wykonane przed rozpoczęciem robót budowlanych. Tymczasem zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Kontraktu wskazano, że Data Rozpoczęcia nastąpi nie później niż w ciągu 14 dni od daty podpisania Aktu Umowy. Tym samym biorąc pod uwagę doświadczenia Odwołującego, termin ten na wykonanie tego typu czynności jest nierealny.

śądanie (12) Nakazanie Zamawiającemu, aby ten wykreślił w Klauzuli 4.25 [24] Subklauzuli Warunków Szczególnych Kontraktu obowiązek sporządzenia przed przystąpieniem do robót szczegółowej dokumentacji fotograficznej (lub filmowej) celem ustalenia stanu początkowego obiektów sąsiadujących (w tym ulic, budynków) wraz z podpisaniem dwustronnych protokołów z ich właścicielami, aby zabezpieczyć się przed skutkami nieuzasadnionych roszczeń.

Stanowisko zamawiającego (12):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Zobowiązanie Wykonawcy, aby podjął wszelkie środki zapobiegawcze wymagane przez rzetelną praktykę budowlaną, aby unikać skutków nieuzasadnionych roszczeń nie jest świadczeniem niemożliwym czy nierealnym, a przede wszystkim mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk, które w ramach opisu przedmiotu zamówienia można nałożyć na Wykonawcę.

Sąsiadujący bezpośrednio z placem budowy omawianej inwestycji teren, jest terenem podlegającym szczególnej uwadze z powodu występowania instytucji publicznych, tj. Sąd Rejonowy, Miejska Komenda Policji, Areszt Policyjny, Urząd Skarbowy. Budynki, w których znajdują się wyżej wymienione instytucje są obiektami powstałymi przed kilkunastoma latami. Przyjęta przez Wykonawcę technologia wykonania prac, sposób dostarczania materiałów, ilość wymaganego sprzętu, kolejność wykonywania prac może mieć wpływ na stan techniczny budynków i ich funkcjonowanie. Biorąc pod uwagę środki techniczne

27

ogólnodostępne (aparat fotograficzny, kamera, itp.) [oraz kilku budynków], wymagany termin 14 dni jest wystarczający. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję.

Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (12):

W odniesieniu do wymagania sporządzenia dokumentacji fotograficznych lub filmowych stanu sąsiednich nieruchomości, wymóg ten może (o ile nie ma przeszkód natury prawnej) być spełniony niewielkim nakładem środków, natomiast żądanie zawarcia porozumień – (protokołów) między wykonawcą a właścicielami nieruchomości wykracza poza obowiązki wykonawcy, w tym ustalenia aktualnych właścicieli. Przerzucanie takich obowiązków na wykonawcę nie znajduje normatywnego wsparcia. Właściciel posesji może bowiem odmówić podpisania jakichkolwiek protokołów z wykonawcą robót. Osoby zgłaszające roszczenia będą musiały wykazać swoje uprawnienia do nieruchomości i fakt wyrządzenia im szkody. W powyższym zakresie zarzut znalazł uzasadnienie. Uzyskanie takich dokumentów przed przystąpieniem do robót w wyznaczonym terminie 14 dni od daty zawarcia umowy byłoby nawet nierealne. Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego, że jest to warunek niewiążący. Wymaganie zostało ustalone jako obowiązek kontraktowy, jest więc wiążące a z jego niedopełnieniem zamawiający może wiązać skutki chociażby uznawać, że skoro wykonawca nie zabezpieczył się takim protokołami – to zachodzi domniemanie, że zgłoszona szkoda jest wynikiem działań związanych z budową.

Zarzut 13 - naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 471, 473 §1 i 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - 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 związku z przerzuceniem na wykonawcę obowiązku pielęgnacji nasadzonej zieleni przez okres 1 roku od dnia wystawienia Świadczenia Przejęcia. (Subklauzula 7.1 Warunków Szczególnych Kontraktu).

Uzasadnienie (13). Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu,

28

wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Jak zatem widać do podstawowych obowiązków inwestora należy dokonanie przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazanie terenu budowy. Poprzez takie zapisanie Subklauzuli 7.1 Warunków Szczególnych Kontraktu, Zamawiający przerzuca spoczywające na nim obowiązki na wykonawcę. Tego typu czynności nie mieszczą się w zakresie umowy o roboty budowlane i zmuszają wykonawców do zatrudniania specjalistycznych firm, świadczących tego typu usługi. Poza tym Zamawiający nie opisał w sposób szczegółowy tego zakresu czynności do wykonania, co z kolei sprawia, że wykonawcy nie mają wystarczających informacji do należytego sporządzenia oferty cenowej

śądanie (13) Nakazanie Zamawiającemu, aby ten wykreślił w Subklauzuli 7.1 Warunków Szczególnych Kontraktu obowiązek wykonywania pielęgnacji nasadzonej zieleni przez okres 1 roku od dnia wystawienia Świadczenia Przejęcia.

Stanowisko zamawiającego (13):

Zamawiający nie uznał zarzutu za zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać

sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Konieczność pielęgnacji nasadzeń zieleni przez Wykonawcę przez 1 rok od dnia wystawienia Świadczenia Przejęcia jest praktyką stosowaną przez Zamawiającego od wielu lat przy realizacji zamówień publicznych i wynika z konieczności potwierdzenia, że materiał wykorzystany przez Wykonawcę na nasadzenia jakościowo pozwala utrzymać rośliny zgodnie z ich właściwościami. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania. STWiOR oraz projekt zieleni w sposób jednoznaczny opisują zakres czynności dotyczących pielęgnacji zieleni, w tym odchwaszczanie, nawożenie, dosadzanie, koszenie trawników.

Stanowisko Izby (13):

Izba uznała zarzut za zasadny. Przedmiot zamówienia według kodu CPV 45 233 120-6 stanowią roboty budowlane w zakresie budowy dróg głównych, a nie utrzymanie terenów

zielonych przez oznaczony czas po odbiorze inwestycji, tj. przez rok. Wykonawca udziela gwarancji na wykonane roboty. Należyte wykonanie robót w tym nasadzeń objęte jest także rękojmią za wady. Wykonawca jedynie w przypadku ujawnionych wad zobowiązany jest do ich usunięcia. Wykonawca robót budowlanych nie może być w ramach ceny oferty obciążany obowiązkami eksploatacyjnymi, które nie są czynnościami związanymi z samą budową i zapewnieniem jej sprawnego przebiegu i jakościowego wyniku. Obowiązek utrzymywania zieleni po odbiorze robót nie mieści się w definicji umowy o roboty budowlane, ani nie jest z takimi robotami bezpośrednio związany. Zakres zamówienia obejmuje jedynie nowe nasadzenia według projektu zieleni. Stawianie takich wymagań jedynie po to aby uniknąć ewentualnych sporów co do właściwej jakości sadzonek, lub zaniedbań pielęgnacyjnych – nie jest wystarczającym uzasadnieniem dla nakładania na wykonawcę w ramach ceny oferty – obowiązków eksploatacyjnych – utrzymania zieleni. Zamawiający winien wyeliminować omawiane wyżej wymaganie, jako naruszające art. 29 ust. 1 Pzp.

Zarzut 14 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP, oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez przerzucenie na wykonawców zapewnienia sprawdzenia minerskiego terenu budowy przed rozpoczęciem robót oraz usunięcia znalezionych niewypałów i niewybuchów oraz wymaganie od wykonawców ponoszenia kosztów sprawdzenia minerskiego terenu budowy przed rozpoczęciem robót oraz ponoszenia kosztów usunięcia znalezionych niewypałów i niewybuchów z terenu budowy (pkt 9 lit. d) SIWZ, str. 16, pkt 6 ppkt 14 lit. c) SIWZ, str. 24).

Uzasadnienie (14). Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów usunięcia znalezionych niewypałów i niewybuchów z terenu budowy należy uznać za nieuzasadnione. Takie zachowanie nie pozwala bowiem wykonawcom na należyte przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, że koszt usunięcia niewypałów i niewybuchów to również element cenotwórczy mający wpływ na wysokość ceny oferty. Śeby jednak wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę to wykonawca potrzebowałby informacji o ilości tych niewybuchów i niewypałów. Co oczywiście jest możliwe dopiero po dokonaniu sprawdzenia minerskiego terenu budowy. W przeciwnym razie wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jaka ilość niewypałów i niewybuchów się znajduje na terenie budowy. Brak tych informacji nie pozwala na należyte przygotowanie oferty w tym zakresie, co przekłada się również na późniejszą porównywalność i ocenę tych

ofert. A zatem to zamawiający powinien dokonać sprawdzenia minerskiego, i jeżeli chce przerzucić na wykonawcę koszt usunięcia niewypałów i niewybuchów z terenu budowy, to powinien poinformować wykonawców o ich ilości. Poza tym zgodnie z definicją umowy o roboty budowlane znajdującą się w art. 647 Kodeksu cywilnego, to na inwestorze (Zamawiającym) spoczywa przekazanie terenu budowy, przez co należy rozumieć takie przekazanie terenu budowy, które w sposób swobodny umożliwia wykonawcy prowadzenie

robót budowlanych. Stąd obciążanie wykonawców obowiązkiem dokonania sprawdzenia minerskiego i saperskiego, należy uznać za nieuzasadnione. Ewentualnie Odwołujący wskazuje, że istnieje możliwość dokonania przez wykonawcę rozpoznania saperskiego i minerskiego, ale już koszt wydobywania, zmagazynowania i utylizacji niewybuchów powinien być określony wg rzeczywiście poniesionych i udokumentowanych przez wykonawcę kosztów i zapłacony odrębnie przez Zamawiającego.

Śądanie (14) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy zapewnienie sprawdzenia minerskiego terenu budowy przed rozpoczęciem robót oraz usunięcia znalezionych niewypałów i niewybuchów z terenu budowy, oraz ponoszenie kosztów zapewnienia sprawdzenia minerskiego terenu budowy przed rozpoczęciem robót oraz koszt usunięcia znalezionych niewypałów i niewybuchów z terenu budowy, ewentualnie aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców, przygotować ofertę cenową w tym zakresie, tzn. ewentualne pozostawienie obowiązku dokonania sprawdzenia saperskiego, i stworzenie odrębnej pozycji tego dotyczącej w przedmiarze robót, natomiast wyłączenie usunięcia niewypałów i niewybuchów z zakresu prac, i wskazanie, że w przypadku znalezienia niewypałów i niewybuchów, koszt ich wydobywania, zmagazynowania i utylizacji zostanie określony wg rzeczywiście poniesionych i dokumentowanych przez wykonawcę kosztów i zapłacony odrębnie przez Zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego (14):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający w zapisach SIWZ Rozdział X (Sposób obliczania ceny) pkt 9 lit. d) oraz Rozdział XV (Opis przedmiotu Zamówienia) pkt 6 ppkt 14) c) określił, że w cenie oferty należy uwzględnić koszty zapewnienia warunków bezpieczeństwa na placu budowy, w tym również ryzyko natrafienia w trakcie robót ziemnych na amunicję wojskową czy materiały wybuchowe. Wykonawca powinien przewidzieć koszty związane z wykryciem, zabezpieczeniem i likwidacją napotkanych niewybuchów oraz prowadzić prace ziemne z zachowaniem zasad bezpieczeństwa robót. Za 31

bezpośredni nadzór nad robotami budowlanymi odpowiada kierownik budowy lub kierownicy robót będący pracownikami Wykonawcy. Powyższe zapisy nie naruszają zatem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Stanowisko Izby (14):

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Odwołujący przyznał, że istnieje możliwość dokonania przez wykonawcę rozpoznania saperskiego i minerskiego, że byłby w stanie takie rozeznanie przeprowadzić, a jego przewidywany koszt wliczyć w cenę oferty. Odwołujący nie wykazał, że ewentualne znalezione niewypały nie są usuwane przez wyspecjalizowane służby w ramach zapewniania bezpieczeństwa publicznego, i że koszt wydobywania, zmagazynowania i utylizacji obciąża w takich przypadkach tego kto dokonał znaleziska, czyli jak odwołujący się obawia wykonawcę robót budowlanych. W ocenie Izby, z powszechnie znanych okoliczności wynika, że wykonawca w takiej sytuacji ma przerwać pracę, zabezpieczyć miejsce przed dostępem osób nieuprawnionych, powiadomić odpowiednie służby policji i wojska, które w krótkim czasie usuwają stwarzające zagrożenie materiały i pozostałości po działaniach wojennych. Zamawiający potwierdził, że wykonawca nie ponosi kosztów związanych z wydobywaniem, transportowaniem i unieszkodliwianiem niewybuchów. Jego obowiązek ogranicza się do wykonania krótkotrwałych zabezpieczeń terenu, do czasu podjęcia akcji ze strony uprawnionych służb. Koszty wykonawcy ograniczają się więc wyłącznie do wykonania niezbędnych zabezpieczeń.

Zarzut 15 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia kosztów czasowej organizacji ruchu (m.in.

nawierzchnie tymczasowe, zabezpieczenia dla ruchu kołowego i pieszego, koszty dróg tymczasowych i dojazdów do posesji, koszty związane z ewentualną koniecznością wprowadzenia zmian do programów sygnalizacji świetlnych na skrzyżowaniach w obrębie budowy itp. zgodnie z projektem czasowej organizacji ruchu (pkt 9 lit. i) SIWZ str. 16).

Uzasadnienie (15). Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów czasowej organizacji ruchu (m.in. nawierzchnie tymczasowe, zabezpieczenia dla ruchu kołowego i pieszego, koszty dróg tymczasowych i dojazdów do posesji, koszty związane z ewentualną koniecznością wprowadzenia zmian do programów sygnalizacji świetlnych na

32

skrzyżowaniach w obrębie budowy itp. zgodnie z projektem czasowej organizacji ruchu - należy uznać za nieuzasadnione. Są to bowiem elementy cenotwórcze, których na etapie przygotowania oferty wykonawca nie jest w stanie należycie wycenić, z uwagi na brak informacji koniecznych do należytego przygotowania oferty cenowej. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że takie zachowanie Zamawiającego, zmusza wykonawcę do przygotowania czasowej organizacji ruchu i związanych z nią kosztów już na etapie przygotowania oferty cenowej. Przygotowanie z kolei takiej czasowej organizacji ruchu jest przedsięwzięciem związanym z poniesieniem określonych kosztów, zatrudnieniem osób z odpowiednią wiedzą oraz przedsięwzięciem czasochłonnym.

Śądanie (15) nakazuje Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy ponoszenie kosztów czasowej organizacji ruchu (m.in. nawierzchnie tymczasowe, zabezpieczenia dla ruchu kołowego i pieszego, koszty dróg tymczasowych i dojazdów do posesji, koszty związane z ewentualną koniecznością wprowadzenia zmian do programów sygnalizacji świetlnych na skrzyżowaniach w obrębie budowy itp. zgodnie z projektem czasowej organizacji ruchu, ewentualnie aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie.

Stanowisko zamawiającego (15):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Zmiany w organizacji ruchu wynikają z realizacji inwestycji przez Wykonawcę zgodnie z opracowywanym przez niego harmonogramem robót. Warto zauważyć, że Zamawiający nie narzuca Wykonawcy kolejności wykonywanych robót. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że roboty będą prowadzone w sąsiedztwie terenu podlegającego szczególnej uwadze, obiektów stojących na straży porządku publicznego, tj. Sąd Rejonowy, Miejska Komenda Policji, Areszt Policyjny, Urząd Skarbowy oraz w terenie o zwartej zabudowie, do których musi być zapewniony dostęp. Zamawiający w SIWZ pkt 9, lit. i) oraz w załączniku nr 7 do SIWZ (Warunki Szczególne Kontraktu), Subklauzula 4.1 precyzyjnie opisał warunki odpowiedzialności Wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

33

Stanowisko Izby (15):

Stanowisko w tej kwestii Izba przedstawiła także wobec zarzutu nr 2 odwołującego. Organizacja budowy w tym opracowania tymczasowej organizacji ruchu, (przeprojektowania sygnalizacji świetlnych) i uzyskania jej zatwierdzenia należy do obowiązków wykonawcy robót. Tymczasowa organizacja ruchu uzależniona jest od prognozowanego przez wykonawcę postępu robót przy poszczególnych odcinkach remontowanej drogi, a więc koszty z tym związane (wykonania projektów, ewentualnie zajęć pasa drogowego, sąsiednich terenów, urządzenia niezbędnego zaplecza itp. wykonanie oznakowań, uzyskanie zezwoleń) wykonawca ma możliwość wyliczenia i ujęcia w cenie oferty w zależności od własnego harmonogramu czasowo - rzeczowego i przewidywanej organizacji

robót. Możliwości przejazdu pojazdów, dostaw materiałów po drogach publicznych, w tym na terenie miasta Szczecina oraz poza jego granicami, określają znaki drogowe i decyzje zatwierdzające stałą organizację ruchu. Możliwości dojazdu na budowę określa też decyzja o tymczasowej organizacji ruchu, zatwierdzająca przedłożony projekt. Wymaganie pozostaje w ścisłym związku z zakładaną przez wykonawcę organizacją robót i harmonogramem, którego ustalenie leży w gestii wykonawcy. Wymaganie od wykonawców ponoszenia kosztów czasowej organizacji ruchu (m.in. nawierzchni tymczasowych, zabezpieczenia dla ruchu kołowego i pieszego, kosztów dróg tymczasowych i dojazdów do posesji, kosztów związanych z ewentualną koniecznością wprowadzenia zmian do programów sygnalizacji świetlnych na skrzyżowaniach w obrębie budowy itp. zgodnie z projektem czasowej organizacji ruchu (pkt 9 lit. i) SIWZ str. 16) jest konieczne z punktu widzenia prawidłowego, aczkolwiek utrudnionego funkcjonowania całego otoczenia takiej budowy. Stąd nałożenie na wykonawcę opracowania i uzyskania zatwierdzenia tymczasowej organizacji ruchu jest zasadne. Wykonawca legitymujący się doświadczeniem przy realizacji budowy bądź przebudowy ulic, winien potrafić skalkulować cenę oferty ze względu na koszt jaki generują tymczasowe drogi i przejścia, przejazdy i zabezpieczenia utrzymania ruchu w rejonie oddziaływania robót. Szczególnie, iż roboty będą prowadzone w sąsiedztwie terenu podlegającego szczególnej uwadze, obiektów stojących na straży porządku publicznego, tj. Sąd Rejonowy, Miejska Komenda Policji, Areszt Policyjny, Urząd Skarbowy oraz w terenie o zwartej zabudowie, do których musi być zapewniony dostęp. Zdaniem Izby, takie działania i koszty są nierozdzielnie związane z przebudową drogi, aby utrzymać funkcjonowanie ruchu kołowego i pieszego w rejonie oddziaływania inwestycji. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 16 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na

34

sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawcy kosztów związanych z utrzymaniem dróg, chodników, ścieżek, oświetlenia znajdujących się na terenie budowy lub objętych czasową organizacją ruchu, do czasu wydania Świadectwa Przejęcia (w tym odśnieżanie w okresie zimowym) (pkt 9, lit. j) SIWZ, str. 16).

Uzasadnienie (16). Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów związanych z utrzymaniem dróg, chodników, ścieżek, oświetlenia znajdujących się na terenie budowy lub objętych czasową organizacją ruchu, do czasu wydania Świadectwa Przejęcia (w tym odśnieżanie w okresie zimowym) należy uznać za nieuzasadnione. Są to bowiem elementy cenotwórcze, których na etapie przygotowania oferty wykonawca nie jest w stanie należycie wycenić, z uwagi na brak informacji koniecznych do należytego przygotowania oferty cenowej. W szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę odśnieżanie w okresie zimowym, które jest elementem na tyle nieprzewidywalnym, że wykonawca nie jest w stanie przewidzieć na etapie przygotowania oferty cenowej ilości opadów jaka będzie miała miejsce.

Śądanie (16) - nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy ponoszenie kosztów związanych z utrzymaniem dróg, chodników, ścieżek, oświetlenia znajdujących się na terenie budowy lub objętych czasową organizacją ruchu, do czasu wydania Świadectwa Przejęcia (w tym odśnieżanie w okresie zimowym), ewentualnie aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie.

Stanowisko zamawiającego (16):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Wymaganie od wykonawcy ponoszenia kosztów

związanych z utrzymaniem dróg, chodników, ścieżek, oświetlenia znajdujących się na terenie budowy lub objętych czasową organizacją ruchu opracowywaną przez Wykonawcę do czasu wydania Świadczenia Przejęcia (w tym odśnieżanie w okresie zimowym) (pkt 9, lit. j) SIWZ, str. 16) mieści się w granicach dopuszczalnego ryzyka. Koszty wpływające z tak postawionych wymagań Wykonawca ma możliwość wliczyć do oferowanej ceny. Po

35

przekazaniu terenu budowy Wykonawcy zgodnie z zapisami prawa budowlanego, Wykonawca jest jedynym gospodarzem placu budowy i to na nim i na jego pracownikach ciąży obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa ludzi pracujących jak i przechodzących lub przejeżdżających przez plac budowy. Dlatego należyte utrzymanie dróg, chodników, zapewnienie oświetlenia oraz odśnieżania jest w obowiązkach Wykonawcy. Ilość odpadów można oszacować na podstawie średnich dobowych opadów w ostatnich latach na terenie Szczecina z informacji MMiGW. Zamawiający w SIWZ pkt 9, lit. j) oraz w załączniku nr 7 do SIWZ (Warunki Szczególne Kontraktu), Subklauzula 4.1 precyzyjnie opisał warunki odpowiedzialności Wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (16):

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. W ogólności organizacja placu budowy wraz z wytyczaniem przejeżdż i przejazdów przynależy do wykonawcy. Tego rodzaju specyficzna inwestycja jak przebudowa drogi (odcinek 1000 mb), nie stanowiąca całościowo zamkniętego terenu budowy stwarza dodatkowe wymagania zabezpieczenia przejeżdż i przejazdów. Okres 24 miesięcy na realizację zamówienia wskazuje, iż będzie ono przypadało także w okresach zimowych, zatem wymaga zimowego utrzymania wyznaczonych przejeżdż i przejazdów według zatwierdzonej tymczasowej organizacji ruchu. Od momentu przejęcia placu budowy do momentu przekazania ukończonej inwestycji, wykonawca administruje tym terenem i ponosi koszty jego utrzymania w stanie, jaki wynika z zatwierdzonej dokumentacji i wyznaczonych w SIWZ warunków, które w ocenie Izby wynikają z zaspokoienia istotnych potrzeb społecznych, których zamawiający jest wyrazicielem. Inwestycja nie może powodować zakłóceń funkcjonowania instytucji publicznych, zlokalizowanych w zabudowie zwartej wzdłuż remontowanej drogi ani nie może uniemożliwiać dostępu do tych instytucji, ani też tamować ruchu.

Zarzut 17 – naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców, aby prowadzili oni roboty ziemne w sposób zabezpieczający istniejące uzbrojenie oraz sąsiadującą zabudowę nie pogarszając parametrów geotechnicznych podłoża, oraz przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia przez wykonawcę, wraz z

36

zastrzeżeniem, że nie podlegają one odrębnej zapłacie, i przyjęciu że są one włączone w ceny jednostkowe (pkt 6 ppkt 2 str. 22 SIWZ).

Uzasadnienie (17). Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów związanych z zabezpieczeniem istniejącego uzbrojenia, bez względu na to, czy uzbrojenie to było uwidocznione w stosownych dokumentach, czy też nie, należy uznać za nieuzasadnione. Poza tym to na Zamawiającym spoczywa obowiązek takiego opisanie przedmiotu zamówienia, aby wykonawcy mieli jednakowe szanse w przygotowaniu ofert cenowych. To Zamawiający winien zatem załączyć wszystkie dokumenty, które obrazują uzbrojenie, tak aby wykonawcy mogli należycie oszacować swoje koszty realizacji zamówienia w tym zakresie. Poza tym koszty te powinny się odnosić tylko i wyłącznie do zakresu uzbrojenia uwidocznionego w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego.

śądanie (17) - nakazanie Zamawiającemu, aby ograniczył on koszty zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia, które wykonawca musi wliczyć w ceny jednostkowe odnoszący się tylko i wyłącznie do uwidocznionego uzbrojenia, które Zamawiający przedstawił w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia.

Stanowisko zamawiającego (17):

W ocenie Zamawiającego żądanie nie jest zasadne, gdyż Zamawiający w zapisach SIWZ Rozdział XV pkt 6 ppkt 2 określił warunki dotyczące technologii wykonania robót ziemnych tak, aby prowadzić je w sposób zabezpieczający istniejące uzbrojenie, i że w cenie oferty należy uwzględnić odpowiednie koszty związane m. in. ręcznymi przekopami próbnymi, odpowiednim przeszkoleniem pracowników w zakresie zasad BHP. Wykonawca powinien prowadzić prace ziemne z zachowaniem zasad bezpieczeństwa robót. Powyższe zapisy nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie przewidział zmian w przedmiotowym zakresie.

Stanowisko Izby (17):

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. W skład udostępnionej wykonawcom dokumentacji projektowej wchodziły projekty przebudowy sieci uzbrojenia terenu. Wykonawcom udostępniono decyzję pozwolenie na budowę oraz uzgodnienia i warunki prowadzenia robót wyznaczone przez gestorów sieci. Z decyzji pozwolenia na budowę wynika, że inwestycja w ulicy Potulickiej obejmuje między innymi przebudowę sieci w zakresie:

- elektrotrakcyjnej tramwajowej,

37

-
- kanalizacyjnej z przyłączami,
 - magistrali wodociągowej,
 - sieci gazowej z przyłączami,
 - sieci teletechnicznych,
 - sieci elektroenergetycznych 15 KV, 0,4 KV,
 - sieci oświetlenia ulic;
 - sygnalizacji świetlnej.

Przebudowa ul. Narutowicza nie obejmuje uzbrojenia podziemnego.

Podziemne sieci uzbrojenia terenu zostały zinventaryzowane i naniesione na dokumentację projektową w oparciu o podkłady geodezyjne do celów projektowych, wskazane w zbiorczej planszy uzbrojenia. Uzgodnione warunki prowadzenia robót i podłączenia mediów uzgodnione z gestorami sieci zostały wykonawcom udostępnione.

Z przytaczanego przez odwołującego postanowienia (pkt 6 ppkt 2 str. 22 SIWZ) wynika, że wymóg odnosi się do istniejącego i zinventaryzowanego uzbrojenia, którego koszt zabezpieczenia, w tym ręcznego prowadzenia niektórych robót (pobliskich sieci uzbrojenia przekopów) wykonawca musi wliczyć w ceny jednostkowe. Z treści postanowienia, że roboty ziemne należy prowadzić w sposób zabezpieczający istniejące uzbrojenie oraz sąsiednią zabudowę przed uszkodzeniem, nie pogarszając parametrów geotechnicznych podłoża wynika, że wykonawca ma zabezpieczyć istniejące uwidocznione w dokumentacji uzbrojenie, które zamawiający przedstawił w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia oraz dokonać zagęszczenia gruntu w sposób zabezpieczający przed jego osiadaniem. Przytaczane warunki nie mówią nic o niezinventaryzowanych obiektach uzbrojenia. Zamawiający potwierdził, że w przypadku ujawnienia niezinventaryzowanych obiektów ziemnych i konieczności podjęcia dodatkowych prac z tym związanych, wykonawca miałby prawo domagania się dodatkowego zlecenia na takie roboty - jako niemożliwe wcześniej do przewidzenia – na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – takie okoliczności zostały w SIWZ przewidziane.

Zarzut 18 - naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawcy, aby uwzględnił on w swojej ofercie inne koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (pkt 9, lit. v) SIWZ, str. 17).

kosztów niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia należy uznać za nieuzasadnione i naruszające przywołane wcześniej przepisy prawa. Wykonawca przygotowując bowiem ofertę cenową nie wie jakie koszty w tym przypadku uwzględnić. Poza tym zastosowanie takiej klauzuli o charakterze bardzo ogólnym, jest niczym innym jak próbą przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za ponoszenie wszelkich dodatkowych kosztów jakie mogą pojawić się w związku z wykonywanymi przez niego pracami, a wynikającymi z wykonywania czynności, które nie były objęte zakresem przedmiotu zamówienia.

śądanie (18) - nakazanie Zamawiającemu, aby wykreślił on postanowienie pkt 9 lit. v) SIWZ str. 17

Stanowisko zamawiającego (18):

Zamawiający uwzględnił żądanie Odwołującego oraz zapowiedział, że zmodyfikuje SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian: w Rozdziale X pkt. 9 skreśla się lit. v).

Stanowisko Izby (18):

Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut zatem nie zachodziła potrzeba jego rozpatrzenia. Jednakże zamawiający nie dokonał zapowiadanej zmiany, stąd Izba uznała za konieczne nakazanie zamawiającemu dokonania tych zmian.

Zarzut 19 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców, aby wykonawca uzgodnił we własnym zakresie i na własny koszt tymczasowe zajęcie terenów, niezbędnych do prowadzenia robót budowlanych (pkt 6 ppkt 5) SIWZ, str. 23).

Uzasadnienie (19). Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia

projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Jak zatem widać do podstawowych obowiązków inwestora należy dokonanie określonych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazanie terenu budowy. A zatem to na inwestorze spoczywa obowiązek dokonania wszelkich uzgodnień i poniesienia kosztów z tym związanych. Wykonawca powinien otrzymać teren budowy, który będzie mu umożliwiał wykonywanie robót budowlanych. Natomiast w takim przypadku wykonawca musi dopiero czynić stosowane uzgodnienia, nie wiedząc nawet jak zachowają się poszczególni właściciele nieruchomości. Nie wie także w jaki sposób skalkulować cenę oferty, ponieważ nie wie czy właściciele nieruchomości nie będą z tego powodu rościć sobie jakiś należności.

śądanie (19) - nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy uzgadnianie we własnym zakresie i na własny koszt tymczasowego zajęcia terenów niezbędnych do prowadzenia robót budowlanych (pkt 6 ppkt 5) SIWZ, str. 23).

Stanowisko zamawiającego (19):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję, Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i

nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Technologia wykonywania robót, kolejność wykonywanych prac, sposób dostawy materiałów, które leżą po stronie Wykonawcy, będą wymagały tymczasowych zajęć terenów sąsiadujących i w związku z powyższym koszty tych zajęć ponosi Wykonawca. Ewentualne koszty z tak postawionych wymagań Wykonawca jest zobowiązany wliczyć do oferowanej ceny.

Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV pkt 6 ppkt 5 przedmiot zamówienia.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (19):

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Tymczasowe zajęcie sąsiedniego terenu przy robotach liniowych jest często spotykanym rozwiązaniem, w sytuacji gdy wykonawca nie ma innej możliwości np. składowania materiałów, czy postoju maszyn, dojazdów czy objazdów. Śądanie nakazania zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy uzgadnianie we własnym zakresie i na własny koszt tymczasowego zajęcia terenów niezbędnych do

40

przewodzenia robót budowlanych nie znajduje uzasadnienia. Koszty zaplecza budowy ujmowane są w narzutach kosztów pośrednich zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 4) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw kosztorysu inwestorskiego (...) (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), jako składniku kalkulacyjnym wartości kosztorysowej, uwzględniającym nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Zaplecze budowy organizuje wykonawca według własnych potrzeb i możliwości. Oczywistym jest, że właściciele nieruchomości, którzy zgodzą się udostępnić je na tymczasowe zaplecze budowy żądają z tego tytułu opłat oraz doprowadzenia nieruchomości do stanu pierwotnego. Rzeczą wykonawcy jest ustalenie możliwych kosztów z tego tytułu i ujęcie ich w cenie oferty. Zamawiający wskazywał na możliwość zorganizowania zaplecza budowy w pasie remontowanej drogi bez zajęcia poboczy, zależnie od tego jak wykonawca budowę zorganizuje. Stawki za zajęcie terenów znajdujących się gestii Zarządu Dróg, są ustalane zarządzeniem Dyrektora tej jednostki. W oparciu o omawiane wyżej dane wykonawca ma możliwość skalkulowania ceny oferty w tym zakresie.

Zarzut 20 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez zamieszczenie postanowienia o treści: Przyjmuje się, że Wykonawca uwzględnił w ofercie cenowej wszystkie okoliczności i warunki wynikające z dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a także uwzględnił utrudnienia czasowe i koszty wynikające z etapowego wykonywania robót np. zabezpieczenia dla ruchu samochodowego, autobusowego i pieszego, nawierzchnie tymczasowe itp. (pkt 6, ppkt 12) SIWZ, str. 23 i 24).

Uzasadnienie (20). Zamieszczanie tego typu klauzul o charakterze ogólnym, jest niczym innym jak instrumentem, który ma służyć zamawiającemu do przerzucania na wykonawców, wszelkich uchybień w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawcy nie są w stanie przygotować w sposób rzetelny oferty cenowej nie mając należytego opisu np. odn. zabezpieczenia ruchu samochodowego, czy też autobusowego.

Śądanie (20) nakazanie Zamawiającemu, aby wykreślił on postanowienie pkt 6 ppkt 12 SIWZ, str. 23 i 24).

41

Stanowisko zamawiającego (20):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Ewentualne koszty z tak postawionych wymagań Wykonawca jest zobowiązany wliczyć do oferowanej ceny.

Zmiany w organizacji ruchu wynikają z realizacji inwestycji przez Wykonawcę zgodnie z opracowywanym przez niego harmonogramem robót. Zamawiający zauważył, że nie narzuca Wykonawcy kolejności wykonywanych robót. Po przekazaniu terenu budowy Wykonawcy zgodnie z zapisami prawa budowlanego, jest on jedynym gospodarzem placu budowy i to na nim i na jego pracownikach ciąży obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa ludzi pracujących jak i przechodzących lub przejeżdżających przez plac budowy. Dlatego należyte utrzymanie dróg, chodników, zapewnienie oświetlenia oraz odśnieżania jest w obowiązkach Wykonawcy. Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV pkt 6 ppkt 12 przedmiot zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (20):

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Izba w oparciu o zapisy SIWZ w tym wzoru umowy, uznała, że zachodzą podstawy do uznania, iż ustalone wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Ryczałtowo zostały ujęte niektóre ceny jednostkowe w TER. Zamieszczanie tego typu klauzul o charakterze ogólnym, (pkt 6, ppkt 12) SIWZ, str. 23 i 24) nie wyłącza stosowania postanowień odnoszących się do określenia przez zamawiającego

zakresu wyceny robót wskazań w Elementów szczegółowego według Tabeli Rozliczeniowych - TER oraz kosztorysu opartego na przedmiarze. Zamawiający nazwał wynagrodzenie przysługujące wykonawcy – wynagrodzeniem kosztorysowo – ryczałtowym. Jednocześnie zamawiający ustalił, że dokona płatności tegoż wynagrodzenia w oparciu o obmiar z natury i podstawy wyceny podane w ofercie oraz kosztorysu wykonawcy opracowanego metodą szczegółową, z podaniem czynników cenotwórczych. Wymaganie zatem od wykonawcy, aby uwzględnił on w swojej ofercie cenowej wszystkie okoliczności i warunki wynikające z dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a także uwzględnił utrudnienia czasowe i koszty wynikające z etapowego

42

wykonywania robót np. zabezpieczenia dla ruchu samochodowego, autobusowego i pieszego, nawierzchnie tymczasowe itp. (pkt 6, ppkt 12) SIWZ, str. 23 i 24) nie niweczą tego, że wykonawca ma zrealizować zakres prac określony w TER i w kosztorysie ofertowym opartym na udostępnionym przedmiarze. Przy tym część czynników cenotwórczych ujmowana jest w narzutach kosztów pośrednich. Zamawiający potwierdził, że wykonawca ma wykonać tylko roboty ujęte w kosztorysie. Ogólne stwierdzenie zamawiającego w pkt 6, ppkt 12) SIWZ, str. 23 i 24, odnosi się do ujęcia takich kosztów w cenach jednostkowych, a w rezultacie w cenie oferty. Po przekazaniu terenu budowy Wykonawcy zgodnie z zapisami prawa budowlanego, jest on jedynym gospodarzem placu budowy i to na nim i na jego pracownikach ciąży obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa ludzi pracujących jak i przechodzących lub przejeżdżających przez plac budowy. Kwestionowane koszty związane są z zakładaną przez wykonawcę organizacją ruchu. Wykonawca kalkulując ceny jednostkowe winien w nich ująć warunki i okoliczności wynikające z projektu w zakresie utrudnienia, kosztów etapowego wykonywania robót, nawierzchni tymczasowych, i innych wymienionych czynników.

Zarzut 21 – naruszenia art. 7 ust 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców wprowadzenia organizacji ruchu na czas budowy oraz odtworzenie nawierzchni w rejonie objętym tymczasową zmianą organizacji ruchu (pkt 4 ppkt 3) SIWZ, str. 20).

Uzasadnienie (21). Wymienione w tym punkcie obowiązki, którymi ma być obciążony wykonawca wykraczają poza zakres prac, które powinny obciążać wykonawcę robót budowlanych. To na inwestorze powinny spoczywać tego typu obowiązki. W przypadku włączenia w zakres obowiązków wykonawcy wprowadzenia organizacji ruchu na czas budowy oraz odtworzenia nawierzchni w rejonie objętym tymczasową zmianą organizacji ruchu, wymagane jest należyte opisanie przez zamawiającego elementów, które mają wpływ na przygotowanie oferty cenowej. Odnosi się to w szczególności do odtworzenia nawierzchni w rejonie objętym tymczasową zmianą organizacji ruchu. Wykonawca musi na etapie przygotowania oferty wiedzieć, jaka powierzchnia jest do odtworzenia. Musi zatem znać ilość i jej zakres. Brak takich informacji uniemożliwia wykonawcom należyte przygotowanie oferty cenowej. Poza tym godzi się zauważyć, że Zamawiający ma wybranego w drodze przetargu wykonawcę, który w zakresie swoich obowiązków ma odtworzenie nawierzchni.

43

śądanie (21) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy wprowadzenie organizacji ruchu na czas budowy oraz odtworzenie nawierzchni w rejonie objętym tymczasową zmianą organizacji ruchu, ewentualnie aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie.

Stanowisko zamawiającego (21):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zmiany w organizacji ruchu wynikają z realizacji inwestycji przez Wykonawcę zgodnie z opracowywanym przez niego harmonogramem robót. Zamawiający nie narzuca Wykonawcy kolejności wykonywanych robót. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że roboty będą prowadzone w sąsiedztwie obiektów stojących na straży porządku publicznego, tj. Policja, sąd, areszt śledczy oraz w terenie o zwartej zabudowie, do których musi być zapewniony dostęp. Jeżeli przyjęta przez Wykonawcę technologia robót, kolejność prowadzonych prac, sposób dostawy materiałów będą wymagały zorganizowanie tymczasowej organizacji ruchu wymagającej rozbiórki nawierzchni w rejonie placu budowy to zadaniem Wykonawcy będzie odtworzenie nawierzchni drogowych.

Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV (pkt 4 ppkt 3) przedmiot zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (21):

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Odwołujący kolejny raz kwestionował postanowienia nałożenia na wykonawcę obowiązków zaprojektowania i uzyskania akceptacji tymczasowej organizacji ruchu. Wymienione przedsięwzięcia muszą korespondować z zakładanym przez wykonawcę harmonogramem rzeczowo finansowo – czasowym prowadzenia prac, zatem to wykonawca ma wiedzę jak będzie prowadził roboty jakie zamknięcia, objazdy są konieczne w jakim czasie i okoliczności te może uwzględnić w projekcie tymczasowej organizacji ruchu, zakładając rozwiązania optymalne tak od strony kosztów jak i utrudnień w ruchu związanych z remontem drogi. Zamawiający nie jest w stanie z góry dokonać takich opracowań nie uwzględniając stanowiska wybranego wykonawcy zamówienia. Zrozumieliśmy, że jeżeli

44

przyjęta przez Wykonawcę technologia robót, kolejność prowadzonych prac, sposób dostawy materiałów będą wymagały zorganizowanie tymczasowej organizacji ruchu wymagającej rozbiórki istniejącej nawierzchni w rejonie placu budowy to zadaniem Wykonawcy będzie odtworzenie tych nawierzchni drogowych. Izba podzieliła w tej kwestii stanowisko zamawiającego przedstawione do protokołu rozprawy, że tymczasowa organizacja ruchu charakteryzuje się tym, iż są wykonane tymczasowe objazdy, przejazdy, przejścia, w tym utwardzone, które wykonawca w momencie, kiedy przestają one być potrzebne, bo np. do użytku zostanie włączony odcinek wyremontowanej drogi - ma

odtworzyć nawierzchnię poprzednią. Wymaganie takie jest związane z realizowaną inwestycją i musi być w sposób całościowy wykonane przez wykonawcę remontowanej drogi. Odnośnie wątpliwości odwołującego, czy ma również wykonywać jakiegokolwiek odtworzenia w obrębie terenu, w którym nie prowadził żadnych prac, zamawiający potwierdził, że takiego wymogu nie postawił. Odtworzenie nawierzchni dróg tymczasowych ma być wykonane jedynie w zakresie tymczasowej organizacji ruchu.

Zarzut 22 – naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na wykonawcę zapewnienia bezpieczeństwa i praw właścicielom posesji i budynków sąsiadujących z terenem budowy i w razie roszczeń z ich strony - powinno rozpatrywania, i załatwiania ich bez zbędnej zwłoki, oraz wskazanie, że brak reakcji ze strony wykonawcy, bądź opieszałość będzie upoważniało zamawiającego do pokrycia kwot zaspokajających roszczenia z należnych płatności wykonawcy. (Pkt 6 ppkt 14, lit. d) SIWZ, str. 24).

Uzasadnienie (22). Naruszeniem zasady swobody kontraktowej oraz nadużyciem prawa jest także przerzucenie na wykonawców całkowitej i nieograniczonej odpowiedzialności za zapewnienie bezpieczeństwa i praw właścicielom posesji i budynków sąsiadujących z terenem budowy i w razie roszczeń z ich strony powinno rozpatrywania i załatwiania ich bez zbędnej zwłoki, oraz wskazanie, że brak reakcji ze strony wykonawcy, bądź opieszałość będzie upoważniało zamawiającego do pokrycia kwot zaspokajających roszczenia z należnych płatności wykonawcy. Powinno to dotyczyć tylko i wyłącznie sytuacji zawinionych przez wykonawcę. Poza tym należy wskazać, że postanowienie to upoważnia Zamawiającego do tego, aby umniejszyć wykonawcy wynagrodzenie o wysokość

dochodzonego przez właściciela posesji roszczenia, nawet w sytuacji, gdy jest ono sporne. Wszystko to sprawia, że również w tym wypadku wykonawca nie może przygotować należytej oferty, ponieważ nie wie jaki musi przewidzieć koszt na ewentualne odszkodowania, za szkody które nie ponosi odpowiedzialności.

Śądanie (22) Nakazanie Zamawiającemu, aby wykreślił on z obowiązków wykonawcy zapewnienie bezpieczeństwa i praw właścicielom posesji i budynków sąsiadujących z terenem budowy i w razie roszczeń z ich strony powinno rozpatrywania i załatwiania ich bez zbędnej zwłoki, oraz wskazanie, że brak reakcji ze strony wykonawcy, bądź opieszałość będzie upoważniało zamawiającego do pokrycia kwot zaspokajających roszczenia z należnych płatności wykonawcy, ewentualnie ograniczył ten obowiązek tylko do czynności zawinionych przez wykonawcę.

Stanowisko zamawiającego (22):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Treść Subklauzuli 4.25 jednoznacznie informuje, że Wykonawca odpowiada za roszczenia lub szkody : „w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody”, a więc jeżeli Wykonawca udowodni, że nie odpowiada za daną szkodę lub inne zakłócenie to nie będzie ponosił odpowiedzialności materialnej. Praktyka budowlana powinna być prowadzona przez Wykonawcę rzetelnie i w sposób zapewniający dostęp do posesji budynków znajdujących się w sąsiedztwie placu budowy, przede wszystkim ze względów bezpieczeństwa, dla służb ratownictwa i policji. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że roboty będą prowadzone w sąsiedztwie obiektów stojących na straży porządku publicznego, tj. Policja, sąd, areszt śledczy oraz w terenie o zwartej zabudowie, do których musi być zapewniony dostęp. Zobowiązanie Wykonawcy, aby podjął wszelkie środki zapobiegawcze nie jest świadczeniem niemożliwym czy nierealnym, a przede wszystkim mieści się w granicach dopuszczalnych ryzyk. Zbędna zwłoka leżąca po Wykonawcy w stronie zakresie zapewnienia bezpiecznego funkcjonowania wyżej wymienionych instytucji może powodować niepowetowane szkody społeczne, organizacyjne i ekonomiczne. Wymaganie to jest możliwe

do spełnienia dla każdego wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (22):

Co do zasady Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. Za zbyt daleko idące uprawnienie zamawiającego, Izba uznała jedynie postanowienie, aby zamawiający był uprawniony do

46

arbitralnego zdecydowania o zaspokojeniu każdego zgłoszonego roszczenia przez osoby mające się za poszkodowane w jakikolwiek sposób przez wykonawcę robót i upoważnienia zamawiającego do pokrycia kwot zaspokajających roszczenia z należnych płatności wykonawcy (Pkt 6 ppkt 14, lit. d) SIWZ, str. 24). Zagwarantowanie na rzecz zamawiającego możliwości pokrycia roszczeń podmiotów trzecich bez wyjaśnienia sprawy – nie może się ostać. Zamawiający winien przynajmniej sprecyzować, w jakich okolicznościach uzna, że wykonawca w sposób opieszale rozpatruje roszczenia ze strony właścicieli posesji. Sama powinność wykonawcy zapewnienia bezpieczeństwa i praw właścicielom posesji i budynków sąsiadujących z terenem budowy i nieograniczony do nich dostęp oraz konieczność rozpatrywania roszczeń z ich strony bez zbędnej zwłoki nie może budzić zastrzeżeń. Zamawiający przyznał, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za roszczenia lub szkody : „w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody”, a więc jeżeli Wykonawca udowodni, że nie odpowiada za daną szkodę lub inne zakłócenie to nie będzie ponosił odpowiedzialności materialnej.

Kwestionowane postanowienia mimo przytoczanej treści klauzuli 4.25 WSK są nieprecyzyjne, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie pkt 6 ppkt 14 lit. d SIWZ, str. 24 – użyte zostały niejednoznaczne określenia – co zamawiający będzie uważał za opieszałość wykonawcy, uprawniające zamawiającego do uwzględnienia roszczeń, dokonywania potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy, zastępczego zlecenia naprawy szkód.

Zarzut 23 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez przerzucenie na wykonawcę dokonania niezbędnego zajęcia ulic i chodników (pkt 6 ppkt 14 lit. n) SIWZ, str. 24).

Uzasadnienie (23). Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Jak zatem widać do podstawowych obowiązków inwestora należy dokonanie określonych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazanie terenu budowy. A zatem to na inwestorze spoczywa obowiązek dokonania wszelkich

47

uzgodnień i poniesienia kosztów z tym związanych w tym koniecznego zajęcia. Wykonawca powinien otrzymać teren budowy, który będzie mu umożliwiał wykonywanie robót budowlanych. Natomiast w takim przypadku wykonawca musi dopiero czynić stosowane uzgodnienia, nie wiedząc jakie utrudnienia chociażby natury administracyjnej mogą go spotkać. Odwołujący wskazuje ewentualnie, że istnieje możliwość przerzucenia tego obowiązku na wykonawców, ale w takim przypadku powinna być stworzona odrębna pozycja w przedmiarze robót.

Śądanie (23) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy dokonania niezbędnego zajęcia ulic i chodników (pkt 6 ppkt 14 lit. n) SIWZ, str. 24), ewentualnie, aby stworzył on odrębną pozycję w przedmiarze robót.

Stanowisko zamawiającego (23):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać Jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Ewentualne koszty z tak postawionych wymagań Wykonawca jest zobowiązany wliczyć do oferowanej ceny. Technologia wykonywania robót, kolejność wykonywanych prac, sposób dostawy materiałów, które leżą po stronie Wykonawcy, będą wymagały tymczasowych zajęć terenów sąsiadujących i w związku z powyższym koszty tych zajęć ponosi Wykonawca. Zamawiający zaznaczał, że precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV (pkt 6 ppkt 14) przedmiot zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosił o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (23):

Zarzut i żądanie odwołującego Izba uznała za podnoszony po raz kolejny i bezzasadny. Koszt zajęcia ulic i chodników jest ustalany w oparciu o stawki odpłatności stosowane przez zarządcę drogi. Wykonawca ze względu na planowaną organizację robót i harmonogram ich prowadzenia powinien znać swoje potrzeby w tym zakresie, w sytuacji, gdyby uzyskał zamówienie oraz powinien potrafić oszacować przewidywany z tego tytułu koszt. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że koszty zajęć ulic i chodników są związane z organizacją robót przewidzianych przez danego wykonawcę. Wykonawca może uniknąć tych kosztów wykorzystując plac budowy w sposób wszechstronny, tj. nawet na zaplecza. Zaplecza są ujęte w narzutach kosztów pośrednich do cen jednostkowych, zgodnie z 48

zasadami kosztorysowania robót, zatem nie wymagają w myśl odnośnych przepisów wydzielenia jako osobnej pozycji kosztorysowej.

Zarzut 24 – naruszenie art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez przerzucenie na wykonawcę obowiązku zapewnienia nadzoru konserwatorskiego i archeologicznego, a także zapewnienie nadzoru środowiskowego (pkt 6 ppkt 14 lit. r) i s) SIWZ, str. 25).

Uzasadnienie (24). Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, do obowiązków wykonawcy należy oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem oraz zasadami wiedzy technicznej. Natomiast czynności dot. nadzoru konserwatorskiego, archeologicznego oraz nadzoru środowiskowego, nie mieszczą się w zakresie czynności wykonawcy. Wymagają one od niego zatrudnienia specjalistycznych podmiotów. Poza tym brak szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, uniemożliwia wykonawcom przygotowanie w sposób należyty oferty cenowej.

śądanie (24) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy zapewnienie nadzoru konserwatorskiego i archeologicznego oraz nadzoru środowiskowego, ewentualnie opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby na jego podstawie można było w sposób należyty przygotować ofertę cenową (pkt 6 ppkt 4 lit. r) i s) SIWZ, str. 25).

Stanowisko zamawiającego (24):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Przedmiotowe obowiązki narzucone Wykonawcy wynikają z charakteru robót (np. przebudowa ogrodzenia będącego w strefie ochrony konserwatorskiej) oraz faktu, że roboty prowadzone będą w strefie zamieszkałej przez duże skupisko ludzi oraz w obszarze, gdzie

występują elementy przyrody, zgodnie z zapisami Decyzji nr 3/2011 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z dnia 25 lutego 2011 r. oraz Decyzji nr 23 o środowiskowych uwarunkowaniach z 12 sierpnia 2010 r. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o

oddalenie odwołania. Ewentualne koszty z tak postawionych wymagań Wykonawca jest zobowiązany wliczyć do oferowanej ceny.

Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV pkt 6 ppkt 14 lit. r) i s) przedmiot zamówienia.

Stanowisko Izby (24):

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego, że nie jest problematyczne znalezienie specjalistów ze wskazanych dziedzin i ustalenie stawek odpłatności za ich usługi, a co za tym idzie skalkulowanie ceny oferty. Takie rozwiązanie jest optymalne, gdyż skraca czas uzgodnień i ogranicza się do bezpośrednich kontaktów między wykonawcą a osobą zatrudnioną na jego zlecenie. W przypadku znalezisk o charakterze archeologicznych obowiązki wykonawcy ograniczają się do powiadomienia konserwatora zabytków, który prowadzi dalsze czynności związane z wydzielaniem obszaru znaleziska. Śądanie jest zasadne, nie ogranicza konkurencji, każdy z wykonawców jest w stanie je spełnić, przy czym oszacować koszty z tego tytułu i uwzględnić w cenie oferty.

Zarzut 25 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który, mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - poprzez przerzucenie na wykonawcę zapewnienia przejezdności wszystkich dróg przebiegających w sąsiedztwie przekazanego frontu robót, a jeśli nie będzie to możliwe zabezpieczenie dojazdu do poszczególnych posesji przez cały okres prowadzenia robót budowlanych, zgodnie w szczególności z projektem czasowej organizacji ruchu oraz zasadami BHP (pkt 9, ppkt 5) SIWZ, str. 26).

Uzasadnienie (25) Określony w pkt 9 ppkt 5 SIWZ str. 26 obowiązek, jest kolejnym przykładem obciążenia wykonawców obowiązkami, którymi nie powinni być obciążani. Poza tym należy wskazać, że jeżeli Zamawiający chce przerzucić ten obowiązek na wykonawców, to powinien opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w szczegółowy sposób, tak aby wykonawcy mogli przygotować należyte ofertę cenową, a ich oferty były porównywalne.

Śądanie (25) nakazanie Zamawiającemu, aby wykreślił on obowiązek zapewnienia przejezdności wszystkich dróg przebiegających w sąsiedztwie przekazanego frontu robót, a jeśli nie będzie to możliwe zabezpieczenie dojazdu do poszczególnych posesji przez cały

50

okres prowadzenia robót budowlanych, zgodnie w szczególności z projektem czasowej organizacji ruchu oraz zasadami BHP, ewentualnie opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby na jego podstawie można było przygotować ofertę cenową (pkt 9. Ppkt 5) SIWZ, str. 26).

Stanowisko zamawiającego (25):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV pkt 9 ppkt 5 przedmiot zamówienia. Praktyka budowlana powinna być prowadzona przez Wykonawcę rzetelnie i w sposób zapewniający dostęp do posesji budynków znajdujących się w sąsiedztwie placu budowy, przede wszystkim ze względów bezpieczeństwa, dla służb ratownictwa i policji. Nie bez

znaczenia pozostaje również fakt, że roboty będą prowadzone w sąsiedztwie obiektów stojących na straży porządku publicznego, tj. Policja, sąd, areszt śledczy oraz w terenie o zwartej zabudowie, do których musi być zapewniony dostęp.

Ewentualne koszty z tak postawionych wymagań Wykonawca jest zobowiązany wliczyć do oferowanej ceny.

Wymaganie to jest możliwe do spełnienia dla każdego wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (25):

Zarzut stanowi powielenie wcześniej przedstawianych zarzutów i nie znalazł potwierdzenia. Mimo remontu drogi (inwestycja wymaga w części wykopów pod przełożenie instalacji i remont drogi), dojazd i dojście do posesji musi na rzecz mieszkańców i pracowników oraz interesantów okolicznych instytucji - zostać zapewnione. W przeciwnym wypadku groziłoby to roszczeniami z ich strony. Nie ma żadnych podstaw do nakazania zamawiającemu, aby wykreślił on obowiązek zapewnienia przejezdności wszystkich dróg przebiegających w sąsiedztwie przekazanego placu budowy, a jeśli nie będzie to możliwe zabezpieczenie dojazdu do poszczególnych posesji przez cały okres prowadzenia robót budowlanych, zgodnie w szczególności z projektem czasowej organizacji ruchu oraz zasadami BHP, gdyż wymóg ten jest konieczny z punktu widzenia zamawiającego, jak i w szczególności ze względu na zabezpieczenie potrzeb społecznych w miarę normalnego funkcjonowania

51

instytucji publicznych oraz mieszkańców w rejonie oddziaływania inwestycji.

Zarzut 26 – naruszenie art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców, aby przewidzieli oni i ujęli koszty związane z wyłączeniem istniejącej sieci gazowej (pkt 9 ppkt 11 SIWZ str. 27).

Uzasadnienie (26). Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów związanych z wyłączeniem istniejącej sieci należy uznać za bezzasadne. Jeżeli bowiem wykonawca miałby takie koszty ponosić, to powinien już na etapie przygotowywania oferty mieć informacje co do rozmiaru kosztów z tym związanych. Tymczasem Zamawiający ograniczył się tylko do stwierdzenia, że takie koszty będą obciążały wykonawcę, oraz, że koszty z tego tytułu nie podlegają odrębnej opłacie i przyjmuje się, że są włączone w ceny jednostkowe. Taki opis przedmiotu zamówienia jest niewystarczający do należytego przygotowania oferty cenowej.

śądanie (26) - nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy przewidzenie i ujęcie kosztów związanych z wyłączeniem istniejącej sieci gazowej (pkt 9 ppkt 11 SIWZ str. 27).

Stanowisko zamawiającego (26):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy, Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV pkt 6 ppkt 11 przedmiot zamówienia, Przedmiotowe obowiązki narzucone Wykonawcy wynikają z charakteru robót. Koszty związane z wyłączeniem istniejącej sieci gazowej zależą od harmonogramu robót zakładanego przez Wykonawcę do realizacji, na etapie przygotowywania oferty. Wielkość kosztów związanych z wyłączeniem istniejącej sieci gazowej określi miejscowy Zakład Gazowniczy po przedstawieniu przez Wykonawcę przedmiotowego harmonogramu. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

52

Stanowisko Izby (26):

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Zgodnie z dokumentacją projektową oraz uzgodnieniem wydania warunków przebudowy sieci gazowej wraz z przyłączami przez gestora sieci gazowej, skoro w skład inwestycji wchodzi wymiana sieci gazowej na wyznaczonym odcinku, to wykonawca uzbrojenia terenu w zakresie sieci gazowej będzie zobowiązany dokonać włączenia tej sieci jako wchodzącej w skład przedsiębiorstwa dostawcy oraz dokonać podłączenia do przyłączy obiektów odbiorców gazu. Od wykonawcy zależy sprawność przeprowadzenia tej operacji, której wykonanie zamawiający zaleca poza sezonem grzewczym - w okresie przerwy konserwacyjnej. Wykonawcy otrzymali wszelką niezbędną dokumentację w tym zakresie – pozwalającą na oszacowanie kosztu prac wraz ujęciem kosztów związanych z wyłączeniem istniejącej sieci gazowej według stawek odpłatności dostawcy gazu. Wielkość kosztów związanych z wyłączeniem istniejącej sieci gazowej określi miejscowy Zakład Gazowniczy po przedstawieniu przez wykonawcę harmonogramu robót. Profesjonalny przedsiębiorca budowlany, legitymujący się doświadczeniem w prowadzeniu robót w zakresie jak przedmiot zamówienia winien znać procedury i koszty związane z przełączaniem sieci gazowych.

Zarzut 27 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez narzucenie wykonawcom obowiązku skoordynowania prac objętych Kontraktem z wykonawcą, który będzie realizował przebudowę obiektu socjalno-kasowego, bez należytego opisanie zakresu prac, dokładnej lokalizacji tych robót (pkt 9 ppkt 15 SIWZ str. 25).

Uzasadnienie (27), Odwołujący wskazuje, że aby móc w sposób należyty zaplanować wykonywane przez niego roboty, przy uwzględnieniu narzuconego obowiązku skoordynowania prac objętych Kontraktem z wykonawcą, który będzie przebudowywał obiekt socjalno-kasowy, to potrzebuje od Zamawiającego szczegółowego opisu wykonywanych prac, które mają być wykonywane na tym obiekcie. Samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku, jest niewystarczające. Brak bowiem Szczegółowych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie oferty cenowej.

Śądanie (27) nakazuje Zamawiającemu, aby opisał on przedmiot zamówienia w zakresie 53

prac, które będą polegały na przebudowie obiektu socjalno- kasowego - w taki sposób, aby wykonawca mógł należycie zaplanować roboty, które są do wykonania w przedmiotowym postępowaniu i należycie przygotować ofertę cenową (pkt 6 ppkt 15 SIWZ str. 25).

Stanowisko zamawiającego (27):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Zamawiający precyzyjnie opisał w SIWZ Rozdział XV pkt 9 ppkt 15 przedmiot Zamówienia. Zapewnienie możliwości wykonania prac przez innych wykonawców zatrudnionych przez zamawiającego mieści się w granicach dopuszczalnego ryzyka i nie jest to sprzeczne z praktyką budowlaną. Ewentualne koszty z tak postawionych wymagań Wykonawca jest zobowiązany wliczyć do oferowanej ceny. Wymaganie to jest możliwe do spełnienia dla każdego wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (27):

Zarzut Izba uznała za zasadny. Skoro zamawiający w jednym czasie zleca roboty do

przewodzenia w obrębie tego samego placu budowy różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje. Roboty przy budynku socjalno-kasowym prowadzone na placu budowy przekazany wykonawcy niniejszego zamówienia nie mogą wchodzić w kolizję. Zamawiający przyznał, że nie ma jeszcze opracowanej dokumentacji, ani wybranego wykonawcy planowanego na III kwartał 2013 r. odrębnego zamówienia. W takich okolicznościach zamawiający winien podjąć w SIWZ zobowiązanie, że wprowadzenie nowego wykonawcy na przekazany plac budowy nie spowoduje zakłóceń w dotrzymaniu harmonogramu robót przez wykonawcę niniejszego zamówienia. Poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia innego wykonawcy - nie jest wystarczające i narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut 28 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP – poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na

54

sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia jego realizację, z uwagi na fakt, że w decyzji z dnia 12 sierpnia 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach wskazano, że w przypadku konieczności wycinki drzew i krzewów, należy je przeprowadzić poza okresem lęgowym ptaków oraz wegetacyjnym drzew, tj. poza okresem od 1 marca do 31 października (pkt 2.5 lit. g) Decyzji z dnia 12 sierpnia 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach).

Uzasadnienie (28). Wprowadzenie w Decyzji z dnia 12 sierpnia 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach w pkt 2.5 lit. g) zakazu prowadzenia wycinki drzew i krzewów w okresie od 1 marca do 31 października uniemożliwi w zasadzie wykonawcom realizację przedmiotu zamówienia. Na obszarze bowiem obejmującym teren budowy znajduje się wiele drzew i krzewów, które w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia będą wymagały usunięcia. Tymczasem w okresie od 1 marca do 31 października istnieje zakaz dokonywania takiej wycinki. Ponadto należy wskazać, że umowa z wybranym wykonawcą zostanie zawarta jeszcze w okresie wiosny ewentualnie w okresie lata. Co oznacza, że wykonawca przez kilka miesięcy nie będzie mógł w zasadzie realizować przedmiotu umowy, z uwagi na zakaz wycinki drzew i krzewów. W zaistniałym stanie faktycznym przedmiot zamówienia staje się niewykonalny.

Śądanie (28) - nakazanie Zamawiającemu, aby opisał on przedmiot zamówienia w taki sposób, który umożliwi realizację zamówienia (dot. zakazu wycinki drzew i krzewów w okresie od 1 marca do 31 października).

Stanowisko zamawiającego (28):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy.

Doświadczony Wykonawca w przewidzianym czasie realizacji robót, tj. 24 miesiące, ma możliwość opracowania Harmonogramu robót, który przewidzi wycinkę: 5 szt. drzew oraz 60 m² krzewów oraz 20 szt. krzewu irgii, zgodnie z zapisami Decyzji z dnia 12 sierpnia 2010 roku o środowiskowych uwarunkowaniach, Warto zauważyć, że Zamawiający nie narzuca Wykonawcy kolejności wykonywanych robót. Wymaganie to jest obowiązkowe do spełnienia

55

dla każdego wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (28):

Faktem jest, że w decyzji z dnia 12 sierpnia 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach wskazano, że w przypadku konieczności wycinki drzew i krzewów, należy je przeprowadzić poza okresem lęgowym ptaków oraz wegetacyjnym drzew, tj. poza okresem od 1 marca do 31 października (pkt 2.5 lit. g) Decyzji z dnia 12 sierpnia 2010 r. o środowiskowych uwarunkowaniach). Należało jednak zauważyć, że odwołujący pominął okoliczność, iż ta sama decyzja nr 3 o środowiskowych uwarunkowaniach inwestycji na stronie 13 podaje, że realizacja inwestycji wiąże się z koniecznością usuwania drzew – jedna sztuka kasztanowca, (zlokalizowanego w chodniku drogi). W tych okolicznościach wykonawca biorąc pod uwagę 24 miesięczny okres robót jest w stanie zaplanować i wykonać wycinkę drzewa poza sezonem lęgowym ptaków. Zamawiający w odniesieniu do przyznanej okoliczności, że projekt zieleni przewiduje wycinkę 5 drzew i 80 szt. krzewów, oświadczył jednocześnie, że do tego zaдрzewienia decyzja środowiskowa się nie odnosi. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut 29 – naruszenia art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 5 i 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - poprzez wykreślenie Subklauzuli 8.5 Opóźnienie spowodowane przez władze, Wykreślenie akapitu pierwszego Subklauzuli 9.2 dotyczącej odpowiedzialności Zamawiającego za opóźnianie prób końcowych, Subklauzuli 10.3 dotyczącej Przeszkód w Próbach Końcowych, za które odpowiada Zamawiający, Subklauzuli 13.7 Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego w zakresie domagania się w takim przypadku przedłużenia Czasu na ukończenie oraz płatności za taki koszt.

Uzasadnienie (29). Dokonane przez Zamawiającego modyfikacje Warunków Ogólnych Kontraktu Subklauzule: 8.5, 9.2, 10.3, 13.7) powoduje zachwianie równowagi stron stosunku cywilno-prawnego na korzyść jednej ze stron tj. Zamawiającego. Poza tym wyłączenie odpowiedzialności po stronie Zamawiającego w zaistniałych sytuacjach sprawia, że wykonawca nie jest w stanie oszacować takiego ryzyka w swojej ofercie cenowej.

Śądanie (29) - nakazanie Zamawiającemu przywrócenia Subklauzuli 8.5 Opóźnienia
56

spowodowane przez władze, przywrócenie akapitu pierwszego Subklauzuli 9.2 dotyczącej odpowiedzialności Zamawiającego za opóźnienia prób końcowych, przywrócenie Subklauzuli 10.3 dotyczącej Przeszkód w Próbach Końcowych, za które odpowiada Zamawiający, przywrócenie w Subklauzuli 13.7 Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego w zakresie możliwości domagania się w takim przypadku przedłużenia Czasu na ukończenie oraz płatności za taki koszt.

Stanowisko zamawiającego (29):

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania. Definicja „Próby Końcowe” wg warunków FIDIC oznacza wykonanie prób sprawdzeń, które są wykonywane przez Wykonawcę przed przejściem robót przez Zamawiającego. Zamawiający

Dopiero po zakończeniu nie uczestniczy w

Próbach Końcowych i nie może ich opóźniać.

Przejęcie Robót przez (pozytywnym) Robót

zgodnie z Subklauzulą 10 nastąpi

przedmiotowym zakresie. nie przewiduje w

Zamawiającego. Zamawiający zmian

też Zamawiający nie działań

prowadzi nieuzasadnionych merytorycznie. Dlatego

wprowadzenie modyfikacji nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Stanowisko Izby (29):

W punkcie 9 str. 25 SIWZ zamawiający podał, że roboty będące przedmiotem zamówienia

winy zostały przeprowadzone zgodnie z warunkami kontraktowymi na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, warunki ogólne, wydanie FIDIC z 1999 r. z uwzględnieniem warunków szczególnych kontraktu (WSK) zawartych w załączniku 7 do SIWZ. W treści załącznika nr 7 do SIWZ zamawiający wykreślił oznaczone postanowienia według warunków ogólnych FIDIC. W to miejsce nie dokonał w wykreślonym zakresie regulacji własnej, przez co opis przedmiotu zamówienia oraz wszelkich spowodowanych tym uwarunkowań wpływających na cenę oferty – nie jest kompletny. Narusza zatem postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma obowiązku przywrócenia wprost wykreślonych klauzul – jak domagał się tego odwołujący. Obowiązany jest natomiast dokonać regulacji w tej materii wg swoich uzasadnionych racji, byle by nie naruszały one przepisów ustawy Pzp. Przykładowo - opóźnienie prób końcowych przez działającego w imieniu i na rzecz zamawiającego Inżyniera Kontraktu może znacząco wpłynąć na możliwość dotrzymania przez wykonawcę terminu realizacji umowy. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 13 lipca 2011 r. sygn. akt XXV C 701/10, stwierdzono, że „*Warunki kontraktowe FIDIC powstały w systemie prawa „common law”, a chcąc zastosować*”

taki wzorzec w polskim otoczeniu prawnym, należy odpowiednio dostosować jego zapisy, gdyż niedopuszczalne jest bezrefleksyjne, automatyczne inkorporowanie poszczególnych instytucji FIDIC bez uwzględnienia norm (...) prawa krajowego.”

Zarzut 30 – naruszenia art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 5 i 353.1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP- poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - poprzez wyłączenie zagrożenia stanowiącego ryzyko Zamawiającego w postaci amunicji wojskowej, materiałów wybuchowych, promieniowania jonizującego lub skażenia radioaktywnego (Subklauzula 17.3 pkt (d) oraz wykreślenie w Subklauzuli 17.4 pkt (b) uprawniającego do domagania się zapłaty za koszt związany z wystąpieniem sytuacji opisanej w Subklauzuli 17.3 stanowiącej ryzyko Zamawiającego, a także wykreślenie w Subklauzuli 19.1 Siła Wyższa pkt (iv) w postaci wyrazów: amunicja wojskowa materiały wybuchowe oraz amunicji, materiałów wybuchowych.

Uzasadnienie (30). Dokonane przez Zamawiającego modyfikacje Warunków Ogólnych Kontraktu Subklauzule: 17.3, 17.4 oraz 19.1 powodują zachwianie równowagi stron stosunku cywilno-prawnego na korzyść jednej ze stron tj. Zamawiającego. Poza tym wyłączenie odpowiedzialności po stronie Zamawiającego w zaistniałych sytuacjach sprawia, że wykonawca nie jest w stanie oszacować takiego ryzyka w swojej ofercie cenowej.

Śądanie (30). Nakazanie Zamawiającemu, aby przywrócił on w Subklauzuli 17.3 pkt (d) w brzmieniu wynikającym z Warunków Ogólnych Kontraktu, oraz aby przywrócił on w Subklauzuli 17.4 pkt (b) w brzmieniu: wynikającym z Warunków Ogólnych Kontraktu, jak również przywrócił w Subklauzuli 19.1 pkt (iv) w brzmieniu wynikającym z Warunków Ogólnych Kontraktu.

Stanowisko zamawiającego (30):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zamawiający w zapisach SIWZ Rozdział X (Sposób obliczania ceny) pkt 9 lit. d) oraz Rozdział XV (Opis przedmiotu Zamówienia) pkt 6 ppkt 14) c) określił, że w cenie oferty należy uwzględnić koszty zapewnienia warunków

bezpieczeństwa na placu budowy, w tym również ryzyko natrafienia w trakcie robót ziemnych na amunicję wojskową czy materiały wybuchowe. Wykonawca powinien przewidzieć koszty związane z wykryciem, zabezpieczeniem i likwidacją napotkanych niewybuchów oraz prowadzić prace ziemne z zachowaniem zasad bezpieczeństwa robót.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (30):

W punkcie 9 str. 25 SIWZ zamawiający podał, że roboty będące przedmiotem zamówienia winny zostać przeprowadzone zgodnie z warunkami kontraktowymi na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, warunki ogólne, wydanie FIDIC z 1999 r. z uwzględnieniem warunków szczególnych kontraktu (WSK) zawartych w załączniku 7 do SIWZ. W treści załącznika nr 7 do SIWZ zamawiający wykreślił oznaczone postanowienia według warunków ogólnych FIDIC. W to miejsce nie dokonał w wykreślonym zakresie regulacji własnej, przez co opis przedmiotu zamówienia oraz wszelkich spowodowanym tym uwarunkowań wpływających na cenę oferty – nie jest kompletny. Narusza zatem postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma obowiązku przywrócenia wprost wykreślonych klauzul – jak domagał się tego odwołujący. Obowiązany jest natomiast dokonać regulacji w tej materii wg swoich uzasadnionych racji, byle by nie naruszały one przepisów ustawy Pzp. Na temat kosztów usuwania niewybuchów Izba wypowiedziała się przy rozpatrywaniu poprzednich zarzutów odwołującego. Ilość znalezionych niewybuchów, (a z zaistnieniem takich zdarzeń zamawiający się liczy) może też wpłynąć na przerwy w prowadzeniu robót i na możliwość dotrzymania przez wykonawcę terminu realizacji umowy. Mimo, że zamawiający przewidział w punkcie XIV § 48 Umowy możliwość zmian postanowień zawartej Umowy dokładnie określając zakres zmian, to warunki ich wprowadzenia, szczególnie w kontekście kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ, mimo przywołania oznaczonych klauzul - nie pozostają jednoznacznie sprecyzowane.

Zarzut 31 – naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP, oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez brak wskazania w sposób jednoznaczny, w jakim terminie nastąpi przekazanie placu budowy oraz w jakim terminie ma nastąpić Data Rozpoczęcia Robót (§ 6 Umowy, Subklauzula 8.1 Warunków Szczególnych

Kontraktu).

Uzasadnienie (31) Zamawiający w § 6 Umowy wskazał, że przekaze plac budowy w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy. Natomiast w Subklauzuli 8.1 Warunków Szczególnych Kontraktu wskazał, że Data Rozpoczęcia Robót Budowlanych nastąpi nie później niż w ciągu 14 dni od daty podpisania Aktu Umowy. Taka treść przywołanych postanowień Kontraktu może oznaczać, że plac budowy zostanie przekazany wykonawcy w ostatnim dniu i jednocześnie będzie się od niego wymagało, aby rozpoczął on w tym dniu wykonywanie robót budowlanych. Tymczasem do rozpoczęcia robót budowlanych potrzebny jest czas. Wymaga to bowiem zorganizowania w sposób należyty zaplecza budowy i przygotowania terenu pod budowę. Jest to też niewątpliwie element cenotwórczy, który wpływ na ofertę cenową. Stąd wykonawcy na etapie przygotowania oferty muszą wiedzieć kiedy plac budowy zostanie im przekazany, a po pomiędzy przekazaniem a obowiązkiem rozpoczęcia robót potrzebny jest odpowiedni czas.

Śądanie (31) - nakazanie Zamawiającemu, aby przez odpowiednią modyfikację postanowień § 6 Umowy oraz Subklauzuli 8.1. Warunków Szczególnych Kontraktu wskazał w sposób jednoznaczny kiedy nastąpi przekazanie placu budowy i ma nastąpić Data Rozpoczęcia Robót Budowlanych przy uwzględnieniu tego, aby wykonawca miał odpowiedni czas na rozpoczęcie robót budowlanych.

Stanowisko zamawiającego (31):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Termin przekazania Placu Budowy reguluje § 6 Umowy oraz załącznik nr 7 do SIWZ Warunki Szczególne Kontraktu Subklauzula 2.1 (Prawo dostępu do Placu Budowy).

Zamawiający zapowiedział modyfikację SIWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian: w Rozdziale XV pkt. 9 ppkt. 12) otrzymuje brzmienie:

„Zamawiający przekaze Plac Budowy w terminie 14 dni od daty zawarcia Aktu Umowy”.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (31):

60

Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający wyznaczył warunki, że termin rozpoczęcia robót ma być zbieżny z terminem przekazania placu budowy, co nie jest możliwe do dotrzymania z uwagi na konieczność utworzenia zaplecza, w tym zgromadzenia maszyn materiałów itp. W tych okolicznościach zamawiający będzie zobowiązany zmodyfikować postanowienia Subklauzuli 8.1 Warunków Szczególnych Kontraktu i wyznaczyć realny termin kiedy ma nastąpić rozpoczęcie robót budowlanych. Termin ten nie może pozostać zbieżny z terminem przekazania placu budowy, którego przekazanie ma również nastąpić 14 dni od daty zawarcia umowy (§ 6). Nie do przyjęcia jest stanowisko zamawiającego, że wystarczy aby w wyznaczonym terminie wykonawca umieścił tablicę informacyjną. Stawiany wymóg kontraktowy czemuś służy. Wykonawca może być „rozliczany” czy rozpoczął roboty terminowo. Zważywszy, że inwestycja przebiega w ulicy, konieczne dla rozpoczęcia robót jest jej zamknięcie, a to może nastąpić po wprowadzeniu tymczasowej organizacji ruchu. Zarzut Izba uznała za zasadny, jako naruszający art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp .

Zarzut 32 – naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 22 ust. 4 PZP - poprzez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 3) lit. a) i b) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3) lit. a) i lit.b) SIWZ str. 7, w następujący sposób: dot. Kierownika Budowy: „(...) w tym co najmniej na jednym zakończonym zadaniu polegającym na budowie lub przebudowie drogi klasy co najmniej „Z” o wartości robót nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto,” Dot. Kierownika robót torowych: nie mniej niż 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji robot torowych, w tym co najmniej na jednym zakończonym zadaniu, polegającym na budowie lub przebudowie torów tramwajowych o długości minimum 500 m.” - w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie (32). Jeżeli idzie o doświadczenie przy pełnieniu funkcji czy to kierownika budowy czy też kierownika robót, to zdobywa je się nie poprzez fakt sprawowania określonego stanowiska nie tylko na zakończonym zadaniu, ale poprzez pełnienie tej funkcji przez określony czas. Poza tym brak jest podstaw, aby wymagać, od osoby, która ma pełnić funkcję Kierownika Robót Torowych, aby wykazała się ona 5-letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji tylko robot torowych, bez możliwości wykazania się doświadczeniem przy realizacji robót drogowych. Należy bowiem zauważyć, że przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych, nie przewidują odrębnej specjalności torowej, a mówią generalnie o specjalności drogowej. A

61

zatem osoba, która posiada uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń, daje Zamawiającemu rękojmię należytego pełnienia tej funkcji. Stąd to 5- letnie doświadczenie powinno się odnosić generalnie do robót drogowych, ewentualnie do robót torowych lub drogowych. Sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia powoduje to, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zachowania zasady uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania wykonawców, a sam opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu

zamówienia. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż opisanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu eliminuje wykonawców, którzy dysponują osobą mającą spore doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, m.in. na kontrakcie takim jakiego wymaga Zamawiający, ale kontrakt nie został jeszcze nie zakończony. Stosownie do treści przepisu art. 22 ust. 4 PZP, opis sposobu oceny dokonywania spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia, oraz proporcjonalny do tego przedmiotu. W przedmiotowym postępowaniu pierwsza przesłanka jest spełniona, natomiast nie została spełniona druga przesłanka dotycząca proporcjonalności. Ustawa PZP nie wskazuje na to co należy rozumieć pod pojęciem „proporcjonalny”. Posiłkując się poglądami doktryny można wskazać, że: „Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym. Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nie nadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z dnia 27 października 2005 r., C-234/03, Conste S.A. Vivisol Sri, Oxigen Salud SA v. Institute Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) ECR 2005, nr 10B, poz. 1-09315, ETS uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.” (Prawo zamówień publicznych - Komentarz, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, 4 Wydanie, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 62

2010, s. 159- 160). W przedmiotowym postępowaniu, zasada proporcjonalności nie została zachowana. Celem bowiem postawienia przez Zamawiającego warunku, jest to, aby w postępowaniu wzięli udział wykonawcy, którzy poprzez dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zapewnią należyte wykonanie zamówienia. Taki cel opisanego warunku jest jak najbardziej oczywisty. Zaprawiający winien tak opisać warunek, aby stworzyć konkurencję pomiędzy wykonawcami, którzy podążają zadaniu jakie jest do wykonania. Takie zachowanie, Zamawiającego należy uznać za przekroczenie granic proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 PZP, i jako działanie naruszające zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skoro uniemożliwia się w nim udział wykonawcom posiadającym stosowne doświadczenie umożliwiające im wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

śądanie (32) - nakazanie Zamawiającemu zmianę sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 3) lit. a) i b) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 3) lit a) i b) SIWZ w taki sposób, aby osoby wskazane odpowiednio na stanowisko Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Torowych, nie musiały się wykazywać się doświadczeniem zdobytym na zakończonych zadaniach, ale doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót lub budowy przy realizacji wskazanych przez Zamawiającego robót przez okres np. 1 roku, oraz aby Kierownik Robót Torowych miał się wykazać 5-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji robót torowych lub drogowych.

Stanowisko zamawiającego (32):

Zamawiający uwzględnił żądanie Odwołującego oraz zapowiedział zmodyfikowanie SIWZ poprzez wprowadzenie zmian w Rozdziale V, pkt 2 ppkt 3 lit. b: drugi myślnik otrzymuje następujące brzmienie:

„- nie mniej niż 5 - letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót przy realizacji robót drogowych, w tym co najmniej na jednym zakończonym zadaniu, polegającym na budowie lub przebudowie torów tramwajowych o długości minimum 500 m.”

Stanowisko Izby (32):

Zarzut został uwzględniony ale nie w pełnym zakresie. Odwołujący domagał się też
63

wyeliminowania części warunku odnoszącego się do „zadań ukończonych”.

Zarzut podlegał uwzględnieniu wyłącznie w zakresie w jakim zamawiający nie dokonał jeszcze zapowiadanej zmiany - dotyczącej wymaganego doświadczenia zawodowego danego specjalisty przy realizacji robót drogowych. W tym też zakresie zapowiadana modyfikacja SIWZ jednocześnie wymaga wprowadzenia zmian ogłoszenia o zamówieniu. W pozostałym zakresie Izba uznała kwestionowane warunki udziału w postępowaniu za proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i z nimi związane, szczególnie biorąc pod uwagę, że okres doświadczenia (5 lat) ma być liczony łącznie nawet na kilku zadaniach, z których tylko jedno ma być zakończone.

Zarzut 33 - naruszenia art. 7 ust.; 1 PZP, oraz art. 5, 353.1, 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 PZP - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z narzuceniem 14 dniowego terminu liczonego od Daty Rozpoczęcia na przedłożenie Inżynierowi szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów: robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku, wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego Wykonawcy (Subklauzula 14.1 pkt (d) i Warunków Szczególnych Kontraktu).

Uzasadnienie (33). Odwołujący wskazał, że przy tak ogromnej inwestycji z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, żądanie 14 dniowego - licząc od Daty Rozpoczęcia na przedłożenie Inżynierowi szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów: robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku, wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego Wykonawcy, należy uznać za termin nierealny co czyni to świadczenie w zasadzie niemożliwym. Stąd zasadne jest wskazanie terminu 28 dniowego, a zatem takiego jaki przewidują warunki kontraktowe wg FIDIC.

Śądanie (33) nakazanie Zamawiającemu, aby ten w Subklauzuli 14.1 pkt (d) Warunków Szczególnych przywrócił 28 dniowy termin na przedłożenie Inżynierowi szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów: robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku, wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego
64

Wykonawcy.

Stanowisko zamawiającego (33):

W ocenie Zamawiającego zarzut nie jest zasadny. Nie można uznać jakoby zapisy te naruszały uczciwą konkurencję. Warunki umowy są dopuszczalne w świetle art. 353.1 k.c. i nie sprzeciwiają się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Nie można kwestionować zapisów wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłyby one zostać sformułowane korzystniej dla Wykonawcy. Zamawiający mając na uwadze specyfikę omawianego zamówienia publicznego tj. okres realizacji 24 miesiące od podpisania umowy nie przewiduje zmian w przedmiotowym zakresie. Tworząc cenę ofertową Wykonawca robót jest zobowiązany wypełnić załączaną tabelę TER (zał. nr 16), w której podaje skalkulowane

już ceny jednostkowe danego zakresu robót budowlanych. Kalkulacja ceny jednostkowej odbywa się poprzez wykonanie szczegółowej kalkulacji w rozbiciu na: nakłady robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku. Warunek dostarczenia w terminie 14 dni dotyczy już skalkulowanych cen jednostkowych stanowiących ofertę Wykonawcy. Wykonawca nie tworzy, ale jedynie przekazuje element szczegółowego rozwinięcia swojej oferty. W związku z powyższym wymagany termin jest wystarczający. Zamawiający w przedmiotowym zakresie wnosil o oddalenie odwołania.

Stanowisko Izby (33):

Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający nie wykazał konieczności dysponowania pełnym kosztorysem wybranego wykonawcy, opracowanym metodą szczegółową według udostępnionego przedmiaru i to w ciągu 14 dni od daty rozpoczęcia robót. Mieszcząc się w cenach podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), wybrany wykonawca musi mieć czas na przemyślenie kalkulacji szczegółowych. Zamawiający ustali realny termin dla złożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego, wynoszący nie mniej niż 21 dni od daty rozpoczęcia robót (Subklauzula 14.1 pkt (d) Warunków Szczególnych Kontraktu). Kwestionowany zapis narusza art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłaszanych zarzutów odwołania jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, warunków

kontraktowych FIDIC wyd. 1999 r., wymienionych w uzasadnieniu odwołania. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący w ogólności wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził, że kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, naruszają wskazane przepisy ustawy Pzp i innych ustaw, a interes odwołującego może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu robót stanowiących przedmiot zamówienia, mógłby zostać on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu, i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji mógłby on ponieść określoną szkodę z tym związaną.

Przechodząc do podjętego jak wyżej rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów odwołania należało mieć na względzie odnośne postanowienia art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, które stanowią, że 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. Przy tym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Z kolei przepis art. 31 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza ocenia czynności i zaniechania zamawiającego z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustanowionych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Należy też mieć na uwadze treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje wykonawcy legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, jeżeli poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Cytowane brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp nie pozostawia zatem wątpliwości, iż chodzi o wykazanie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Spełnienie łączne dyspozycji tej normy, stanowi przesłankę materialną legitymacji do wniesienia odwołania,

której brak skutkuje - jedynie z tej przyczyny - oddaleniem odwołania - bez poddawania ocenie zgłaszanych zarzutów. Mimo, że ustawa Pzp w art. 14 stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks 66

cywilny, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, to nie jest wystarczające, zdaniem Izby, aby wykonawca mógł wykazać naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia – w drodze powołanie się na naruszenie przez zamawiającego samych przepisów Kodeksu cywilnego przy ustalaniu warunków zamówienia. Aby odwołanie mogło zostać uwzględnione w odniesieniu do poszczególnych zarzutów, każdy z przedstawianych zarzutów faktycznych w pierwszej kolejności musi wskazywać i dowodzić jaki przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony, w jaki sposób i jakim działaniem lub zaniechaniem zamawiającego. Wyłącznie po wykazaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i ich możliwego istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp) dopuszczalna jest ingerencja Izby w postanowienia SIWZ.

Odwołanie zaś w sprawie nieuwzględnionych zarzutów przez zamawiającego, dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, nie może być traktowane jako rodzaj niedozwolonego (przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353 § 1 K.c.) pozwu o ukształtowanie warunków umowy. Izba nie jest też żadnym organem mediacyjnym, którego zadaniem byłoby doprowadzenie do pełnej ekwiwalentności świadczeń, czy też całkowitej symetrii wzajemnych obowiązków i uprawnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, bowiem weryfikuje jedynie czynności zamawiającego pod względem przestrzegania wzorca ustanowionego w ustawie Pzp.

Odpowiednią regulację w odniesieniu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera art. 139 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. Przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353 § 1 K.c., przy czym zawarcie umowy na oznaczonych warunkach pozostawione jest decyzji stron.

Zamawiający wnosił o uwzględnienie okoliczności „iż zarzuty Odwołującego, w których powołuje się on na naruszenie przez Zamawiającego zasady swobody umów, poprzez wprowadzenie lub wykreślenie kwestionowanych zapisów siwz, nie znajdują w analizowanej sytuacji uzasadnienia. Dodatkowo, zarzut iż naruszają one zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, także nie znajduje uzasadnienia. Zgodnie bowiem z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09, „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być (...) uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w 67

sprawie zamówienia publicznego” Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, iż „(...) Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2012 r. sygn. akt KIO/UZP 974/2012). W przedmiotowym postępowaniu, poprzez zapisy siwz, Zamawiający nie naruszył więc zasady swobody umów. Kwestionowane przez Odwołującego zapisy nie są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, natomiast jeśli Wykonawca dojdzie do wniosku, iż realizacja zamówienia na zasadach określonych przez Zamawiającego może naruszyć jego interesy ekonomiczne, może on z uwagi na treść siwz, nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie składać oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego. Wykonawca może ponadto złożyć ofertę o wyższej cenie.”

Stanowisko powyższe należy uznać za trafne, gdyż uprawnienia i obowiązki stron umowy o zamówienie publiczne nie muszą być ustalone w pełni symetrycznie, ani

ekwiwalentnie, jednakże z tym zastrzeżeniem, że obowiązkiem bezwzględnym zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób pełny, o którym stanowi art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiający oszacowanie kosztu po stronie wykonawcy, przy czym nie stwarzający nieuzasadnionych barier w dostępie do ubiegania się o zamówienie przez podmioty zdolne do jego należytej realizacji, o czym z kolei stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba podziela powszechnie aprobowane poglądy dotyczące sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji, za wyjątkiem jeżeli wynika to z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, jak chociażby związanych w tym postępowaniu z uzyskaniem przez wykonawcę decyzji o tymczasowej organizacji ruchu na podstawie wszelkich danych, które zamawiający był zdolny udostępnić i wskazać.

U podstaw uwzględnienia niektórych zarzutów odwołującego legły ustalenia, że

68

zamawiający w części postanowień SIWZ nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, bądź bez usprawiedliwionej potrzeby wymagania są nadmierne. Takimi zapisami SIWZ przerzucił na wykonawcę ciężar na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robót – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte – bezterminowe, nie gwarantujące koniecznego współdziałania, niedookreślone, niespójne (np. terminy płatności) - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – działają w sposób antykonkurencyjny – zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślenie obowiązków i praw inwestora stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo wywiązać z umowy i ponieść straty na kontrakcie – skrajnie nawet prowadzące do upadłości. Wykonawca składający ofertę winien mieć pewność, iż po jego stronie pozostaje wystarczający stopień decyzyjności, aby mógł bez przeszkód ze strony inwestora wywiązać się terminowo z realizacji budowy. Także wygórowane wymagania, w tym nakładanie na wykonawcę zbyt krótkich terminów, przy czym nie wynikające z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, mogłyby wpłynąć na odstąpienie części wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie od złożenia oferty, zatem zachodziły podstawy do nakazania zmian w SIWZ takich postanowień jako naruszających art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych – otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować

zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres i formę dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). Po tą są ustalane warunki zamówienia, aby ustalić przewidywalne obowiązki stron i aby istniały obustronne kontraktowe gwarancje ich dotrzymania. Wykonawca nie musi polegać jedynie na deklaracjach zamawiającego co do jego dobrej woli współdziałania i podejmowania czynności, których kontrakt nie reguluje.

Bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ.

Odnosząc poczynione wyżej uwagi ogólne do skarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zarzuty odwołania znalazły jedynie częściowe potwierdzenie, co mogłoby skutkować opóźnieniami w realizacji umowy, wiążącymi się z zapłatą kar i brakiem możliwości dotrzymania umownego terminu wykonania umowy. Tak określone warunki zamówienia uzależniające możliwość dotrzymania umownego terminu od niedookreślonych warunków SIWZ - zniechęcają wykonawców do składania ofert, zawężając tym samym w sposób nieuprawniony konkurencję. Przy umowach o roboty budowlane, uprawnienie zamawiającego nie może też być nadużywane do nadmiernego wyznaczania obowiązków objęcia ceną ofertową wszystkiego, co zamawiający zechce zastrzec w umowie jako obowiązki wykonawcy, a co nie jest jednoznacznie związane z tymi robotami - żądanie aby wbrew zakresowi zamówienia, wykonawca robót budowlanych zajmował się czynnościami eksploatacyjnymi utrzymania zieleni w odniesieniu do

70

zrealizowanego i przekazanego obiektu.

Postępowanie dowodowe wykazało częściową zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 353.1 K.c., w zw. z art. 487 K.c., art. 647 K.c., art. 651 K.c. oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 Pzp, a w następstwie naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, przy zachowaniu reguł uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi budowlanej równego dostępu do zamówienia. Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje,

mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót - wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Trafnie odwołujący zdiagnozował, iż wskazywane postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały w pełni zachowane. Postanowienia te, zdaniem Izby mogą powodować ograniczenie kręgu wykonawców, zdolnych do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem niezasadne wymagania zamawiającego mogłyby znacząco ograniczyć ilość wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty w tym przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniając

71

odwołanie może nakazać dokonanie czynności przy czym zadaniem zamawiającego jest takie wypełnienie tego nakazu, aby zachowując spójność dokumentacji przetargowej, doprowadzić do wyeliminowania stwierdzonych przez Izbę naruszeń ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie złożonych rachunków stosownie do postanowień § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....