

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez wykonawcę SKANSKA SA w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego SKANSKA SA w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez SKANSKA SA w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego SKANSKA SA w Warszawie na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowe - zimowe i letnie - utrzymanie w systemie „utrzymaj standard” autostrady A-4 na odcinku od węzła Dębica Wschód do Węzła Rzeszów Wschód, drogi ekspresowej S-19 na odcinku od miejscowości Stobierna do Węzła Rzeszów Wschód wraz z odcinkiem drogi krajowej nr 19 od węzła Rzeszów Wschód do granicy miasta Rzeszowa oraz na odcinku od węzła A-4 Rzeszów Zachód do węzła Świlcza w okresie 6 lat” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 51-083309 w dniu 14 marca 2012 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący w dniu 23 marca 2012 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie konkurencyjny oraz zapewniający zachowania uczciwej równego

traktowania

wykonawców,

- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieprecyzyjne, niekompletne opisanie przedmiotu zamówienia – uniemożliwiające złożenie poprawnej oferty,
- 3) art. 5 i 353¹ Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozbawiających wykonawcę prawa roszczeń, w związku z nie przekazaniem poszczególnych odcinków dróg do utrzymania w terminach przewidzianych harmonogramem;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym *Istotnych dla stron postanowień umowy*), poprzez wprowadzenie postanowienia o prawie wykonawcy do zwrotu kosztów mobilizacji zasobów, w sytuacji nie przekazania odcinków dróg w terminach określonych w harmonogramie,
- 3) nakazanie zamawiającemu zmian Istotnych dla stron postanowień umowy w § 11 poprzez wprowadzenie przesłanki umożliwiającej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji stwierdzenia zmian w zakresie rzeczowym i jakościowym przedmiotu zamówienia w stosunku do informacji wynikających z dokumentacji projektowych dróg będących w budowie,
- 4) kierując się daleko idącą ostrożnością procesową – o nakazanie unieważnienia postępowania, w związku z faktem, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

3

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W takim wypadku zarzuty wyartykułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie ze sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi.

Odnosząc się do postawionych zarzutów, uwzględniono:

1. Odwołujący w odwołaniu zarzuca, iż przedmiot zamówienia opisany został w sposób nieprecyzyjny i nie odpowiadający treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreśla, iż przedmiot zamówienia został określony szacunkowo na podstawie dokumentacji projektowej, według której realizowane są roboty budowlane, przy czym zamawiający z racji szacunkowego określenia przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej i informacji z budów aktualnych na dzień sporządzenia materiałów przetargowych wymaga od wykonawcy wnikliwego przeanalizowania sytuacji na rynku oraz dostępnych na etapie przygotowania oferty informacji oraz zabezpieczenia kontraktu w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych na etapie przetargu okoliczności np. opóźnień w wykonawstwie, ewentualnych odchyłek od projektowanych zakresów robót wynikłych w czasie realizacji inwestycji. W ocenie odwołującego, dokumentacja projektowa budowanych odcinków dróg jest niewystarczająca do tego, aby poprawnie i kompletnie wycenić zakres przedmiotu zamówienia – dopiero dokumentacja powykonawcza sporządzona kompletnie po fizycznym zakończeniu robót drogowych oraz wizja lokalna wykonanego w całości przedmiotu zamówienia umożliwia rzetelne przygotowanie oferty przyszłemu wykonawcy usługi utrzymania drogi.

Odwołujący argumentuje następnie w odwołaniu, że zamawiający zastrzegł, iż termin przekazania kolejnych odcinków dróg do utrzymania może się zmienić, nie jest możliwa

należyta wycena oferty – gdyż oprócz wiedzy o kosztach rzeczowych niezbędna jest wiedza o czasie ich ponoszenia; w związku z tym, iż czas realizacji zamówienia został określony jako 6 lat od podpisania umowy, a w sytuacji gdy faktyczne wykonywanie usługi rozpocznie się dopiero w momencie zakończenia poszczególnych odcinków dróg, wykonawca nie może należycie oszacować kosztów wpływających na kalkulację ceny ze względu na niedookreślony czas realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zaprezentowanej w odwołaniu, a wyżej przytoczonej argumentacji podkreślenia wymaga, że nie sposób przyjąć, by opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu można było dokonać dopiero po sporządzeniu dokumentacji powykonawczej. Niewątpliwie, przedmiot tego postępowania obejmuje utrzymanie autostrad które po części są w trakcie budowy. Zamawiający jednak zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia harmonogram oddawania poszczególnych dróg (załącznik nr 1 *Harmonogram przejęcia utrzymania dróg szybkiego ruchu A-4 i S-19 objętych przetargiem*), wedle informacji, jakimi aktualnie dysponuje, z którego wynikają daty oddania dróg: A-4 Dębica – Rzeszów Zachód – październik 2012 r.; A-4 Rzeszów Zachód (z OUA) – Rzeszów Północ – czerwiec 2012 r.; S-19 w obrębie węzła Rzeszów – Zachód – czerwiec 2012 r.; S-19 Rzeszów Zachód – węzeł Świlcza – czerwiec 2012 r.; A-4 Rzeszów Północ – Rzeszów Wschód – maj 2012 r.; DK 19 w obrębie węzła Rzeszów Wschód – maj 2012 r.; S-19 Stobierna – Rzeszów Wschód – czerwiec 2012 r.; DK 19 Rzeszów Wschód – granica miasta Rzeszowa – czerwiec 2012 r. Zamawiający podał także długość odcinków poszczególnych dróg w metrach. Konsekwentnie, w formularzu ofertowym (Formularz 2.1, załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający zamieścił informacje dotyczące długości odcinków poszczególnych dróg w metrach oraz daty ich oddania i terminy rozpoczęcia wykonywania usługi. Formularz ofertowy zawiera także wskazanie: „oferujemy wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową brutto (...) która została wyliczona na podstawie poniższego zestawienia opartego na cenie ryczałtowej za utrzymanie 1 m drogi (trasy zasadniczej) w miesiącu, która wynosi: cena ryczałtowa za 1 m m-cu brutto: (...)”. Cena ryczałtowa za 1 m w m-cu brutto miała być w formularzu cenowym podawana w jednej wysokości dla wszystkich ośmiu wskazanych w nim odcinków dróg (jedna łączna kolumna dla wszystkich dróg dla podania ceny za 1 m świadczonej usługi). Zamawiający w tomie III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych Część 1 Wymagania Ogólne Utrzymania podał szczegółowe informacje dotyczące dróg objętych przedmiotem zamówienia – zarówno w układzie zbiorczym dla wszystkich dróg, jak i dla każdej z osobna: klasy dróg oraz długość odcinków o odpowiedniej klasie; długości tras zasadniczych w rozbiciu na jezdnię ze wskazaniem ilości jezdni; szerokości pasów ruchu; szerokości pasów awaryjnych, szerokości pasów włączeń i wyłączeń węzłów; szerokość

opasek wewnętrznych, pasów dzielących, poboczy gruntowych całkowite powierzchnie wszystkich jezdni; skrajnie pionowe; dane dotyczące konstrukcji nawierzchni dostosowanych do obciążeń; ilości punktów świetlnych; długości rowów przydrożnych; ilości separatorów; długości ścieków betonowych; ilości zbiorników retencyjnych i retencyjno – oczyszczających; długości barier energochłonnych; ilości i powierzchnie osłon przeciwoślusieniowych w pasie dzielącym; długości ekranów akustycznych długości ogrodzeń (bram i furtek); ilości znaków pionowych i tablic drogowaskazowych/informacyjnych, ilości słupków prowadzących; powierzchnie do koszenia trawy; ilości studzienek kanalizacyjnych/wpustów; ilości kolumn alarmowych; ilości bramownic nad jezdnią; ilość mostów, wiaduktów drogowych i kolejowych; ilość przejść dla zwierząt, przejazdów gospodarczych, przepustów oraz przejść dla pieszych. Podkreślenia wymaga, że czas trwania przedmiotowego zamówienia wynosi 6 lat. Przewidziane przez zamawiającego jako możliwe odchylenia i ewentualne opóźnienia w oddaniu wskazanych dróg zostały przewidziane nie jako reguła, swego rodzaju mechanizm wariantowy opisu przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, zamawiający, wskazując wymienione drogi jako objęte przedmiotem zamówienia, podając przewidywane daty ich oddania oraz wykonywanie usługi ich utrzymania od następnego miesiąca po oddaniu, łączną ilość metrów stanowiącą o długości odcinków dróg i wymieniając dodatkowo elementy infrastruktury, jakie składają się na cały przedmiot zamówienia (wszystkie drogi) podał tę informację jako miarodajną dla oceny obowiązków wykonawcy. Przewidziane zaś – jako ewentualne – opóźnienia wyraźnie zostały zastrzeżone na wypadek zdarzeń nieplanowanych. Stąd nie jest właściwe, jak czyni to odwołujący, przyjmowanie ad hoc skrajnie pesymistycznego założenia, iż wskazane terminy nie zostaną dotrzymane, a w konsekwencji – że założone terminy oddania poszczególnych dróg (zatem także i obowiązek ich utrzymywania) czynią opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnym w stopniu uniemożliwiającym właściwe sporządzenie oferty, w tym prawidłowe oszacowanie kosztów związanych z realizacją zamówienia i jego wycenę. O ile można i trzeba liczyć się z możliwością takich przesunień oddania dróg (co też przewidział zamawiający), to powyższe, przy założonym okresie realizacji zamówienia wynoszącym łącznie 6 lat nie może mieć decydującego znaczenia i mieści się w możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Argumentacja wyartykułowana w odwołaniu zdaje się pomijać, że przedmiotowe zamówienie nie zostało opracowane w układzie roku czy dwóch, ale ma być realizowane na przestrzeni 6 lat. W tym okresie, ewentualne późniejsze oddanie części dróg objętych zamówieniem mieści się w ramach naturalnej wyceny kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienia w niej ryzyk nieprzewidywanych zdarzeń właściwych dla zadania o tak długim okresie trwania.

W świetle informacji podanych przez zamawiającego, w szczególności łącznej długości dróg, wraz z datami ich oddawania; określenia, ile na nie składa się poszczególnych elementów infrastruktury, wykonawcy są w stanie ustalić przeciętny koszt utrzymania 1 metra drogi. Dostarczenia w tym zakresie wymaga sposób określenia przedmiotu zamówienia, a także sposób obliczenia ceny za jego wykonanie: dotyczy ona 1 m utrzymania dróg. Według ceny za 1 metr liczona jest zarówno cena za całość zamówienia (traktowana jako cena ofertowa) jak i wynagrodzenie należne wykonawcy, które zostało uzależnione od rzeczywistej ilości świadczonych usług – dróg oddanych, co do których wykonawca obowiązany będzie świadczyć usługi. W myśl § 2 ust. 1 i 2 *Istotnych dla stron postanowień umowy*: „*Wstępne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy (...) strony ustalają, zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę brutto (...) która została wyliczona na podstawie ceny ryczałtowej za utrzymanie 1 m drogi (trasy zasadniczej) w miesiącu w wysokości brutto (...), przy czym rzeczywista kwota wynagrodzenia zostanie ustalona zgodnie z treścią § 2 (w tej części, jak można wnioskować, występuje oczywista omyłka w tekście Istotnych dla stron postanowień umowy, który dotyczy ust. 2 tego §). Rzeczywista wartość wynagrodzenia stanowiła będzie iloczyn liczby m drogi (trasy zasadniczej) oraz stawki za utrzymanie 1 m drogi za miesiąc za cały okres wykonywania przedmiotu umowy*”.

Zamawiający określił także czas realizacji zamówienia – wynosi on 6 lat. Zamawiający określił też zakres czynności objętych jego przedmiotem, podając znany w czasie

przygotowywania postępowania zakres w postaci łącznej ilości metrów dróg, których mają dotyczyć usługi oraz składające się na nie elementy infrastruktury. Zastrzeżone ewentualne opóźnienia w oddaniu dróg stanowią odstępstwo od zasady, przewidziane jako nieprzewidziane: na rozprawie odwołujący prezentował sporne opóźnienia jako mające być regułą i o znaczącym zakresie, podczas gdy zamawiający przedstawiał założone terminy jako realne, a w każdym razie bliskie zaplanowanym w harmonogramie datom. Na obecnym etapie nie sposób jednak przesądzać, że opóźnienia, jeśli będą miały miejsce, będą miały tak znaczący dla realizacji zamówienia zakres, że istotnie zniekształcą jego przedmiot w ujęciu 6 lat. Powyższe ryzyka, dostrzeżone przez zamawiającego i lojalnie

w specyfikacji istotnych warunków zasygnalizowane wykonawcom zamówienia, rozpatrywane w układzie założonego całego, sześcioletniego okresu wykonywania zamówienia, należy rozpatrywać jako mieszczące się w statystycznej, uśrednionej wartości. Także odwołujący dostrzegał, że postępowanie dotyczy usługi utrzymania dotyczącej przedmiotu, który nie powstał jeszcze, a powstanie w przeszłości. Powyższe także determinuje opis przedmiotu zamówienia uwzględniający ten element nieprzewidywalności w pełnym zakresie, ze stuprocentowym prawdopodobieństwem terminów oddania poszczególnych dróg.

Dodatkowo zamawiający przewidział, a nawet wskazał jako pożądane przeprowadzenie wizji lokalnej umożliwiającej potencjalnemu wykonawcy prawidłowe określenie zakresu czynności składających się na wykonanie zamówienia i oszacowanie kosztów jego wykonania. W pkt 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postanowił, iż: *„Zaleca się, aby Wykonawcy dokonali wizji lokalnej na terenie realizacji inwestycji i w jego okolicy w celu dokonania oceny dokumentów i informacji przekazywanych w ramach przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego.”* Sygnalizowane na rozprawie przez odwołującego problemy w przeprowadzeniu takiej wizji nie znajdują przy tym potwierdzenia – odwołujący nie wskazywał, by podjął próbę uczestnictwa w takiej wizji; by zamawiający uniemożliwił jej dokonanie na odcinkach dróg w trakcie realizacji, podczas gdy zamawiający wyrażał gotowość umożliwienia wykonawcy zbadania stanu obecnie realizowanych prac na drogach. Podkreślenia wreszcie wymaga, że przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, których zarzuty naruszenia postawione zostały w odwołaniu, stawiają wymagania względem opisu przedmiotu zamówienia: 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyartykułował swoje potrzeby, wyrażające się koniecznością utrzymywania dróg w odpowiednim stanie, w postaci takiej charakterystyki przedmiotu zamówienia, która odda te potrzeby. Odwołujący nie wykazał, by zamawiający pominął lub pozostawił domysłem wykonawców informacje pozostające w jego posiadaniu. Dokonywanie zaś opisu przedmiotu tego zamówienia dopiero po uzyskaniu dokumentacji powykonawczych dotyczących dróg aktualnie będących w trakcie budowy – co postuluje odwołujący – wymagałoby wstrzymania się przez zamawiającego z realizacją jego statutowego obowiązku do czasu uzyskania takich dokumentacji, co należy uznać zarówno za nieefektywne jak i pozbawione uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Nie ma bowiem obowiązku, by przedmiot zamówienia, taki z jakim mamy do czynienia w tym przypadku, opisywać wyłącznie za pomocą dokumentacji powykonawczych. Takiego obowiązku nie stawia ustawa Prawo zamówień publicznych (w odróżnieniu, przykładowo, do robót budowlanych, gdzie w art. 31 ust. 1 i 2 ustawy zastrzeżone zostały wymagania co do dokumentów za pomocą których dokonywany jest opis przedmiotu zamówienia), nie jest on nadto w szczególny sposób determinowany cechami i właściwościami tego konkretnego przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach, opis przedmiotu zamówienia może być

dokonany za pomocą wskazania wszelkich posiadanych przez zamawiającego informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, dopełniony przykładowo możliwością przeprowadzenia przez wykonawców wizji lokalnej. Naturalne przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia są pewne elementy niepewne czy nieprzewidywane, szczególnie że czas trwania usługi objętej zamówieniem wynosi 6 lat. Przy takim okresie wykonywania usługi, nawet w razie przekazania dokumentacji powykonawczej, należy przyjąć zaistnienie czynników nieprzewidywanych, a mogących mieć znaczenie dla wykonywanego zamówienia. Powyższe czynniki – wkomponowane w cechy przedmiotowego zamówienia i czytelnie zasygnalizowane przez zamawiającego jako objęte pewnym stopniem niepewności – mogą i powinny zostać uwzględnione przez wykonawców jako ryzyka związane z wykonywaniem zamówienia, a zatem oszacowane i ujęte w wycenie świadczenia usługi.

Niezależnie od tego, biorąc pod uwagę, że drogi objęte przedmiotem zamówienia są w trakcie realizacji, na zamawiającym ciąży szczególna powinność komunikowania wykonawcom okoliczności mających wpływ na oszacowanie kosztów wykonania zadania, uwzględniająca informacje na temat postępu prac, ich dynamiki. Obejmuje to także wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od obowiązku jaki wynika z treści art. 38 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (a także postanowienia pkt 18.4 i 18.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz wskazanych tam terminów (zamawiający na rozprawie konieczność starannego udzielania odpowiedzi na zadawane pytania także dostrzegał).

Ponadto, gdyby iść za tokiem rozumowania odwołującego, który wskazuje, że dopiero uzyskanie dokumentacji powykonawczych dróg i autostrad w budowie pozwala opisać przedmiot zamówienia obejmujący utrzymanie tych dróg, to należałoby przyjąć że zamawiający w ogóle nie może przeprowadzić postępowania na te odcinki dróg, co do których dokumentacja powykonawcza nie została jeszcze sporządzona. Pamiętać przy tym trzeba, że jej uzyskiwanie jest procesem, który może trwać relatywnie długo, a w takim wypadku zamawiający musiałby wstrzymać się od realizacji ciężącego na nim obowiązku zapewnienia właściwego stanu dróg. Stąd należy przyjąć, że zamawiający, który podał znane mu właściwości i elementy obejmujące przedmiot zamówienia, w tym te dotyczące stanu dróg w budowie, i który zapewnił o możliwości i celowości przeprowadzenia przez wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia wizji lokalnej dotyczącej stanu dróg objętych zamówieniem, nie naruszył przepisów ustawy, w tym przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu odwołania, że w wykazie robót do wykonania podczas letniego i zimowego utrzymania (część 1 Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych Część 1 Wymagania Ogólne Utrzymania) zamawiający wymaga wykonania Tymczasowej Bazy służącej wykonawcy usługi utrzymania dróg, przy

czym ma być ona wykorzystana tylko do czasu przekazania przez zamawiającego Obwodu Utrzymania Autostrady. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie podał zakresu wyposażenia Tymczasowej Bazy ani jej standardów jakościowych, przez co wykonawcy złożyli oferty de facto nie dające się porównać, a sytuacja taka wpływa na niemożność dochowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący zdaje się jednak nie dostrzegać, formułując powyższe zastrzeżenia, że opisana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Baza Tymczasowa ma stanowić pewne centrum logistyczne – administracyjne, czy socjalno – administracyjne dla wykonawcy. Zamawiający wyraźnie postanowił, że ma ona „służyć wykonawcy usługi utrzymania drogi”. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wyraźnie także przewiduje, że sporna Baza Tymczasowa ma być pewnym rozwiązaniem przejściowym, do czasu oddania przez zamawiającego Obwodu Utrzymania Autostrady, co ma nastąpić – zgodnie z harmonogramem w czerwcu 2012 r. W tym kontekście, założenie odwołującego, że nie wiadomo, kiedy w rzeczywistości nastąpi oddanie Obwodu Utrzymania Autostrady, i że na pewno nastąpi znaczące opóźnienie (odwołujący na rozprawie obejmował wizją opóźnienia w oddaniu tego obiektu okres zimowy) wydaje się być wyrażane poniekąd „na wyrost”.

Z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że decyzji wykonawcy pozostawiono ewentualne wyposażenie i stopień zorganizowania owej Bazy Tymczasowej. Odwołujący upatruje w brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązku szczególnego zorganizowania tego obiektu, na rozprawie odnosząc powyższe do obowiązku budowy takiej Bazy, rozumianego jako postawienie budynku. Treść

specyfikacji wskazuje jednak raczej na znaczenie tego postanowienia nie tyle obligującego wykonawcę do budowy jakiegokolwiek obiektu, co zawierającego informację, że w razie nieprzekazania w terminie Obwodu Utrzymania Autostrady (którego użytkowanie będzie umożliwiało wykonawcy nieodpłatnie - w myśl § 2 ust. 4 *Istotnych dla stron postanowień umowy*), wykonawca będzie musiał we własnym zakresie w czasie do tego przekazania zorganizować sobie pewne zaplecze organizacyjne, umożliwiające sprawne wykonywanie zamówienia. Zamawiający nie postawił przy tym wobec spornej Bazy Tymczasowej jakichkolwiek wymagań i oczekiwań, co wskazuje, że w gestii wykonawcy byłoby w owym okresie przejściowym stworzenie takiego zaplecza, jego organizacja oraz wyposażenie, i potrzebom tego wykonawcy powyższe pozostawiono. Nie jest zatem tak, jak wywodzi odwołujący, że zamawiający powinien podać co ma być wyposażeniem Bazy Tymczasowej, dookreślić zakres wymagań jej dotyczących. Jeśli zamawiający tego nie uczynił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie nałożył wyraźnych wymagań co do kształtu i wyposażenia spornej Bazy Tymczasowej, to oznacza to tyle, że pozostawił powyższą kwestię do uznania wykonawców. Konsekwentnie zamawiający powyższe stanowisko, mające wyraźne oparcie w brzmieniu specyfikacji istotnych warunków

10

zamówienia, podtrzymywał na rozprawie, wskazując, że Baza ma służyć wyłącznie wykonawcy; to wykonawca zdecyduje co ma ona posiadać; sprawą wykonawcy jest w jakich warunkach będzie chciał tę Bazę utrzymywać.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zarzut w powyższej mierze opiera się na przyjęciu przez odwołującego pewnego rozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opartego na wyobrażeniu, że zamawiający stawia pewne wymagania wobec wykonawcy, mimo ich wyraźnego niewyartykułowania w specyfikacji. Powyższe – jeśli budziło wątpliwości wykonawcy – mogło i powinno być przedmiotem wniosku o wyjaśnienie brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie sposób zatem przypisywać zamawiającemu nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w tej mierze, a zasadnicza część sygnalizowanych przez odwołującego wątpliwości w powyższym zakresie mogłaby z powodzeniem zostać rozwiana poprzez zadanie zamawiającemu pytań, czego odwołujący nie uczynił.

3. Także żądanie unieważnienia - wyartykułowane w odwołaniu jako żądanie „z daleko idącej ostrożności procesowej”, zaś na rozprawie prezentowane jako kluczowe – należało uznać za bezzasadne.

Odwołujący nie wskazuje przy tym w odwołaniu wyraźnej podstawy prawnej takiego unieważnienia, nie wskazuje przepisów ustawy, z których ta nieważność miałaby wynikać, nie prezentuje również w odwołaniu jakiegokolwiek uzasadnienia dla tak postawionej tezy, poprzestając na stwierdzeniu, iż *postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*.

Powyższe zdaje się nawiązywać do brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu, wymaga że podnoszone przez odwołującego tezy i argumentacja nie prowadzą do wniosku, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Jak wskazano wyżej, dokonanie ustalenia zakresu przedmiotu zamówienia, ukształtowanie warunków umownych na zasadzie których będzie realizowany przedmiot zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego którego, w analizowanej sytuacji zamawiający nie nadużył. Stąd brak jest podstaw do przypisania działaniom zamawiającego w tej mierze takich naruszeń ustawy, które by mogły prowadzić do skutku w postaci zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że odwołujący stawiając zarzuty dotyczące nieprecyzyjnego, niekompletnego opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie braku pewności co do oddania dróg objętych przedmiotem zamówienia w terminach określonych w harmonogramie jak i w części dotyczącej Bazy Tymczasowej, nie stawia jednak żądania takiej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która uczyni opis przedmiotu zamówienia

11

bardziej precyzyjnym, w tym eliminującym jego wątpliwości. Nie wskazuje innego – poza wskazaniem podstawy do unieważnienia postępowania (w odwołaniu – z ostrożności, zaś na

rozprawie jako kluczowego żądania) wniosku w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Jak zaś wskazano wyżej, zastrzeżenia odwołującego w znacznej mierze wynikają z przyjętej niewłaściwej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym wątpliwości w zakresie obowiązków wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia tego postępowania mogły być rozwiązane za pomocą wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust. 1 – 2 ustawy).

4. Odwołujący w odwołaniu argumentuje, że zamawiający w Opisie Sposobu Obliczania Ceny Oferty (pkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wskazał, iż w przypadku nie przekazania poszczególnych odcinków objętych przetargiem w terminach szacunkowo określonych w harmonogramie (załącznik nr 1) wykonawcy nie będą przysługiwały z tego tytułu żadne roszczenia, przy czym o faktycznym terminie przekazania poszczególnych odcinków, innym niż przewidziane w harmonogramie zamawiający poinformuje z minimum 30-dniowym okresem wyprzedzenia. W szczególności dotyczy to przekazania Obwodu Utrzymania Autostrady, w węźle Rzeszów Zachód, którego nie przekazanie skutkuje koniecznością zabezpieczenia Bazy tymczasowej, za co wykonawca nie będzie rościł żadnych roszczeń.

Zdaniem odwołującego, postanowienia specyfikacji pozbawiające Wykonawcę roszczeń w związku z nie wywiązywaniem się przez zamawiającego z jego obowiązków umownych (przekazania w umówionym terminie przedmiotu umowy) przekraczają zasadę swobody umów oraz zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, nie można żądać od Wykonawcy pełnej mobilizacji zasobów (ludzkich, sprzętowych materiałowych) do realizacji przedmiotu zamówienia w określonej dacie, a następnie oczekiwać, bez żadnej finansowej rekompensaty dla wykonawcy, iż mobilizacja ta będzie trwać przez bliżej nieokreślony czas. Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 5 i art. 353¹ kc, wskazujący na naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, żądając nakazania zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie postanowień pozbawiających wykonawcę prawa roszczeń, w związku z nie przekazaniem poszczególnych odcinków dróg do utrzymania w terminach przewidzianych harmonogramem oraz wprowadzenia postanowienia o prawie wykonawcy do zwrotu kosztów mobilizacji zasobów, w sytuacji nie przekazania odcinków dróg w terminach określonych w harmonogramie, a także zmian istotnych dla stron postanowień umowy w § 11 poprzez wprowadzenie przesłanki umożliwiającej zmianę wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji stwierdzenia zmian w zakresie rzeczowym i jakościowym przedmiotu zamówienia w stosunku do informacji wynikających z dokumentacji projektowych dróg będących w budowie.

12

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacjom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie

wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ograniczenie stosowania wskazanych zasad prawa cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest przy tym podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyroki z dnia 4 października 2010 r. w spr. KIO 2036/10, z dnia 28 lutego 2012r. w spr. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12). Stąd nie mogły zostać uwzględnione zarzuty naruszenia art. 5 i art. 353¹ kc, dotyczące naruszenia równości stron stosunku cywilnoprawnego.

Żądanie wykreślenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozbawiających wykonawcę prawa roszczeń, w związku z nie przekazaniem poszczególnych odcinków dróg do utrzymania w terminach przewidzianych harmonogramem oraz wprowadzenie postanowień przewidujących zwrot kosztów mobilizacji zasobów, w sytuacji

nie przekazania odcinków dróg w terminach określonych w harmonogramie nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wskazano wyżej, zamawiający ukształtował przedmiotowe postępowanie w ten sposób, że jego przedmiotem jest utrzymywanie w odpowiednim standardzie dróg, określonych w jednostkach (metrach). Zatem to liczba rzeczywiście wykonanych usług odnoszonych do tych jednostek rozliczeniowych będzie decydowała o wynagrodzeniu należnym wykonawcy. Wykonawca przy tym, żądając wprowadzenia wynagrodzenia z tytułu „mobilizacji” zasobów, a w istocie gotowości do świadczenia usługi, pomija, że ta gotowość dotyczy odcinków dróg, które ewentualnie nie zostaną oddane w terminie, a zatem dotyczy sytuacji przejściowej i traktowanej przez zamawiającego jako nieprzewidywana (zamawiający wskazał bowiem w harmonogramie terminy oddania poszczególnych dróg, co nakazuje traktować wskazane tam daty jako przewidywane terminy rozpoczęcia świadczenia usługi). Zatem z sytuacji tego rodzaju, przejściowej, i w istocie w pewien sposób awaryjnej, odwołujący wywodzi wniosek o istotnej doniosłości dla postępowania (ze skutkiem – jak wskazano wyżej – zaistnienia podstawy unieważnienia postępowania).

Odwołujący przy tym, upatrując negatywnych konsekwencji w postaci niepewności wykonawcy co do momentu rozpoczęcia świadczenia usługi nie stawia wniosku o wydłużenie terminu, w jakim zamawiający zobowiązany będzie powiadomić wykonawcę o terminie rozpoczęcia świadczenia usługi. Termin ten, w świetle brzmienia § 2 ust. 14 *Istotnych dla stron postanowień umowy*, a także analogicznie brzmiącego pkt 10. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynosi *minimum 30 dni*. Zgodnie z tym postanowieniem: „w przypadku nieprzekazania poszczególnych odcinków objętych przetargiem w terminach szacunkowo określonych w harmonogramie (Załącznik nr 1) Wykonawcy nie będą przysługiwały z tego tytułu żadne roszczenia. O faktycznym terminie przekazania poszczególnych odcinków, innym niż przewidziane w harmonogramie Zamawiający poinformuje z minimum 30-dniowym okresem wyprzedzenia. W szczególności dotyczy to przekazania Obwodu Utrzymania Autostrady, w węźle Rzeszów Zachód, którego nie przekazanie skutkuje koniecznością zabezpieczenia Bazy Tymczasowej za co Wykonawca nie będzie rościł żadnych żądań.”

Odwołujący zdaje się przy tym nie dostrzegać, że 30 dniowy termin, w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest terminem minimalnym. Powyższe oznacza, że zamawiający powinien w pierwszym możliwym terminie, gdy będzie mu wiadomym z dostateczną pewnością o rzeczywistym terminie oddania odpowiednich odcinków dróg, sygnalizować powyższe wykonawcy realizującemu usługę. Wynika to z zasad lojalnego kontraktowania, dobrych obyczajów kupieckich jak i cytowanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie sposób zatem zgodzić się z argumentacją wyrażaną w rozprawie, iż zamawiający może manipulować tak określonym terminem sygnalizowania o

terminie rozpoczęcia świadczenia usługi na odcinkach dróg, gdzie nastąpiło opóźnienie w ich oddaniu. Dróg takich jest łącznie osiem, zatem i samo informowanie z wyprzedzeniem minimum trzydziestodniowym powinno raczej być postrzegane jako pewien mechanizm epizodyczny, przejściowy i niejako awaryjny, bowiem niewątpliwie wynikający

z ewentualnego opóźnienia oddania dróg, a w konsekwencji – nie sposób przypisywać temu rozwiązaniu znaczenia tak wielkiego, jak czyni to odwołujący. Zamawiający także wskazuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprzekazanie poszczególnych odcinków dróg jako pewien etap przejściowy w realizacji zamówienia: „Zamawiający w okresie przejściowym będzie sukcesywnie, zgodnie z terminami zawartymi w Załączniku nr 1, przekazywał w utrzymanie poszczególne odcinki dróg wchodzących w skład zakresu utrzymania” (§ 2 pkt 13 *Istotnych dla stron postanowień umowy*).

Jeśli w ocenie odwołującego termin ten jest zbyt krótki, nie gwarantujący bezpieczeństwa wykonawcy i możliwości sprawnego przygotowania się do wykonywania usługi, właściwym było postulowanie odpowiedniego jego wydłużenia – zamawiający wyrażał gotowość wyjścia naprzeciw ewentualnym tego rodzaju wnioskom, wskazując, że termin 30 dniowy został przyjęty na podstawie jego wcześniejszych doświadczeń i znajomości praktyki wykonywania tego rodzaju usług, w tym wiedzy, że zwykle wykonawcy potrzebują takiego właśnie terminu, by przygotować się do świadczenia usługi utrzymania drogi. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że przedmiotem zamówienia nie jest prowadzenie roboty budowlanej, czy innego złożonego przedsięwzięcia, ale świadczenie usługi bieżącego utrzymania dróg, przy czym w tym zakresie dotyczyć to będzie dróg oddawanych do użytku, zatem świeżo wybudowanych, jak można zakładać – w stanie nie wymagającym szczególnych czynności, korzystających nadto z zobowiązań gwarancyjnych ich wykonawców.

Zamawiający zatem wykazał, że przewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia 30 dniowy termin powiadomienia o terminie przystąpienia do wykonywania zadania (a dokładniej: minimum 30 dniowy termin) uwzględnia potrzeby związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, wprowadzenie obowiązku świadczenia przez zamawiającego wynagrodzenia na rzecz wykonawcy za czas pozostawania w gotowości do realizacji zamówienia zanim zostaną oddane poszczególne odcinki dróg nie uwzględnia istotnego w tym postępowaniu mechanizmu ustalenia ceny – wynagrodzenie należne wykonawcy zostało uzależnione od rzeczywiście wykonanych usług, liczonych w metrach. Zgodnie z pkt 10.1 i 10.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „cena brutto oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o formularz cenowy sporządzony na formularzu, którego wzór stanowi Formularz 2.1 zamieszczony w Tomie I niniejszej SIWZ. Cenę ofertową wyliczamy jako iloczyn liczby m drogi (trasy zasadniczej) oraz stawki ceny ryczałtowej brutto za utrzymanie 1 m drogi

15

w miesiącu i szacunkowej liczby miesięcy utrzymania”, „Cena oferty jest sumą cen ryczałtowych za utrzymanie poszczególnych odcinków drogi (trasy zasadniczej) w ciągu szacowanego okresu (od 1.06.2012 do 31.05.2018) ich utrzymania i powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia.”

W świetle powyższego, brak jest podstaw do wykreślenia powyższych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zastąpienia ich postanowieniami, przewidującymi wynagrodzenie za czas pozostawania w gotowości do realizacji zamówienia, zanim zostaną oddane poszczególne odcinki dróg.

5. Nie znalazł także potwierdzenia wniosek o wprowadzenie postanowień w § 11 *Istotnych dla stron postanowień umowy*, przewidujących przesłankę umożliwiającą zmianę wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji stwierdzenia zmian w zakresie rzeczowym i jakościowym przedmiotu zamówienia, w stosunku do informacji wynikających z dokumentacji projektowych dróg będących w budowie.

Jak wskazano wyżej, zamawiający określił przedmiot zamówienia podając długości dróg na których ma być wykonywana usługa oraz ilości różnych elementów infrastruktury w odniesieniu do każdej z nich. Rzeczą wykonawców jest oszacować koszt wykonania tak określonej usługi. W pkt 5.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do wysokości 50% wartości zamówienia podstawowego. Nawiązanie do brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy dotyczy zatem sytuacji przewidzianych w tym przepisie, to jest udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,

a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Powyższe pozwala, w razie zmiany zakresu rzeczowego dotyczącego przedmiotu świadczenia w stosunku do przewidzianego w tym postępowaniu udzielić dotychczasowemu wykonawcy zamówienia uzupełniającego.

Maksymalny przedmiot świadczenia w ramach tego postępowania został przez zamawiającego określony ilością dróg, ich długością oraz wskazaniem elementów infrastruktury oraz cech poszczególnych dróg. Szczegółowe dane w powyższym zakresie zawarte zostały w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych. Zakres tego zamówienia może przy tym w razie nieoddania

na czas poszczególnych odcinków dróg ulec zmniejszeniu o świadczenie usługi na tych drogach, co zamawiający także czytelnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyartykułował. Jeśli zatem chodzi o określenie przedmiotu zamówienia, to rzeczą wykonawców jest ująć w cenie za ten przedmiot, według informacji podanych przez zamawiającego koszt wykonywania usługi na wskazanych odcinkach dróg z uwzględnieniem podanych przez zamawiającego informacji. Brak jest w tych okolicznościach podstaw do domagania się wprowadzenia w § 11 *Istotnych dla stron postanowień umowy* postanowień przewidujących wprowadzenie przesłanki umożliwiającej zmianę wynagrodzenia wykonawcy, w sytuacji stwierdzenia zmian w zakresie rzeczowym i jakościowym przedmiotu zamówienia w stosunku do informacji wynikających z dokumentacji projektowych dróg będących w budowie. Przypomnienia wymaga przy tym – jak wskazano wcześniej – że uprawnieniem zamawiającego jest jednostronne ukształtowanie treści stosunku cywilnoprawnego, w tym treści przyszłej umowy. Ponadto, nie zasługuje na uwzględnienie postulat, by taką możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy odnosić w stosunku do treści dokumentacji projektowych dróg będących w budowie. Zamawiający określił bowiem przedmiot zamówienia poprzez jego opis dokonany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tam zawarte informacje (w myśl pkt 5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: Tomy III-IV specyfikacji).

6. Odwołujący na rozprawie argumentował, że w uprzywilejowanej pozycji znajdują się wykonawcy, którzy obecnie realizują budowy dróg, których utrzymanie jest objęte przedmiotem tego postępowania, co w jego ocenie narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Po pierwsze – zarzut w powyższym brzmieniu nie został wyartykułowany w odwołaniu, odwołujący ograniczył się bowiem do wskazania w sposób ogólny naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie konkretyzując powyższego do sytuacji wykonawców, którzy aktualnie realizują roboty na drogach objętych przedmiotem tego postępowania. Zgodnie zaś z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po drugie – drogi objęte przedmiotowym zamówieniem są realizowane przez czterech różnych wykonawców, zaś zakres przedmiotu zamówienia obejmuje świadczenie usług, przy czym dotyczy to nowych dróg, zatem w części nie objętej zobowiązaniami gwarancyjnymi wykonawców tych dróg, co odnosi się przede wszystkim do napraw pokolizyjnych. W tym kontekście, przed wszystkimi wykonawcami stoją takie same obowiązki, zaś znajomość poszczególnych odcinków dróg wynikająca z ich wykonania nie przekłada się w sposób

pozwalający uznać, że ci wykonawcy, którzy realizowali roboty znajdują się w sytuacji, w której są preferowani, czy też mają znacząco dogodniejszą pozycję w postępowaniu. Tym samym, uznano, że nie potwierdziły się zarzucane w odwołaniu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 29 ust. 1 i 2 tej ustawy a także art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: