

Sygn. akt: KIO 2765/11

WYROK
z dnia 5 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier- Dolańska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez **Polimex – Mostostal S.A w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Koninie**

przy udziale uczestnika postępowania **SNC Lavalin Polska sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w adekwatnym zakresie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Koninie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polimex – Mostostal S.A w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

-
- 2.2. zasądza od **Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Koninie** na rzecz **Polimex – Mostostal S.A w Warszawie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Koninie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2765/11

Uzasadnienie

Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o. w Koninie (dalej „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie w celu zawarcia umowy na projektowanie i budowę zakładu termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych w Koninie w ramach projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu konińskiego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 239-387201.

Wykonawca Polimex - Mostostal S.A. w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł w

dniu 23 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) kwestionując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”).

Odwołujący sformułował zarzuty odwołania dotyczące:

1) postanowienia pkt. 11 w Rozdziale I „Forma oferty”, wykluczającego składanie ofert przez wykonawców, które jest sprzeczne z celem postępowania o udzielenie zamówienia polegającym na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy, oraz niezrozumiałe, w związku z czym zamawiającemu postawił zarzut naruszenia art. 2 pkt 7a Pzp, a także art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia za

Strona 3 z 37

pomocą określeń, które są niezrozumiałe i sprzeczne z istotą postępowania o udzielenie zamówienia;

2) postanowienia pkt. 2.3 lit. e, f, g i h w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty”, zawierającego opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które narusza art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp, ponieważ wymogi stawiane specjalistom wskazanym w wymienionych postanowieniach są wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jak również określone za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co z kolei prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp;

3) postanowienia pkt. 2.5 w zw. z postanowieniem pkt. 3.10 w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty”, zawierającego opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, które narusza art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz w zw. z art. 41 pkt 7 Pzp, ponieważ wprowadzenie wymogu wylegitymowania się opłaconą polisą OC na ogromną kwotę co najmniej 200 mln zł przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem wykluczenie przez zamawiającego łącznej oceny spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, prowadzi do złamania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz stanowi wymóg wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w ocenie odwołującego wręcz niemożliwy do spełnienia;

4) postanowienia pkt. 1 w Rozdziale XII „Składanie i otwarcie ofert”, w którym termin złożenia oferty zostały określony przez zamawiającego na „do dnia 28 lutego 2012 r.”, co narusza art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 11 i w zw. z art. 41 pkt 10 Pzp, ponieważ zamawiający wyznaczył termin zbyt krótki, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, co jednocześnie narusza obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie w sposób zapewniający zamówienia zachowanie oraz przez uczciwej konkurencji równe traktowanie wykonawców, zagwarantowanie wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert;

5) klauzuli 4.2 Warunków Szczególnych Kontraktu obejmującej postanowienie dopisywane na końcu lit. (d), które jest niejednoznaczne, a w związku z tym może podlegać dowolnej interpretacji przez zamawiającego. Posłużenie się przez zamawiającego niedostatecznie

Strona 4 z 37

dokładnymi i zrozumiałymi określeniami uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp;

6) klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu przez jej niejednoznaczne sformułowanie, w wyniku czego nie jest jasne, czy klauzula ma zastosowanie wyłącznie do podwykonawców robót budowlanych, czy podwykonawców sensu largo, stosownie do klauzuli 1.1.2.8 Warunków Ogólnych Kontraktu. Niejednoznaczność sformułowania klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu przejawia się także w zaniechaniu określenia sposobu

udokumentowania przez wykonawcę zdolności podwykonawcy do wykonania części zamówienia, kryteriów oceny tej zdolności, a także zakresu informacji o podwykonawcy, jakich może żądać Inżynier. Niejednoznaczne sformułowanie przez zamawiającego klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp;

7) klauzuli 5.2 i klauzuli 5.6 Warunków Szczególnych Kontraktu, w których zamawiający zaniechał określenia terminu odpowiednio na zaakceptowanie przez zamawiającego Projektu Budowlanego oraz na zaakceptowanie przez Inżyniera Dokumentacji Powykonawczej, w wyniku czego zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp;

8) klauzuli 8.8 Warunków Szczególnych Kontraktu, która została niejednoznacznie sformułowana, w wyniku czego nie jest jasne, czy zamawiający zachowuje prawo do kary umownej naliczonej wykonawcy z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Testów Gwarancyjnych, które zostanie potwierdzone w tym samym albo innym zakresie w toku Pomiarów Gwarancyjnych, i czy ta kara jest wówczas naliczana łącznie z karą umowną z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Pomiarów Gwarancyjnych. Niejednoznaczne sformułowanie przez zamawiającego klauzuli 8.8 Warunków Szczególnych Kontraktu uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający wprowadza klauzulę 8.8 Warunków Szczególnych Kontraktu, mimo że w Warunkach Ogólnych Kontraktu jest klauzula 8.8 „Zawieszenie Robót”, której zamawiający nie skreśla;

9) klauzuli 13.1 zdanie ostatnie Warunków Szczególnych Kontraktu, w której zamawiający nie wskazał liter z pkt (iv), do jakich odwołuje się w tym postanowieniu, co powoduje, że treść klauzuli jest niezrozumiała. W ten sposób zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp przez brak precyzji postanowienia;

10) klauzuli 18 zdanie ostatnie Warunków Szczególnych Kontraktu, która przewiduje wymóg dokonania przez wykonawcę cesji uprawnień z umów ubezpieczenia na zamawiającego, co w przypadku polisy OC jest niemożliwe. W ten sposób zamawiający naruszył art. 509 § 1 k.c. w zw. z art. 822 § 1 k.c. i w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ istota cesji polega na

Strona 5 z 37

przelewie wierzytelności przez uprawnionego, którym w przypadku umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest poszkodowana osoba trzecia, a nie wykonawca;

11) klauzuli 14.2 Warunków Szczególnych Kontraktu, w której zamawiający zaniechał określenia wysokości zaliczki oraz warunków jej udzielenia, odraczając rozstrzygnięcie tych kwestii do czasu przyszłych negocjacji z wykonawcą, przeprowadzonych po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rezultacie czego doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób odbiegający od zasad określonych w art. 29 ust. 1 Pzp, a w szczególności za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, oraz art. 7 Pzp, gdyż zachowanie warunków konkurencyjności wymaga precyzyjnego określenia zasad finansowania zamówienia za pomocą zaliczek, co ma istotne znaczenie przy określaniu ceny oferty;

12) klauzuli 14.2 Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie akapitu drugiego, przewidującego wystawienie przez wykonawcę gwarancji zwrotu zaliczki na trzy miesiące przed końcem roku 2015 na poczet nie wykonanych robót, który jest niezrozumiały, co uzasadnia postawienie zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp;

13) klauzuli 14.3 akapit pierwszy Warunków Szczególnych Kontraktu oraz klauzuli 14.6 akapit pierwszy Warunków Szczególnych Kontraktu, w zakresie, w jakim posługują się nieostrym i niezdefiniowanym pojęciem „dokumenty towarzyszące”, co uzasadnia postawienie zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3) i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp;

14) klauzuli 14.4 Warunków Szczególnych Kontraktu przez zaniechanie określenia terminu, w jakim zamawiający jest zobowiązany zaakceptować Plan płatności, w wyniku czego zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp;

15) klauzuli 15.2, klauzuli 18 Warunków Szczególnych Kontraktu, które przewidują różne wykluczające się sposoby rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego (Kontraktu), tj. jego wypowiedzenie (klauzula 15.2) i odstąpienie (klauzula 15.5 i

klauzula 18), mimo że w przypadku umów o roboty budowlane i umów mieszanych, w których roboty budowlane stanowią dominujące świadczenie, właściwym trybem doprowadzenia do ich ustania jest złożenie oświadczenia woli o odstąpieniu. Brak jednego trybu rozwiązania Kontraktu oraz dopuszczenie trybu niewłaściwego dla tego typu umowy, jaką stanowi Kontrakt, uzasadnia postawienie zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, a także art. 395 § 1 kc w zw. z art. 492 kci w zw. z art. 14 oraz art. 139 Pzp;

16) Rozdziału 4 siwz obejmującego wzór gwarancji zwrotu zaliczki, której treść została nieprawidłowo sformułowana, ponieważ nie zawiera standardowych klauzul wymaganych

Strona 6 z 37

przy gwarancjach bankowych, co uzasadnia postawienie zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 151a ust. 5 w zw. z art. 148 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. - Prawo bankowe (tj. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.);

17) załącznika nr 12 „Zasady oceny ofert według grup kryteriów podstawowych oraz opis kryteriów częściowych oceny ofert”, w zakresie kryteriów technicznych oceny ofert, które są niejednoznaczne, co uzasadnia postawienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1-ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i w zw. z art. 41 pkt 9 Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia następujących zmian w siwz:

Ad.1) wykreślenia albo sprecyzowania postanowienia pkt. 11 w Rozdziale I „Forma oferty”;
Ad.2) sprecyzowania w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty”, co należy rozumieć przez udział: w projektowaniu, budowaniu i uruchamianiu (postanowienie pkt. 2.3 lit. e tiret 3), w projektowaniu i budowaniu (postanowienie pkt. 2.3 lit. f tiret 3), w projektowaniu i budowie (postanowienie pkt. 2.3 lit. g tiret 3), w projektowaniu i budowie (postanowienie pkt. 2.3 lit. h tiret 3), jak również zastąpienie w powyższych postanowieniach spójnika „i” przez „lub”;

Ad.3) modyfikacji postanowienia pkt. 2.5 w zw. z postanowieniem pkt. 3.10 w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty”, polegającej na tym, że potencjał ekonomiczny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie wymogu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na określoną sumę gwarancyjną będzie oceniany łącznie, tzn. zsumowaniu będzie polegała suma gwarancyjna z poszczególnych polis wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, która łącznie nie będzie niższa niż 200 mln zł, względnie odwołujący wnosi o obniżenie wymaganej sumy gwarancyjnej do nie większej niż 90 mln zł;

Ad.4) modyfikacji postanowienia pkt. 1 w Rozdziale XII „Składanie i otwarcie ofert” przez przedłużenie terminu składania ofert do dnia 15 kwietnia 2012 r.;

Ad.5) nadanie klauzuli 4.2 Warunków Szczególnych Kontraktu jednoznacznego brzmienia;

Ad.6) nadanie klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu jednoznacznej treści, z której będzie wynikać, że klauzula ma zastosowanie do podwykonawców robót budowlanych, jak również określenia sposobu udokumentowania przez wykonawcę zdolności podwykonawcy do wykonania części zamówienia, kryteriów oceny tej zdolności, a także zakresu informacji o podwykonawcy, jakich może żądać Inżynier;

Strona 7 z 37

Ad.7) określenia w klauzuli 5.2 i w klauzuli 5.6 Warunków Szczególnych Kontraktu terminu odpowiednio na zaakceptowanie przez zamawiającego Projektu Budowlanego oraz na zaakceptowanie przez Inżyniera Dokumentacji Powykonawczej;

Ad.8) określenia w klauzuli 8.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w sposób jednoznaczny, czy zamawiający zachowuje prawo do kary umownej naliczonej wykonawcy z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Testów Gwarancyjnych, które zostanie potwierdzone w tym samym albo innym zakresie w toku Pomiarów Gwarancyjnych, i czy ta kara jest wówczas naliczana łącznie z karą umowną z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Pomiarów Gwarancyjnych. Jednoznaczne określenie mogłoby być wyrażone poprzez

odpowiednią redakcją wskazującą na alternatywne rozliczanie kar według procedur wyspecyfikowanych w punktach (i), (ii), (iii), oraz uregulowanie kwestii obowiązywania klauzuli 8.8 „Zawieszenie Robót” w Warunkach Ogólnych Kontraktu, której oznaczenie pokrywa się z klauzulą 8.8 Warunków Szczególnych Kontraktu;

Ad.9) wykreślenia w klauzuli 13.1 zdanie ostatnie Warunków Szczególnych Kontraktu wyrażenia „lit” lub określenia liter z pkt. (iv), do jakich w tym zdaniu zamieszczono odwołanie;

Ad.10) wykreślenia zdania ostatniego w klauzuli 18 Warunków Szczególnych Kontraktu,

Ad.11) sprecyzowania w klauzuli 14.2 Warunków Szczególnych Kontraktu wysokości zaliczki oraz warunków jej udzielenia;

Ad.12) doprecyzowanie klauzuli 14.2 Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie akapitu drugiego;

Ad.13) wskazanie desygnatu pojęcia „dokumenty towarzyszące” użytego w klauzuli 14.3 akapit pierwszy Warunków Szczególnych Kontraktu oraz klauzuli 14.6 akapit pierwszy Warunków Szczególnych Kontraktu;

Ad.14) określenia w klauzuli 14.4 Warunków Szczególnych Kontraktu terminu, w jakim zamawiający jest zobowiązany zaakceptować Plan płatności;

Ad.15) wprowadzenia odstąpienia od Kontraktu jako jedynego sposobu doprowadzenia do jego rozwiązania;

Ad.16) uzupełnienia wzoru gwarancji zwrotu zaliczki zawartego w Rozdziale 4 siwz w następujący sposób:

1. przez wskazanie terminu ważności gwarancji (np. przez dodanie „ale nie później niż do dnia ...”),
2. przez wprowadzenie klauzuli redukowalności. Gwarancja powinna się redukować o każdą płatność dokonaną w ramach gwarancji oraz o wartość zaliczek potrąconych z faktur VAT wystawionych przez wykonawcę z tytułu wykonanych robót po przedstawieniu w banku tych faktur,

Strona 8 z 37

3. przez wprowadzenie klauzuli identyfikacyjnej (tylko osoby uprawnione mogą zgłaszać roszczenie i przez bank, który potwierdzi podpisy tych osób),
4. przez zapisanie, że żądanie wypłaty musi obejmować oświadczenie, że wykonawca nie wywiązał się ze swoich obowiązków,
5. przez określenie przypadków, w których gwarancja wygasa,
6. gwarancja powinna być nieprzenośna,
7. gwarancja powinna wchodzić w życie od daty płatności zaliczki rozumianej jako uznanie rachunku wykonawcy,
8. wykreślenie wyrazu „bezsownie” albo zastąpienia go przez „bezwarunkowo” lub „nieodwołalnie”.

Ad.17) wprowadzenia w załączniku nr 12 jednoznacznych kryteriów oceny ofert obejmujących listę rozwiązań bądź parametrów podlegających ocenie wraz z jednoznacznym algorytmem pozwalającym na obiektywne obliczenie punktacji za spełnienie wymagań zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i siwz w sposób określony w odwołaniu oraz zwrotu odwołującemu wpisu od odwołania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący wskazał, iż zarzuty z pkt. 1, 5 oraz 9 petitum odwołania są konsekwencją oczywistych błędów redakcyjnych zamawiającego, a zatem nie wymagają rozwinięcia.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania przez zamawiającego wskazania terminów na dokonanie przez niego lub przez Inżyniera określonych czynności, tj. zarzutów z pkt. 7 oraz 14 odwołujący za petitum sformułował zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób odbiegający od wytycznych ujętych w art. 29 ust. 1 ustawy, a w szczególności za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, co rodzi po stronie wykonawcy brak pewności co do treści stosunku zobowiązaniowego z zamawiającym oraz zasad uczestnictwa w obrocie.

Odnosząc do pozostałych zarzutów podniesionych w petitum odwołania odwołujący

- zarzut nr 2: odwołujący stwierdził, że nie wiadomo, na czym ma polegać wymagany udział specjalistów w kolejnych fazach realizacji obiektów budowlanych, biorąc pod uwagę, że zamawiający wymaga w przypadku specjalisty z pkt. 2.3 lit. e udziału we wszystkich trzech fazach, tj. projektowaniu, budowaniu i uruchamianiu, a w przypadku specjalistów z pkt. 2. lit. f, g oraz h - w projektowaniu i budowaniu (budowie). W szczególności powstaje wątpliwość, czy przez projektowanie, w którym udziałem ma się wylegitymować specjalista, zamawiający rozumie sporządzenie projektu budowlanego, a w związku z tym, czy udział w projektowaniu oznacza wymóg posiadania przez projektanta uprawnień budowlanych w danej specjalności. O ile tak jest, to z kolei udział takiej osoby jako projektanta w budowaniu mógłby polegać tylko na pełnieniu nadzoru autorskiego. Sprawowanie przez projektanta nadzoru autorskiego dotyczy jednak tylko etapu wykonywania robót budowlanych, stosownie do art. 20 ust. 1 pkt 4 prawa budowlanego. W związku z tym powstają wątpliwości co do możliwości uczestniczenia przez projektanta w uruchomieniu obiektu, a w konsekwencji spełnienia tego wymogu. Ze względu na powyższe odwołujący wniósł o zastąpienie spójnika „i” przez spójnik „lub”, co będzie oznaczać, iż wymogi w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez uczestnictwo we wszystkich fazach realizacji inwestycji albo w fazie projektowania i budowy nie będą musiały być spełnione łącznie.

- zarzut nr 3: odwołujący stwierdził, iż zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeśli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które jest tworzone właśnie w celu połączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te podlegają sumowaniu. Jeżeli zatem, po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 Pzp. W niniejszym postępowaniu zamawiający wymaga natomiast, aby polisa ubezpieczenia OC na ekstremalnie wysoką kwotę 200 mln zł została przedłożona przez jednego tylko z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie, co jest nie do pogodzenia z zasadą równości wykonawców wyrażoną w art. 7 Pzp. Taki opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej pociąga za sobą zablokowanie dostępu do zamówienia większości wykonawcom, gdyż przeciętna suma

gwarancyjna w przypadku umowy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności zawartej przez dużych przedsiębiorców, takich jak odwołujący, wynosi 10 mln zł (polisa podstawowa) i 90 mln zł (polisa nadwyżkowa). Odwołujący wskazał, iż w orzecznictwie KIO przyznaje się prymat wynikającej z samej natury konsorcjum zasadzie łączenia potencjałów, które zawiązywane jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego wykonawców, samodzielnie nie będących w stanie wykazać spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu. Koszty uzyskania polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 200 mln zł byłyby olbrzymie. Wykonawca musiałby uwzględnić je przy kalkulowaniu swojej oferty, co pociągnęłoby za sobą drastyczny wzrost oferowanej ceny. W przypadku innych przeprowadzanych w Polsce przetargów na spalarnie odpadów komunalnych wymagana przez zamawiających suma gwarancyjna przy polisie OC wynosiła: 50 mln zł (Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego Obszaru Metropolitalnego) oraz 150 mln zł (Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego). W tym drugim przetargu zamawiający dopuszczał sumowanie wartości polis wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z kolei w przetargu na budowę Zakładu

Termicznego Przekształcania Odpadów w Krakowie i na budowę Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Białymstoku nie były przewidziane żadne wymagania co do polisy OC (w przypadku Krakowa wymagane było tylko OC projektanta na 20 mln). Dodał, że obiekt w Koninie jest najmniejszym z obiektów we wszystkich dotychczasowych przetargach. Jako dowód przedłożył str. 1 i str. 10 siwz w postępowaniu na budowę Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych dla Bydgosko-Toruńskiego Obszaru Metropolitalnego oraz str. 1 i str. 11 siwz w postępowaniu na budowę Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego. W konsekwencji odwołujący wniósł o modyfikację postanowienia pkt. 2.5 i postanowienia pkt. 3.10 w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty” w sposób wskazany w pkt. „Ad. 3)” petitum niniejszego odwołania.

- zarzut nr 4: odwołujący stwierdził, że termin składania ofert wyznaczony przez zamawiającego jest obiektywnie niewystarczający do przygotowania i złożenia przez wykonawców kompleksowej, rzetelnej i prawidłowo skalkulowanej oferty. Termin do składania ofert powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na czasochłonności przygotowania rzetelnej oferty, jak również mieć na względzie wszystkie niezbędne czynności - wymogi, którym wykonawcy muszą sprostać. Zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie prawa zamówień publicznych termin do składania ofert powinien

Strona 11 z 37

uwzględniać: „(...) takie kryteria jak: 1) czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, 2) złożoność przedmiotu zamówienia, 3) wartość przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że jeżeli przedmiot zamówienia jest skomplikowany, nietypowy, to i czas niezbędny na jej przygotowanie nie może się zawierać w czasie minimalnym wskazanym w art. 43 ust. 1-3. Należy mieć na względzie, że wskazane w komentowanym przepisie terminy minimalne są to terminy średnie, niezbędne do przygotowania oferty na zamówienie typowe. Poza tym należy mieć na uwadze to, że wyznaczenie kryteriów opartych na wartości przedmiotu zamówienia zasadza się na domniemaniu, iż wyższa wartość przedmiotu zamówienia to bardziej skomplikowany przedmiot zamówienia i bardziej czasochłonna oferta” (tak: S. Babiarz w: P. Janda, P. Pełczyński, S. Babiarz, Z. Czarnik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2010). Wartość obiektu w niniejszej sprawie jest szacowana na ponad 300 mln zł. Zdaniem odwołującego dla realizacji tego obiektu może być konieczna międzynarodowa kooperacja przedsiębiorców, z czym wiąże się m.in. konieczność przetłumaczenia całej dokumentacji dotyczącej zamówienia, co trwa kilka tygodni. Stąd odwołujący wniósł o przedłużenie terminu składania ofert do dnia 15 kwietnia 2012 r.

- zarzut nr 6: odwołujący podniósł, że z klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu nie wynika jednoznacznie, czy wymogi w niej zawarte mają zastosowanie wyłącznie do podwykonawców robót budowlanych, ze względu na art. 647(1) kc w zw. z art. 14 i art. 139 § 1 Pzp, czy też podwykonawców sensu largo, stosownie do klauzuli 1.1.2.8 Warunków Ogólnych Kontraktu. Treść pierwszego akapitu klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu sugeruje, że wymóg uzyskania zgody zamawiającego dotyczy wszelkich Podwykonawców, w rozumieniu klauzuli 1.1.2.8 Warunków Ogólnych Kontraktu. W tym postanowieniu zamawiający posługuje się bowiem samym pojęciem „podwykonawca”, przy czym raz pisany małą, a raz wielką literą. Natomiast w dodawanej lit. e) jest mowa o zgodzie zamawiającego wymaganej do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą. Niejednoznaczność klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu przejawia się także w zaniechaniu określenia sposobu udokumentowania przez wykonawcę zdolności podwykonawcy do wykonania części zamówienia, kryteriów oceny tej zdolności, a także zakresu informacji o podwykonawcy, jakich może żądać Inżynier.

- zarzutu nr 8: z treści klauzuli 8.8 Warunków Szczególnych Kontraktu nie wynika zdaniem odwołującego jednoznacznie, czy zamawiający zachowuje prawo do kary umownej naliczonej wykonawcy z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Testów Gwarancyjnych, które zostanie potwierdzone w tym samym albo innym zakresie w toku Pomiarów Gwarancyjnych, i czy ta kara jest

Strona 12 z 37

wówczas naliczana łącznie z karą umowną z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Pomiarów Gwarancyjnych.

- zarzut nr 10: odwołujący podniósł, że istota cesji polega na przelewie wierzytelności przez uprawnionego, którym w przypadku umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest poszkodowana osoba trzecia, a nie wykonawca mający wykupioną polisę OC. W związku z tym wykonawca nie jest w stanie wykonać zobowiązania przewidzianego w klauzuli 18 Warunków Szczególnych Kontraktu.

- zarzut nr 11: odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowa klauzula jest przez odwołującego kwestionowana, ponieważ zamawiający nie zawarł w siwz warunków udzielenia zaliczki, w szczególności jej wysokości. Przedstawiciele doktryny prawa zamówień publicznych podkreślają: „zamawiający z góry w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu powinien określić warunki zaliczki. Zapowiedzią powinny być objęte wszystkie warunki akcesoryjnej umowy zaliczki, zarówno obiektywnie, jak i subiektywnie (podmiotowo) istotne”, i dalej: „Zamawiający zorientowany w czynnikach wpływających na wartość udzielanego zamówienia powinien wyznaczyć wysokość zaliczki (procentowo lub kwotowo), z góry w warunkach zamówienia” (tak: D. Szczepański, Zaliczka w prawie zamówień publicznych, Komentarz praktyczny, ABC nr 114511). Odwołujący stwierdził, iż „Warunkiem udzielenia zaliczek przez zamawiających jest wskazanie informacji o ich udzieleniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Konieczność przekazania wykonawcom informacji o udzieleniu zaliczek jest niezbędna dla zachowania warunków konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia. Możliwość finansowania zamówienia zaliczkami uiszczanymi przez zamawiającego ma bowiem doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też szukać finansowania obcego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty. Z drugiej strony, wobec zakazu prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, brak wzmianki na temat udzielenia zaliczek w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiły prawną przeszkodę w zawarciu umowy w sprawie zamówienia, która przewidywałaby zaliczki. Ustawa nie rozstrzyga, jak szczegółowa powinna być informacja w tej sprawie. Wobec znaczenia zaliczek dla obliczenia ceny oferty przyjęć należy, że informacja na temat zaliczek zamieszczana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu powinna zawierać co najmniej informację na temat dopuszczalnej ich wysokości, terminie rozliczenia oraz ewentualnym zabezpieczeniu ich spłaty. Wskazać przy tym należy, że ustawa nie stoi na przeszkodzie ani w określaniu kwoty zaliczki jako oznaczonego procentu ceny oferty, ani poprzez wskazanie określonej kwoty nominalnej,

Strona 13 z 37

która ma być zaliczkowana. Im bardziej szczegółowy będzie opis przewidywanych zaliczek, tym bardziej precyzyjnie wykonawca będzie mógł obliczyć cenę swojej oferty” (tak: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, opublikowano: LEX, 2010). Klauzula 14.2 Warunków Szczególnych Kontraktu w sprawie zaliczki jest niezwykle lakoniczna, odsyłając do przyszłych negocjacji między zamawiającym a wybranym wykonawcą, w toku których miałyby być ustalone warunki udzielenia zaliczki, co - w ocenie odwołującego - jest niedopuszczalne. Z kolei akapit drugi w omawianej klauzuli jest niezrozumiały.

- zarzut nr 13: odwołujący podniósł, że w klauzulach 14.3 i 14.6 zamawiający posługuje się nieostrym i niezdefiniowanym pojęciem „dokumenty towarzyszące”. Ustalenie desygnatu tego pojęcia jest dla wykonawcy istotne, ponieważ dokumenty towarzyszące są związane z płatnościami na rzecz wykonawcy. W akapicie pierwszym klauzuli 14.3 Warunków Ogólnych Kontraktu także występuje pojęcie „dokumenty towarzyszące”, lecz wymieniona klauzula precyzuje ich treść, przewidując, że zawierają raport o postępie robót. Zamawiający nie dokonał takiego doprecyzowania w Warunkach Szczególnych Kontraktu.

- zarzut nr 15: odwołujący podniósł, że zamawiający wskazuje w Kontrakcie dwa różne sposoby rozwiązania kontraktu, tj. jego wypowiedzenie (klauzula 15.2) i odstąpienie (klauzula 15.5 i klauzula 18), mimo że w przypadku umów o roboty budowlane i umów mieszanych, w których roboty budowlane stanowią dominujące świadczenie, właściwym trybem doprowadzenia do ich ustania jest złożenie oświadczenia woli o odstąpieniu.

Zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie jest reprezentowane zgodne stanowisko, iż przepisy prawa nie dają podstaw do zastosowania instytucji „wypowiedzenia” do stosunków zobowiązaniowych wynikających z umowy o roboty budowlane. Odwołujący na potwierdzenie nie daje powyższego przywołał następującą wypowiedź: „Kodeks upoważnienia do zastosowania instytucji wypowiedzenia do stosunków, które charakteryzują się świadczeniem jednorazowym. Świadczeniami jednorazowymi są świadczenia, których treść i rozmiar są oznaczone wyczerpująco wyłącznie przez wskazanie zachowania dłużnika, do którego jest on zobowiązany bez odwołania się do czynnika czasu. Tak rozumianym świadczeniem jednorazowym jest świadczenie w umowie o roboty budowlane, choć jej wykonanie może trwać bardzo długo i być bardzo skomplikowane. Jest to jednak niewątpliwie umowa skutkowa, a skutkiem jest zgodnie z art. 647 KC «oddanie przewidzianego w umowie obiektu». Tak więc uznać należy, że niezależnie od tego, co strony napisały w umowie o roboty budowlane, umowy tej nie można wypowiedzieć” (tak: Maciej Jamka, Przedwczesne zakończenie umowy o roboty budowlane, Monitor Prawniczy, 16/2007, s. 887).

Strona 14 z 37

- zarzut nr 16: odwołujący podniósł, że przedmiotowa gwarancja nie zawiera standardowych klauzul wymaganych przy gwarancjach bankowych. Klauzule, które - w ocenie odwołującego - powinny być do gwarancji wprowadzone, zostały wskazane w adekwatnym punkcie petitum odwołania. Odwołujący przywołał stanowisko judykatury i piśmiennictwa potwierdzające konieczność uszczegółowienia treści gwarancji. W wyroku z dnia 13 listopada 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 350/09) Sąd Okręgowy w Krakowie stwierdził, że: „Gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p.”. Analogiczne stanowisko zajął J. Pisuliński stwierdzając: „Oświadczenie banku (o udzieleniu gwarancji) musi co najmniej wskazywać beneficjenta gwarancji, zabezpieczony gwarancją rezultat, a także kwotę, którą zobowiązuje się zapłacić bank na rzecz beneficjenta (tzw. sumę gwarancyjną)” (Pr. Bankowe. 1998.4.37, Niektóre zagadnienia związane z gwarancją bankową. Teza nr 2). Odwołujący podniósł, że wzór gwarancji zwrotu zaliczki nie określa okoliczności, w których po stronie banku jako gwaranta powstaje obowiązek zapłaty.

- zarzut nr 17: odwołujący domagał się weryfikacji kryteriów technicznych oceny ofert, które są niejednoznaczne. Przykładem jest kryterium z pkt. 2.6.1 na str. 11 załącznika 12 do siwz: „System zabezpieczenia przeciwpożarowego w bunkrze, na stanowisku rozdrabniania odpadów i w kabinie operatora - oceniany według stopnia wypełnienia wymagań zdefiniowanych w PFU - rozdział 1.10.1.1.3 oraz 1.10.1.2.

P.2.6.1 - liczba punktów dla oferty "I" według eksperckiej oceny indywidualnej przewidzianych i zaprojektowanych elementów systemu zabezpieczeń przeciwpożarowych, według wymagań wyspecyfikowanych dla obszaru bunkra odpadów (11 wymagań), stanowiska rozdrabniania odpadów (7 wymagań) i kabiny operatora suwnicy (3 wymagania), P.2.6.1 = 0,00 do 3,50 punkty, gdzie:

a) P.2.6.1 = 1,70 do 2,20 według oceny jakościowej wszystkich środków zabezpieczenia przeciwpożarowego, wyspecyfikowanych w rozdziałach 1.10.1.1.3 oraz 1.10.1.2 oraz uwzględnieniu innych, dodatkowych, według doświadczenia wykonawcy, przy czym:

- za pełne i technicznie jakościowo dobre (według oceny eksperta) wypełnienie wszystkich wymagań wyspecyfikowanych we wskazanych rozdziałach PFU oraz wskazanie dodatkowych rozwiązań zaoferowanych przez wykonawcę będzie przydzielona maksymalna liczba punktów z podanego przedziału punktów,
- za pełne i technicznie jakościowo tylko dostateczne (według oceny eksperta) wypełnienie wszystkich wymagań wyspecyfikowanych we wskazanych rozdziałach PFU oraz

Strona 15 z 37

wskazanie dodatkowych rozwiązań zaoferowanych przez wykonawcę będzie przydzielona niższa niż maksymalna liczba punktów z podanego przedziału punktów”.

Powyższe postanowienie nie określa jednoznacznie, w jaki sposób ekspert będzie oceniał

jakość wypełnienia wszystkich wymagań wyspecyfikowanych we wskazanych rozdziałach PFU. W konsekwencji zakwalifikowanie rozwiązań zaoferowanych przez wykonawcę jako „jakościowo dobre” lub „tylko dostateczne” będzie zależało od uznania eksperta. Również od subiektywnej oceny eksperta zależać będzie przyznanie ofercie wykonawcy punktów za rozwiązanie „tylko dostateczne”, ponieważ dowolnie może przyznać on ocenę w zakresie od 1,70 pkt. do 2,19 pkt. Dodatkowo w rozdziałach 1.10.1.1.3 oraz 1.10.1.2 PFU brak jednoznacznej listy kryteriów (elementów zabezpieczeń przeciwpożarowych), których liczba została wymieniona w definicji kryterium P.2.6.1. Zdaniem odwołującego kryteria oceny ofert powinny zawierać listę rozwiązań bądź parametrów podlegających ocenie wraz z jednoznacznym algorytmem pozwalającym na obiektywne obliczenie punktacji za spełnienie wymagań zamawiającego.

Na rozprawie zamawiający uwzględnił zarzut 1, 10 i 17 odwołania wnosząc o umorzenie postępowania w tym zakresie, a w pozostałym o jego oddalenie.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Strona 16 z 37

Status uczestnika postępowania uzyskał wykonawca SNC Lavalin Polska sp. z o.o. (dalej „przystępujący”) w Warszawie, który skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowy, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uwzględniła odwołanie.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania w pierwsze kolejności uważa za zasadne podkreślenie, iż siwz – której treści dotyczy odwołanie - jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, w szczególności opisuje przedmiot zamówienia oraz sposób dokonania oceny spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert wg precyzyjnie określonych kryteriów oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych opisanych jednoznacznie przez zamawiającego. Zatem dokument ten powinien być przygotowany przez zamawiającego z najwyższą starannością, bowiem w fazie oceny ofert/analizy spełniania warunków udziału w postępowaniu to siwz (i spójne z nią ogłoszenie) będzie głównym punktem odniesienia (poza Pzp) dla wszystkich czynności zamawiającego.

Przechodząc do analizy podniesionych w odwołaniu zarzutów należy wskazać, co następuje:

Zarzut nr 1 został przez zamawiającego uwzględniony – zamawiający dokonał w dniu 23 grudnia 2011 r. modyfikacji siwz.

Zarzut nr 2:

Izba ustaliła, iż zamawiający w siwz postanowił w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane

dokumenty”, w pkt. 2.3 – „Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, że:
- specjalista nr 5 (ekspert ds. technologii termicznego przekształcania odpadów

Strona 17 z 37

komunalnych) ma m.in. mieć doświadczenie polegające na „udziale jako technolog w projektowaniu, budowaniu i uruchamianiu co najmniej dwóch nowobudowanych i uruchomionych lub kompleksowo przebudowanych oraz technologicznie i technicznie zmodernizowanych i uruchomionych instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub osadów z oczyszczalni ścieków komunalnych o wydajności co najmniej 90 000 Mg opadów/rok” (pkt 3e siwz oraz III.2.3e ogłoszenia);

- specjalista nr 6 (ekspert ds. systemów oczyszczania spalin) ma m.in. mieć doświadczenie polegające na „udziale jako technolog w projektowaniu i budowaniu systemu oczyszczania spalin, o wielkości strumienia oczyszczanych spalin co najmniej 100 000 Nm³/godzinę dla co najmniej dwóch nowobudowanych i uruchomionych lub kompleksowo przebudowanych oraz technologicznie i technicznie zmodernizowanych i uruchomionych instalacji termicznego przekształcania odpadów lub osadów z oczyszczalni ścieków komunalnych lub jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów jw. i instalacji oczyszczania spalin o wielkości strumienia oczyszczanych spalin c najmniej 150 000 Nm³/godzinę dla jednego zbudowanego i uruchomionego kompletnego bloku energetycznego na stałe paliwa Komarne lub biomasę” (pkt 3f siwz oraz III.2.3 f ogłoszenia);

- specjalista nr 7 (ekspert ds. przemysłowych instalacji energetycznych i ciepłych) ma m.in. mieć doświadczenie polegające na „udziale w projektowaniu i budowie co najmniej dwóch nowobudowanych i uruchomionych instalacji termicznego przekształcania odpadów lub osadów z oczyszczalni ścieków komunalnych o wydajności co najmniej 90 000 Mg opadów/rok, funkcjonujących jako elektrociepłownia lub elektrownia, lub jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów jw. i jednego zbudowanego i uruchomionego kompletnego bloku energetycznego na stałe paliwa kopalne lub biomasę o mocy termicznej brutto co najmniej 50 MWterm” (pkt 3g siwz oraz III.2.3g ogłoszenia);

- specjalista nr 8 (ekspert ds. automatyki i sterowania) ma m.in. mieć doświadczenie polegające na „udziale jako technolog w projektowaniu i budowie systemów automatyki i sterowania przynajmniej dwóch nowobudowanych i uruchomionych instalacji termicznego przekształcania odpadów lub osadów z oczyszczalni ścieków komunalnych o wydajności co najmniej 90 000 Mg opadów/rok lub jednej instalacji termicznego przekształcania odpadów jw. i jednego zbudowanego i uruchomionego kompletnego bloku energetycznego na stałe paliwa kopalne lub biomasę o mocy termicznej brutto co najmniej 50 MWterm ” (pkt 3h siwz oraz III.2.3h ogłoszenia).

Dalej zostało wskazane (siwz i ogłoszenie), iż doświadczenie w projektowaniu i budowie, dotyczące specjalistów oznaczonych literami e – i może być wykazane przy pomocy więcej niż jednej umowy, z zastrzeżeniem łącznego spełnienia warunku.

Strona 18 z 37

Analizując powołane wyżej postanowienia siwz/ogłoszenia w zakresie zarzutu nr 2 odwołania przede wszystkim należy zauważyć, iż zamawiający opisał sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy) korzystając w tym zakresie z przysługującego mu uprawnienia wynikającego wprost z art. 22 ust. 4 Pzp. Jak wynika z przywołanego przepisu opis sposobu dokonania ceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego, co ma służyć zapewnieniu udzielenia zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady wymagającej przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W praktyce oznacza to m.in., iż zamawiający powinien formułując wymagania dotyczące właściwości wykonawcy (warunki podmiotowe) opisać je precyzyjnie i jednoznacznie, eliminując do minimum ryzyko dowolności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie umożliwiając wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanego zarzutu Izba przyznała rację odwołującemu,

iż w kwestionowanym zakresie postanowienia siwz nie są wystarczająco precyzyjne i mogą być interpretowane w różny sposób, co przemawia za ich uwzględnieniem, bowiem stanowi naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Jak wykazało postępowanie dowodowe zamawiający przez udział w projektowaniu rozumie wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej, co nie znajduje odzwierciedlenia w treści siwz. Udział w budowie/budowaniu to uczestnictwo w realizacji inwestycji w charakterze inspektora nadzoru bądź kierownika budowy bądź sprawowanie nadzoru autorskiego, natomiast udział w uruchomieniu to wykonywanie jakiegokolwiek czynności w procesie uruchamiania (oddawania do użytku) wskazywanych w siwz instalacji, co także nie zostało wyartykułowane w siwz i może prowadzić do dowolności w ocenie spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba nakazuje zamawiającemu zmianę siwz oraz adekwatnych postanowień ogłoszenia poprzez zdefiniowanie pojęć: udział w zaprojektowaniu, udział w budowaniu, udział w uruchamianiu wskazanych w siwz/ogłoszeniu instalacji tj. poprzez wskazanie na czym udział poszczególnych specjalistów w wykonywaniu tych czynności (projektowaniu/budowanie/uruchamianie) miał polegać oraz co należy rozumieć przez pojęcie „projektowanie”, „uruchamianie”, „budowanie”.

Strona 19 z 37

Powyższe postanowienia siwz Izba nakazuje zmodyfikować w sposób, któremu wykonawcy będą mogli uczynić zadość tj. z uwzględnieniem okoliczności, na które zwracał uwagę odwołujący, iż jeśli udział w projektowaniu ma oznaczać udział w sporządzaniu dokumentacji projektowej w charakterze projektanta, to wówczas udział w fazie budowania może się ograniczyć wyłącznie do pełnienia nadzoru autorskiego. Jeśli zatem udział w budowaniu ma oznaczać udział w tej fazie inwestycji (budowaniu) w charakterze kierownika budowy/inspektora nadzoru w znaczeniu wynikającym z prawa budowlanego, wówczas od tej samej osoby nie można oczekiwać, aby wykonywała dokumentację projektową (brała udział w fazie projektowania). Wiadomym jest, iż zwykle projektant legitymujący się odpowiednimi uprawnieniami, nie pełni funkcji inspektora nadzoru czy kierownika budowy ani na tej samej, ani na innej inwestycji. W fazie uruchamiania także nie uczestniczy zwykle projektant. Jeśli zatem przez udział w fazie projektowania zamawiający będzie rozumiał wykonanie dokumentacji projektowej - przy czym należy także doprecyzować, co oznacza pojęcie „dokumentacja projektowa” – a przez udział w budowaniu/budowie uczestnictwo jako inspektor nadzoru/kierownik budowy, wówczas należy dopuścić, aby możliwe było wykazanie dwóch ekspertów – jednego z doświadczeniem w projektowaniu, a drugiego – w budowaniu/budowie. Doświadczenie w fazie uruchamiania można być wymagane od tej samej osoby, która będzie legitymować się doświadczeniem w budowie/budowaniu.

Ponadto z postanowienia siwz/ogłoszenia, iż doświadczenie w projektowaniu i budowie, dotyczące specjalistów oznaczonych literami e – i może być wykazane przy pomocy więcej niż jednej umowy, z zastrzeżeniem łącznego spełnienia warunku wynika, iż doświadczenie w projektowaniu i budowie może dotyczyć odrębnych inwestycji. Zasada ta nie dotyczy fazy uruchamiania, o którą Izba nakazuje rozszerzenie tego postanowienia siwz/ogłoszenia.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 Pzp, gdyż zarówno siwz, jak i ogłoszenie o zamówieniu zawierają warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zamawiający nie naruszy także art. 29 ust. 1 Pzp, który to przepis wyznacza reguły rządzące opisywaniem przedmiotu zamówienia, a nie dotyczy bezpośrednio opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 3:

Izba ustaliła, iż zamawiający w siwz postanowił w Rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wymagane

Strona 20 z 37

dokumenty”, w pkt. 2.5 dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej wskazał, iż powołany warunek zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże m.in., że posiada polisę

ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 200 000 000 zł. (pkt 5c siwz oraz III.2.2c ogłoszenia).

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku należy przedłożyć opłaconą polisę w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W przypadku składania oferty wspólnej polisę składa ten z wykonawców składających ofertę wspólną, który w ramach konsorcjum odpowiada z spełnienie tego warunku (pkt 3.10 swz oraz III.2.2.II.3 ogłoszenia).

Ustosunkowując się do przytoczonych postanowień siwz/ogłoszenia w zakresie istotnym dla rozpoznania zarzutu nr 3 odwołania przede wszystkim wskazać trzeba, iż aktualność zachowują rozważania Izby sformułowane w uzasadnieniu w odniesieniu do zarzutu nr 2 dotyczące zasad opisywania sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo zauważyć należy, iż powszechnie akceptowany jest w orzecznictwie i doktrynie oraz podzielany przez skład orzekający Izby pogląd, iż art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 Pzp, dopuszczalnym jest co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie (art. 141 Pzp). Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu.

Przenosząc powyższe na realia sprawy Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, który słusznie argumentował, że wymaganie przez zamawiającego, aby polisa ubezpieczenia OC na kwotę 200 mln zł została przedłożona przez jednego tylko z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie, jest nie do pogodzenia z zasadą równości wykonawców wyrażoną w art. 7 Pzp. Taki opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 i prowadzi do naruszenia 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp bezprawnie ograniczając wykonawcom dostęp do zamówienia.

Strona 21 z 37

Odwołujący kwestionował także wysokość wymaganej minimalnej sumy ubezpieczenia (200 mln zł), argumentując, iż jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Izba zważywszy, iż zamawiający nie potrafił uzasadnić wymaganej sumy ubezpieczenia (poza powołaniem argumentu, iż wartość zamówienia przewyższa 200 mln zł), biorąc pod uwagę stanowisko zarówno odwołującego, jak i przystępującego, z którego wynika, iż przeciętnie podmioty takie jak przystępujący i odwołujący (duże spółki giełdowe) nie są ubezpieczone na wymaganą przez zamawiającego sumę, a pozyskanie wymaganego ubezpieczenia choć możliwe, pociągałoby nieuzasadnione koszty (zamawiający nie potrafił wykazać, dlaczego miałyby być uzasadnione) przyznała rację odwołującemu uwzględniając zarzut nr 3 odwołania także w tym zakresie. Należy podkreślić, iż polisa ubezpieczeniowa OC przedkładana w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymienionego w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp nie służy ubezpieczeniu kontraktu (temu poświęcona jest bardzo rozbudowana klauzula 18 Warunków Szczególnych Kontraktu – dalej „WSK”), lecz sprawdzeniu zdolności ekonomiczno – finansowej wykonawcy do podjęcia realizacji zamówienia i z tej perspektywy powinna być oceniana wymagana suma ubezpieczenia. Oznacza to więc, iż polisa składana na tym etapie postępowania, a więc na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma na celu tylko i wyłącznie ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej potencjalnego wykonawcy (uzyskanie wiedzy o jego sytuacji ekonomicznej i finansowej), a nie ubezpieczenie przedmiotu zamówienia. Zamawiający formułując w tej kwestii wymagania powinien wiedzieć, dlaczego suma ubezpieczenia ma być taka, a nie inna. Za niewystarczające w tej kwestii w niniejszym stanie faktycznym Izba uważa powołanie się na wartość zamówienia – powyżej 200 mln zł. Wartość zamówienia zasadniczo jest ważnym punktem odniesienia dla oceny, czy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku jest proporcjonalny, ale nie jedynym. Należy podkreślić, iż w niniejszej sprawie zamawiający przewidział możliwość otrzymania przez wykonawców zaliczki na

realizację zamówienia (klauzula 14.2 WSK) . Oznacza to, iż część środków finansowych na realizację zamówienia wykonawca będzie mógł otrzymać od zamawiającego, co w konsekwencji oznacza, iż jego zdolność ekonomiczna i finansowa nie musi być tak duża, jak w przypadku, gdyby wykonawca musiał sam podołać finansowaniu całej inwestycji.

Izba zgadza się jednocześnie ze stanowiskiem zamawiającego, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej, nie musi umożliwiać udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku. Weryfikacja ma wyeliminować wykonawców, którzy nie dają

Strona 22 z 37

rękojmi należytego wykonania umowy. W tym kontekście trzeba wskazać, iż wymagania powinny być tak postawione, aby uwzględniały realia danego rynku/branży, jego specyfikę, jak również co do zasady powinny umożliwiać wykonawcy samodzielnie wykazanie spełnienia warunku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż wspólny udział wykonawców w postępowaniu stanowi ich prawo, a nie obowiązek. Nie można jednocześnie wykluczyć, iż w odniesieniu do konkretnego zamówienia, ze względu na jego specyfikę czy skalę, wykazanie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu możliwe będzie tylko w konsorcjum.

Izba nakazuje zamawiającemu modyfikację adekwatnych postanowień siwz/ogłoszenia poprzez zmniejszenie wymaganej sumy ubezpieczenia z 200 mln zł do 90 mln zł oraz wskazanie, iż potencjał ekonomiczny i finansowy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie wymogu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 90 mln zł będzie oceniany łącznie, tzn. zsumowaniu będzie podlegała suma ubezpieczenia z poszczególnych polis wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, która łącznie nie będzie niższa niż 90 mln zł.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 Pzp, gdyż zarówno siwz, jak i ogłoszenie o zamówieniu zawierają warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Zarzut nr 4:

Izba ustaliła, iż zamawiający w Rozdziale XII „Składanie i otwarcie ofert” postanowił, iż termin składania ofert mija dnia 28 lutego 2012 r. Ogłoszenie zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2011 r. Zatem wykonawcy mieli 82 dni na przygotowanie i złożenie oferty. Termin realizacji zamówienia określono na 40 miesięcy od wydania Polecenia Rozpoczęcia Robót do wydania Świadectwa Przejęcia Całości Robót (Rozdział VII pkt 1 siwz). W ogłoszeniu w pkt. 40 miesięcy od udzielenia zamówienia (pkt II.3 ogłoszenia).

Jak wynika z art. 43 ust. 2 pkt 1 Pzp w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi

Strona 23 z 37

na stronie internetowej określonej w dyrektywie. Powołany przepis należy odczytywać w kontekście zasad wyrażonych w art. 7 Pzp. Interpretacja ustawy w tym zakresie nie tylko nie może być oderwana od realiów konkretnego postępowania, ale przeciwnie – musi z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia publicznego być dokonywana. Jeśli tak, to Izba raczej przyznaje odwołującemu oraz przystępującemu, którzy w toku postępowania odwoławczego zwracali uwagę, iż zamawiający wyznaczył na składanie ofert termin zbyt krótki, nieuwzględniający czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji niegwarantujący wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert. Odwołujący i przystępujący wskazywali, iż termin do składania ofert powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na czasochłonności przygotowania rzetelnej oferty, jak

również mieć na względzie wszystkie niezbędne czynności - wymogi, którym wykonawcy muszą sprostać. Przystępujący i odwołujący podnosili, iż realizacja przedmiotu zamówienia łączyć się będzie najprawdopodobniej ze współpracą z wykonawcami zagranicznymi, z czym wiąże się konieczność przetłumaczenia dokumentacji dotyczącej zamówienia, co wymaga czasu, a następnie konieczne jest także tłumaczenie dokumentów na język polski. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż postępowanie ogłoszono przed okresem świąteczno – noworocznym, co także jest okolicznością obiektywnie mogącą wpływać na niemożliwość dotrzymania wyznaczonego terminu. Zatem zdaniem Izby zamawiający naruszył art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, co implikuje stwierdzenie, iż zarzut nr 5 odwołania potwierdził się. Sprawnie przeprowadzona procedura badania i oceny ofert umożliwi udzielenie zamówienia w terminie umożliwiającym jego rozliczenie do końca 2015 r. Ponadto zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które by potwierdzały, iż koniec roku 2015 jest nieprzekraczalnym, niemożliwym to przesunięcia terminem wydatkowania środków unijnych pozyskanych na realizację przedmiotowego zamówienia.

Izba nakazuje zamawiającemu modyfikacje postanowień siwz/ogłoszenia i wydłużenie terminu składania ofert do dnia 15 kwietnia 2012 r. oraz odpowiednią zmianę terminu otwarcia ofert.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 11 oraz art. 41 pkt 10 Pzp, gdyż zarówno siwz, jak i ogłoszenie o zamówieniu wskazują miejsce i termin składani ofert.

Zarzut nr 5:

Strona 24 z 37

Izba ustaliła, iż na stanowiący element siwz wzór kontraktu (załącznik nr 8 do siwz) składają się: Rozdział 1 – Akt Umowy, Rozdział 2 – Warunki Ogólne Kontraktu (WOK), Rozdział 3 – WSK, Rozdział 4 – Wzór Gwarancji Zwrotu Zaliczki (k. 1/50 kontraktu). WOK to „Warunki Kontraktowe dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, 4 wydanie angielsko – polskie niezmiennione 2008 z erratą (tłumaczenie 1 wydania 1999” (k. 6/50 kontraktu). W pierwszym akapicie WSK zostało postanowione, iż niniejsze WSK zmieniają, uzupełniają i wprowadzają dodatkowe klauzule do WOK. WOK pozostają wiążące, o ile WSK nie stanowią inaczej. Numeracja klauzul w WSK nie jest kolejna, jest zgodna z numeracją klauzul przyjętych w WOK (k. 7/50 kontraktu).

Wyżej opisane relacje pomiędzy WOK i WSK Izba będzie brała pod uwagę rozpoznając pozostałe zarzuty odwołania dotyczące postanowień WSK.

Odnosząc się do postanowień siwz w zakresie bezpośrednio dotyczącym zarzutu nr 5 trzeba wskazać, iż w akapicie czwartym klauzuli 4.2 WSK (k. 18 - 19/50 WSK) „Zabezpieczenie wykonania” zmienia się podpunkt (d), i dalej zostało wskazane „(d) zaistnienia okoliczności uprawniających do rozwiązania Kontraktu na mocy klauzuli 5.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego] za wyjątkiem przypadków wskazanych w podpunktach (b), (d) oraz (f)”.

Jednocześnie, jak wynika z klauzuli 4.2 WOK – „Zabezpieczenie wykonania”, akapit czwarty „Zamawiający nie zgłosi roszczenia pod Zabezpieczenie Wykonania z wyjątkiem kwot, do których będzie miał prawo na mocy Kontraktu w przypadkach: (...) (d) zaistnienia okoliczności, uprawniających zamawiającego do rozwiązania Kontraktu na mocy klauzuli 5.2 [Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego] niezależnie od tego czy postanowienie o rozwiązaniu zostało już wydane”.

Zestawiwszy zatem powołane postanowienia klauzuli 4.2 WSK i WOK, uwzględniając, iż postanowienia WSK należy odczytywać biorąc pod uwagę adekwatne postanowienia WOK należy stwierdzić, iż są one jasne, spójne i jednoznaczne. Klauzulę 4.2 akapitu czwartego, ppkt (d) w brzmieniu nadanym WOK zastępuje klauzula 4.2 dotycząca akapitu czwartego w brzmieniu wynikającym z ppkt. (d) WSK.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut nr 5 nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w klauzuli 4.4 WSK – „Podwykonawcy” zostało stwierdzone, iż wykonawca przed zawarciem umowy z podwykonawcą musi uprzednio uzyskać pisemną zgodę zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Podstawą do uzyskania zgody będzie wniosek wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonania zamierza powierzyć podwykonawcy wraz ze wskazaniem i udokumentowaniem zdolności podwykonawcy do jej wykonania. Z akapitu drugiego dotyczącego podpunktu (b) wynika, iż Inżynier Kontraktu będzie uprawniony żądać od wykonawcy, aby do umowy lub projektu umowy z podwykonawcą przedłożył także „innych informacji o Podwykonawcy” (k. 18/50 kontraktu). Dalej w klauzuli 4.4 WOK dodano ppkt (e), zgodnie z którym zgoda zamawiającego jest wymagana do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą. Jednocześnie pozostał w mocy ppkt (b) klauzuli 4.4 WOK, iż dla innych (niż dostawcy materiałów oraz podzlecane, dla którego podwykonawca jest wymieniony w kontrakcie) wymagana jest uprzednia zgoda Inżyniera. Jednocześnie zgodnie z pkt. 1.1.2.8 WOK podwykonawcą jest każda osoba wymieniona w kontrakcie jako podwykonawca lub wyznaczona jako podwykonawca dla wykonania części robót oraz prawni następcy każdej z tych osób.

Analizując powyższe postanowienia siwz w zakresie zarzutu nr 6 wymaga jednoznacznego doprecyzowania przez zamawiającego w WSK, czy klauzula 4.4. ma zastosowanie wyłącznie do podwykonawców robót budowlanych ze względu treść art. 647(1) kc w zw. z art. 14 i art. 139 § 1 Pzp, czy do podwykonawców w rozumieniu klauzuli 1.1.2.8 WOK. Ponadto słusznie zauważone zostało w odwołaniu, iż zamawiający zaniechał określenia sposobu udokumentowania przez wykonawcę zdolności podwykonawcy do wykonania części zamówienia, kryteriów oceny tej zdolności, a także zakresu informacji o podwykonawcy, jakich może żądać Inżynier. Izba podkreśla, iż zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców takich dokumentów/informacji, które uzasadnia brzmienie art. 647 (1) § 2 kc (umowa/projekt umowy oraz część dokumentacji dotycząca prac powierzanych podwykonawcy). Aby uczynić zadość regułom wyrażonym w art. 7 ust. 1 Pzp oraz 29 ust. 1 Pzp należy opowiedzieć się za koniecznością sprecyzowania w siwz (w kontrakcie) sposobu udokumentowania przez wykonawcę zdolności podwykonawcy do wykonania części zamówienia, kryteriów oceny tej zdolności, a także zakresu informacji o podwykonawcy, jakich może żądać Inżynier. Spełnienie opisanych w kontrakcie wymagań w tym zakresie powinno gwarantować uzyskanie zgody zamawiającego na danego podwykonawcę wymaganej stosownie do art. 647 § 2 kc. Wykonawca ma prawo na etapie składania ofert znać oczekiwania zamawiającego, aby prawidłowo sporządzić ofertę, w szczególności skalkulować cenę, ale także przygotować się do realizacji umowy pod

Strona 26 z 37

względem organizacyjnym (nawiązanie ewentualnej współpracy z podwykonawcami). Zamawiający nie jest natomiast uprawniony, jeśli dopuścił w siwz udział podwykonawców w realizacji zamówienia (art. 36 ust. 4 i 5 Pzp), aby wprowadzać jakiegokolwiek ograniczenia w kontrakcie w odniesieniu do innych podwykonawców, niż tych, do których odnosi się art. 647 § 2 kc. Wymaga podkreślenia, iż to wykonawca odpowiada za realizację zamówienia. Jego zdolność do realizacji zamówienia jest weryfikowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia i zamawiający nie jest uprawnionych do ingerowania (poza sytuacją opisaną w art. 647 § 2 kc), w sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp. Powołany przepis wymaga jednoznacznego, wyczerpującego wskazania w siwz wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie informacje dotyczące wymagań stawianych podwykonawcom stanowią okoliczność mająca wpływ na sporządzenie oferty, co przemawia za uwzględnieniem zarzutu nr 6 odwołania.

Izba nakazuje zamawiającemu doprecyzowanie WSK w tej kwestii z uwzględnieniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez jednoznaczne wskazanie czy klauzula 4.4. ma

zastosowanie wyłącznie do podwykonawców robót budowlanych, czy podwykonawców w rozumieniu klauzuli 1.1.2.8 WOK oraz poprzez określenie wyczerpująco i jednoznacznie sposobu udokumentowania przez wykonawcę zdolności podwykonawcy do wykonania części zamówienia, kryteriów oceny tej zdolności, a także zakresu informacji o podwykonawcy, jakich może żądać Inżynier w zakresie dotyczącym podwykonawcy robót budowlanych, do których znajduje zastosowanie art. 647 § 2 kc. W odniesieniu do pozostałych podwykonawców zamawiający nie jest uprawniony do żądania jakichkolwiek informacji i dokonywania weryfikacji podwykonawców, przy udziale których wykonawca chce realizować zamówienie. Jeśli zatem klauzula 4.4 WSK zostanie doprecyzowana w ten sposób, iż dotyczyć będzie podwykonawców nie tylko robót budowlanych, Izba nakazuje, w zakresie dotyczącym podwykonawców innych niż roboty budowlanych, wykreślenie postanowień uprawniających zamawiającego do jakiegokolwiek weryfikacji podmiotu mającego być podwykonawcą.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art. 41 pkt 4 Pzp, określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Strona 27 z 37

Zarzut nr 7:

Izba ustaliła, iż w klauzuli 5.2 i klauzuli 5.6 WSK zamawiający zaniechał określenia terminu odpowiednio na zaakceptowanie przez zamawiającego Projektu Budowlanego oraz na zaakceptowanie przez Inżyniera Dokumentacji Powykonawczej, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp. Powołany przepis wymaga jednoznacznego, wyczerpującego wskazania w siwz wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art. 41 pkt 4 Pzp, określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Izba nakazuje określenie w klauzuli 5.2 i w klauzuli 5.6 WSK terminu odpowiednio na zaakceptowanie przez zamawiającego Projektu Budowlanego oraz na zaakceptowanie przez Inżyniera Dokumentacji Powykonawczej.

Zarzut nr 8:

Izba stwierdziła, iż odwołujący prawidłowo w odwołaniu powołał istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 8 odwołania postanowienia klauzuli 8.8 WSK – „Kara Umowna Gwarancyjna”. Izba podziela stanowisko odwołującego, iż nie jest jasne, czy zamawiający zachowuje prawo do kary umownej naliczonej wykonawcy z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Testów Gwarancyjnych, które zostanie potwierdzone w tym samym albo innym zakresie w toku Pomiarów Gwarancyjnych, i czy ta kara jest wówczas naliczana łącznie z karą umowną z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Pomiarów Gwarancyjnych. Niejednoznaczne sformułowanie przez zamawiającego klauzuli 8.8 WSK wskazują na naruszenie przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp. Ponadto jak słusznie wskazał odwołujący zamawiający wprowadził klauzulę 8.8 WSK nie skreślając klauzuli 8.8 WOK – „Zawieszenie Robót”, co może powodować problemy interpretacyjne i rodzić wątpliwości, czy obie klauzule 8.8 obowiązują, czy też klauzula 8.8 WSK zastąpiła klauzulę 8.8 WOK, co również stanowi uchybienie art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba nakazuje zamawiającemu określenie w klauzuli 8.8 WSK w sposób jednoznaczny, czy zamawiający zachowuje prawo do kary umownej naliczonej wykonawcy z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku

Strona 28 z 37

Testów Gwarancyjnych, które zostanie potwierdzone w tym samym albo innym zakresie w toku Pomiarów Gwarancyjnych, i czy ta kara jest wówczas naliczana łącznie z karą umowną

z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów eksploatacyjnych ustalonego w toku Pomiarów Gwarancyjnych oraz uregulowanie kwestii obowiązywania klauzuli 8.8 WOK.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art. 41 pkt 4 Pzp, określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Zarzut nr 9:

Izba ustaliła, iż odwołujący prawidłowo w odwołaniu powołał istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 9 odwołania postanowienia klauzuli 13.1 zdanie ostatnie WSK, w której zamawiający nie wskazał liter z pkt. (iv), do których odwołuje się w tym postanowieniu, co powoduje, że treść klauzuli jest niezrozumiała. W ten sposób zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp, co wskazuje na zasadność zarzutu nr 9.

Izba nakazuje zamawiającemu, stosownie do jego intencji, wykreślenie w klauzuli 13.1 zdanie ostatnie WSK wyrażenia „lit” lub określenia liter z pkt. (iv), do których w tym zdaniu zamieszczono odniesienie. Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art. 41 pkt 4 Pzp, określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Zarzut nr 10:

Izba ustaliła, iż odwołujący prawidłowo w odwołaniu powołał istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 10 odwołania postanowienia klauzuli 18 zdanie ostatnie WSK. Jak słusznie argumentował odwołujący powołane postanowienie WSK przewiduje wymóg dokonania przez wykonawcę cesji uprawnień z umów ubezpieczenia na zamawiającego, co w przypadku polisy OC jest niemożliwe.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż uwzględni zarzut nr 10 odwołania. Zamawiający nie dokonał na dzień rozpoznania odwołania adekwatnych zmian w siwz, zatem zarzut podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Strona 29 z 37

Izba zgadza się, iż postanowienie klauzuli 18 zdanie ostatnie WSK narusza art. 509 § 1 kc w zw. z art. 822 § 1 kc i w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ istota cesji polega na przelewie wierzycelności przez uprawnionego, którym w przypadku umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest poszkodowana osoba trzecia, a nie wykonawca. Zatem wykonawca nie ma możliwości uczynienia zadość postanowieniom kontraktu w tej kwestii.

Izba nakazuje zamawiającemu wykreślenie zdania ostatniego w klauzuli 18 WSK.

Zarzuty nr 11 i 12:

Izba ustaliła, iż odwołujący prawidłowo w odwołaniu powołał istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 11 i 12 odwołania postanowienia klauzuli 14.2 WSK. Izba zgadza się z oceną odwołującego przedstawioną w odwołaniu, iż zamawiający nie określając wysokości zaliczki oraz warunków jej udzielenia oraz odraczając rozstrzygnięcie tych kwestii do czasu przyszłych negocjacji z wykonawcą, przeprowadzonych po zawarciu umowy (akapit pierwszy klauzuli 14.2 WSK), jak również w sposób nieprecyzyjny określając warunki wystawienia gwarancji zwrotu zaliczki (akapit drugi klauzuli 14.2 WSK) w rezultacie uchybił art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem każdy z wykonawców powinien na etapie przygotowywania oferty dysponować istotnymi dla jej sporządzenia informacjami, w tym tymi, dotyczącymi wysokości zaliczki i warunków jej otrzymania i rozliczenia. Obowiązek taki wywieść należy przede wszystkim z art. 151a ust. 1 Pzp ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz. Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przewyższa 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy (art. 151a ust. 6 Pzp). Powołane przepisy interpretowane w świetle dyrektyw wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp nie pozostawiają wątpliwości, iż w siwz lub ogłoszeniu należy wskazać nie tylko wartość zaliczki, ale także warunki jej otrzymania i

rozliczenia.

Trafnie podniesiono w odwołaniu, iż zamawiający w siwz lub ogłoszeniu powinien podać wszystkie warunki akcesoryjnej umowy zaliczki, w tym w szczególności wysokość zaliczki (procentowo lub kwotowo). Niewątpliwie możliwość finansowania zamówienia zaliczkami udzielanymi wykonawcy przez zamawiającego ma doniosłe znaczenie przy określeniu ceny oferty. W takiej sytuacji wykonawca nie jest zmuszony angażować środków własnych ani też szukać finansowania zewnętrznego, które zazwyczaj niesie ze sobą dodatkowe koszty. Ustawa wprost nie rozstrzyga, jak szczegółowa powinna być informacja w tej sprawie. Wobec znaczenia zaliczek dla obliczenia ceny oferty, uwzględniając zasady wynikające z art.

Strona 30 z 37

7 ust. 1 Pzp przyjęć należy, że w siwz lub ogłoszeniu należy co najmniej podać informacje dotyczące dopuszczalnej wysokości zaliczki/zaliczek, terminu rozliczenia oraz ewentualnego zabezpieczenia ich spłaty. Izba zgadza się z oceną odwołującego, iż klauzula 14.2 WSK w sprawie zaliczki jest lakoniczna, a odsyłanie do przyszłych negocjacji między zamawiającym a wybranym wykonawcą, w toku których miałyby być ustalone warunki udzielenia zaliczki, jest niedopuszczalne. Uwzględniając także, iż ustawodawca dopuszcza udzielanie kolejnych zaliczek pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek (art. 151a ust. 4 Pzp), zasadnym jest również, w sytuacji, gdyby miały być udzielane kolejne zaliczki (co trzeba także przewidzieć w siwz lub ogłoszeniu), sprecyzowanie, w jaki sposób wykonawca ma wykazać, że wykonał zamówienie w zakresie poprzednio udzielonych zaliczek.

W kontekście akapitu pierwszego klauzuli 14.2 WSK niezrozumiałe są postanowienia akapitu drugiego przewidującego wystawienie przez wykonawcę gwarancji zwrotu zaliczki na trzy miesiące przed końcem roku 2015 na poczet nie wykonanych robót. Zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach wymienionych w art. 148 ust. 1 i 2 Pzp (art. 151a ust. 5 Pzp). W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki w umowie należy określić formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, sposób jego wniesienia i zwrotu (art. 151a ust. 7 Pzp). Nie jest jasne, czy postanowienie to oznacza, iż zaliczka może być udzielona tylko na trzy ostatnie miesiące roku 2015, a jej wysokość będzie taka, jak wartość niewykonanych robót, czy też będą udzielane także inne zaliczki, jednak w odniesieniu do nich nie będzie wymagane żadne zabezpieczenie. Postanowienia te wymagają sprecyzowania, tak aby postanowienia obu akapitów klauzuli 14.2 WSK były spójne, jednoznaczne i aby stanowiły kompleksową regulację dotyczącą zaliczki, w zakresie wskazanym przez Izbę powyżej. Zatem w siwz lub ogłoszeniu kompleksowo należy ustalić warunki udzielenia zaliczki, w tym jej wysokość, a także kwestie zabezpieczenia zwrotu zaliczki, w tym formę zabezpieczenia, wysokość zabezpieczenia, sposób (w tym terminy wniesienia) i zwrotu.

Izba nakazuje sprecyzowania w klauzuli 14.2 WSK wysokości zaliczki oraz warunków jej udzielenia w tym terminu i sposobu rozliczenia oraz ewentualnych warunków i rozliczenia kolejnych, a także warunki zabezpieczenia zwrotu zaliczki w tym formę zabezpieczenia, wysokość zabezpieczenia, sposób (w tym terminy wniesienia) i zwrotu.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art. 41 pkt 4 Pzp,

Strona 31 z 37

określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Zarzut nr 13:

Izba ustaliła, iż odwołujący prawidłowo w odwołaniu powołał istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 13 odwołania postanowienia klauzuli 14.3 akapit pierwszy WSK oraz klauzuli 14.6 akapit pierwszy WSK, w zakresie, w jakim posługują się niezdefiniowanym pojęciem „dokumenty towarzyszące”. Postępowanie dowodowe, w szczególności twierdzenia

zamawiającego, iż przez dokumenty towarzyszące należy rozumieć dokumenty wymagane przez Inżyniera lub zamawiającego na podstawie kontraktu np. wymienione w pkt. 1.3 WOK, wskazuje na zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego 29 ust. 1 Pzp.

Słusznie podkreślił odwołujący, iż ustalenie desygnatu pojęcia „dokumenty towarzyszące” jest dla wykonawcy istotne, ponieważ dokumenty te są związane z płatnościami na rzecz wykonawcy. Jednak w świetle akapitu pierwszego klauzuli 14.3 WOK powstała wątpliwość, czy na gruncie WSK przez „dokumenty towarzyszące” należy rozumieć raporty o postępie robót, jak to wynika z WOK, czy są to inne dokumenty, jak wynika z twierdzeń zamawiającego. Izba wskazuje, iż brak zdefiniowania pojęcia „dokumenty towarzyszące” może powodować rozbieżności interpretacyjne w fazie realizacji umowy, zatem zasadnym jest doprecyzowanie tego pojęcia w WSK w klauzulach 14.3 i 14.6.

Izba nakazuje zdefiniowanie pojęcia „dokumenty towarzyszące” użytego w klauzuli 14.3 akapit pierwszy WSK oraz klauzuli 14.6 akapit pierwszy WSK.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art. 41 pkt 4 Pzp, określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Zarzut nr 14:

Izba ustaliła, iż w klauzuli 14.4 WSK zamawiający zaniechał określenia terminu, w którym jest zobowiązany zaakceptować Plan płatności, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp. Jednocześnie Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 3, gdyż siwz zawiera opis przedmiotu zamówienia, ogłoszenie, stosownie do art.

Strona 32 z 37

41 pkt 4 Pzp, określa przedmiot zamówienia i wskazuje, czy dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

Izba nakazuje określenie w klauzuli 14.4 WSK terminu, w którym zamawiający jest zobowiązany zaakceptować Plan płatności.

Zarzut nr 15:

Izba ustaliła, iż odwołujący prawidłowo w odwołaniu powołał istotne dla rozstrzygnięcia zarzutu nr 15 postanowienia siwz. W uzupełnieniu jednak trzeba dodać, iż w klauzuli 15.15 WOK przewidziano możliwość wypowiedzenia kontraktu, jednocześnie wskazując, iż po otrzymaniu wypowiedzenia wykonawca winien postępować zgodnie z klauzulą 16.3 – „Wstrzymanie Robót i usunięcie Sprzętu Wykonawcy”, a zapłatę winien otrzymać zgodnie z klauzulą 19.6 – „Rozwiązanie z wyboru, zapłata i zwolnienie z Zobowiązań”. Powołana klauzula precyzuje zasady rozliczenia wykonanych robót. Izba w tym zakresie nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i w zw. z art. 41 pkt 4 Pzp, w zakresie wskazanym w odwołaniu. Faktem jest, iż klauzule 15.2, 15.5 oraz 18 WSK przewidują różne sposoby rozwiązania kontraktu tj. jego wypowiedzenie (klauzula 15.2) i odstąpienie (klauzula 15.5 i klauzula 18) i są spójne w tym zakresie z WOK tzn. zamawiający używa nomenklatury adekwatnej do tej, używanej w powołanych klauzulach WOK. Odwołujący nie zakwestionował postanowień WOK, podnosząc zarzuty wyłącznie do klauzul zawartych WSK. Izba zgadza się z argumentacją odwołującego, iż w przypadku umów o roboty budowlane i umów mieszanych, w których roboty budowlane stanowią dominujące świadczenie, trybem uznawanym za właściwy do ich ustania, jest złożenie oświadczenia woli o odstąpieniu. Jednakże brak w kontrakcie jednego trybu rozwiązania kontraktu nie uzasadnia stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 395 § 1 kc w zw. z art. 492 kc i w zw. z art. 14 oraz art. 139 Pzp. Zarzut odwołania, aby mógł być skuteczny, musi wskazywać na naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów, w tym Pzp czy kc. Powołane przepisy mają charakter dyspozytywny, zatem wskazanie na dopuszczalność wypowiedzenia umowy, w sytuacji gdy w kontrakcie uregulowano szczegółowo kwestię jej rozliczenia, uwzględnivszy także fakt, iż warunki kontraktowe FIDIC są powszechnie stosowane i wypracowane zostały zasady ich

interpretacji, pozwalające na ich stosowanie na gruncie polskiego porządku prawnego, nie uzasadnia uwzględnienia zarzutu nr 14 odwołania.

Zarzut nr 16:

Strona 33 z 37

Zamawiający w Rozdziale 4 kontraktu zawarł „Wzór Gwarancji Zwrotu Zaliczki” dalej „gwarancja bankowa”. Odwołujący domagał się w odwołaniu zobowiązania zamawiającego do modyfikacji siwz poprzez wprowadzenie do gwarancji bankowej „standardowych klauzul wymaganych przy gwarancjach bankowych” wskazanych w petitum odwołania (pkt Ad.16).

W tym kontekście przede wszystkim należy wskazać, iż ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm., dalej „prawo bankowe”) nie normuje wyraźnie ani treści, ani sposobu zawarcia umowy gwarancji bankowej. Z treści art. 81 prawa bankowego wskazuje się, iż na zobowiązanie banku do świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji po spełnieniu określonych warunków. W doktrynie przyjmuje się, że przedmiotowo istotnym elementem treści gwarancji bankowej jest określenie zabezpieczonego rezultatu, jak również określenie sumy pieniężnej, którą ma zapłacić gwarant (bank) w razie ziszczenia się zabezpieczonego rezultatu. Niewątpliwie zatem z treści gwarancji bankowej musi wynikać treść zobowiązania gwaranta względem beneficjenta (zamawiającego) oraz zobowiązanie (świadczenie), które jest przedmiotem zabezpieczenia sumę gwarancyjną.

Analiza załączonej do siwz gwarancji bankowej wskazuje, iż treścią zobowiązania banku względem zamawiającego jest zapłata po otrzymaniu od zamawiającego pierwszego wezwania na piśmie (sposób zgłoszenia żądania zapłaty) kwoty zaliczki, o której mowa w klauzuli 14.2 WSK. W wykonaniu wyroku Izby w zakresie wynikającym z rozstrzygnięcia zarzutów nr 11 i 12, zamawiający będzie zobowiązany określić kwotę zaliczki i w tym zakresie suma gwarancyjna, którą kwota zaliczki stanowi, także zostanie określona. Z treści gwarancji wynika, iż przedmiotem zabezpieczenia jest zwrot zaliczki. Zamawiający, wskazując na niezasadność zarzutu nr 16 odwołania, powoływał się na dotychczasową praktykę wyjaśniając, iż gwarancje bankowe, takie jak załączone do siwz, stosuje z powodzeniem w prowadzonych przez siebie postępowaniach. Także odwołujący i przystępujący uzasadniając swoje stanowisko odnosili się do praktyki, własnych doświadczeń oraz standardów wypracowanych przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu. Tym czasem wymaga podkreślenia, iż w pierwszej kolejności badając zasadność zarzutów odwołania należy wziąć pod uwagę obowiązujące przepisy. Jeśli tak, to brak w gwarancji bankowej klauzul postulowanych przez odwołującego w pkt. 1 - 3, 5 - 8 uzasadnienia zarzutu nr 16, nie uchybia art. 151a ust. 5 w zw. z art. 148 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 81 ust. 1 prawa bankowego. Izba jednak uwzględniając, treść art. 81 ust. 1 prawa bankowego interpretowanego w świetle art. 7 ust. 1 Pzp, stwierdziła naruszenie przez zamawiającego powołanych przepisów poprzez nie wskazanie w gwarancji bankowej

Strona 34 z 37

klauzuli, iż żądanie wypłaty musi obejmować oświadczenie, że wykonawca nie wywiązał się ze swoich obowiązków.

Ponadto wskazać trzeba, iż z siwz nie wynika zakaz zamieszczenia przez bank w gwarancji bankowej dodatkowych klauzul. Zatem przyjąć należy, że w przypadku, gdyby takie klauzule w gwarancji bankowej przedstawionej zamawiającemu przez wykonawcę były zamieszczone, nie będzie to skutkowało brakiem akceptacji dla takiego dokumentu, o ile nie będzie ograniczało uprawnień zamawiającego zagwarantowanych w Rozdziale 4 kontraktu.

Izba nakazuje zamawiającemu wprowadzenie do gwarancji bankowej postanowienia, iż żądanie wypłaty musi obejmować oświadczenie, że wykonawca nie wywiązał się ze swoich obowiązków.

Zarzut nr 17:

Izba stwierdziła, iż odwołujący prawidłowo przytoczył w odwołaniu postanowienia siwz

w zakresie istotnym dla rozpoznania zarzutu nr 17 odwołania dotyczącego pkt. 2.6.1 na str. 11 załącznika 12 do siwz.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż uwzględni zarzut nr 17 odwołania i zobowiązuje się zrezygnować z pojęć „technicznie jakościowo dobre (według oceny eksperta)” oraz „technicznie jakościowo tylko dostateczne (według oceny eksperta)” oraz sprecyzować, że za spełnienie poszczególnych wymagań opisanych w PFU będą przyznawane konkretne liczby punktów. Zamawiający nie dokonał na dzień rozpoznania odwołania adekwatnych zmian w siwz, zatem zarzut podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Izba biorąc pod uwagę fakt, iż kryteria oceny ofert w kwestionowanym zakresie są niejednoznaczne, co zamawiający przyznał oświadczając, iż uwzględni zarzut nr 17 odwołania, stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 Pzp. Jak słusznie podnosił odwołujący kwestionowane postanowienia siwz nie określają jednoznacznie, w jaki sposób ekspert będzie oceniał jakość wypełnienia wszystkich wymagań wyspecyfikowanych we wskazanych rozdziałach PFU. W konsekwencji zakwalifikowanie rozwiązań zaferowanych przez wykonawcę jako „jakościowo dobre” lub „tylko dostateczne” będzie zależało od uznania eksperta. Również od subiektywnej oceny eksperta będzie zależało przyznanie ofercie wykonawcy punktów za rozwiązanie „tylko dostateczne”, ponieważ dowolnie może przyznać on ocenę w zakresie od 1,70 pkt. do 2,19 pkt. Dodatkowo w rozdziałach 1.10.1.1.3 oraz 1.10.1.2 PFU brak jednoznacznej listy kryteriów (elementów

Strona 35 z 37

zabezpieczeń przeciwpożarowych), których liczba została wymieniona w definicji kryterium P.2.6.1. Powołane okoliczności przemawiając za uwzględnieniem zarzutu nr 17 odwołania.

Izba nakazuje wprowadzenie w pkt. 2.6.1 załącznika nr 12 w kwestionowanym w odwołaniu zakresie jednoznacznych kryteriów oceny ofert obejmujących listę rozwiązań bądź parametrów (wymagań) podlegających ocenie wraz z jednoznacznym algorytmem pozwalającym na obiektywne obliczenie punktacji za spełnienie wymagań zamawiającego. Dopuszczalne jest przykładowo wskazanie, iż za dane rozwiązanie będzie określona liczba punktów bądź podanie, iż jeśli dany parametr będzie się mieścił w określonych widełkach wartościowych oceniony zostanie na określoną liczbę punktów.

Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 36 ust. 1 pkt 13, gdyż siwz wskazuje na kryteria oceny ofert, ich znaczenie i sposób oceny, a ogłoszenie stosowanie do art. 41 pkt 9 Pzp, określa kryteria oceny ofert i ich znaczenie.

Zważywszy powyższe Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła jak w sentencji. Izba nie umorzyła postępowania w zakresie, w którym zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, bowiem taka możliwość nie wynika z ustawy.

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

.....
Strona 36 z 37

Strona 37 z 37